



Estado de Santa Catarina
MINISTÉRIO PÚBLICO

A t u a ç ã o

Revista Jurídica do

Ministério Público Catarinense

Edição Especial

Prêmio Milton Leite da Costa
Edições 2009 e 2010

Florianópolis

ISSN 1981-1683

Atuação	Florianópolis	Edição Especial - Prêmio Milton Leite da Costa 2009/2010	p. 1 - 367	2011
---------	---------------	--	------------	------

Atuação

Revista Jurídica do

Ministério Público Catarinense

Conselho Deliberativo e Redacional

Helen Crystine Corrêa Sanches

Eduardo Sens dos Santos

Isaac Newton Belota Sabbá Guimarães

Maury Roberto Viviani

Rejane Gularte Queiroz

**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: Clarice Martins Quint (CRB 14/384)

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 - .

Quadrimestral: 2003-2007. Edição Especial, 2008. Semestral,
2009-2010. Edição Especial 2011.

Prêmio Milton Leite da Costa: Edições 2009 e 2010.
ISSN 1981-1683

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

CDDir 340.05
CDU 34(05)

Revisão: Tatiana Wippel Raimundo

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

Impressão: jun. 2011

Av. Othon Gama D'Eça, 900, Torre A, 1º 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

Lio Marcos Marin

Subprocurador-Geral de Justiça para Assuntos Administrativos

Antenor Chinato Ribeiro

Subprocurador-Geral de Justiça para Assuntos Jurídicos e Institucionais

José Galvani Alberton

Secretário-Geral do Ministério Público

Américo Bigaton

Assessoria do Procurador-Geral de Justiça

Luciano Trierweiller Naschenweng

Abel Antunes de Mello

Fábio Strecker Schmitt

Walkyria Ruicir Danielski

Colégio de Procuradores de Justiça

Presidente: Lio Marcos Marin

Anselmo Agostinho da Silva

Paulo Antônio Günther

Demétrio Constantino Serratine

José Galvani Alberton

Robison Westphal

Odil José Cota

Paulo Roberto Speck

Raul Schaefer Filho

Pedro Sérgio Steil

José Eduardo Orofino da Luz Fontes

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

Jason Corrêa

Anselmo Jeronimo de Oliveira

Basilio Elias De Caro

Aurino Alves de Souza

Paulo Roberto de Carvalho Roberge

Tycho Brahe Fernandes

Guido Feuser

Plínio Cesar Moreira

Francisco Jose Fabiano

André Carvalho

Gladys Afonso

Paulo Ricardo da Silva

Vera Lúcia Ferreira Copetti

Lenir Roslindo Piffer

Paulo Cezar Ramos de Oliveira

Paulo de Tarso Brandão

Ricardo Francisco da Silveira

Gercino Gerson Gomes Neto

Francisco Bissoli Filho

Newton Henrique Trennepohl

Heloísa Crescenti Abdalla Freire

Fábio de Souza Trajano

Norival Acácio Engel

Carlos Eduardo Abreu Sá Fortes

Ivens José Thives de Carvalho

Walkyria Ruicir Danielski

Alexandre Herculano Abreu

Durval da Silva Amorim – *Secretário*



Administração do Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Membros Natos

Presidente: Lio Marcos Marin
Paulo Ricardo da Silva

Representantes do Colégio de Procuradores

Humberto Francisco Scharf Vieira
Jacson Corrêa

Representantes da Primeira Instância

Pedro Sérgio Steil
Antenor Chinato Ribeiro
Narcísio Geraldino Rodrigues
Vera Lúcia Ferreira Copetti
Paulo Cezar Ramos de Oliveira
Secretário: Américo Bigaton

Corregedor-Geral do Ministério Público

Paulo Ricardo da Silva

Subcorregedora-Geral do Ministério Público

Lenir Roslindo Piffer

Promotor de Justiça Secretário da Corregedoria-Geral

Marcelo Wegner

Promotores de Justiça Assessores do Corregedor-Geral

Eliana Volcato Nunes
Monika Pabst
Rafael de Moraes Lima
Thais Cristina Scheffer

Coordenadoria de Recursos

Fábio de Souza Trajano - Coordenador-Geral da área cível
Aurino Alves de Souza - Coordenador-Geral da área criminal

Promotores Assessores do Coordenador de Recursos

Felipe Martins de Azevedo
Gustavo Wiggers

Ouvidor

Guido Feuser



Administração do Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

Helen Crystine Corrêa Sanches - Diretora

Centro de Apoio Operacional da Cidadania e Fundações

Luis Suzin Marini Júnior - Coordenador

Centro de Apoio Operacional do Controle de Constitucionalidade

Walkyria Ruicir Danielski - Coordenadora-Geral

Maury Roberto Viviani - Coordenador

Centro de Apoio Operacional do Consumidor

Marcelo de Tarso Zanellato - Coordenador

Centro de Apoio Operacional Criminal

Onofre José Carvalho Agostini - Coordenador

Centro de Apoio Operacional da Infância e Juventude

Priscilla Linhares Albino - Coordenadora

Centro de Apoio Operacional de Informações e Pesquisas

Odil José Cota - Coordenador-Geral

Adalberto Exterkötter - Coordenador de Inteligência e Dados Estruturados

Alexandre Reynaldo de Oliveira Graziotin - Coordenador de Contra-Inteligência e Segurança Institucional

Alexandre Reynaldo de Oliveira Graziotin - Coordenador do GAECO da Capital

Fabiano David Baldissarelli - Coordenador do GAECO de Chapecó

Marcelo Gomes Silva - Coordenador do GAECO de Joinville

Eduardo Paladino - Coordenador do GAECO de Criciúma

Marcelo Brito de Araújo - Coordenador do GAECO de Lages

Centro de Apoio Operacional do Meio Ambiente

Luis Eduardo Couto de Oliveira Souto - Coordenador

Centro de Apoio Operacional da Moralidade Administrativa

Vera Lúcia Ferreira Copetti - Coordenadora-Geral

Davi do Espírito Santo - Coordenador

Centro de Apoio Operacional da Ordem Tributária

Murilo Casemiro Mattos - Coordenador



ACMP
Associação
Catarinense
do Ministério
Público

Diretoria da Associação Catarinense do Ministério Público

Presidente

Andrey Cunha Amorim

Vice-Presidente

Rosa Maria Garcia

1º Secretário

Diego Rodrigo Pinheiro

2º Secretário

José Renato Côrte

Diretor Financeiro

Gilberto Polli

Diretor de Patrimônio

Milton Pascoto

Diretor Cultural e de Relações Públicas

Oswaldo Juvêncio Cioffi Júnior

Diretor Administrativo

Benhur Poti Betiolo

Diretor da Escola

Jorge Orofino da Luz Fontes

Conselho Fiscal

Analú Librelato Longo
Aurino Alves de Souza
Cid Luiz Ribeiro Schmitz
Luciano Trierweiller Naschenweng
Valberto Antonio Domingues

Conselho Consultivo

Marcus Vinicius Ribeiro de Camillo
Fabiano David Baldissarelli
Luís Susin Marini Junior
Jean Pierre Campos
Andrey Cunha Amorim
Havah Emília Mainhardt
Gustavo Mereles Ruiz Diaz
André Braga De Araújo
Alexandre Herculano Abreu
Raul de Araujo dos Santos
Ruy Wladimir Soares De Sousa
Fábio Fernandes De Oliveira Lyrio
Leonardo Felipe Cavalcanti Lucchese
Márcia Denise Kandler Bittercourt Massaro

SUMÁRIO

III PRÊMIO MILTON LEITE DA COSTA - 2009

REGULAMENTO.....	9
------------------	---

TRABALHOS VENCEDORES

CATEGORIA A: PEÇAS PROCESSUAIS

1º LUGAR: <i>Sonia Maria Demeda Groisman Piardi</i>	13
2º LUGAR: <i>Analú Librelato Longo</i>	33
2º LUGAR: <i>Luís Suzin Marini Júnior</i>	55
3º LUGAR: <i>Alexandre Herculano Abreu</i>	67

CATEGORIA B: ARTIGOS

1º LUGAR: <i>Isaac Sabbá Guimarães</i>	83
2º LUGAR: <i>Davi Do Espírito Santo</i>	103
3º LUGAR: <i>Milani Maurílio Bento</i>	121

SUMÁRIO

IV PRÊMIO MILTON LEITE DA COSTA - 2010

REGULAMENTO.....	143
------------------	-----

TRABALHOS VENCEDORES

CATEGORIA A: PEÇAS PROCESSUAIS

1º LUGAR: <i>Luis Eduardo Couto de Oliveira Souto</i>	147
2º LUGAR: <i>Marcelo Zanellato</i>	193
3º LUGAR: <i>Analú Librelato Longo</i>	215
3º LUGAR: <i>Fábio de Souza Trajano</i>	239
3º LUGAR: <i>Marcia Aguiar Arend</i>	263
3º LUGAR: <i>Sidney Eloy Dalabrida</i>	287

CATEGORIA B: ARTIGOS

1º LUGAR: <i>Davi Do Espírito Santo e Marilene do Espírito Santo</i>	299
2º LUGAR: <i>Isaac Sabbá Guimarães</i>	319
3º LUGAR: <i>Fábio de Souza Trajano</i>	347

III PRÊMIO MILTON LEITE DA COSTA - 2009

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 50², 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 **III 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. 50. 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 17 de junho de 2008 a 30 de junho de 2009, ou peça extrajudicial (portaria de instauração, promoção de arquivamento e termo de ajustamento de conduta), elaborada no mesmo período e já homologada pelo Conselho Superior do Ministério Público (CSMP), se for o caso.

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, se for o caso.

Art. 4º - Na **categoria B**, somente será aceita a inscrição de 1 (um) artigo jurídico por associado, que conterà 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 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 2009.**

§1º - Será admitida inscrição via e-mail, também até o dia 31 de julho de 2009, modalidade em que as vias impressas e o CD-ROM ou Disquete serão dispensados. Neste caso, a ACMP enviará e-mail confirmando a inscrição, que deverá ser conferido, impresso e arquivado pelo candidato.

§2º - Os trabalhos ou artigos recebidos após esta data estarão automaticamente inscritos para o concurso de 2010.

§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 Moser Vhoss.

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:

Forma de apresentação - até 2 (dois) pontos

Correção de linguagem - até 2 (dois) pontos

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

Parágrafo único. Aos candidatos vencedores será entregue ainda placa alusiva à premiação.

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.

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

Florianópolis, 20 de maio de 2009.

RUI CARLOS KOLB SCHIEFLER

Presidente da ACMP

LARA PEPLAU

Diretora Cultural e de
Relações Públicas

III PRÊMIO MILTON LEITE DA COSTA - 2009
Categoria A: Peça Processual - 1º lugar

Sonia Maria Demeda Groisman Piardi
Promotora de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE
DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA**

Ação Originária: 023.08.018436-0

Agravo de Instrumento n. 2009.013169-4

Agravante: Estado de Santa Catarina

Agravado: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

A Representante do MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA, no uso de suas atribuições legais, vem, respeitosamente, à presença de V. Exa., apresentar contrarrazões ao Recurso de Agravo de Instrumento interposto pelo Estado de Santa Catarina nos autos de n. 023.08.018436-0, nas formas anexas.

Florianópolis, 05 de junho de 2009.

SONIA MARIA DEMEDA GROISMAN PIARDI

Promotora de Justiça

Atuação	Florianópolis	Edição Especial - Prêmio Milton Leite da Costa 2009/2010	p. 13 - 32	2011
---------	---------------	--	------------	------

AGRAVANTE: ESTADO DE SANTA CATARINA
AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2009.013169-4
AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C PEDIDO DE MEDIDA LIMINAR
TRÂMITE EM 1º GRAU: UNIDADE DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DA CAPITAL

CONTRARRAZÕES
EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR RELATOR

1 SÍNTESE DOS FATOS

O agravado ajuizou Ação Civil Pública de Obrigação de Fazer cumulada com pedido de Medida Liminar diante da falta de providências do Estado de Santa Catarina em relação às inúmeras irregularidades constatadas pela Vigilância Sanitária Estadual, em vistorias realizadas no Hospital Regional de São José (HRSJ), nos anos de 2004, 2005 e 2007 que deram origem ao Auto de Intimação n. 8867 de fls. 659/669 dos autos principais, datado de 9.8.2007, abarcando 240 irregularidades.

Persistindo os problemas, mesmo após inúmeras negociações desenvolvidas pelas Promotorias de Justiça de São José e a 30ª da Capital, objetivando uma composição extrajudicial para a questão, o Ministério Público não teve outra alternativa senão ajuizar a presente *actio*, requerendo, em liminar, o cumprimento de obrigação de fazer, nos termos do art. 3º da Lei n. 7.347/1985, consistente nas adequações das irregularidades sanitárias apontadas nos autos de intimação expedido pela própria Vigilância Sanitária Estadual.

O MM. Juízo *a quo*, às fls. 1119/1123 dos autos, deferiu o pedido liminar para determinar ao réu a correção das irregularidades sanitárias apontadas no documento das fls. 659/669 (ACP n. 023.08018436-0), constatadas no Hospital Regional de São José/SC, no prazo de 1 ano a

contar da intimação, sob pena de multa diária no importe de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), em caso de descumprimento.

Inconformado, o Estado-réu interpôs o presente recurso de Agravo de Instrumento, objetivando a reforma da decisão agravada, sob os fundamentos que rebato a seguir.

2 PRELIMINARMENTE

2.1 Da impossibilidade Jurídica do Pedido

Como prejudicial de mérito, o agravante sustenta que o feito merece ser extinto face a impossibilidade jurídica do pedido, tendo em vista que as medidas requeridas somam-se a diversas outras demandas com “idêntico” teor ajuizadas simultaneamente para cada uma das unidades hospitalares que compõem o complexo hospitalar da Grande Florianópolis, citando as ACPs n. 023.08.019571-0, 023.08.018436-0, 023.08.017791-6, 023.08.018461-0 e 023.08.014424-4, as quais também incursionariam na competência para a elaboração de políticas públicas, que defendem ser exclusiva do Poder Executivo, e, não cuidando de ilegalidade ou inconstitucionalidade, são prerrogativa deste último e não podem ser passíveis de revogação ou alteração pelo Poder Judiciário.

Tal alegação foi brilhantemente descartada pelo juízo de Primeiro Grau, quando da análise da contestação, pois está focada numa visão tradicional e inadequada do Estado Democrático de Direito, no qual o Poder Estatal deve ser visto como uno e divisível apenas para facilitação e efetivação de suas funções. Existe uma tripartição de competências precípuas, até para que se evite a perigosa concentração de poder, pois quem o detém tende a dele abusar.

Em razão disso, o princípio da autonomia e da independência entre os poderes da República não está concebido com caráter absoluto, tampouco vem para permitir excessos de um, sem o controle de outro, sobre bens relevantes como é o caso da vida e da saúde. Ao contrário, a separação e a harmonia entre os poderes foi concebida e estabelecida para potencializar e fiscalizar as ações de um pelos demais, evitando, assim, cometimento de abusos e ilegalidades.

Como bem evidenciou a decisão hostilizada, a *“alegação de violação à Separação dos Poderes não justifica a inércia do Poder Executivo Estadual em cumprir o seu dever constitucional de garantir saúde à População”* (fls.1121).

A Carta Magna, ao abordar o direito à saúde, assenta:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas públicas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao poder público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - participação da comunidade.

§ 1º. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

Por seu turno, a Constituição Estadual em seu art. 153 ratificou o disposto no art. 196 da CF, também elegendo a saúde como um direito do cidadão e um dever do Estado.

No presente caso, a provocação judicial feita pelo Ministério Público em defesa de toda a sociedade justifica-se pela comprovação nos autos da omissão do Estado de Santa Catarina em sanar as diversas irregularidades sanitárias constatadas no Hospital Regional de São José, cuja solução não pode ficar indefinidamente à mercê da conveniência e da oportunidade do Administrador ou do Legislador. Aliás, desde 2004 - portanto, há 5 (cinco) anos - o Ministério público aguarda a “oportunidade” para que o Estado-réu tome as providências que lhe cabem.

O Judiciário, por sua vez, não estaria cumprindo sua função de “poder igual e harmônico” se, diante da omissão de outro Poder, igualmente

se omitisse, deixando de examinar o mérito de causa como a em questão. Nessas situações, o controle jurisdicional se faz imperioso para o equilíbrio de forças, pois o administrado possui nos princípios constitucionais a garantia de que não será oprimido pela envergadura do poder público, de modo que não há mais espaço para criação do ato administrativo discricionário desvinculado dos princípios e normas constitucionais.

Esse é o entendimento perfilhado pela jurisprudência deste Colendo Tribunal de Justiça:

Apelação cível. Representação civil. Programa Social Sentinela. Atendimento de criança. Determinação judicial. Possibilidade. Dever do Estado de assegurar os direitos dos infantes. Exegese do art. 227 da CF e arts. 4º e 5º do ECA. Afronta ao princípio da separação dos Poderes não configurada. Sentença confirmada. Recurso desprovido.

(...)

A matéria dos autos tem sido objeto de inúmeros precedentes desta Corte, e não raro se firmou o entendimento de que compete à Administração Pública, calcada no seu poder discricionário, estabelecer as políticas sociais derivadas de normas programáticas, vedado ao Poder Judiciário interferir nos critérios de conveniência e oportunidade que norteiam as prioridades traçadas pelo Executivo, inclusive alguns desses julgados tem a relatoria deste signatário.

Contudo, esse posicionamento está sendo reconsiderado e em razão dessa releitura a jurisprudência da Corte tem entendido que quando o Judiciário efetua o controle das omissões administrativas, em verdade não está infringindo a separação e harmonia entre os Poderes, mas sim cumprindo o relevante papel de exigir a realização prática dos preceitos insertos na Constituição Federal, notadamente no que diz respeito à preservação da dignidade da pessoa humana, bem como dos direitos da criança e do adolescente. TJSC, Ap.Cív. 2007.064123-0, da Capital, rel. Des. Cid Goulart, j. 30.04.1008. (grifei)

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça também adota o mesmo entendimento quanto ao controle judicial do ato administrativo discricionário:

Resp 575998/MG
RECURSO ESPECIAL 2003/0135074-8

Relator(a) Ministro LUIZ FUX (1122)

Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA

Data do Julgamento 07/10/2004

Data da Publicação/Fonte DJ 16/11/2004 p. 191

Ementa

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. COLETA DE LIXO. SERVIÇO ESSENCIAL. PRESTAÇÃO DESCONTINUADA. PREJUÍZO À SAÚDE PÚBLICA. DIREITO FUNDAMENTAL. NORMA DE NATUREZA PROGRAMÁTICA. AUTO-EXECUTORIEDADE. PROTEÇÃO POR VIA DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POSSIBILIDADE. ESFERA DE DISCRICIONARIEDADE DO ADMINISTRADOR. INGERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO.

1. Resta estreme de dúvidas que a coleta de lixo constitui serviço essencial, imprescindível à manutenção da saúde pública, o que o torna submisso à regra da continuidade. Sua interrupção, ou ainda, a sua prestação de forma descontinuada, extrapola os limites da legalidade e afronta a cláusula pétreia de respeito à dignidade humana, porquanto o cidadão necessita utilizar-se desse serviço público, indispensável à sua vida em comunidade.

2. Releva notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel. Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como Circulares, Portarias, Medidas Provisórias, Leis Ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação sejam relegados a segundo plano. Trata-se de direito com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, in casu, o Estado.

(...)

4. A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração.

Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétreia.

5. Um país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não pode relegar a saúde pública a um plano diverso daquele que o coloca, como uma das mais belas e justas garantias constitucionais.

6. Afastada a tese descabida da discricionariedade, a única dúvida que se poderia suscitar resvalaria na natureza da norma ora sob enfoque, se programática ou definidora de direitos.

7. As meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas de lege ferenda, encartando-se na esfera insindicável pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação.

8. Diversa é a hipótese segundo a qual a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impondo-se ao judiciário torná-lo realidade, ainda que para isso, resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária.

9. Ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto no regime democrático e no estado de direito o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu. Afastada, assim, a ingerência entre os poderes, o judiciário, alegado o malferimento da lei, nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional.

(...)

11. Recurso especial provido. (grifei)

Mais:

Processo Resp 948944 / SP

RECURSO ESPECIAL 2007/0101123-6

Relator(a) Ministro JOSÉ DELGADO (1105)

Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA

Data do Julgamento 22/04/2008

Data da Publicação/Fonte DJE 21/05/2008

Ementa

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORNECIMENTO DE REMÉDIO. DOENÇA GRAVE. ACÓRDÃO FUNDADO EM PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME DO APELO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA.

1. Cuida-se de ação civil pública movida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo e pelo Ministério Público Federal em face do INSS objetivando garantir à criança J. L., acometida da moléstia denominada “puberdade pre-

coce verdadeira”, tratamento mediante fornecimento do medicamento NEODECAPEPTYL.

(...)

4. Nesse sentido, destaco do julgado impugnado (fls. 158/159): No caso concreto, é possível que a criança tenha direito a receber tutela jurisdicional favorável a seu interesse, com fundamento em princípios contidos na Lei Maior, ainda que nenhuma regra infraconstitucional vigente apresente solução para o caso. Para a solução desse tipo de caso, denominado por R. Dworkin como “hard case” (caso difícil), não se deve utilizar argumentos de natureza política, mas apenas argumentos de princípio. O pedido de fornecimento do medicamento à menor (direito a prestações estatais *stricto sensu* – direitos sociais fundamentais), traduz-se, in casu, no conflito de princípios: de um lado, os da dignidade humana, de proteção ao menor, do direito à saúde, da assistência social e da solidariedade e, de outro, os princípios democrático e da separação dos Poderes.

A concretização das normas constitucionais implica um processo que vai do texto da norma (do seu enunciado) para uma norma concreta – norma jurídica – que, por sua vez, será um resultado intermediário em direção à norma decisória (resultado final da concretização). (J.J Gomes Canotilho e F. Müller).

Pelo modelo síntese de ponderação de princípios (Alexy), o extremo benefício que a determinação judicial para fornecimento do medicamento proporciona à menor faz com que os princípios constitucionais da solidariedade, da dignidade humana, de proteção à saúde e a criança prevaleçam em face dos princípios democrático e da separação de poderes, minimamente atingidos no caso concreto.

5. Recurso especial conhecido em parte e não-provido. Ausência de

violação do art. 535, II, do CPC. (grifei)

Portanto, não há que se falar em invasão do âmbito da discricionariedade da Administração, tampouco em violação do princípio da separação dos poderes, pois o direito à vida e à saúde não se tratam de normas meramente programáticas e sim de prioridade absoluta, assegurados constitucionalmente nos arts. 5º, *caput*, e 196 da Carta Magna.

Do mesmo modo, não se pode dizer que o Ministério Público pretende determinar políticas públicas de competência exclusiva do Poder Executivo ao defender a sociedade da omissão e do descaso em que estão sendo deixados os pacientes do SUS que buscam atendimento

no Hospital Regional de São José/SC, face a persistência das irregularidades que representam grande nocividade diante do risco de contaminação presente no local. Tal situação continuará sendo combatida pelo Ministério Público enquanto a saúde for tratada com tal desprezo pelo Administrador, uma vez que está devidamente legitimado pela Constituição Federal.

Nesse ponto, cabe lembrar a recente interdição da UTI do mesmo Hospital (22/5 a 3/6/2009), em face da propagação de infecção hospitalar provocada pela presença naquele ambiente da bactéria “acinetobacter” – desenvolvedora de resistência a medicamentos – que redundou na suspeita de 6 (seis) mortes, suspensão de cirurgias, fechamento de leitos e transferências de pacientes. Por evidente, a presente atuação Ministerial visa a obstar que tal se repita em outros setores do HRSJ.

Assim, deve ser afastada a alegação de violação à separação dos poderes, vez que o Poder Judiciário não invade a discricionariedade da Administração quando visa, apenas, a suprir sua omissão no tocante à garantia dos direitos fundamentais, cumprindo com seu relevante papel de determinar a realização prática dos preceitos constitucionais, mormente quanto à obediência à dignidade da pessoa humana como valor supremo. Demonstra-se totalmente descabida, diante de toda a argumentação expendida, a alegação do agravante acerca da impossibilidade jurídica do pedido, não cabendo outra medida senão o seu desacolhimento.

Finalmente, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina não pretende e nunca pretendeu “elaborar políticas de saúde pública”. Muito pelo contrário, o Ministério Público atua para que o Estado de Santa Catarina cumpra com as políticas públicas que a Constituição Federal delineou e o próprio Estado assumiu efetivar. Tanto que a ação objeto deste agravo e as demais referidas só foram ajuizadas após longas e exaustivas negociações, com tempo suficiente para que o Estado se organizasse, planejasse e destinasse recursos, de modo a manter o adequado funcionamento dos serviços que reconheceu como indispensáveis à recuperação da saúde de seus cidadãos. Não é crível que o ente público ponha em funcionamento um hospital do porte do Regional de São José e, depois, não promova a manutenção necessária ao seu funcionamento, bem assim a capacitação de seus servidores, e despreze a fiscalização realizada por seus órgãos internos.

3 MÉRITO

3.1 Da aplicação da Reserva do Possível frente o Direito à Vida e à Saúde

Em suas razões de mérito, aduz o Estado-agravante que a busca da proteção dos direitos fundamentais e até da redução das desigualdades sociais não se realiza sem a necessária e acurada reflexão de seus impactos; que a pretensão como a *sub judice* somente se materializa dentro da reserva do financeiramente possível e que não pode ser exigida sem que, em contrapartida, seja feita uma análise se tais custos encontram respaldo nos limites financeiros do Estado, assim como se existe previsão orçamentária.

Ocorre que, em se tratando de direitos fundamentais, precipuamente tratando da dignidade da pessoa humana da qual decorre o direito à vida e à saúde, dever do Estado, não cabe valorar insuficiência de ordem econômica sem qualquer comprovação que a sustente.

O óbice da falta de previsão orçamentária, ao contrário do que pretende fazer crer o agravante, não pode servir de pretexto para descumprir obrigação prestacional direcionada à área da saúde, pois o governo possui meios de solucionar tal questão, não podendo os destinatários dos serviços de saúde do SUS pagar essa conta com sua própria vida. A falta de condições sanitárias no Hospital Regional de São José é uma afronta à dignidade de seus usuários, colocando-os em risco de morte.

Esta é a lição retirada dos ensinamentos de Ingo Wolfgang Sarlet:

Por mais que os poderes públicos, como destinatários precípuos de um direito à saúde venham a opor – além da já clássica alegação de que o direito à saúde (a exemplo dos direitos sociais prestacionais em geral) foi positivado como norma de eficácia limitada – os habituais argumentos da ausência de recursos e da incompetência dos órgãos judiciários para decidirem sobre a alocação e destinação de recursos públicos, não nos parece que esta solução possa prevalecer, ainda mais nas hipóteses em que está em jogo a preservação do bem maior da vida humana. Não nos esqueçamos de que a mesma Constituição que consagrou o direito à saúde estabeleceu – evidenciando, assim, o lugar de destaque outorgado ao direito à vida – uma vedação praticamente absoluta (salvo em caso de guerra

regularmente declarada) no sentido da aplicação da pena de morte (art. 5º, inc. XLVII, alínea *a*). **Cumprir lembrar, mais uma vez, que a denegação dos serviços essenciais de saúde acaba - como sói acontecer - por se equiparar à aplicação de uma pena de morte para alguém cujo crime foi o de não ter condições de obter com seus próprios recursos o atendimento necessário**, tudo isto, habitualmente sem qualquer processo e, na maioria das vezes, sem possibilidade de defesa, isto sem falar na virtual ausência de responsabilização dos algozes, abrigados pelo anonimato dos poderes públicos. (SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 7ª Edição. RS.Livraria do Advogado/2006, p. 346). Destaquei.

Esse pensamento está em conformidade com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como ilustra a ementa da decisão proferida na ação de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), a seguir transcrita:

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARACTER RELATIVO DA CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRALIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO. (ADPF-MC45/DF, relator Min. Celso de Mello, DJ 29/4/2004).

Do mesmo modo, entende esse Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - IMPOSSIBILIDADE FINANCEIRA - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - INTELGÊNCIA DOS ARTIGOS 196 DA CARTA MAGNA E 153 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL E DA LEI Nº 8.080/90 - DEVER DO MUNICÍPIO DE ZELAR PELA

SAÚDE PÚBLICA - DIREITO QUE SUPLANTA QUALQUER FORMALIDADE BUROCRÁTICA OU INTERESSE FINANCEIRO VISADO PELO ENTE PÚBLICO (...) (Apelação Cível n. 2008.017900-0, de Turvo, Relator Des. Cláudio Barreto Dutra, j. Em 6.6.2008).

Na persecução da concretização das garantias fundamentais aqui citadas, o Ministério Público Federal ajuizou a Ação Civil Pública n. 2008.72.00.012168-4, com intuito de compelir a União a promover a contratação, por tempo determinado, de pessoal para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, de ativação de toda a capacidade de leitos atualmente existentes no Hospital Universitário da Universidade Federal de Santa Catarina e, em definitivo, a sua condenação a fazer concurso público para o preenchimento definitivo dos cargos a serem temporariamente ocupados por força da liminar postulada, pretensão essa confirmada pela Justiça Federal na decisão cujo trecho se transcreve:

(...)

A presente ação tem por escopo o controle da alegada omissão da União na contratação de pessoal necessário para manter em regular funcionamento unidades do Hospital Universitário, vinculado à UFSC, bem como a omissão no suprimento do pessoal indispensável para colocar em funcionamento outras unidades do mesmo nosocômio já inauguradas.

As omissões combatidas nesta ação (a) colocam em risco e/ou afetam direta e indiretamente a saúde da população; (b) deixam desassistida a saúde das pessoas que se utilizam ou que potencialmente utilizariam o mesmo serviço integrado na rede do SUS, uma vez que o HU só atende por esse sistema. (...)

Os direitos sociais não têm por objeto uma singela proteção em abstrato, porquanto ensejam um agir do Estado na sua implementação. O direito à saúde é, pois, um direito eminentemente prestacional, vinculado à utilização dos recursos existentes para sua consecução. Bem por isso, a Constituição Federal de 1988 confere relevância pública às ações e serviços de saúde, nos termos do transcrito art. 197.

Não se olvida que o regramento constitucional do direito à saúde encerra uma carga de relevância econômica, pois o Estado não pode oferecer aos seus cidadãos além daquilo que é financeiramente possível, e a soma das ações adotadas para implementar o direito à saúde representa um custo a repercutir na sua efetivação. Isso esbarra na disponibilidade de orçamento público e nas regras orça-

mentárias. Sobre o tema, dividem-se a doutrina e a jurisprudência, porém destaque-se que as últimas orientações apontam para uma flexibilização dos postulados clássicos, curvando-se à tese de que, num conflito entre princípios constitucionais, deva-se ponderar para que não haja sacrifício para a eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, sustentáculos da dignidade da pessoa humana.

(...)

Pelo visto, também não é possível reconhecer que a União tenha uma limitação de ordem técnica ou financeira para não implementar integralmente o serviço de saúde, com a contratação do pessoal necessário para fazer funcionar integralmente as instalações do HU que foram inauguradas.

Nestes termos, tenho por satisfeito o requisito do *fumus boni juris* para o deferimento da medida liminar.

Quanto ao *periculum in mora*, está caracterizado no prejuízo, de difícil ou impossível reparação, que os usuários do HU/UFSC suportarão com a demora na efetiva utilização de toda a potencialidade daquele hospital, reduzindo as chances de atendimento e cura, sobretudo para pacientes do SUS que necessitem se submeter a intervenções cirúrgicas de maior complexidade e, ainda, a deterioração que recairá sobre o patrimônio público não utilizado.

Ante o exposto, DEFIRO o pedido de antecipação de tutela requerido pelo MPF. (...) (ACP nº 2008.72.00.012168-4, Juiz Federal Hildo Nicolau Peron, 2ª Vara Federal de Florianópolis, j. em 18.12.2008)

Cumprido ressaltar que, diante da decisão acima transcrita, a União – assim como fez o Estado ora recorrente – interpôs Agravo de Instrumento buscando a suspensão da medida liminar concedida pelo juízo *a quo*, que restou desprovido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em julgamento proferido no dia 20.01.2009 (Autos n. 2009.04.00.001839-1/SC, Rel. Des. Federal João Surreaux Chagas).

Julgados como esse, além dos já citados e dos ensinamentos de juristas consagrados, deixam clara a lição de que não se pode sobrepor o princípio da previsão orçamentária (art. 167, inc. II e VI, da CF) ao princípio do atendimento à saúde (art. 6º, 196, 198, inc. II, da CF), pois, tratando-se o direito à saúde de obrigação estatal, despiciendas as alegações de ausência de verbas ou de falta previsão orçamentária, o direito invocado não pode se sujeitar à discricionariedade do administrador, porquanto ao Judiciário compete fazer cumprir as leis.

Assim, não há como o Estado esquivar-se ao cumprimento do dever de adequar as instalações do Hospital Regional de São José às exigências sanitárias, conforme apontado no documento das fls. 659/669, sob a alegação de que é preciso analisar seus impactos financeiros no ente público. Medidas para solução das irregularidades constatadas devem ser adotadas com urgência, frente ao grave risco de contaminação a que estão expostos os usuários dos serviços de saúde prestados no local, preponderando, sobre esse aspecto, as garantias constitucionais máximas do direito à vida e à saúde.

Evidencia-se, mais uma vez, que a fiscalização que deu início a demanda agravada data de 2004 e que o ajuizamento da Ação Civil Pública ocorreu em 17 de março de 2008, lapso temporal mais que suficiente para que o agravante pudesse ter-se programado, destinado recursos e sanado as irregularidades apontadas pela Vigilância Sanitária Estadual. Não cabe, agora, servir-se da própria omissão para defender-se.

3.2 Das providências tomadas pelo Estado quanto às irregularidades sanitárias constantes do Auto de Intimação da Vigilância Sanitária e da razoabilidade na fixação do prazo

O Estado-agravante destaca que estão sendo realizadas obras em todos os hospitais públicos da Grande Florianópolis e que, no que concerne ao Hospital Regional de São José, o setor de emergência foi totalmente reformado. Além disso, juntou documentos referentes à realização, em 2004, de impermeabilização dos blocos A, D e parte do bloco H em 2005, da readequação da unidade de internação 2 A e 3 e, em 2008, da reforma da rede de esgoto.

Afirma, ainda, que: estão em obras os setores de nutrição parenteral, enteral e lactário, com previsão de término este ano; o Sistema de Controle da qualidade da Nutrição Parenteral está sendo providenciado pelo LACEN; está em andamento o projeto de reforma do Centro Cirúrgico e do Centro de Materiais Esterelizados, a ser iniciada neste ano; estão em fase de estudos técnicos a reforma e a adequação do ambulatório geral de pediatria e radiologia; e o processo de reforma da farmácia está pronto para a abertura da licitação.

No mais, alega o agravante que todas as pendências apontadas no auto de fls. 659/669, que não dependiam de obras, foram sanadas,

e que estão pendentes, tão-somente, aquelas que necessitam de obras e que, quanto às pendências relativas à cozinha, foram todas sanadas com a terceirização do serviço, no qual as refeições são preparadas fora do nosocômio e a empresa contratada possui alvará da vigilância sanitária.

Desse modo, tendo em vista que a liminar determinou que todas as irregularidades detectadas fossem sanadas no prazo de 1 (um) ano, a contar da intimação, que se deu em 26.02.2009, restam mais de 8 (oito) meses para que todas elas estejam devidamente sanadas e as obras concluídas, prazo suficiente ante as afirmações acima transcritas sobre as medidas já adotadas. Efetivamente, o agravado espera que as obrigações impostas ao Estado-agravante sejam efetivamente cumpridas, inclusive com a conclusão de todas as obras, em benefício da sociedade, que tem direito a atendimento de saúde de qualidade, sob pena da aplicação da multa estipulada em caso de descumprimento.

A alegação e o requerimento do agravante de que necessita de 3 (três) anos para cumprir as medidas requeridas não podem ser acolhidos. Trata-se de período demasiadamente prolongado. Estamos aqui tratando de vidas humanas em situação de risco, face às más condições em que estão sendo prestados serviços essenciais para manutenção e recuperação da saúde, motivo mais que suficiente para impor medida de eficácia objetiva para resguardar e promover tal interesse do público indisponível.

Por derradeiro, o prazo de 1 (um) ano fixado pelo D. Magistrado *a quo* mostra-se razoável tendo em vista que visa a proteger e garantir a preservação de vidas, ainda mais em se tratando de uma instituição como o Hospital Regional de São José, que atende um contingente enorme de pessoas diariamente. Exige-se providências rápidas e efetivas, sob pena de arriscar-se a integridade de grande número de pacientes e até mesmo dos funcionários.

De outro lado, a experiência tem demonstrado que a prorrogação do prazo estipulado só contribuirá para que outros problemas apareçam nesse ínterim, os quais, então, terão o mesmo tratamento daqueles descritos no Auto das fls. 659/669: o descaso.

3.3 Da Possibilidade de Fixação de Multa

O tema saúde pública constitucionalmente vem definido como direito de todos e dever do Estado, conforme evidencia o art. 196 da CF/88,

e deve ser garantido mediante políticas públicas sociais e econômicas comprometidas com a redução do risco de doenças e outros agravos.

De outro lado, as ações públicas voltadas à densificação material desse direito de todos integram um sistema único em todo o país (art. 198 da CF/88), financiado com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como de outras fontes.

A saúde como princípio fundante de todo o sistema jurídico – a iniciar pelo constitucional – à vida humana digna espelha e vincula-se ao ideário político, social e jurídico predominante no país, ao mesmo tempo em que, face a sua característica de aderência, ele opera sobre os comportamentos estatais ou particulares de forma cogente e necessária. Por tais razões, tem-se sustentado que: (a) todas as normas do sistema jurídico devem ser interpretadas no sentido mais concordante com esse princípio; (b) as normas de direito ordinárias desconformes à Constituição e seus princípios fundacionais (dentre os tais destaco o sob comento) não são válidas.

Justifica-se tal postura, porquanto a saúde como condição de possibilidade da dignidade da pessoa humana, em verdade, passa a construir o que chamamos de indicador constitucional parametrizante do mínimo existencial, porque se afigura como uma das condições indispensáveis: à construção de uma sociedade livre, justa e solidária; à garantia ao desenvolvimento nacional; à erradicação da pobreza e da marginalização, bem como à redução das desigualdades sociais e regionais; e à promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação¹.

Na verdade, esses postulados estão dispersos ao longo de todo o Texto Político, consubstanciando-se nos direitos e garantias fundamentais, individuais e coletivos, nos direitos sociais, como a educação, a saúde, a previdência, etc. Por sua vez, os Poderes Estatais e a própria sociedade civil (através da cidadania ou mesmo de representações institucionais dela) estão ligados a esses indicadores norteadores da República, pois vinculam todos os atos praticados pelos agentes públicos e pela comunidade, no sentido de vê-los comprometidos efetivamente com a implementação daquelas garantias.

1 LEAL, Rogério Gesta. **Estado, Sociedade e Administração Pública**: novos paradigmas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

Se isso é verdade, sustenta-se que qualquer política pública no Brasil tem como função nuclear a de servir como esfera de intermediação entre o sistema jurídico constitucional (e infraconstitucional) e o mundo Republicano, Democrático e Social que se pretende instituir no país. Em outras palavras, é por meio de ações estatais absolutamente vinculadas/comprometidas com os indicadores, parametrizantes de mínimo existencial previamente delimitados, que vai se tentar diminuir a tensão entre validade e faticidade que envolve o Estado e a Sociedade Constitucional e o Estado e a Sociedade Real no Brasil.

O Código de Processo Civil prevê mecanismos que buscam garantir a efetividade das decisões judiciais, autorizando o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, a aplicar a pena de multa, conforme preceitua o art. 461-A, § 3º, *ex vi* do art. 461, § 4º e art. 287, todos do mesmo Diploma Legal. Em sede de Ação Civil Pública, há que se considerar, também, o art. 11 da Lei n. 7.347/1985, que igualmente estabelece a fixação da penalidade.

A jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça admite expressamente a fixação de multa diária contra o Estado, como forma de compelir o Ente Público a cumprir obrigações como, por exemplo, de fornecimento de medicamentos:

PROCESSUAL CIVIL. TUTELA ANTECIPADA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. IMPOSSIBILIDADE. 1) É cabível, inclusive contra a Fazenda Pública, a aplicação de multa diária (astreintes) como meio coercitivo para impor o cumprimento de medida antecipatória ou de sentença definitiva de obrigação de fazer ou entregar coisa, nos termos dos artigos 461 a 461-A do CPC. Nesse sentido é a jurisprudência do STJ, como se pode verificar, por exemplo, nos seguintes precedentes: AgRg no Ag 646240/RS, 1ª Turma, Min. José Delgado, DJ de 13.06.2005; RESP 592132/RS, 5ª Turma, Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 16.05.2005; AgRg no RESP 554776/SP, 6ª Turma, Min. Paulo Medina, DJ de 06.10.2003; AgRg no RESP 718011/TO, 1ª Turma, Min. José Delgado, DJ de 30.05.2005. [...] 4) Recurso Especial provido (RESP nº 766475/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavaski, data: 27.09.2005, DJU 10.10.2005, p. 257).

Por fim, como se não bastasse a segurança constitucional em que todo o cidadão brasileiro se ancora para garantir condições mínimas de vida digna, através dos direitos fundamentais (dentre eles a saúde), a fixação da multa diária, com fulcro no art. 11 da Lei n. 7.347/1985, é

medida que se impõe, sob pena de valer a pena descumprir os primados constitucionais. Tal penalidade deve consistir em montante significativo, capaz de desestimular o não cumprimento da decisão judicial. Deve se revestir de caráter inibitório, de forma que não seja vantajoso à parte desobediente o não atendimento da ordem judicial. Portanto, é absolutamente possível a aplicação da multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), pois se encontra coberta de razoabilidade e cujo o único objetivo é fazer com que o Estado cumpra a obrigação de fazer determinada pelo Juízo às fls. 1119/1123 dos autos principais.

3.4 Da constitucionalidade da criação do Fundo para Reconstituição dos Bens Lesados no Estado de Santa Catarina

Insurge-se o agravante contra a destinação da multa imposta pelo juízo de Primeiro Grau na concessão da medida antecipatória, ao Fundo para Reconstituição dos Bens Lesados – FRBL, conforme requerido pelo Ministério Público na exordial, alegando a inconstitucionalidade do decreto que o criou em Santa Catarina e requerendo destinação diversa à verba.

O FRBL tem previsão no art. 13 da Lei Federal n. 7.347/1985 e foi instituído no Estado de Santa Catarina pelo Decreto n. 1.047/1987, alterado pelos Decretos n. 3.410/1989 e n. 2.666/2004. É destinado à reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valores artísticos, estéticos, históricos e paisagísticos em todo o território catarinense.

O Fundo é constituído por receita decorrente de condenações judiciais pelos danos descritos anteriormente, por doações, transferências orçamentárias, multas aplicadas em caso de descumprimento de ordens judicial, indenizações estabelecidas extrajudicialmente em Termos de Ajustamento de Conduta e rendimentos de depósitos bancários e aplicações financeiras (observadas as disposições legais pertinentes). É gerenciado por um Conselho Estadual, tendo como Presidente um Procurador de Justiça, indicado pelo Procurador-Geral de Justiça, além de representantes das Secretarias de Estado da Tecnologia, Energia e Meio Ambiente; da Justiça e Administração; **da Procuradoria-Geral do Estado**; e três representantes de associações de proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (redação

dada pelo Decreto Estadual n. 534/1991).

O agravante embasa a afirmação de que a Lei n. 7.437/1985, que criou o fundo no âmbito da União, não serve para instituí-lo nos Estados-membros, em respeito ao princípio federativo e que, portanto, estes devem aprovar leis que venham a criar o Fundo e seu Conselho Gestor para, posteriormente, regulamentá-lo por meio de decreto, sendo inconstitucional a regulamentação de lei federal por via de decreto estadual.

Carece de razão o Estado-agravante. Isso porque a Lei n. 7.347/1985 estabeleceu linhas gerais sobre a criação e destinação das verbas condenatórias ao Fundo, de acordo com a competência legislativa de iniciativa da União conferida pela Constituição Federal em seu art. 165, § 9º, inc. II, o que não impede que os Estados-membros o regulamentem por via de decreto, pois não se trata de competência legislativa exclusiva ou privativa da União.

Aliás, o próprio texto legal citado anteriormente faz menção expressa à gestão do Fundo por Conselho Estadual com participação do Ministério Público e representantes da comunidade e, em nenhum momento, determina que sua criação seja realizada através de lei específica.

Veja-se:

Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.

Parágrafo único. Enquanto o fundo não for regulamentado, o dinheiro ficará depositado em estabelecimento oficial de crédito, em conta com correção monetária. (grifei).

Por outro lado, depreende-se da análise do texto legal acima que ao falar em *regulamentação* não haveria a necessidade de edição de nova lei para criar o Fundo no âmbito de cada unidade da federação, mas sim apenas a sua regulamentação, inclusive através de decreto estadual, conforme fez o Decreto n. 1.047/1987.

Causa, no mínimo, estranheza a tese de inconstitucionalidade incidental do Decreto em referência, quando a **própria Procuradoria-Geral do Estado nele tem assento**, que é representado, atualmente, pela Dra. Cristina Maria Caputo, conforme documento anexo.

Por uma questão de coerência, caso realmente considerasse inconstitucional a norma legal que regulamentou o FRBL de Santa Catarina, a Procuradoria-Geral do Estado não deveria dele participar, muito menos validar as decisões tomadas pelo Conselho Gestor, através do voto de sua representante.

Portanto, merece ser afastada a inconstitucionalidade do Fundo para Reconstituição dos Bens Lesados – FRBL aventada pelo recorrente.

4 DOS PEDIDOS

Diante de todo o exposto, o Ministério Público requer o conhecimento e desprovemento do Agravo de Instrumento interposto, mantém-se o r. *decisum* prolatado pelo culto Juízo Monocrático, que deferiu a medida liminar determinando a adequação das irregularidades sanitárias do Hospital Regional de São José, de acordo com o Auto de Intimação de fls. 659/669 dos autos principais, no prazo de um ano, bem como a imposição de multa em caso de descumprimento.

Termos em que,

Pede Deferimento.

Florianópolis, 05 de junho de 2009.

SONIA MARIA DEMEDA GROISMAN PIARDI

PROMOTORA DE JUSTIÇA

III PRÊMIO MILTON LEITE DA COSTA - 2009
Categoria A: Peça Processual - 2º lugar

Analú Librelato Longo
Promotora de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina

EXCELENTÍSSIMO JUIZ DE DIREITO DA UNIDADE DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DA CAPITAL - SC

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA, por meio dos Promotores de Justiça infra-assinados, no uso de suas atribuições legais, vem, perante Vossa Excelência, com fundamento nos artigos 127 e 129, inciso III, ambos da Constituição da República Federativa do Brasil, artigos 1º, inciso IV, e 5º, ambos da Lei n. 7.347/1985; e artigo 17 da Lei n. 8.429/1992, e com base nos documentos extraídos do **Procedimento Administrativo Preliminar n. 082/2008/26ª PJC**, promover a presente

AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Atuação	Florianópolis	Edição Especial - Prêmio Milton Leite da Costa 2009/2010	p. 33- 54	2011
---------	---------------	--	-----------	------

em face de

Constâncio Alberto Salles Maciel, inscrito no CPF sob o n. 216.040.539-68, Secretário Municipal da Administração, a ser encontrado na Secretaria Municipal da Administração, localizada na rua Conselheiro Mafra n. 656, Centro, Florianópolis, CEP 88010-102;

Rosemeri Bartucheski Berger, inscrita no CPF sob o n. 563.563.669-14, residente na rua Desembargador Pedro Silva n. 3300, Itaguaçu, Florianópolis-SC, CEP 88080-701;

Sandro Ricardo Fernandes, inscrito no CPF sob o n. 594.198.579-72, a ser encontrado na Secretaria Municipal de Administração, localizada na rua Conselheiro Mafra n. 656, Centro, Florianópolis, como também em seu endereço residencial, na rua Antônio José Duarte n. 260, ap. 303, Coqueiros, Florianópolis, CEP 88080-120;

Maria Ester Schorn Harb, portadora da CI n. 1070811136, a ser encontrada na Secretaria Municipal da Administração, localizada na rua Conselheiro Mafra n. 656, Centro, Florianópolis, CEP 88010-102;

Maurício José Espíndola, inscrito no CPF sob o n. 485.028.049-87, a ser encontrado na Secretaria Municipal da Administração, localizada na rua Conselheiro Mafra n. 656, Centro, Florianópolis, CEP 88010-102;

Mário Pires, inscrito no CPF sob o n. 044.957.539-08, residente na rua Madalena Barbi n. 39, ap. 502, Centro, Florianópolis, CEP 88015-190;

Mário Pires Comércio - ME, inscrita no CNPJ sob o n. 07.378.579/0001-70, na pessoa de seu representante legal, Mário Pires, inscrito no CPF sob o n. 044.957.539-08, residente na rua Madalena Barbi n. 39, ap. 502, Centro, Florianópolis, CEP 88015-190;

Inézia Rosa Silveira, inscrita no CPF sob o n. 693.553.809-25, residente na rua Prefeito Dib Cherem n. 2829, ap. 101, Capoeiras, Florianópolis, CEP 88090-000;

Maria Elizabeth Silveira Pires, inscrita no CPF sob o n. 691.462.099-72, residente na rua Madalena Barbi, n. 39, ap. 502, Centro, Florianópolis, CEP 88015-190, a ser encontrada, também, na Inézia Rosa Silveira Ltda. ME - Ótica Master, localizada na rua Felipe Schmidt n. 249, sala 19, Centro Comercial ARS, Centro, Florianópolis, CEP 88010-001;

Inézia Rosa Silveira ME - Ótica Máster, inscrita no CNPJ sob

01.862.621/001-47, na pessoa de sua representante legal, Inézia Rosa Silveira, inscrita no CPF sob o n. 693.553.809-25, residente na rua Prefeito Dib Cherem n. 2829, ap. 101, Capoeiras, Florianópolis, CEP 88090-000;

José Henrique Lisboa da Silva, inscrito no CPF sob o n. 743.536.409-68, residente na rua Prof. Egídio Ferreira, n. 1100, ap. 106, Bloco 40, Conj. Hab. Panorama, Florianópolis, CEP 88090-500;

Andréia dos Santos, inscrita no CPF sob o n. 835.952.529-34, residente na rua Prof. Egídio Ferreira, n. 1100, ap. 106, Bloco 40, Conj. Hab. Panorama, Florianópolis, CEP 88090-500;

Mário Ricardo Pires, inscrito no CPF sob o n. 088.154.880-49, residente na rua 1451, n. 100, ap. 203, Centro, Balneário Camboriú, CEP 88330-801;

J.H.S Comércio e Importação de Materiais Ópticos Ltda. ME, inscrita no CNPJ sob o n. 06.169.043/0001-81, na pessoa de seu representante legal, **José Henrique Lisboa da Silva**, inscrito no CPF sob o n. 743.536.409-68, residente na rua Prof. Egídio Ferreira, n. 1100, ap. 106, Bloco 40, Conjunto Habitacional Panorama, Florianópolis, CEP 88090-500;

Adelmar Assis Cordeiro, inscrito no CPF sob o n. 674.838.019-72, a ser encontrado em seu endereço comercial na rua Felipe Schmidt n. 249, sala 24, Centro Comercial ARS, Centro, Florianópolis, CEP 88010-001 (Adelmar Assis Cordeiro ME - Ótica Veja);

Adelmar Assis Cordeiro ME - Ótica Veja, inscrita no CNPJ sob o n. 03.720.577/001-66, com sede na rua Felipe Schmidt n. 249, sala 24, Centro Comercial ARS, Centro, Florianópolis-SC, CEP 88010-001, por seu representante legal, **Adelmar Assis Cordeiro**, inscrito no CPF sob o n. 674.838.019-72;

Elenita Nhoatto, inscrita no CPF sob o n. 296.563.629-34, residente na rua 1451, n. 100, ap. 203, Centro, Balneário Camboriú, CEP 88330-801;

Mário Nhoatto Pires, inscrito no CPF sob n. 049.069.919-71, residente na rua 1451, n. 100, ap. 203, Centro, Balneário Camboriú, CEP 88330-801;

Centro Ótico Itapema Ltda. ME, inscrita no CNPJ sob n. 03.328.545/0001-10, com sede na avenida Nereu Ramos n. 3082, sala 2, Meia Praia, Itapema, CEP 88220-000, por sua representante legal, **Elenita Nhoatto**, CPF 296.563.629-34, residente na rua 1451, n. 100, ap. 203, Centro, Balneário Camboriú, CEP 88330-801;

pelos fatos e fundamentos jurídicos que passa a expor e, ao final, requerer.

Inicialmente, cabe dizer que o apurado no Procedimento **Administrativo Preliminar n. 082/2008/26^a PJC** demonstrou a prática de atos de improbidade e condutas delitivas em licitações ocorridas nos anos de 2006, 2007 e 2008, diante dos vínculos familiares e subjetivos entre os supostos concorrentes com a participação de agentes públicos (doc. 1 e doc. 2).

Todos os certames têm em comum o fato de terem sido realizados no âmbito da Secretária de Assistência Social do Município de Florianópolis para a contratação de empresa especializada no fornecimento de armação e lentes de óculos de grau ao atendimento dos usuários de Projeto Social, além da presença constante de alguns particulares.

Todavia, diante da alternância de agentes públicos envolvidos e algumas empresas conluídas, embora alguns personagens (os articuladores) sejam comuns nas três licitações (2006, 2007 e 2008), optou-se pela cisão dos casos para a propositura da ação a fim de proporcionar uma melhor compreensão dos fatos e mais eficiência na prestação jurisdicional.

A presente ação, portanto, refere-se ao certame regido pelo edital Convite n. 058/SADM/DLCC, ocorrido no ano de 2007, e os documentos que a acompanham foram extraídos do PAP n. 082/2008/26^a PJC.

1 DA LEGITIMIDADE PASSIVA

A Lei de Improbidade Administrativa delimita como sujeitos passivos de atos de improbidade, dentre outros, os órgãos da Administração Direta, Indireta ou Fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, Distrito Federal e dos Municípios, e como sujeitos ativos todas as pessoas que exercem, mesmo que temporariamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nos órgãos das citadas entidades (arts. 1º e 2º da Lei n. 8.429/1992). As penas da citada Lei são aplicáveis, também, a todo aquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática de ato de improbidade ou dele se beneficie, direta ou indiretamente (art. 3º do mesmo diploma legal).

Estão no polo passivo da presente Ação Civil Pública:

Constâncio Alberto Salles Maciel, na época, Secretário Municipal da Administração;

Rosemeri Bartucheski Berger, na época, Secretária Municipal de Assistência Social.

Sandro Ricardo Fernandes, na época, Diretor Central de Licitações, Contratos e Convênios;

Maria Ester Schorn Harb, na época, Presidente da Comissão Permanente de Licitação para Materiais e Serviços;

Maurício José Espíndola, na época, membro da Comissão Permanente de Licitação para Materiais e Serviços e presente ao ato de abertura dos envelopes;

Mário Pires proprietário da empresa **Mário Pires Comércio ME** (doc. 3), suposto concorrente da Licitação;

Inézia Rosa Silveira, proprietária da empresa **Inézia Rosa Silveira ME** (nome fantasia Ótica Master), suposta concorrente da Licitação (doc. 4);

Maria Elizabeth Silveira Pires, gerente da empresa **Inézia Rosa Silveira ME** (doc. 5);

José Henrique Lisboa da Silva e **Andréia dos Santos**, supostos proprietários da empresa **J.H.S Comércio e Importação de Materiais Opticos Ltda. ME**, essa, por sua vez, suposta concorrente da Licitação (doc. 6);

Mário Ricardo Pires, o verdadeiro proprietário da empresa **J.H.S Comércio e Importação de Materiais Opticos Ltda. ME** (doc. 7);

Adelmar Assis Cordeiro, proprietário da empresa **Adelmar Assis Cordeiro ME - Ótica Veja**, essa, por sua vez, suposta concorrente da Licitação (doc. 8); e

Elenita Nhoatto e **Mário Nhoatto Pires**, proprietários da empresa **Centro Ótico Itapema Ltda. ME**, essa, por sua vez, suposta concorrente na licitação (doc. 9).

2 DOS FATOS

Em 25 de janeiro de 2007, a Secretaria Municipal de Assistência Social solicitou a abertura de Processo Licitatório para contratação de empresa especializada no fornecimento de armação e lentes de óculos de grau, acompanhada da pesquisa de mercado (doc. 10¹, fls. 1209/1212).

Em 9 de fevereiro de 2007, **Sandro Ricardo Fernandes**, Diretor de Licitações, Contratos e Convênios, e **Constâncio Alberto Salles Maciel**, Secretário Municipal da Administração, lançaram o Edital Convite n. 058/SADM/DLCC/2007 (doc. 10, fls. 1214/1224), sem Parecer Jurídico Prévio.

O referido Edital (doc. 10, fls. 1214/1224) não continha exigência quanto à habilitação jurídica dos participantes (art. 28 da Lei n. 8.666/1993) – apresentação do contrato social ou equivalente, embora no item 2.1 estivesse consignado ser possível a participação de empresas cadastradas ou não no Município de Florianópolis.

Em 16 de fevereiro de 2007, **Sandro Ricardo Fernandes**, Diretor Central de Licitações, Contratos e Convênios, fez publicar o Aviso de Licitação n. 58 (doc. 10, fl. 1225).

Ainda na referida data, a Presidente da Comissão Permanente de Licitação, **Maria Ester Schorn Harb** (doc. 10, fl. 1229), enviou convite às mesmas 3 (três) empresas convidadas no ano anterior (Convite n. 131/SADM/DLCC/2006 – doc. 11): a) Inézia Rosa Silveira – ME (doc. 10, fl. 1.226); b) J.H.S Comércio e Importação de Materiais Ópticos Ltda. ME (doc. 10, fl. 1.227); c) Mário Pires Comércio – ME (doc. 10, fl. 1.228).

Receberam os convites pelas empresas, todos no dia 16 de fevereiro de 2007: a) Inézia Rosa Silveira; b) José Henrique Lisboa da Silva; e c) Mário Pires, respectivamente.

No dia da abertura dos envelopes, em 1º de março de 2007, presentes **Mária Ester Schorn Harb** e **Maurício José Espíndola**, Membros da Comissão, nenhum dos representantes das empresas esteve presente à reunião (doc. 10, fl. 1.245).

As evidências do conluio já se tornam evidentes. Além do não comparecimento dos supostos concorrentes, segundo a Ata de Recebimento da Documentação (doc. 10, fl. 1.245), a empresa **Inézia Rosa Silveira ME**

1 Os números das folhas referidos após o “doc. 10” referem-se aos números das folhas do PAP n. 082/2008/26ª.

não apresentou a maioria dos documentos exigidos: Certidão Negativa do INSS, Certidão da Dívida Ativa da União, Certidão Negativa Federal, Certidão Negativa Estadual e Certidão de Regularidade do FGTS, motivo pelo qual foi inabilitada.

A empresa **J.H.S Comércio e Importação de Materiais Ópticos Ltda. ME**, por sua vez, não apresentou sequer o envelope com a documentação habilitatória, somente um envelope contendo sua proposta, o que também a tornou inabilitada (doc. 10, fl. 1245).

Não havendo outra alternativa, já que o conluio estava visível aos olhos de todos, **Maria Ester Schorn Harb** exarou parecer pela repetição da sessão de abertura dos envelopes, estendendo o convite a outras empresas do ramo (fl. 1258), o que foi acatado por **Sandro Ricardo Fernandes** (doc. 10, fl. 1259).

Em 2 de abril de 2007, **Sandro Ricardo Fernandes**, Diretor Central de Licitações, Contratos e Convênios, fez publicar novamente o Aviso de Licitação n. 58/2007 (doc. 10, fl. 1241).

Em 2 de abril de 2007, a Presidente da Comissão Permanente de Licitação, **Maria Ester Schorn Harb**, enviou convite a outras duas empresas não cadastradas no Cadastro de Fornecedores do Município: a) **Adelmar Assis Cordeiro ME - Ótica Veja** (doc. 10, fl. 1.242); b) **Centro Ótico Itapema Ltda.** (doc. 10, fl. 1243), e o repetiu ao onipresente **Mário Pires Comércio - ME** (doc. 10, fl. 1.244).

Os convites foram recebidos pelas empresas, todos no dia 2 de abril de 2007 (doc. 10, fls. 1242/1244).

Na nova data de abertura dos envelopes (12 de abril de 2007), os três supostos concorrentes foram considerados habilitados, mesmo diante do evidente parentesco, sobrinho e tio, entre **Mário Pires** (proprietário da ótica **Mário Pires Comércio ME**) e **Mário Nhoato Pires** (um dos proprietários da empresa **Centro Ótico Itapema Ltda**), pelos membros da Comissão presentes, **Maria Ester Schorn Harb** e **Maurício José Espíndola** (doc. 10, fl. 1280).

Estranhamente não há na cópia do Procedimento Licitatório enviada ao Ministério Público, por meio do Ofício n. 1093/SADM/08 (doc. 10), cópia do Relatório de Julgamento. Pelas cópias das Propostas de Preços a vencedora teria sido a empresa **Mário Pires Comércio ME** (a mesma do ano anterior, doc. 11).

Na sequência de atos e fatos estranhos, há um pedido em 17 de abril de 2007, de **Rosemeri Bartucheski Berger**, no sentido de que fosse revogado o Processo Licitatório, por falta de interesse em contratar (doc. 10, fl. 1287), o que foi acatado por Sandro Ricardo Fernandes (doc. 10, fl. 1288).

Esse pedido é particularmente estranho porque não foi oferecida qualquer justificativa para a repentina “falta de interesse em contratar”, quando previamente esse mesmo interesse e a necessidade do aludido contrato haviam sido sustentados pela Secretaria Municipal de Assistência Social, fato que deixou, mais uma vez, a população carente do Município desprovida de um importante programa de assistência social durante o ano de 2007 (o Contrato de 2006 foi durou até fevereiro de 2007).

3 DO DIREITO

Visando a dar aplicabilidade ao preceito inscrito no artigo 37, § 4º, da Constituição da República, o legislador ordinário editou, em 2 de junho de 1992, a Lei n. 8.429, que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional, estabelecendo sanções específicas aos atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito (art. 9º), que causam prejuízo ao erário (art. 10), e que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11).

As condutas de todos os réus, conforme serão abaixo esmiuçadas, amoldam-se às hipóteses de improbidade previstas no artigo 10, *caput* e inciso VIII, e, subsidiariamente, ao art. 11 *caput*, todos da Lei n. 8.429/1992, como será a seguir demonstrado, embora com algumas variações diante da participação de cada um.

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente; (sem grifo no original)

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

A Lei n. 8.429/1992, ao assim dispor, considerou que a frustração da licitude da licitação já traz ínsita a lesividade decorrente da não oportunização à Administração Pública da aquisição da coisa ou a contratação dos serviços mais vantajosos, sendo, portanto, desnecessária a demonstração efetiva do prejuízo sofrido pelo erário, nos termos do inciso I do artigo 21 da Lei da Improbidade Administrativa.

Constâncio Alberto Salles Maciel, Secretário Municipal da Administração, fez publicar, em 9 de fevereiro, o edital do Convite n. 058/SADM/DLCC/2007.

O citado Edital foi publicado sem parecer jurídico prévio.

A conduta, além de contrariar o disposto no parágrafo único do art. 38 da Lei de Licitações, permitiu que o Convite fosse enviado às mesmas três empresas participantes do Certame realizado no ano anterior, o que também contraria o artigo 22, § 6º, da já citada Lei de Licitações:

Parágrafo Único. As minutas de editais de licitação, bem como as do contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinados e aprovadas por assessoria jurídica da Administração.

§ 6º Na hipótese do § 3º deste artigo, existindo na praça mais de 3 (três) possíveis interessados, **a cada novo convite, realizado para objeto idêntico ou assemelhado, é obrigatório o convite a, no mínimo, mais um interessado, enquanto existirem cadastrados não convidados nas últimas licitações.** (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994) (sem grifo no original)

Como se não bastasse, o referido Edital foi omissivo quanto à necessidade de apresentação de documentação relativa à habilitação jurídica pelas empresas não cadastradas. A omissão contrariou o disposto nos

arts. 28² e 40, inc. VI³, da Lei de Licitações, e teve por fim fazer com que o vínculo de parentesco entre os proprietários das empresas **Mário Pires Comércio ME** e **Inézia Rosa Silveira ME** e, da mesma forma, num segundo momento, entre os proprietários das empresas **Mário Pires Comércio ME** e **Centro Ótico Itapema Ltda. ME** não fosse facilmente percebido.

Nos termos do artigo 3º da Lei n. 8666/1993:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato [...]. sem grifo no original

As omissões do réu **Constâncio Alberto Salles Maciel**, por si só e ainda que culposas, já são ilegais, como demonstrado acima, e tornam-

2 Art. 28. A documentação relativa à habilitação jurídica, conforme o caso, consistirá em:

I - cédula de identidade;

II - registro comercial, no caso de empresa individual;

III - ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado, em se tratando de sociedades comerciais, e, no caso de sociedades por ações, acompanhado de documentos de eleição de seus administradores;

IV - inscrição do ato constitutivo, no caso de sociedades civis, acompanhada de prova de diretoria em exercício;

V - decreto de autorização, em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no País, e ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir.

3 Art. 40. O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

[...]

VI - condições para participação na licitação, em conformidade com os arts. 27 a 31 desta Lei, e forma de apresentação das propostas;

se mais gravosas quando se verifica que assim agiu e se omitiu para ocultar o conluio entre os supostos concorrentes da Licitação. Afinal, **Mário Pires** e **Inézia Rosa Silveira** são avó e neto (doc. 2), tendo em comum o vínculo com o Vereador Juarez Silveira, por muito tempo líder do governo na Câmara de Vereadores (doc. 12). Ainda, **Mário Pires** e **Mário Nhoato Pires** (um dos proprietários da empresa **Centro Ótico Itapema Ltda.**) são sobrinho e tio (doc. 2).

Rosemeri Bartucheski Berger já ocupava a Pasta da Assistência Social desde 2005. No ano de 2006, participou ativamente do Processo Licitatório **Convite n. 131/SADM/DLCC** (doc. 11).

Nesse certame, conforme narrado em outra Ação Civil Pública, cuja cópia será oportunamente juntada aos autos, teve conhecimento e aderiu ao conluio entre essas mesmas empresas (**Mário Pires Comércio ME** e **Inézia Rose Silveira ME**) com seus atos e omissões.

Na licitação, em questão, estranhamente e imotivadamente, em 17 de abril de 2007, solicitou ao Diretor Central de Licitações, Contratos e Convênios a revogação do Processo Licitatório, por falta de interesse (doc. 10, fl. 1287), o que foi acatado por **Sandro Ricardo Fernandes** (doc. 10, fl. 1288).

Ouvida no Ministério Público, a Ré disse não se recordar das razões da revogação (doc. 13).

Veja-se que sua conduta contraria inicialmente o teor do artigo 49 da Lei n. 8666/1993:

Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.

§ 1º A anulação do procedimento licitatório por motivo de ilegalidade não gera obrigação de indenizar, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

§ 2º A nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

§ 3º No caso de desfazimento do processo licitatório, fica assegurado o contraditório e a ampla defesa.

Por certo, a Ré em questão viu-se acuada com o cenário de fraude que mais uma vez se repetia e saltava aos olhos de todos (participação das empresas conluiadas e o êxito da empresa **Mario Pires Comércio ME**) e preferiu recuar com a adesão ao conluio.

Todavia, não é essa a conduta exigida de um administrador. Tendo conhecimento da fraude no processo licitatório deveria **Rosemeri Bartuchski Berger** agir ou comunicar a quem de direito, nos termos dos artigos 87 e 88, incisos II e III da Lei n. 8.666/1993⁴, e não simplesmente omitir-se revogando a licitação como se nada que justificasse tivesse ocorrido.

Sandro Ricardo Fernandes era o Diretor Central de Licitação, Contratos e Convênios, a quem cabia tomar as devidas providências, nos termos do já citado Decreto Municipal:

Art. 3º Ao Órgão Central do Sistema de licitações, contratos e convênios, compete [...]:

IV - centralizar as licitações do Poder Executivo Municipal;

VI - analisar e aprovar previamente os editais de licitação, os contratos e os convênios, quando autorizada a sua deflagração pelo Chefe do Poder Executivo;

4 Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções: I - advertência; II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato; III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos; IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior;

§ 1º Se a multa aplicada for superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, que será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou cobrada judicialmente. § 2º As sanções previstas nos incisos I, III e IV deste artigo poderão ser aplicadas juntamente com a do inciso II, facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis.

§ 3º A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação.

Art. 88. As sanções previstas nos incisos III e IV do artigo anterior poderão também ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos por esta Lei:

I - tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos;

II - tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação;

III - demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados.

VII - administrar o cadastro central de materiais, fornecedores e prestadores de serviços;

VIII - solicitar do órgão executor do Contrato ou Convênio informações a respeito da sua fiel execução;

IX - manter arquivo com cópia de todos os Contratos e Convênios firmados pela Administração pública municipal; Parágrafo Único - Sempre que for constatada qualquer irregularidade no cumprimento da contratação ou do convênio, a Diretoria deverá, *in continenti*, relatar formalmente a ocorrência ao Secretário da Administração para as providências necessárias.

Sandro Ricardo Fernandes: a) era o responsável pelo órgão que centralizava (e ainda centraliza) todas as licitações do Município de Florianópolis; b) fez publicar o Edital do Convite n. 058/SADM/DLCC/2007, sem parecer jurídico prévio e com as omissões relativas à habilitação jurídica, além dos Avisos de Licitação n. 58 (doc. 10, fls. 1225 e 1241); c) analisou previamente o Edital do Convite n. 058/SADM/DLCC2007 e, por consequência, os convites enviados aos três participantes que eram os mesmos participantes do ano anterior; d) tinha conhecimento que os primeiros três convidados (J.H.S Comércio e Importação de Materiais Ópticos Ltda. ME, Inézia Rosa Silveira - ME e Mário Pires Comércio ME) não eram cadastrados, já que era sua função administrar o cadastro central de fornecedores e, portanto, sabia das cautelas que deveriam ser tomadas (doc. 14); e) tinha conhecimento de que os dois novos participantes convidados, no segundo momento (Adelmar Assis Cordeiro ME - Ótica Veja e Centro Ótico Itapema Ltda.), igualmente não eram cadastrados até aquela data (doc. 15); f) tinha conhecimento do vínculo subjetivo entre, pelo menos, dois dos participantes, Mário Pires e Inézia Rosa Silveira; g) permitiu que os novos convites fossem enviados para duas empresas com indiscutível vínculo de parentesco (Mário Pires ME e Centro Ótico Itapema Ltda.), tanto que fez publicar, como já dito acima, o Edital Convite 058/SADM/DLCC/2007, com a omissão relativa à habilitação jurídica para que justamente essa vinculação não fosse facilmente percebida; h) revogou o processo licitatório em questão, aparentemente sem motivação (o que contraria o art. 49 da Lei n. 8.666/1993), omitindo-se ao seu dever funcional de, tendo conhecimento da fraude, tal qual a Secretária de Assistência Social, comunicar a quem de direito para aplicação dos arts. 87 e 88 da Lei n. 8.666/1993.

Maria Ester Schorn Harb, na qualidade de Presidente da Comissão

Permanente de Licitações para Materiais e Serviços, enviou os Convites às mesmas empresas convidadas no ano anterior (Convite n. 131/SADM/DLCC/2006 – doc. 11): a) Inézia Rosa Silveira – EPP (doc. 10, fl. 1.226); b) J.H.S Comércio e Importação de Materiais Ópticos Ltda – ME (doc. 10, fl. 1.227); e c) Mário Pires Comércio – ME (doc. 10, fl. 1.228).

Tal conduta, como já dito, contraria frontalmente o disposto no artigo 22, § 6º, da já citada Lei de Licitações e demonstra o *animus* da Ré em contribuir para o conluio:

§ 6º Na hipótese do § 3º deste artigo, existindo na praça mais de 3 (três) possíveis interessados, a cada novo convite, realizado para objeto idêntico ou assemelhado, é obrigatório o convite a, no mínimo, mais um interessado, enquanto existirem cadastrados não convidados nas últimas licitações. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

Após, num segundo momento, manteve o Convite à empresa Mário Pires ME (por intermédio de **Mário Pires**, um dos grandes articuladores de todo o esquema) e convidou outras duas empresas não cadastradas: Ademar Assis Cordeiro ME – Ótica Veja (doc. 10, fl. 1.242) e Centro Ótico Itapema Ltda. (doc. 10, fl. 1243).

Como se não bastasse, além de enviar os referidos Convites, ainda, de posse de toda a documentação apresentada no envelope destinado à fase habilitatória, considerou as empresas Mário Pires Comércio ME e Centro Ótico Itapema Ltda. ME habilitadas (doc. 10, fl. 1280).

Uma simples análise da documentação da empresa Centro Ótico Itapema Ltda. já chama a atenção: um dos proprietários é **Mário Nhoatto Pires** (doc. 9).

Mário Nhoatto Pires, é filho de **Mário Ricardo Pires**, que por sua vez é avô paterno de **Mário Pires** (proprietário da empresa **Mário Pires Comércio ME**) (doc. 2).

Quando ouvida no Ministério Público, **Maria Ester Schorn Harb** disse não se recordar desta Licitação em específico, diante do grande número de certames realizados pelo Município (doc. 16).

A conclusão que exsurge, pelo até então apurado, é que **Maria Ester Schorn Harb** tinha conhecimento do vínculo subjetivo que unia os dois primeiros supostos concorrentes (**Mário Pires** e **Inézia Rosa Silveira**), tanto que aderiu ao conluio repetindo os convites aos mesmos participantes do ano anterior.

Da mesma forma, tinha conhecimento do vínculo subjetivo que unia as empresas **Mario Pires ME** e **Centro Ótica Itapema Ltda ME**: primeiro porque, pela análise da documentação das empresas, era possível facilmente chegar até tal informação; segundo, porque a empresa **Centro Ótico Itapema Ltda. ME** não era cadastrada no Cadastro de Fornecedores do Município e, além disso, localiza-se em Itapema.

Florianópolis conta atualmente com cerca de, no mínimo, 187 (cento e oitenta e sete) óticas (doc. 17). Por que a Ré optaria por convidar uma empresa de outro Município, em detrimento de todas as que aqui estão localizadas, e justamente uma que possuía vínculo de parentesco com **Mário Pires**? A resposta não pode ser outra a não ser a de que tinha total conhecimento do conluio e a ele aderiu.

Nas palavras de Marçal Justen Filho⁵, aplicáveis à conduta da Ré e a de **Sandro Ricardo Fernandes**, quando a administração optar por convidar sujeito não cadastrado, deve haver evidência objetiva de que o sujeito convidado encontra-se em situação de participar e executar o objeto licitado.

E continua:

Não é possível que a Administração simplesmente invoque uma competência discricionária como fundamento de sua decisão de direcionar o convite para um sujeito não cadastrado. Assim, seria viciada a atuação administrativa que se restringisse a verificar nas “Páginas Amarelas” as empresas existentes no mercado, selecionando algumas delas de modo aleatório para participarem da licitação. Para escolher os beneficiários do convite, de modo válido, a Administração tem de apontar motivos adequados e evidências objetivas autorizando sua escolha.

É óbvio que, ao remeter o convite, a Administração não necessita fazer constar da correspondência tais motivos. Mas deverão estar consignados nos autos do procedimento administrativo da licitação. A ausência de motivação da escolha de um particular não cadastrado para receber o convite autoriza impugnação. Qualquer dos licitantes cadastrados pode opor-se à decisão da autoridade administrativa, cuja ausência de motivação autorizará presunção de desvio de poder.

Portanto, dirigir convite a não cadastrado envolve não apenas a formulação de critérios discriminatórios adequados mas a adoção de cautelas satisfatórias para evitar a contratação de um sujeito inidôneo.

⁵ Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 11ª ed. São Paulo : Dialética, 2005. p. 199.

Maurício José Espíndola, na qualidade de membro da Comissão Permanente de Licitações para Materiais e Serviços (doc. 10, fl. 1229), inicialmente permitiu, tendo conhecimento, a repetida participação de **Inézia Rosa Silveira ME, Mário Pires ME e J.H.S Comércio e Importação de Materiais Ópticos Ltda. ME** (doc. 10, fl. 1245). Registre-se que o Réu no ano de 2006 era membro da Comissão Permanente de Licitações para Cadastro e Habilitação e participou ativamente da licitação Convite n. 131/DLCC/SADM, na qual os participantes foram os mesmos (doc. 11 e doc. 18).

[...] que reconhece como sendo sua a assinatura constante na ata de recebimento da documentação e propostas referente ao convite 131/2006, constante na fl. 31; que o depoente assinou a referida ata na qualidade de membro da Comissão Permanente de Licitações para Cadastro e Habilitação; (doc. 18)

Nessa oportunidade, em 2006, pode constatar a conduta incompatível, de verdadeiros concorrentes, de **Inézia Rosa Silveira ME e J.H.S Comércio e Importação de Materiais Ópticos Ltda. ME**, quando protocolaram os envelopes de documentação no mesmo horário, não se fizeram presentes ao ato de abertura dos envelopes e, ainda, quando **Inézia Rosa Silveira ME** não apresentou boa parte da documentação exigida, nitidamente abrindo espaço para o neto, **Mário Pires**, com sua empresa, **Mário Pires ME**, vencer a licitação.

Na licitação que trata a presente Ação, ocorrida no ano de 2007, o que era dúvida passa a restar claro. **Maurício José Espíndola** nitidamente aderiu ao conluio quando, juntamente com **Maria Ester Schorn Harb**, além de, num primeiro momento, permitir a repetida participação (acima referida), num segundo momento, considerou habilitadas as empresas **Mário Pires Comércio ME e Centro Ótico Itapema Ltda.**, mesmo tendo conhecimento do vínculo de parentesco que unia os supostos concorrentes (doc. 10, fl. 1280).

Como dito acima, quando da análise da conduta de **Maria Ester Schorn Harb, Maurício José Espíndola** tinha conhecimento do vínculo subjetivo que unia as referidas empresas bastando uma análise eficiente da sua documentação.

Mário Pires, ex-funcionário do gabinete do vereador Juarez Silveira, seu tio, e proprietário da empresa **Mário Pires Comércio ME**, admitiu, em depoimento prestado ao Ministério Público (doc 19), que a

única movimentação de sua empresa no ano de 2006 foi o fornecimento de óculos ao Município de Florianópolis.

Mário Pires é filho de **Júlio Silveira Pires** e **Maria Elizabeth Silveira Pires**. **Maria Elizabeth**, por sua vez, é filha de **Inézia Rosa Silveira** e irmã de **Juarez Silveira**. **Júlio Silveira Pires** é filho de **Mário Ricardo Pires**. (doc. 2).

Inézia Rosa Silveira, mãe do vereador **Juarez Silveira**, é proprietária formal da empresa **Inézia Rosa Silveira ME - Ótica Master**, uma das supostas concorrentes da licitação (doc. 4). **Inézia Rosa Silveira** é avó materna de **Mário Pires**.

Maria Elizabeth Silveira Pires estava à frente da ótica **Inézia Rosa Silveira ME - Ótica Máster**. Quando ouvida no Ministério Público em Procedimento diverso (doc. 5), informou que trabalha na referida ótica e que sua mãe (**Inézia**) abriu a empresa para a família. **Maria Elizabeth Silveira Pires** é irmã de **Juarez Silveira**, mãe de **Mário Pires** e filha de **Inézia Rosa Silveira**. Embora **Maria Elizabeth Silveira Pires** não conste formalmente como representante da empresa **Inézia Rosa Silveira ME**, é, juntamente com **Mário Pires**, a grande articuladora de todo esquema.

A participação no conluio por parte da empresa **Inézia Rosa Silveira ME** foi concretizada por **Inézia Rosa Silveira**, que assinava os documentos, e **Maria Elizabeth Silveira Pires**.

Não se olvide que a empresa **Inézia Rosa Silveira ME** não apresentou grande parte da documentação exigida pelo Edital (doc. 10, fl. 1245). Os vínculos de parentesco e a conduta totalmente contrária a de um verdadeiro concorrente não deixam dúvidas acerca da conduta fraudulenta.

Mário Pires e **Mária Elizabeth Silveira Pires**, mãe e filho, comandavam as empresas **Mário Pires ME** e **Inézia Rosa Silveira ME - Ótica Master** e nessa condição são os grandes articuladores do esquema de fraudes nas licitações anos de 2006, 2007 e 2008.

José Henrique Lisboa da Silva e **Andréia dos Santos** são proprietários formais da empresa **J.H.S Comércio e Importação de Materiais Ópticos Ltda.**, suposta concorrente no certame de que ora se trata.

Na verdade, a empresa **J.H.S Comércio e Importação de Materiais Ópticos Ltda.** é de propriedade de **Mário Ricardo Pires**, avô paterno

de **Mário Pires** (proprietário da empresa **Mário Pires Comércio ME**). Conforme depoimento prestado ao Ministério Público (doc. 7), José e Andréia emprestaram seus nomes, “limpos no comércio”, a **Mário Ricardo Pires** (avô), funcionando como “laranjas”. O favor deu-se pelo fato de **José Henrique Lisboa da Silva** ser ex-funcionário de **Mário Ricardo Pires** na empresa Dispol – Distribuidora de Produtos Óticos Ltda. – ME, atualmente de portas fechadas (doc. 7).

A empresa **J.H.S Comércio e Importação de Materiais Óticos Ltda.** participou da licitação, de que ora se trata, mais uma vez (tal qual ocorreu no ano de 2006) apenas para “fazer número” e permitir o êxito da empresa **Mário Pires ME**.

A fraude resta evidente seja pelos vínculos de parentescos entre **Mário Pires**, **Mário Ricardo Pires** e **Mário Nhoatto Pires**, pelos vínculos entre **José Henrique Lisboa da Silva** e **Mário Ricardo Pires** e, ainda, pela conduta não esperada de qualquer participante de uma licitação de sequer apresentar o envelope com a documentação habilitatória (doc. 10, fl. 1245).

Veja-se, também, que **Mário Ricardo Pires** (já que é o verdadeiro proprietário da empresa **J.H.S Comércio e Importação de Materiais Óticos Ltda.**), além de participante do conluio, incorreu na fraude de constituir empresa em nome de “laranjas” a fim de contornar o óbice (dívidas fiscais) de participar do certame.

O expediente teve o condão de frustrar o processo licitatório e, ainda, na visão de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves⁶, viola em especial os Princípios da Legalidade e Igualdade, já que as demais empresas que cumpriram suas obrigações tributárias e previdenciárias certamente não poderiam fornecer condições tão vantajosas quanto aquela que, em razão de sua inadimplência, não se encontra onerada por tais encargos, o que terminará por eliminar a competitividade que justifica a própria realização do certame.

Registre-se que a fraude arquitetada entre **Inézia Rosa Silveira ME**, **Mário Pires Comércio ME** e **J.H.S Comércio e Importação de Materiais Óticos Ltda** não desaparece pelo fato de a Comissão de Licitação ter optado por enviar novos convites (doc. 10, fl. 1.258).

Conhecendo os fatos como acima posto, o Parecer acostado à fl.

6 *in* Improbidade Administrativa. 3ª ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2006. p. 355.

1258 (doc. 10) é mais uma prova de que a fraude extrapolou todas as fronteiras, com o conhecimento e a omissão dos agentes públicos.

A empresa **Adelmar Assis Cordeiro ME - Ótica Veja**, cujo proprietário é **Adelmar Assis Cordeiro**, também participou do certame em questão “para fazer número” e permitir o êxito da empresa **Mário Pires ME**.

A referida empresa fica ao lado da empresa **Inézia Rosa Silveira ME** (doc. 20), cuja titular é avó de **Mário Pires** e a gerente é mãe de **Mário Pires**.

Apenas para mostrar, ainda mais, o vínculo entre essas empresas, registre-se que no ano de 2008 (Convite n. 063/SADM/DLCC/2008) a empresa **Adelmar Assis Cordeiro ME - Ótica Veja** foi a vencedora do certame, mas quem vem fornecendo os óculos é a empresa **Inézia Rosa Silveira ME - Ótica Máster**.⁷

Veja-se o depoimento da Assistente Social **Carla Cristina de Souza Steinbach**:

[...] que se recorda que em março deste ano, como já existia uma beneficiária aguardando o óculos, a depoente ou Cristiane entrou em contato com o financeiro para saber quem havia sido a ótica vencedora do certame de 2008; que então foi encaminhando pelo setor financeiro a parte cadastral do contrato, onde constava o nome da ótica VEJA e um telefone, pelo que se recorda é 3223-5470; que a depoente pessoalmente ligou para a referida ótica VEJA no telefone mencionado, apresentou-se como sendo Assistente Social da Secretaria de Assistência Social e relatou que queria falar a respeito da aquisição de óculos, já que a empresa ótica VEJA havia sido a vencedora da licitação; que na oportunidade a pessoa que atendeu a depoente, não se recordando agora o nome, solicitou que a depoente ligasse para um outro número, 3224-8392, que ligou então para o referido número onde foi atendida por Flávia ou Beth, não se recordando ao certo, que ao atenderem o telefone identificaram-se como sendo da ótica MASTER; que então a depoente explicou a situação e foi prontamente atendida, como se a ótica MASTER fosse então a responsável pelo fornecimento dos óculos no ano de 2008; que a partir dessa data, então, sempre liga, assim como as outras assistente sociais também, para a ótica MASTER, onde é atendida por Beth ou por Flávia [...]. (doc. 21)

⁷ Esses fatos são apenas elucidativos - Licitação de 2008. Não são objeto da presente ação.

Uma das testemunhas ouvidas, beneficiária do “Programa de óculos”, chegou a afirmar que ao se dirigir à Ótica Veja foi informada que deveria ir até a Ótica Máster, pois eram empresas do mesmo dono (doc. 22).

Portanto, a relação entre as empresas **Adelmar Assis Cordeiro ME - Ótica Veja** e **Inézia Rosa Silveira ME - Ótica Master** não é a de concorrentes, como se espera num processo licitatório, mas de “parceiras comerciais”, com constantes e sucessivas trocas de favores.

Elenita Nhoatto e Mário Nhoatto Pires são proprietários da empresa **Centro Ótico Itapema Ltda. ME**, suposta concorrente no certame de que ora se trata (doc. 9).

Mário Nhoatto Pires é tio de **Mário Pires** (doc. 2).

Elenita Nhoatto e Mário Nhoatto Pires são, respectivamente, esposa e filho de **Mário Ricardo Pires**, avô paterno de **Mário Pires** (proprietário da empresa **Mário Pires Comércio ME**) (doc. 2).

Diante dos vínculos familiares, não restam dúvidas de que a referida empresa igualmente participou da licitação apenas para compor o número legal.

Registre-se que o fato de a empresa **Mário Pires ME** não ter sido contratada diante do “imotivado” pedido de revogação efetuado por **Rosemeri Bartucheski Berger** (doc. 10, fl. 1287) e acatado por **Sandro Ricardo Fernandes** (doc. 10, fl. 1288) não faz desaparecer a fraude. Aliás, a conduta de conformismo da empresa **Mário Pires ME**, que se quedou inerte mesmo diante da revogação do Processo Licitatório findo, só traz a certeza do conluio até então narrado.

As condutas de todos os Réus amoldam-se ao art. 10, *caput*, e inciso VIII, e ao artigo 11, ambos da Lei n. 8.429/1992, além de encontrarem respaldo na Legislação Penal (Lei n. 8.666/1993), o que é mais uma demonstração da ofensa à Legalidade.

Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:

Art. 93. Impedir, perturbar ou fraudar a realização de

qualquer ato de procedimento licitatório:

Art. 95. Afastar ou procura afastar licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo:

No entender de Fábio Medina Osório, fazendo remissões a Eduardo García De Enterría e Tomás-Ramon Fernández⁸:

Evidentemente [...] que de extrema ilegalidade – e, portanto, configuradores de improbidade administrativa – se mostram os atos ‘que sejam constitutivos de delitos’, ainda que se devam respeitar as distintas esferas do direito penal e do direito administrativo. Também os atos editados por órgão manifestamente incompetente, de conteúdo impossível, com omissão total e absoluta do procedimento legalmente estabelecido, atos ordenados com ‘infração das regras essenciais para formação da vontade dos órgãos colegiados’ e outras hipóteses previstas em leis especiais.

4 DOS REQUERIMENTOS

Ante o exposto, requer o Ministério Público, após a autuação da presente ação com os documentos que a acompanham:

1. a notificação dos Réus para, querendo, oferecerem manifestação por escrito, no prazo de quinze dias, nos termos do artigo 17, § 7º, da Lei n. 8.429/1992;

2. o recebimento da inicial, após o oferecimento da manifestação mencionada no item anterior, determinando-se a citação dos réus para, querendo, apresentarem contestação, seguindo o processo o rito ordinário;

3. a notificação do Município de Florianópolis para os fins previstos no artigo 17, §3º, da Lei n. 8.429/1992;

4. a produção de todas as provas em direito admitidas, especialmente o depoimento pessoal dos Réus e a realização de oitiva das testemunhas arroladas ao final;

5. que seja, ao final, julgado **PROCEDENTE** o pedido a fim de apli-

⁸ Improbidade administrativa: observações sobre a Lei n. 8.429/1992, Porto Alegre: Síntese, 1997. p. 83.

car aos ré as sanções previstas no art. 12, inciso II, da Lei n. 8.429/1992;

6. a condenação dos Réus ao pagamento das despesas processuais, das quais o Autor deve ser isentado por força de Lei, e demais cominações legais, em especial aquelas em que os Réus não estejam cobertos pela isenção, a ser depositado no FUNDO PARA RECUPERAÇÃO DOS BENS LESADOS DE SANTA CATARINA, criado pelo Decreto Estadual n. 10.047, de 10.12.87, conforme art. 13, da Lei n. 7.347/1985.

Dá-se à causa, para efeitos meramente fiscais, o valor de R\$ 100,00 (cem reais).

Florianópolis, 31 de julho de 2008.

Fábio Srecker Schmitt

Promotor de Justiça

Analú Librelato Longo

Promotora de Justiça Substituta

Rol de testemunhas:

1 - Carla Cristina de Souza Steinbach, portadora da CI n. 3.617.869-1 SSP/SC, a ser encontrada na Secretaria Municipal de Assistência Social, localizada na avenida Mauro Ramos n. 1277, Centro, Florianópolis, CEP 88020-302;

2 - Amalin Celia Franco Abdalla, portadora da CI n. 596.496 SSP/SC, residente na servidão Nossa Senhora de Lourdes n. 366, Agrônômica, Florianópolis, CEP 88025-220, telefone 3333-1971 (doc. 23).

III PRÊMIO MILTON LEITE DA COSTA - 2009
Categoria A: Peça Processual - 2º lugar

Luís Suzin Marini Júnior
Promotor de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina

**EXCELENTÍSSIMO(A) DOUTOR(A) JUIZ(A) DE DIREITO
DA ___ VARA CÍVEL DA COMARCA DE CONCÓRDIA**

Em prol de Salete Boldori Piloni

URGENTE

O MINISTÉRIO PÚBLICO, por intermédio do Promotor de Justiça firmatário, ora agindo na qualidade de Curador da Cidadania, com supedâneo nos arts. 127, *caput*, e 129, inc. II, da

Atuação	Florianópolis	Edição Especial - Prêmio Milton Leite da Costa 2009/2010	p. 55 - 66	2011
---------	---------------	--	------------	------

CF; 25, inc. IV, *a*, da Lei n. 8.625/1993, e demais normas aplicáveis, comparece à presença de Vossa Excelência para promover a presente **AÇÃO CIVIL PÚBLICA, com pedido de provimento liminar**, em face de **UNIMED DO ESTADO DE SANTA CATARINA – Cooperativa de Trabalho Médico**, pessoa jurídica de direito privado, CNPJ 76.590.884/0001-43, com sede à Rua Otto Bohem, 478, Centro, Joinville/SC, o que faz mediante os fundamentos de fato e de direito adiante expendidos:

1 A LEGITIMIDADE ATIVA

1.1 A Constituição Federal de 1988, ao tratar das funções essenciais à justiça, proclamou, em seu artigo 127, que compete ao Ministério Público “...a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (o grifo é nosso).

No mesmo sentido, a Lei n. 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), no seu artigo 25, inc. IV, *a*, dispõe:

*Art.25 – Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público: (...) IV – promover o inquérito civil e ação civil pública, na forma da lei: a) para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico e paisagístico, e a outros **interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos** (grifamos).*

1.2 Soma-se que o artigo 129, inciso II, da Carta Política, por sua vez, determina ao Ministério Público o dever de “...zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia”. (sublinhamos). Por sua vez, o art. 197 da Constituição Federal estabeleceu que “São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita

diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado” (grifado).

1.3 Em casos como o aqui enfocado, no qual há vulneração aos indisponíveis direitos fundamentais à vida e à saúde, o poder de ação, calcado na ordem constitucional e infraconstitucional vigente, é exercitado pelo Ministério Público em prol dos lesados, hipossuficientes, diante da situação enfrentada, do ponto de vista econômico e jurídico.

2 OS FATOS E O DIREITO APLICADO

2.1 À Promotoria de Justiça com atribuição nas Curadorias de Defesa da Cidadania e Consumidor, foi dado a conhecer por familiares de SALETE BOLDORI PILONI, CPF n. 477.052.309-25, residente à Rua das Castanheiras, 141, Bairro Floresta, neste Município (docs 01 e 02), que ela se encontra em grave risco de morte porque, não obstante segurada da requerida - UNIMED DO ESTADO DE SANTA CATARINA desde 1995, foi-lhe negada pela prestadora de serviço de saúde intervenção cirúrgica cardíaca para implante de **“Cardiodesfibrilador implantável (CDI) com marcapasso VVI”**, imprescindível a sua saúde e vida, conforme ficha de solicitação médica, relatórios médicos com exames e negativa da demandada acostados à presente (docs. 03 a 08).

2.2 A necessidade do procedimento supradito é decorrente de graves problemas cardíacos que atacam a Sra. Salete, mais precisamente displasia de ventrículo direito, em disfunção importante, e FA (Fibrilação Arterial) de alta resposta ventricular, com antecedentes de irmão falecido por morte súbita quando tinha 27 anos de idade. A segurada/paciente, em razão do alto valor do procedimento e materiais empregados (mais de R\$40.000,00 - doc. 08), não tem condições de suportar as despesas correlatas (percebe pouco mais de um salário mínimo por mês - doc. 10), nem sua família.

2.3 A solicitação, em caráter de urgência/emergência, partiu de equipe médica que assiste a paciente no Hospital Ecoville, de Curitiba-PR, onde essa se encontra internada (*a internação não foi negada pela demandada*) (doc. 03), sendo o procedimento cirúrgico solicitado a única

alternativa à recuperação da saúde e à preservação da vida de Salete. Mesmo assim, recusa-se a requerida a autorizá-lo sob o suposto fundamento de que o plano contratado não tem cobertura para prótese e ortese (doc. 08). REGISTRA-SE QUE, ANTE A URGÊNCIA, POR OCASIÃO DA GUIA DE SOLICITAÇÃO DO PROCEDIMENTO CIRÚRGICO, JÁ HAVIA SIDO PREVISTO O DIA 25.08.2008 COMO DATA PROVÁVEL DA SUA REALIZAÇÃO, sendo, obviamente, cancelado.

2.4 No que diz à seriedade e à gravidade do quadro de saúde da segurada, falam por si os relatórios subscritos pelos Médicos Assistentes da paciente – docs. 04 e 09 – enviados à Unimed (requerida), juntamente com a solicitação do procedimento, esclarecendo, respectivamente, *litteris*:

À UNIMED

Venho através desta solicitar liberação para implante de desfibrilador-cardioversor automático com MP VVI para a paciente Salete Boldori Piloni. A paciente é portadora de displasia de VD, com disfunção importante do VD, FA de alta resposta ventricular e com antecedentes de irmão falecido com morte súbita quando tinha 27 anos de idade. A paciente foi submetida a EEF e logo no início do exame foi submetida a CVE pela FA. Paciente saiu em assistolia por ausência de atividade elétrica atrial. Na estimulação de VD foi induzida taquicardia ventricular sustentada, hemodinamicamente instável que necessitou de CVE. Como trata-se de paciente com alto risco de Morte Súbita e tem indicação para implante de MP VVI (paciente está dependente de marcapasso temporário), necessita com a máxima urgência de liberação para implante de CDI-VVI.'

Subscreve a médica Dra. Elenir Nadalin.

'A paciente Salete Boldori Piloni está internada na unidade coronariana do Hospital Ecoville, com diagnóstico de displasia arritmogênica do Ventrículo Direito e fibrilação atrial. Foi submetida a Estudo Eletrofisiológico e na estimulação do ventrículo direito apresentou taquicardia ventricular sustentada e instabilidade hemodinâmica.

Submetida também durante o exame a cardioversão de marcapasso transvenoso em caráter de urgência.

Trata-se de paciente com alto risco de morte súbita, já com história familiar positiva para morte súbita (irmão óbito com 27 anos).

Necessita com máxima urgência de implante de Cardio-desfibrilador Implantável (CDI) e Marcapasso VVI.

Atualmente encontra-se na Unidade Coronária dependendo de marca-passo provisório para estímulo ventricular.

Sem condição de desmame.'

Subscvem os médicos Dr. Francisco Diniz Affonso da Costa e Dr. Sérgio A. V. Lopes. (sem grifos no original).

2.5 Há quase 13 (treze) anos, em 2 de Outubro de 1995, a Sra. Salete assinou plano de saúde com a requerida, incluindo o ANEXO n. 3, dentre outros itens, referente a SERVIÇOS AUXILIARES RELATIVOS À CARDIOLOGIA E PROCEDIMENTOS DE CIRURGIA CARDÍACA relacionados, além de PRÓTESES CARDÍACAS, honrando até o dia de hoje com todas as mensalidades (docs. 11 a 15).

2.6 Não obstante a negativa da UNIMED Concórdia (doc. 08) basear-se na ausência de cobertura dos materiais indicados como imprescindíveis ao restabelecimento da saúde de Salete, o Anexo n. 3 do Contrato de Prestação de Serviços Médicos e Hospitalares prevê, sim, cobertura securitária (doc. 13).

2.7 Pois o item 2 do Anexo referido, a par de incluir na cobertura contratual outros serviços relativos à cardiologia e a procedimentos cirúrgicos dessa área, ampliou o "Módulo Básico" contratado para abarcar, na letra "g", *"Marcapasso: - Instalação do aparelho (endocárdio, epicárdio); Recolocação do eletrodo; - Troca de gerador;(...)"*.

2.8 Além da previsão supra, o item 3 do mesmo Anexo (3) dispõe textualmente que o plano de saúde firmado pela Sra. Salete possui cobertura para qualquer tipo de prótese, *verbis: "As próteses cardíacas autorizadas pela UNIMED serão aquelas de natureza biológica e de fabricação nacional, exceto nos casos em que a equipe de cirurgia indique a necessidade absoluta de prótese mecânica"*.

2.9 Sendo indubitável que a equipe médica que atende a segurada tenha como imprescindível à proteção da saúde e à vida de Salete o implante cirúrgico do **Cardiodesfibrilador implantável (CDI) com marcapasso VVI**, pois dele depende o coração de Salete para retomar suas vitais funções, mostra-se irrefragável o dever da ré de fornecê-los à paciente/segurada.

2.10 Revela-se incontestemente, assim, a injuridicidade da conduta da requerida, ofendendo, cristalinamente, o princípio da força obrigatória do contrato em referência que, além de não excluir expressamente o fornecimento de dispositivos (próteses ou órteses) imprescindíveis à saúde e à vida da segurada, dispõe expressamente essa obrigação. A propósito, leciona Orlando Gomes (*Contratos*. 24^a ed. RJ: Forense, 2001, p. 36):

O princípio da força obrigatória consubstancia-se na regra de que o contrato é lei entre as partes. Celebrado que seja, com a observância de todos os pressupostos e requisitos necessários à sua validade, deve ser executado pelas partes como se suas cláusulas fossem preceitos legais imperativos. (...)

Essa força obrigatória, atribuída pela lei aos contratos, é a pedra angular da segurança do comércio jurídico.

2.11 Ademais, não se pode olvidar que ao caso concreto incidem os princípios previstos no Código de Defesa do Consumidor, uma vez que entre as partes há relação de consumo, pois a requerida apresenta-se como fornecedora de serviços e a Sra. Salete como adquirente desses serviços. Nesse sentido, dispõem os artigos 2º, caput e 3º, §2º, do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 2º (caput). Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza serviços como destinatária final.

Art. 3º. (...)

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

2.12 Diante da aplicação do regramento do CDC, é necessário acentuar que, mesmo que não houvesse previsão contratual de cobertura do material indicado pela equipe médica que assiste a Sra. Salete, a jurisprudência pátria é remansosa no sentido da abusividade de cláusula que veda o fornecimento de material (prótese ou não) necessário ao êxito de intervenção cirúrgica abarcada pelo plano, como ocorre na hipótese em debate. Colhe-se do STJ, dentre outros:

RECURSO ESPECIAL - PLANO DE SAÚDE - EXCLUSÃO DA COBERTURA O CUSTEIO OU O RESSARCIMENTO DE IMPLANTAÇÃO DE PRÓTESE IMPORTADA IMPRESCINDÍVEL PARA O ÊXITO DA INTERVENÇÃO

CIRÚRGICA COBERTA PELO PLANO - INADMISSILIDADE - ABUSIVIDADE MANIFESTA DA CLÁUSULA RESTRITIVA DE DIREITOS - RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

I - Ainda que se admita a possibilidade do contrato de plano de saúde conter cláusulas que limitem direitos do consumidor, desde que estas estejam redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão, nos termos do § 4º do artigo 54 do CDC, mostra-se abusiva a cláusula restritiva de direito que prevê o não custeio de prótese, imprescindível para o êxito do procedimento cirúrgico coberto pelo plano, sendo indiferente, para tanto, se referido material é ou não importado;

II - Recurso provido.

(REsp 1046355/RJ, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 15.05.2008, DJ 05.08.2008)

(...) - A cláusula geral de boa-fé objetiva, implícita em nosso ordenamento antes da vigência do CDC e do CC/2002, mas explicitada a partir desses marcos legislativos, impõe deveres de conduta leal aos contratantes e funciona como um limite ao exercício abusivo de direitos.

- O direito subjetivo assegurado em contrato não pode ser exercido de forma a subtrair do negócio sua finalidade precípua. Assim, se determinado procedimento cirúrgico está incluído na cobertura securitária, não é legítimo exigir que o segurado se submeta a ele, mas não instale as próteses necessárias para a plena recuperação de sua saúde.

- É abusiva a cláusula contratual que exclui de cobertura a colocação de "stent", quando este é necessário ao bom êxito do procedimento cirúrgico coberto pelo plano de saúde. Precedentes. (...)

(REsp 735.168/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 11.03.2008, DJe 26.03.2008)

PLANO DE SAÚDE - ANGIOPLASTIA CORONARIANA - COLOCAÇÃO DE STENT - POSSIBILIDADE.

- É abusiva a cláusula contratual que exclui de cobertura a colocação de stent, quando este é necessário ao bom êxito do procedimento cirúrgico coberto pelo plano de saúde.

(REsp 896247/RJ, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ 18.12.2006).

No mesmo sentido: REsp 918392/RN, relatora Ministra Nancy andrighi, DJ 01.04.2008; e RESP 519940/SP, relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ. 1.9.2003.

2.13 Do voto do Ministro Humberto Gomes de Barros, no Resp 896247/RJ, extraem-se argumentos que evidenciam ilegitimidade do proceder da prestadora de serviços em casos que tais, *verbis*:

Admite-se possibilidade de limitação de direitos do consumidor em contratos de seguro saúde, quando a cláusula contratual é expressa e de fácil compreensão, ainda que regidos pelo CDC (REsp 319.707/Rel. p/ acórdão Ministro Castro Filho). No caso, entretanto, o Tribunal local acertou.

Esta Turma já declarou a nulidade de cláusula limitativa do direito, quando o contrato prevê a cobertura do procedimento principal (intervenção cirúrgica) não podendo se abster de cobrir o custo da prótese necessária ao êxito de cirurgia. Confira-se o Resp 519.940/DIREITO, assim ementado:

“Plano de saúde. Prostatectomia radical. Incontinência urinária. Colocação de prótese: esfíncter urinário artificial.

1. Se a prótese, no caso o esfíncter urinário artificial, decorre de ato cirúrgico coberto pelo plano, sendo consequência possível da cirurgia de extirpação radical da próstata, diante de diagnóstico de câncer localizado, não pode valer a cláusula que proíbe a cobertura. Como se sabe, a prostatectomia radical em diagnóstico de câncer localizado tem finalidade curativa e o tratamento da incontinência urinária, que dela pode decorrer, inclui-se no tratamento coberto, porque ligado ao ato cirúrgico principal.

2. Recurso especial conhecido e desprovido.”

Retira-se o seguinte trecho do voto acima mencionado:

“Cobrando o plano de saúde o ato cirúrgico, isto é, cobrando a prostatectomia radical, não é razoável que deixe de cobrir a correção das complicações dela oriundas. Seria, a meu sentir, um contra-senso, admitir que a cobertura do plano, que tem por finalidade a cura do segurado, fosse interrompida por cláusula limitativa, que, em patologia coberta pelo plano, impedisse o total restabelecimento do paciente. O mesmo se poderia dizer, por exemplo, da necessidade em uma cirurgia para corrigir aneurisma da aorta abdominal coberta pelo plano, vedar-se contratualmente a colocação

da prótese que se faz imperativa; ou, também, em caso de **cirurgia cardíaca a aposição de válvula artificial**; ou, da mesma forma, em caso de aneurisma cerebral, já agora, em muitos casos, sem a necessidade de abertura da calota craniana.”

Vale salientar, que não importa examinar a qualificação do *stent*, isto é, se é prótese ou não. O interessante nessa questão é que a implantação do *stent* é condição de eficácia para um procedimento cirúrgico coberto pelo plano de saúde. (negrito original)(sublinhamos)

2.14 Além disso, em decorrência do princípio da vulnerabilidade, o art. 6º do CDC traz como direito básico do consumidor, dentre outros, o da inversão do ônus da prova (inciso IV) quando, “a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias da experiência”, ao que se amolda a situação presente.

3 DA NECESSIDADE DO PROVIMENTO LIMINAR

3.1 Diante da gravidade do caso acima narrado e de outra forma não poderia ser, pois estamos diante da proteção à vida, o deferimento da medida liminar apresenta-se imprescindível.

3.2 Objetiva-se com a presente ação que seja determinado à requerida que, no prazo de 24 horas, forneça/autorize o procedimento cirúrgico para implante do aparelho “Cardiodesfibrilador implantável (CDI) com marcapasso VVI”, conforme ficha de solicitação acostada (doc. 03), sem ônus à segurada/paciente Salete Boldori Piloni, assim como todo e qualquer outro material ou serviço médico e hospitalar necessário ao procedimento referido.

3.3 Nesse sentido, a amparar a pretensão esposada, temos o art. 12 da Lei n. 7347/1985, bem como o art. 84, CDC, o artigo 461, § 3º, CPC, ou o art. 273, CPC. Enfim, os meios para que a medida seja deferida são amplos, bem como as possíveis nomenclaturas. O que não se pode conceber é a não salvaguarda da vida.

3.4 Dessa forma, a exposição sobre o preenchimento dos requisi-

tos para qualquer dessas medidas de urgência será feito da forma mais ampla, como adiante será demonstrado.

3.5 A **verossimilhança da alegação** está presente em todos os documentos acostados, como na fragilidade de saúde amplamente exposta e corroborada por todos os laudos e exames médicos a justificar a intervenção cirúrgica reclamada. Soma-se a isso que ninguém deseja colocar um Marcapasso (**o aparelho solicitado, mesmo com o cardio-desfibrilador, tem essa função!**) por vaidade ou deleite, mas sim por imprescindibilidade.

3.6 O *periculum in mora* é ínsito à própria natureza do direito em debate, o direito à vida. Conforme os laudos médicos acostados aos autos, a necessidade é de **MÁXIMA URGÊNCIA**, e não é possível precisar qual o tempo de vida útil que Salete terá se não for submetida logo ao procedimento cirúrgico (perdeu seu irmão com 27 anos de idade por morte súbita – histórico agravante).

3.7 Outrossim, o deferimento da medida de urgência requerida deve ocorrer sem a realização de oitiva da parte contrária, pois não há como aguardar a vinda da contestação, sem que prejuízo irreparável advenha à segurada. **Somente a morte é irreversível!**

3.8 Vossa Excelência certamente não terá dificuldades em sobrepujar o direito à vida, bem maior de todo ser humano.

3.9 Com o deferimento da tutela requerida, e outro certamente não será o entendimento de Vossa Excelência ante o flagrante risco de morte, mostra-se necessário fixar-se multa diária (astreinte).

3.10 As astreintes são medidas de coação, bem como técnica para a obtenção da tutela, pois seu escopo é forçar o cumprimento da medida e não ressarcir eventuais prejuízos.

3.11 Tal instituto está previsto no artigo 461, §§ 4º e 5º do CPC, bem como no art. 84, § 4º, CDC, conferindo ao Magistrado poderes discricionários para que, de ofício, fixe o *quantum* necessário em eventual descumprimento da medida. No caso, ante a urgência e o valor aproximado do aparelho vindicado, entende-se que deva ser fixada multa diária de R\$10.000,00 (dez mil reais).

4 DO PEDIDO

Ante o exposto, o Ministério Público, em prol de SALETE BOLDORI PILONI, requer a Vossa Excelência, após recebida e autuada esta com os documentos que a acompanham:

A) o deferimento de medida de urgência, sem realização de oitiva da parte contrária, para determinar à requerida que, no prazo de 24 horas, forneça/autorize o procedimento cirúrgico para implante do aparelho “Cardiodesfibrilador implantável (CDI) com marcapasso VVI”, conforme ficha de solicitação acostada (doc. 03), sem ônus à segurada/paciente Salete Boldori Piloni. Compreende a determinação, também, todo e qualquer outro material ou serviço médico e hospitalar necessário ao procedimento referido, sob pena de pagamento de multa diária no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) na hipótese de descumprimento, e bloqueio de valores, sendo necessário, nos termos do artigo 461, §§ 4º e 5º, do CPC, e artigo 84, § 4º, CDC. **Por necessidade, requer-se seja expedida precatória de intimação da demandada VIA FAX para cumprimento com urgência;**

B) a citação da requerida para, querendo, oferecer contestação no prazo da Lei Adjetiva Civil;

C) a inversão do ônus da prova, nos moldes do disposto no artigo 6º, inc. VII, CDC, ante a verossimilhança do direito invocado e a comprovada hipossuficiência da substituída;

D) a produção de todas as provas admitidas no direito, em especial a documental, testemunhal e pericial; e

E) a procedência do pedido, com reconhecimento da obrigação da requerida na adoção das medidas descritas na letra “A” supra, e consequente condenação a tanto.

Dá-se à presente causa o valor de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais).

Termos em que, pede deferimento.

Concórdia, 29 de agosto de 2008.

Luís Suzin Marini Júnior
Promotor de Justiça

III PRÊMIO MILTON LEITE DA COSTA - 2009
Categoria A: Peça Processual - 3º lugar

Alexandre Herculano Abreu
Promotor de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR JUIZ DE DIREITO DA UNIDADE DA
FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DA CAPITAL - SC**

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA, por seu órgão de execução em exercício na 30ª Promotoria de Justiça da Capital, com fulcro nos artigos 129, inc. III, da Constituição Federal; 5º, *caput*, da Lei n. 7.347/1985; e 25, inc. IV, *a*, da Lei n. 8.625/1993, artigo 461 e incisos do CPC; e com esteio no Inquérito Civil n. 012/2007 (anexo), vem, respeitosamente, perante Vossa Excelência, propor a presente

AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER,

em face de:

ESTADO DE SANTA CATARINA, pessoa jurídica de direito público, representado por seus Procuradores, lotados na Procuradoria-Geral do Estado, com sede na Avenida Prefeito Osmar Cunha, n. 220, Edifício Bancário J.J. Cupertino, no centro de Florianópolis, SC; e

Atuação	Florianópolis	Edição Especial - Prêmio Milton Leite da Costa 2009/2010	p. 67 - 82	2011
---------	---------------	--	------------	------

DEPARTAMENTO ESTADUAL DE INFRAESTRUTURA
- **DEINFRA**, autarquia vinculada administrativamente à Secretaria de Infraestrutura do Estado de Santa Catarina, representado por seu Procurador Jurídico (art. 12, parágrafo único, da Lei Complementar Estadual n. 244/2003), com sede na Rua Tenente Silveira, n. 162, 10º andar, Edifício das Diretorias, Centro, Florianópolis – SC.

1 DA LEGITIMIDADE ATIVA

O Ministério Público, a par de seu conceito e área de atuação estabelecidos no art. 127 da Carta da República, tem, dentre as funções institucionais por ela outorgadas, a contida no inciso III do artigo 129 – exercida por intermédio desta *actio*, qual seja:

Art. 129 – São funções institucionais do Ministério Público:
[...] 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; (Grifo nosso)

Sobre a matéria, ensina Hugo Nigro Mazzili:

Como se viu, a Constituição de 1988 quebrou o sistema anterior em que as ações civis públicas eram conferidas ao Ministério Público caso a caso, por lei expressa. Em muito a nova Constituição ampliou a titularidade da ação civil pública para o Ministério Público, destinando-a, agora, à proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, em disciplina mais ampla do que a que lhe dera a própria Lei n.º 7.347/85. A norma de extensão da Lei n.º 7.347/85, que tinha sido vetada, hoje acabou consagrada no texto constitucional, que permite a defesa, pelo Ministério Público, de outros interesses difusos e coletivos, além dos que expressamente enumerou (Manual do Promotor de Justiça. 2. ed. Rio de Janeiro : Editora Saraiva, 1991. p. 498).

De outro vértice, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei n. 8.625/1993) tornou irrefutável a legitimação ministerial para a defesa dos direitos difusos e coletivos, estabelecendo:

Art. 25 – Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público: [...] IV – promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei: a)

para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indivisíveis e homogêneos; (Grifo nosso)

Nesse diapasão, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

Processual Civil. Ação Civil Pública. Defesa do Patrimônio Público. Ministério Público. Legitimidade Ativa. Inteligência do art. 129, III, da CF/88, c/c art. 1º da Lei nº 7.347/85. Precedente. Recurso Especial não conhecido. I - O campo de atuação do Ministério Público foi ampliado pela Constituição de 1988, cabendo ao Parquet a promoção do inquérito civil e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, sem a limitação imposta no art. 1º da Lei nº 7.347/85 (Resp nº 31.547-9-SP). II - Recurso Especial não conhecido (Resp nº 67.148-SP, Relator Min. Adhemar Maciel, DJU de 04.12.95).

No presente caso, busca o Ministério Público garantir o direito de todo cidadão à segurança e à livre locomoção.

2 DOS FATOS

Veio ao conhecimento do Ministério Público, por intermédio de representação da Associação Caeté Cultura e Natureza, o descumprimento da legislação nacional por parte do Departamento Estadual de Infraestrutura - DEINFRA, no que tange a não conclusão da ciclovia da Via Expressa Sul. Trata-se de rodovia estadual que é uma continuação da SC 401. O trecho onde existe ciclovia vai do bairro Saco dos Limões e finda ainda no aterro, cerca de 500 metros antes do local conhecido como Trevo da Seta, localizado no final do bairro Costeira do Pirajubaé, nesta cidade.

A ciclovia da Via Expressa Sul inicia ao lado do viaduto que serve a saída do Túnel no sentido Centro - Saco dos Limões. Hoje, para acessar a ciclovia, que inicia próximo à rua Jerônimo José Dias, trecho ainda em obras, é necessário que o ciclista passe por cima da calçada da rua acima citada e atravesse um trecho ainda em obras, como bem demonstram as fotos abaixo.



Saída da Rua Jerônimo José Dias e entrada na ciclovia, à direita.



Trecho de terra entre a Rua Jerônimo José Dias e o início da ciclovia.

Em todo o trecho de ciclovia na Via Expressa Sul, não existem quaisquer sinalizações, como pode ser visto nas imagens que seguem.

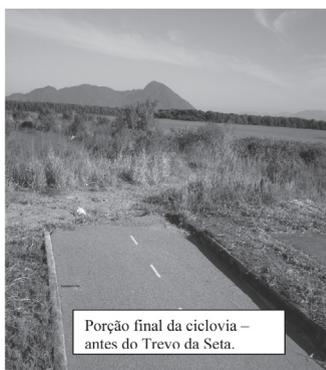


Início da ciclovia, após saída da R. Jerônimo José Dias - ausência de sinalização

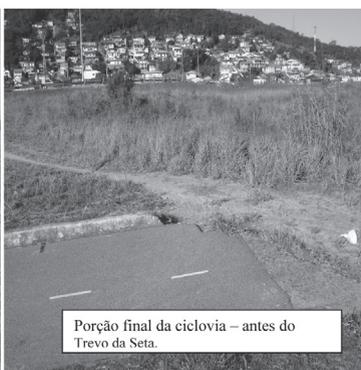


Porção mediana da ciclovia, sem qualquer sinalização.

Mas, o mais crítico é a porção final da Via Expressa Sul, onde a ciclovia termina abruptamente **antes** de atingir o Trevo da Seta (bifurcação para acessar as direções Sul da Ilha e Aeroporto).

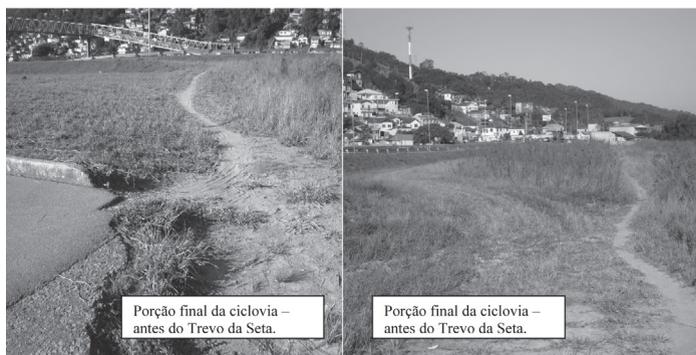


Porção final da ciclovia - antes do Trevo da Seta.



Porção final da ciclovia - antes do Trevo da Seta.

O que existe, na porção final da ciclovia, é somente uma trilha feita no mato em direção ao Trevo da Seta, esculpida pelo tráfego intenso de bicicletas.



Na altura do Trevo da Seta, o ciclista é obrigado a trafegar juntamente com os veículos automotores, na pista de rolamento, arriscando sua integridade física, ou, ainda, sobre o passeio, infringindo normas de trânsito. Na localidade, não há qualquer sinalização – seja avisando os ciclistas do fim da ciclovia, seja demarcando que a continuidade do deslocamento do mesmo se dará através de faixa compartilhada entre ciclistas e veículos na pista de rolamento.



Considerando a necessidade de segurança no trânsito, a ausência de sinalização agrava o fato de inexistir ciclovia.

A condução de bicicleta sobre passeio público é vedada, na letra do artigo 255 do CTB, e configura infração de natureza média, apenas com multa. A construção de estrutura cicloviária tem guarida em legislação municipal (art. 1º, inc. I, da Lei Municipal n. 10.728/1998, art. 7º da Lei Complementar Municipal n. 078/2007). E o tráfego em conjunto com os automóveis, na pista de rolamento, apesar de previsto na legislação,

constitui risco de atropelamento para os ciclistas.

De acordo com informação prestada pelo Engenheiro Nelson Luiz Giorno Picanço, da Gerência de Obras Especiais do Departamento Estadual de Infra-Estrutura – DEINFRA, a “(...) *ciclovía que tem início no Bairro Saco dos Limões, próximo ao escritório do DEINFRA e termina na última passarela sentido centro-bairro*”. Conforme afirma, existe previsão no projeto do elevado, que ainda será construído, a existência da continuação da ciclovía, cujo final se dará no Bairro Rio Tavares, após o Trevo da Seta. **Entretanto, enquanto isso, o risco causado pela falta de ciclovía e/ou sinalização segue existente, até que haja, finalmente, a implementação total do sistema viário daquela localidade.**

Segundo alega o DEINFRA, existe um “*ciclo-passeio*” que supriria a falta de ciclovía nos últimos 400 metros da Via Expressa Sul até o Trevo da Seta. O ciclo-passeio seria utilizado, concomitantemente, por ciclistas e pedestres. Contudo, a legislação de trânsito é cristalina: **só é permitido ao ciclista transitar em passeio público, juntamente com pedestre, se houver autorização da entidade de trânsito competente.**

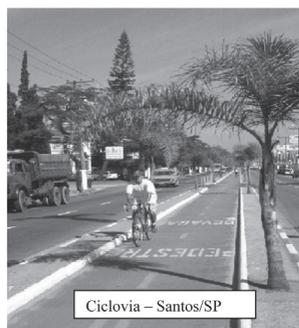
Ora, não há nenhuma indicação para os ciclistas que sejam eventuais usuários do “ciclo-passeio” de que o uso da calçada lhes seja permitido. Até seria compreensível em se tratando de situação temporária. Mas isso não significa sem regramentos, mormente os de segurança no trânsito. Aliás, quanto à ausência de sinalização, o próprio engenheiro do DEINFRA afirma que “*não há placa indicando o fim da ciclovía*” (fl. 43).

Seguem, logo abaixo, exemplos de ciclovias e faixa compartilhada já existentes em diversos municípios brasileiros. Inclusive, foi inaugurada pela Municipalidade, em abril do corrente ano, uma ciclovía na Avenida Hercílio Luz, em Florianópolis.





Faixa Compartilhada - Recife/PE



Ciclovias – Santos/SP

Caso a rodovia em debate fosse de construção antiga, anterior à legislação municipal que prevê a construção da ciclovias, ainda seria justificável. Entretanto, a Via Expressa Sul foi inaugurada em 2002, ou seja, **quatro** anos depois da promulgação da lei municipal. E ainda que a legislação tenha alternativas para o trânsito de ciclistas no caso de ausência da ciclovias, a verdade é que não se pode conceber que uma rodovia **planejada e ainda em obras** já nasça carecendo adaptações.

Portanto, verifica-se em tal cenário o flagrante desrespeito à legislação de trânsito vigente e o descaso do Poder Público à segurança da população que utiliza a bicicleta como meio de transporte. Em uma era de clamor pela preservação do meio ambiente e necessidade de utilização de meios de transporte menos poluentes, não primar pela construção de ciclovias é entrar na contramão da história em matéria ambiental!

3 DO DIREITO

3.1 Da legislação específica

Por premissa constitucional, tem-se que toda pessoa possui o direito de locomoção, caracterizado pela adequada circulação no território urbano e pela necessidade de ordenamento das vias terrestres, conforme determinação do artigo 5º, inciso XV, da Carta Magna. É importante lembrar, *a priori*, que a cidade cumpre sua função social, à medida que

propicia o bem-estar de todos os seus habitantes (artigo 182 da CF).

A situação da Via Expressa Sul é irregular por ser desprovida de ciclovia e sinalização referente ao trânsito de ciclistas.

A Lei Municipal n. 10.728, de 31 de março de 1998, que institui normas de segurança quando do projeto de construção de rodovias estaduais que atravessem perímetro urbano, assim prevê:

Art. 1º A construção de novas rodovias estaduais que, em seu trajeto e traçado, atravessarem perímetro urbano de municípios e distritos, deverão obrigatoriamente observar os seguintes requisitos, desde o projeto até a sua efetiva execução: I - ciclovia; II - instalação de equipamentos de segurança: passarelas, passagens de níveis e equipamentos eletrônicos, a fim de garantir segurança aos pedestres e usuários de veículos automotores; III - construção de contornos e acesso às cidades, quando necessários (grifo meu).

A lei é extremamente clara: a previsão de ciclovia deverá ser observada desde o projeto até a execução DE FATO. Ou seja, considerando a letra da lei, enquanto não concluída **toda** a Via Expressa Sul, incluindo o trecho final que está por ser inaugurado, deverá ser incluído no projeto e construída a ciclovia, conforme previsão legal.

A determinação da construção de ciclovia é secundada pela Lei Complementar Municipal n. 78/2001, alterada pela Lei Complementar n. 155/2005. O mencionado diploma conceitua as vias de tráfego, bem como dispõe acerca da obrigatoriedade e da forma de implantação das estruturas cicloviárias.

É da letra da lei:

Art. 4º - Para os efeitos desta Lei, consideram-se: I - Ciclovia: via aberta ao uso público caracterizada como pista destinada ao trânsito exclusivo de bicicletas, separada da via pública de tráfego motorizado por meio fio ou obstáculo similar, e de área destinada aos pedestres, por dispositivo semelhante ou em desnível, que a distinga das áreas citadas; II - Ciclofaixa: via aberta ao uso público caracterizada como faixa destinada ao trânsito exclusivo de bicicletas, demarcada na pista de rolamento ou calçadas por sinalização específica; III - Faixa-compartilhada ou via de tráfego compartilhado: via aberta ao uso público caracterizada como pista compartilhada com o trânsito de veículos motorizados, bicicletas e pedestres, sendo via preferencial ao pedestre quando demarcada na calçada e preferencial a bicicleta quando demarcada na pista de rolamento; (...)

E ainda:

Art. 7º - Nas novas vias públicas deverá ser implantado sistema cicloviário, conforme estudo prévio de viabilidade física e sócio-econômica, sendo considerado no mínimo a implantação de faixa compartilhada devidamente sinalizada. § 1º- Na elaboração de projetos e construção de praças e parques com área superior a 4.000,00m² (quatro mil metros quadrados), é obrigatória a inserção de sistema cicloviário e seus equipamentos complementares; § 2º- Nos casos em que a implantação da via implicar na construção de pontes, viadutos e abertura de túneis, tais obras também serão dotadas de sistemas cicloviários integrados ao projeto; § 3º- A implantação de ciclovias deverá ocorrer nos principais eixos de deslocamento da cidade, inserindo este sistema nas principais áreas geradoras de tráfego que sejam pontos potenciais de origem e destino dos ciclistas.

Em suma, pela Lei Municipal n. 10.728, em toda rodovia estadual deverá constar ciclovia – desde o projeto até sua **efetiva** execução. E, ainda, pela Lei Complementar Municipal n. 078/2001, todas as novas **vias públicas** – ou seja, não só rodovias, mas ruas, avenidas, etc – deverão, no mínimo, ter implantada uma faixa compartilhada **devidamente sinalizada**.

3.2 O direito à segurança no trânsito

A Constituição Federal atribui, no artigo 23, competência comum às entidades federadas e municipais para “*estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito.*”

Dessa forma, a necessidade de educação para a segurança do trânsito pressupõe a existência de condições materiais de segurança das vias públicas.

Sob esse aspecto, o Código de Trânsito Brasileiro, instituído pela Lei n. 9.503/1997, assim reza:

Art. 1. O trânsito de qualquer natureza nas vias terrestres do território nacional, abertas à circulação, rege-se por este Código. [...] Parágrafo 2º - O trânsito, em condições seguras, é um direito de todos e dever dos órgãos e entidades componentes do Sistema Nacional de Trânsito, a estes cabendo, nas respectivas competências, adotar as medidas destinadas a assegurar esse direito. (grifo meu)

Segue o mesmo diploma:

Art. 6º. São objetivos básicos do Sistema Nacional de Trânsito:

Estabelecer diretrizes da Política Nacional de Trânsito, com vistas à segurança, à fluidez, ao conforto, à defesa ambiental e à educação para o trânsito, e fiscalizar seu cumprimento; (grifo meu)

E ainda:

Art. 88 - Nenhuma via pavimentada poderá ser entregue após sua construção, ou reaberta ao trânsito após a realização de obras ou de manutenção, enquanto não estiver devidamente sinalizada, vertical e horizontalmente, de forma a garantir as condições adequadas de segurança na circulação. (grifo meu)

Outrossim, reforça-se o entendimento de que a falta de ciclofaixa ou faixa-compartilhada com **demarcação e sinalização** coloca em risco os transeuntes, sejam eles pedestres, ciclistas ou condutores de veículos automotores.

A Constituição Federal garante aos cidadãos o direito à vida, à livre locomoção, à igualdade, à segurança e à propriedade¹, além de a um conjunto de direitos sociais dos quais podem ser definidos como direito meio ambiente saudável e ecologicamente equilibrado² – neste ponto inserido o meio ambiente urbano – e ao uso dos bens de domínio público.

Com alusão aos enunciados pelos Direitos dos Cidadãos em combinação com o artigo 1º da Lei Municipal n. 10.728/1998, a não construção de ciclovias viola os direitos dos cidadãos.

Em alguns casos de acidentes de trânsito, ocorridos por desídia do Estado na sua obrigação de garantir a segurança dos cidadãos, a responsabilidade objetiva lhe é imputada, conforme demonstrado na jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça que segue:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. BURACO EM PASSEIO PÚBLICO. QUEDA DE MUNÍCIPE. AUSÊNCIA DE TAMPAS DE PROTEÇÃO OU SINALIZAÇÃO NO LOCAL. DEMONSTRAÇÃO DE RELAÇÃO DE CAUSA E EFEITO ENTRE O ATO OMISSIVO E O ACIDENTE. RESPONSABILIDADE OBJETIVA POR OMISSÃO. DANOS IRREVERSÍVEIS E IRREPARÁVEIS. INCAPACITAÇÃO PARCIAL. INDENIZAÇÃO DEVIDA.

1 Constituição Federal, artigo 5, caput, incisos XV, XXII e XXIII, c/c artigo 6º, caput.

2 Constituição Federal, artigo 225, caput.

PRECEDENTE.(STJ - Resp. 2002/0149032-2. Relator(a) Ministro José Delgado. Órgão Julgador: 1ª Turma. Data do Julgamento: 10/12/2002. Data da Publicação/Fonte DJ 24.02.2003 p. 215). (grifo nosso).

In casu, está-se diante de típica atividade omissiva do DEINFRA que não fez valer a legislação pertinente à espécie para conferir uma segurança **mínima** e o direito à livre locomoção do ciclista.

3.3 A ofensa ao Princípio da Legalidade e da Eficiência

Em um Estado Democrático de Direito, os princípios são considerados como normas integrantes do ordenamento e não como meras sugestões sem eficácia jurídica³. No Direito Constitucional Brasileiro, é consagrada a aplicação plena do chamado princípio da legalidade. Diante disso, Pontes de Miranda afirma:

Onde estabelecem, alteram ou extinguem direitos, não há regulamentos - há abuso do poder regulamentar, invasão de competência legislativa. O regulamento não é mais do que auxiliar das leis, auxiliar que só pretender, não raro, o lugar delas, mas sem que possa, com tal desenvoltura, justificar-se e lograr que o elevem à categoria de lei (in Comentários à Constituição de 1967. São Paulo: RT, 1970. p. 314).

O princípio da legalidade é a base do estado de Direito, em que a Administração encontra-se não apenas na impossibilidade de agir "*contra legem*" ou "*extra legem*", mas é obrigada a agir sempre "*secundum legem*", o que não vemos no presente caso.

3.4 Da imperatividade das normas de direito urbanístico

O Urbanismo visa a propiciar melhores condições de vida ao homem na comunidade, através da organização eficiente dos espaços habitáveis. Para tanto, o legislador edita normas de ordem técnica de planejamento e construção, disciplinando a utilização do solo, a forma do traçado urbano, a distribuição dos espaços livres e das áreas verdes,

3 Nohara, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. Volume 2. 4ª edição. Série Leituras Jurídicas. São Paulo: Ática, 2007. p. 29.

o volume das edificações, etc. E para assegurar coercitivamente a observância das regras técnicas, vale-se de normas jurídicas que orientam a conduta social.

Tais normas são de ordem pública, cogentes, gerais e, portanto, impessoais, não se lhes podendo contrapor, em muitos casos, nem mesmo o direito adquirido, conforme esclarece José Carlos de Freitas:

As limitações urbanísticas, genuínas imposições de ordem pública, por atingirem indistintamente os membros da coletividade administrada, são imprescritíveis, irrenunciáveis e intransacionáveis e, porque revestidas de imperium, vinculam os particulares e a própria administração (Dos interesses metaindividuais urbanísticos, in Temas de Direito Urbanístico – São Paulo: Imprensa Oficial do Estado: Ministério Público do Estado de São Paulo, 1999. p. 286).

Deve ser assim, pois as normas de direito urbanístico visam a atender ao bem comum, sobrepondo o interesse público ao privado, vez que tem uma missão social a cumprir na ordenação dos espaços habitáveis para assegurar à população as melhores condições de vida.

Sobre a matéria, leciona José Afonso da Silva:

[...] Daí por que, hoje, se reconhece que a atividade urbanística é função pública. Mas, também, por ser uma atividade do Poder Público que interfere com a esfera do interesse particular, visando à realização de interesse da coletividade, deve contar com autorizações legais para poder limitar os direitos dos proprietários particulares ou para privá-los da propriedade. Essa atividade deve, pois, desenvolver-se nos estritos limites jurídicos [...] (Direito Urbanístico Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 28)

Está claro que, constituindo-se o Direito Urbanístico de normas cogentes, o Poder Público e o Particular não podem ignorá-las, em detrimento do bem-estar da coletividade. Todos os entes e órgãos da Administração devem estar adstritos ao princípio da legalidade, que abrange a observância da lei formal, votada pelo Legislativo, e também dos preceitos decorrentes de um Estado democrático de direito, que é o modo de ser do Estado brasileiro e, ainda, deve incluir a observância dos demais fundamentos e princípios de base constitucional, comportando gradações, conforme leciona Odete Medauar:

A habilitação legal, por vezes, é somente norma de competência, isto é, norma que atribui poderes para adotar determinadas medidas, ficando a autoridade com certa

margem de escolha no tocante à substância da medida, por vezes, a base legal expressa um vínculo estrito do conteúdo do ato ao conteúdo da norma ou às hipóteses aí arroladas (Direito Administrativo Moderno. São Paulo: RT, 1998. p.135-136).

Assim, é imperiosa a busca da tutela jurisdicional no sentido da adequação da rodovia.

4 DA MEDIDA LIMINAR

A falta de segurança existente na Via Expressa Sul – Rodovia SC 401 (porção final) – implica em risco imediato à segurança dos transeuntes – sejam eles ciclistas, pedestres ou condutores de veículos – e, salvo melhor juízo, a medida requerida se impõe à mera vontade do administrador, ao qual não é dado deixar de atender a determinações vinculadas. Longe de serem meramente discricionárias, as normatizações são para a garantia de um trânsito seguro e à administração pública não é permitido agir a não ser sob o império da lei.

O *fumus boni juris* ou verossimilhança da alegação pode ser verificada nas afirmações do Engenheiro Civil Nelson Luiz Giorno Picanço do DEINFRA, quando diz que “**não há placa indicando o fim da ciclovia**” (fl. 43 da Peça Informativa n. 107/2007), bem como nas fotografias acostadas à presente inicial, produzidas por oficial de diligência do Ministério Público, certificando da ausência de sinalização de trânsito referente à circulação de ciclistas, conforme exige a legislação própria à espécie.

De outro lado, o *periculum in mora* é inerente a eventuais sinistros que venham a acontecer, enquanto não há adequação mínima da rodovia em questão, no que se refere ao trânsito de ciclistas. Não há maior risco de demora do que a potencial possibilidade da perda de uma vida humana, bem este resguardado constitucionalmente.

Ainda que se bastasse, para configuração do *periculum in mora* a perda de uma vida humana, há que se lembrar que o Estado é passível de demanda para ressarcimento patrimonial decorrente de acidente de trânsito que, eventualmente, venha a ocorrer em consequência da desídia do administrador público, senão vejamos:

RESPONSABILIDADE CIVIL - AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS - ACIDENTE DE VEÍCULO - **OMISSÃO DA MUNICIPALIDADE EM SINALIZAR OBSTÁCULO EM VIA PÚBLICA** - RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA - CULPA CONFIGURADA - DESPROVIMENTO DO APELO.

É obrigação da Administração a conservação das vias públicas, bem como a sinalização dos defeitos nelas existentes, com a finalidade de alertar os transeuntes para os perigos decorrentes. Em caso de omissão, comprovado o nexo causal, será a ela atribuída a responsabilidade pelos danos causados em acidente de circulação (AC. n. 1998.012722-0, de Jaraguá do Sul, Des. Luiz César Medeiros). As provas presentes nos autos, sobretudo as testemunhais, apontam a **omissão culposa da municipalidade ao deixar de sinalizar adequadamente o obstáculo na via pública**, razão pela qual responde pelos prejuízos de automóvel danificado ao colidir com o inesperado amontoado de pedras em seu caminho. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - FAZENDA PÚBLICA - APRECIÇÃO EQUITATIVA - ART. 20, § 4º, DO CPC - PERCENTUAL FIXADO EM 20% PELO MAGISTRADO A QUO - RECURSO DESPROVIDO. Há de se levar em consideração que o valor da causa não é significativo, é de pequeno valor. A redução para o percentual de 10% (dez por cento) refletiria uma importância irrisória pelos gastos necessários e tempo dispendidos. JUROS DE MORA - ATO ILÍCITO - INCIDÊNCIA A PARTIR DO EVENTO DANOSO - SÚMULA 54/STJ. Os juros de mora, em caso de responsabilidade extracontratual, possuem como termo inicial a dada em que ocorreu o evento danoso (Apelação cível n. 2006.004769-7, de Concórdia, Rel. Des. Vanderlei Romer). (TJSC - Apelação Cível n. 2007.050554-9, de Ipumirim, Relator Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, de 26/03/08). (grifo nosso)

Diante disso, **enquanto não concluídas as obras e principalmente o elevado que findará no bairro Rio Tavares**, requer-se, com fulcro no art. 12 da Lei n. 7.347/1985 e no artigo 461, § 3º, do Código de Processo Civil, a concessão de medida liminar para compelir o Departamento Estadual de Infraestrutura - DEINFRA ao cumprimento de OBRIGAÇÃO DE FAZER, nos termos do art. 3º da Lei n. 7.347/1985, consistente em **adequar a sinalização do trecho já existente da Via Expressa Sul, da seguinte forma:**

5.1. No caso em que houver o trânsito de bicicletas, pedestres e veículos motorizados **em pista de rolamento**, demarcar a área indicando a existência de **faixa-compartilhada** ou via de **tráfego compartilhado** e **indicar que o trânsito é**

preferencialmente para bicicletas, nos termos do artigo 4º, inciso III, da Lei Complementar Municipal n. 78/2001;

5.2. No caso em que houver o trânsito de bicicletas e pedestres **em calçada** (ou passeio público), demarcar a área indicando a existência de **faixa-compartilhada ou via de tráfego compartilhado** e **indicar que o trânsito é preferencialmente para pedestres**, nos termos do artigo 4º, inciso III, *in fine*, da Lei Complementar Municipal n. 78/2001;

5.3. No caso em que houver o trânsito de bicicletas e veículos motorizados **em pista de rolamento**, demarcar a área indicando a existência de **ciclofaixa** e indicar que, **na faixa demarcada**, o trânsito é **exclusivo para bicicletas**, nos termos do artigo 4º, inciso II, da Lei Complementar Municipal n. 78/2001;

5.4. Implantar as placas verticais de sinalização de regulamentação e advertência para indicação das proibições e permissões de circulação, conforme modelos contidos na Resolução n. 160, de 22/04/2004, do Conselho Nacional de Trânsito – CONTRAN, que aprova o Anexo II do Código de Trânsito Brasileiro.

5 DO PEDIDO

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

a) concessão da medida liminar, consistente na obrigação de fazer pelos réus, imediatamente, **enquanto não finalizada a Via Expressa Sul em toda sua extensão, a adequação da sinalização vertical e horizontal (de regulamentação e de advertência) no tocante ao trânsito de ciclistas, no trecho da Via Expressa Sul já existente**, na forma dos itens **5.1, 5.2, 5.3 e 5.4**., fixando-se multa diária a ser suportada pelo requerido no caso de descumprimento da decisão (art. 461, § 4º, do CPC, e art. 11 da Lei n. 7.347/1985);

b) recebida a inicial, sejam os réus citados para, querendo, contestar o presente feito, sob pena de ser-lhe decretada a revelia;

c) a publicação no órgão de imprensa oficial de edital sobre a propositura da presente ação, para cumprimento do disposto no art. 94 da Lei n. 8.078/1990;

d) a produção dos meios probatórios admitidos no texto da lei, a serem especificados oportunamente;

e) ao final, a procedência total da presente Ação Civil Pública para condenar os réus na obrigação de fazer, no prazo a ser fixado por Vossa Excelência, a **construção de ciclovias e a necessária sinalização de regulamentação e de advertência, tanto vertical quanto horizontal** - conforme o Anexo II do Código de Trânsito Brasileiro - **em toda a extensão da Via Expressa Sul** (rodovia SC 401, porção final), fixando-se multa diária de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), no caso de descumprimento, na forma do art. 11 da Lei n. 7.347/1985, revertida para o Fundo de Reconstituição dos Bens Lesados do Estado de Santa Catarina (art. 13, da Lei n. 7.347/1985), a ser depositada na Agência n. 068-0 (BESC), conta corrente n. 058.109-0, bem como seja determinadas providências que assegurem o resultado prático equivalente, às expensas do Requerido, caso haja o descumprimento (art. 461, *caput*, *in fine*, do CPC).

Atribui-se à causa o valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

Pede deferimento.

Florianópolis, 30 de junho de 2008.

ALEXANDRE HERCULANO ABREU

Promotor de Justiça

III PRÊMIO MILTON LEITE DA COSTA - 2009
Categoria B: Artigo - 1º lugar

NOVOS PARADIGMAS POLÍTICO-SOCIAIS E A CRISE DE CONCEITOS: HÁ FUTURO PARA UMA TEORIA DO ESTADO?

Isaac Sabbá Guimarães

*Promotor de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina
Doutorando pela UNIVALI.*

RESUMO

O presente artigo, após apresentar os limites metodológicos para o estudo do Estado como fenômeno político, traça o perfil das sociedades contemporâneas sob os influxos da globalização, pondo em causa a teoria do Estado de Heller. Em seguida, procura estabelecer um ponto de equilíbrio entre sua problemática e a tensão existente entre os aspectos culturais do povo e as possibilidades para uma teoria do Estado.

PALAVRAS-CHAVE: teoria do Estado – sociedades contemporâneas – globalização – Comunidade Européia – transnacionalidade – unidade política – Estado-nação.

1 INTRODUÇÃO

O estudo do fato político, tido aqui na sua acepção mais estrita – excluindo-se, portanto, a política ocorrente no seio da *associação*

Atuação	Florianópolis	Edição Especial - Prêmio Milton Leite da Costa 2009/2010	p. 83 - 102	2011
---------	---------------	--	-------------	------

do modelo weberiano, que é a coletividade de homens resultante de sua vontade¹ –, bem pode ser depreendida já em Aristóteles, quando o filósofo entende a vida do homem como a própria essência da *pólis* e que, portanto, é vida social, fundada, irremediavelmente, em seu relacionamento com os organismos instituídos visando a algum fim². O estudioso do fato político debruçar-se-á, em suma, sobre o fenômeno social que interage com o poder instituído na *pólis* helênica, no *Stato* da Renascença dos Médici e de Maquiavel, e, enfim, no Estado da modernidade. O Estado torna-se, dessa forma, o elemento polarizador da problemática política, não se podendo adentrar o seu âmbito sem que se parta da análise de seus elementos conceituais: o *povo*, o *poder político*, a *soberania*, o *território*.

Se, como sustenta Heller, arrimado em sua teoria da unidade política idealizada como elemento genetriz do Estado, não se encontra uma ideia substancial desse ente ao longo da Idade Média, quando o poder político era fragmentário e policêntrico³, é na modernidade que aqueles aspectos conceituais serão melhor arranjados: é o *povo*, grupamento de pessoas inter-relacionadas por causa de identidade cultural e pretensões convergentes, assentado numa base *territorial*, que engendra, a partir de expressões de domínio, o *poder político*, elemento moral apto a dar-lhe direção existencial. Mas a sociedade contemporânea passa por

- 1 Ao analisar a categoria, Caetano estabelece a diferença que há entre as modalidades de coletividade humana, referindo: “podemos dizer que as diversas formas de sociedade são *comunidades* quando, existindo independentemente da vontade dos seus membros, os indivíduos nelas se encontram integrados por mero facto do nascimento ou por acto que não tem por fim directo aderir a elas; são *associações* quando, criadas pela vontade dos indivíduos, resultam da união daqueles que a elas resolvam aderir, e que delas podem sair quando queiram”. Cf. CAETANO, Marcello. **Manual de ciência política e direito constitucional**. Tomo I. 6ª ed., rev. e ampl. por Miguel Galvão Teles. Coimbra: Almedina, 1996. p. 3.
- 2 Já no cap. I do livro I de sua obra mais conhecida, o estagirita, ao referir: “Como sabemos, todo Estado é uma sociedade, a esperança de um bem, seu princípio, assim como de toda associação, pois todas as ações dos homens têm por fim aquilo que consideram um bem”, deixa entredito ser próprio do homem a satisfação de seus interesses antropológicos, como o da manutenção da espécie e sua autodeterminação, só alcançáveis através da associação em *pólis*, na qual ocorre o (inter)relacionamento. E daqui já depreendemos, também, outro aspecto antropológico, que é a incompletude do homem, revelando-se especialmente pela falta de mecanismos instintivos que lhe permitam o enfrentamento dos perigos apresentados pela natureza. Daí o fato de o homem ser concebido pelo filósofo como um *zoón politikon*. ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 1. Tradução da versão francesa de Marcel Prélot: **La politique**.
- 3 O politólogo alemão refere: “É patente o fato de que durante meio milênio, na Idade Média, não existiu o Estado no sentido de uma unidade de dominação, independentemente no exterior e no interior que atuara de modo contínuo com meios de poder próprios, e claramente delimitada pessoal e territorialmente”. Cf. HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 158. Título original: **Staatslehre**.

transformações abissais, decorrentes da evolução técnica e científica como a que se vê no domínio das comunicações e das globalizações⁴, mormente a econômica. São aspectos que favoreceram um novo quadro para o ocidente, onde, por um lado, se constroem blocos econômicos que derrubam as fronteiras não só econômicas, mas políticas e jurídicas entre Estados comunitários, pondo em causa a ideia de Estado-nação (e, logicamente, a própria ideia helleriana de unidade política que lhe dá substancialidade) e, por outro, abrem ductos para a mobilidade migratória de grandes massas humanas à procura de melhores condições de vida, justificando o aparecimento do cidadão cosmopolita, que antes se interessa por uma residência, mesmo que transitória, mas que lhe provenha as necessidades, do que por um lar nacional. É nesse quadro que também aparecem organismos políticos e jurídicos, estatais ou não, transnacionais, que, devido as suas finalidades e atividades executórias planificadas para blocos de Estados, põem em causa a ideia de soberania. Estaremos, com isso, diante de um *neomedievalismo*, no qual as expressões de poder são policêntricas e, muitas vezes, concorrentes nos vários níveis político-administrativos, minando, com isso, a existência do Estado, como alguns já sustentaram? Ou, por outro lado, na linha do que já afirmara Dallari, estamos passando por uma ingente necessidade de redefinição do Estado e do constitucionalismo? Há, por fim, ambiente científico para formulação de uma teoria do Estado do devir?

São essas as indagações que se constituirão objeto deste artigo, mas que não podem prescindir, ao menos para que haja um bom concerto metódico, de rápidas palavras acerca da teoria do Estado; a análise do quadro político e social do mundo globalizado e seu reflexo sobre o conceito de Estado e, por último, apoiados na teoria helleriana, uma tentativa – e, no espaço de um artigo, é apenas isso que nos cabe – de justificar uma teoria para o Estado do devir. Para tanto, recorreremos ao método dedutivo para a formulação de nossa posição quanto à possibilidade de uma teoria do Estado.

⁴ Aderimos ao posicionamento de Sousa Santos, para quem há diversas manifestações de globalização, a econômica, a social, e a política. Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa. Linha de horizonte. In SANTOS, Boaventura de Sousa. **A globalização e as ciências sociais**. 3ª ed. São Paulo: Cortez, 2005, p. 25-102.

2 O ESTUDO DO ESTADO COMO FENÔMENO POLÍTICO

O tratamento científico dado ao fenômeno político matiza-se numa variada gama de métodos, especificados cada qual consoante o relacionamento do objeto estudado com a realidade social. É dessa noção que Caetano arranca para, pretendendo demarcar conceitualmente esse âmbito científico, afirmar que o estudo de política não se confunde com arte, refutando, assim, a posição daqueles que veem na política “a arte de governar”⁵, afirmando, antes, que ele, como ciência, desenvolve-se em um sistema de conhecimentos, cujo objeto é a realidade⁶. No caso da ciência política, apenas para nos determos num dos ramos de estudos que tratam da matéria, seu enfoque é o fato político, “não como facto social relacionado com outros factos sociais, e sim como facto específico, desligado, quanto possível, dos outros factos sociais”. E arremata: a ciência política “estuda o *facto político* em si próprio, como tal, nas suas formas e manifestações, nacionais e internacionais, procurando descobrir as suas causas e regularidades.”⁷ E essa ciência descritiva relaciona-se com outras de uma grande constelação, como a sociologia política, a filosofia política, a história das ideias políticas e das instituições, guardando com elas dois aspectos fundamentais: o primeiro refere-se ao fato de servir-se das informações obtidas por perspetivações metodológicas distintas, mas que podem imbricar-se quanto ao estabelecimento de determinada descrição sobre política; o segundo aspecto é o suposto de que cada ramo de conhecimento parte, dedutivamente, do fato político. Assim é possível tratar-se, *v.g.*, do modelo parlamentar de governo europeu através de vieses da sociologia política, da filosofia política, da história das ideias e instituições políticas, cada matéria interessando ao cientista político, quem, por meio do estudo empírico, elaborará a descrição dessa instituição. O objeto de política de que tratam é na sua aceção estreita, que conota com o fenômeno do poder – o poder estatal.

Mas a teoria do Estado, se não pode autonomizar-se do problema político⁸, porque este se insere no fenômeno do aparecimento e no próprio

5 CAETANO, Marcello. *Manual de ciência política e direito constitucional*, cit. p. 15.

6 Ibidem, ibidem.

7 Ibidem, p. 13.

8 Heller critica, com acerto, a tentativa epistemológica de Kelsen de expurgar do domínio da Teoria do Estado toda noção política: “Só poderia crer na realização de tal sonho quem ouzasse negar ao Estado a condição de realidade histórico-política”. HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968. p. 78. Título original: *Staatslehre*.

curso da vida do Estado, não se confunde com a ciência política, como já no início de sua obra capital, adverte Heller: “A Ciência Política ocupa-se por princípio – e isto não é um juízo deontológico mas existencial – unicamente daquelas atividades políticas e formas institucionais de atividade que supõem um exercício autônomo de poder [...]”⁹; e, mais adiante, arrematando seu conceito, irá afirmar que “[...] esta ciência ocupa-se, preferentemente, dos problemas que surjam em torno do Governo e da Legislação, e não dispensará a sua atenção, ou só o fará em circunstâncias especiais, aos da Jurisdição e Administração”¹⁰; já a teoria do Estado, conquanto trate da realidade social e, por isso, correlacionando-se com a sociologia, a antropologia cultural e política e a história, não tratará das instituições políticas, mas do próprio conceito do Estado, estabelecendo como seu problema fundamental “[...] a construção jurídica do Estado, das suas condições de existência e das suas manifestações vitais, ou (menos frequentemente) como enquadramento do Estado na dupla perspectiva de realidade jurídica e realidade social.”¹¹

Porém, a teoria do Estado é, como já se afirmou, ciência da realidade – da realidade da vida estatal –, e, por isso, não pode, de modo absoluto, dissociar-se do mundo prático. É, aliás, o que fica entredito quando Heller delimita o método dessa ciência, afirmando que “[...] a Teoria do Estado é, em todos os seus aspectos, uma ciência sociológica da realidade que, considerando o Estado como uma formação real, histórica, se propõe compreendê-lo e explicá-lo causalmente mediante a interpretação da “conexão de atividade” histórico-social.”¹² Por isso, terá perfeita coerência a proposta problemática do teórico alemão fixada “[...] em conceber o Estado como uma estrutura no devir.”¹³

Ocorre, entretanto, que para muitos teóricos a sociedade humana existiu durante um largo período sem o Estado. Heller, por um lado, ao afirmar a falta de unidade política de dominação durante a Idade Média, vê com ceticismo a afirmação de um Estado medieval e, por outro lado,

9 Ibidem, p. 41.

10 Ibidem, p. 42.

11 MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo I. 6ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. p. 24.

12 HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**, cit., p. 71.

13 Ibidem, p. 75. Em outra passagem, Heller afirma: “A Teoria do Estado propõe-se investigar a específica realidade da vida estatal que nos rodeia. Aspira a compreender o Estado na sua estrutura e função atuais, o seu devir histórico e as tendências de sua evolução.” Ibidem, p. 21.

fala de comunidades de vontade e de valores como diretriz para a formação da sociedade politicamente organizada. Por isso, “Uma teoria do Estado – refere o teórico alemão – [...] tem de conceber o Estado partindo do conjunto da realidade histórico-concreta da sociedade”. E arremata: “O espírito e a forma desta sociedade civil real só poderão compreender-se perfeitamente se investigados sobre a base da sua evolução desde a Renascença e a Reforma.”¹⁴ O que, por outras palavras, induz a compreender a existência do Estado já na Idade Moderna. Há, ainda, autores como Balladore Pallieri que chegam a indicar o ano de 1648, quando assinada a paz da Westfália, como a data em que o mundo ocidental se concebe politicamente organizado¹⁵. Essa vertente teórica estrutura-se sobre a ideia de território, de poder político como êmulo das aspirações de um povo e, ainda, sobre a possibilidade de autodeterminação da comunidade política nos planos interno e externo. Contudo, tendo como premissa o fato de que a sociedade humana nem sempre esteve organizada em forma de Estado, nada afasta a possibilidade de perecimento do Estado; e é o mesmo Pallieri quem prediz a dissolução dessa estrutura, especialmente em virtude de pressões externas, de organismos internacionais, *v.g.*, sobre a organização e o funcionamento dos Estados¹⁶.

Na atual quadra da história, talvez não seja acertado falar-se de hegemonia de um Estado imperialista, nem mesmo de uma tutoria de organismos internacionais que coloquem irremediavelmente em causa a soberania. Mas há, não resta dúvida, uma série de fenômenos atingindo os alicerces conceituais até há pouco aceitos pela teoria do Estado. A crise econômica que ainda se experimenta, *v.g.*, não conhece fronteiras nem escolhe vítimas, podendo categorizar-se como global, abrindo fissuras na estrutura teórica acerca do Estado na medida em que se pensa no fortalecimento de políticas econômicas transnacionais. E, ao mesmo tempo em que cada Estado, convergente para essa nova postura, alimenta as indagações conceituais, ter-se-á de repensar sua vocação política, econômica e jurídica. Isso já nos faz indagar sobre os rumos do Estado-nação e sobre a própria teorização do futuro do Estado.

14 Ibidem, p. 141.

15 Cf. DALLARI, Dalmo Abreu. *O futuro do Estado*. 1ª ed. São Paulo: Moderna, 1980. p. 50; do mesmo autor, *Elementos de teoria geral do Estado*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 53.

16 DALLARI, Dalmo Abreu. *O futuro do Estado*, cit., p. 108.

3 A GLOBALIZAÇÃO E A MUDANÇA DE PARADIGMAS POLÍTICO-SOCIAIS

Se tomarmos o período pós-renascentista como marco a partir do qual os Estados europeus se formaram como unidades de domínio, orientados segundo uma noção de autodeterminação política, como, aliás, no âmbito teórico preconizava Maquiavel, então o referencial empírico conhecido é o da experiência do Estado-nação. É essa a ideia de Estado que temos tido ao longo de séculos, embora sua consolidação não tenha obedecido a um esquema de desenvolvimento retilíneo, mas, ao contrário, sujeitando-se às circunstâncias econômicas e de progresso humano e tecnológico. E toda consideração que se faça a esses aspectos parece tornar-se um pormenor despiciendo, chegando a causar um grande estranhamento para o estudioso, por mais que possa ele atinar para as repercussões político-sociais causadas pela evolução técnica e científica, primeiro ao tempo dos descobrimentos, depois durante a Revolução Industrial entre os séculos XVIII e XIX. No entanto, já não poderemos desprezar os impactos político-sociais causados por dois movimentos que se entrecruzam na história recente do mundo ocidental: o do surgimento do bloco de Estados europeus, a Comunidade Européia, e o da globalização.

Como é sabido, as alianças de Estados sempre decorreram do interesse em manter a estabilidade e a paz nas relações internacionais. Foi assim com a malograda Liga das Nações, de curtíssima duração, e, posteriormente, com a ONU, sendo que esta se constituiu com pretensões de organismo supraestatal, inclusive com a possibilidade de estabelecer resoluções contra os Estados integrantes que divirjam dos programas político-humanitários. Contudo, o fim da Segunda Grande Guerra abriu, também, uma senda para a integração européia que, no conclave de Haia de 1948, parece factível ao firmarem aos Estados participantes o objetivo de conciliação com a Alemanha, passando, antes, pela criação de vínculos políticos de estabilização das relações entre os Estados-nação¹⁷; “Não é de admirar – afirma Castells – que o primeiro passo rumo à integração européia tivesse sido um mercado comum

17 Cf. CASTELLS, Manuel. *Fim de milênio*. V. III. 4ª ed. Tradução de Klauss Brandini Gerhardt e Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2007, p. 386-387.

nos setores de carvão e aço¹⁸, tendo a Alemanha Ocidental, a França, a Itália, Bruxelas, a Holanda e Luxemburgo criado, em abril de 1951, a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço; que foi o gérmen para, em 25 de março de 1957, Alemanha, França, Itália, Bélgica, Países Baixos e Luxemburgo assinarem o Tratado de Roma, criando a Comunidade Econômica Europeia.

O propósito inicial de integração europeia logo vai sofrer alterações visando a impedir que a Europa se tornasse “[...] colônia econômica e tecnológica das empresas norte-americanas e japonesas [...]”¹⁹, num período em que, por causa das crises econômicas de 1973 e 1979, vários Estados europeus encontravam-se combalidos. O Ato Único Europeu de 1987 colocava a pedra fundamental para a criação do mercado unificado, que apareceria em 1992, trazendo, no entanto, outros significados de maior alcance para a estruturação do Estado contemporâneo, uma vez que a estipulação de um mercado comum de capital, bens, serviços e mão-de-obra geraria um novo arranjo político e jurídico para os Estados comunitários. O efeito mais sensível disso, em termos conceituais, aparecerá no que se pode chamar de cedência de parte da soberania dos Estados comunitários, que têm de alinhar-se, especialmente, quanto às políticas econômicas. Ao tratar da entrada da Alemanha para a Comunidade Européia, Castells refere que o sacrifício do marco alemão passaria por três importantes compensações:

1. As economias européias tinham de absorver as políticas deflacionárias que haviam se tornado necessárias para o alinhamento das políticas monetárias [...].
2. Os poderes das instituições européias seriam reforçados, movendo-se para um nível mais alto de supranacionalidade [...].
3. A Alemanha, com o apoio da Grã-Bretanha por razões próprias e diferentes, solicitou uma concessão adicional aos 12 membros da CE: a expansão da CE para o norte e para o leste²⁰.

Tal arranjo de coisas, que se traduz na necessária adoção de políticas-padrão para os Estados comunitários, implica para cada um deles, reforçemos, mudanças para os programas de política internacional e de política econômica, a ponto de fazer-se *tabula rasa* de suas condições específicas, já para não falarmos que isso põe também em causa o

18 Ibidem, p. 387.

19 Ibidem, p. 388.

20 Ibidem, p. 389-390.

sentimento nacional.

Desenvolveu-se durante esse mesmo período, talvez com mais ênfase após o fim da guerra fria e a queda do muro de Berlim, o fenômeno das globalizações que, embora paralelo ao processo de integração europeia, guarda com ele certa identidade. Afirmamos isso por dois motivos: a despeito da resistência à globalização econômica por setores organizados que formam grupos de pressão, a Europa experimentou-a, num primeiro momento, no âmbito continental; mas no atual quadro histórico, o processo de globalização tem nos Estados daquele continente importante expressão. Exatamente porque seu peso econômico no Grupo dos 8 – o G8 –, juntamente com as demais potências econômicas não europeias, força a uma uniformização de políticas macroeconômicas em nível global.

Disso já podemos depreender que a economia é a via aberta para os fenômenos de globalização. E nessa vertente distinguiremos, como seus traços principais,

economia dominada pelo sistema financeiro e pelo investimento à escala global; processos de produção flexíveis e multilocais; baixos custos de transporte; revolução nas tecnologias de informática e de comunicação; desregulação das economias nacionais; preeminência das agências financeiras multilaterais; emergência de três grandes capitalismo transnacionais: o americano, baseado nos EUA e nas relações privilegiadas deste país com o Canadá, o México e a América Latina; o japonês, baseado no Japão e nas suas relações privilegiadas com os quatro pequenos tigres e com o resto da Ásia; e o europeu, baseado na União Europeia e nas relações privilegiadas desta com a Europa de Leste e com o Norte de África²¹.

As consequências são diversas, partindo da abertura das economias nacionais ao mercado mundial e chegando às transformações nas relações de contrato de trabalho, hoje muito mais flexíveis por causa da volatilidade das grandes indústrias, que são módulos facilmente adaptáveis a lugares onde se ofereçam menos custos fiscais e operacionais (a instalação de polos de produção em países do terceiro mundo ou em desenvolvimento, *v.g.*, já indica um novo âmbito de relações entre padrões e trabalhadores). Mas a viragem na realidade macroeconômica provocada pela globalização repercute, iniludivelmente, em outros setores da vida social, de forma que se pode até mesmo falar de sociedade

21 SANTOS, Boaventura de Sousa. Linha de horizonte, cit., p. 29.

ocidental globalizada e de expressões culturais globais (pense-se na força colonizadora de determinadas culturas que transpõem fronteiras e se instalam minando aspectos de culturas nacionais ou locais, como se pode verificar, *v.g.*, quanto ao predomínio do inglês como língua franca; ou do espanhol em relação aos muitos idiomas e dialetos de Espanha reduzidos, hoje, à contingência paroquial). Sousa Santos vai mais longe, referindo que “A imaginação pós-eletrônica, combinada com a desterritorialização provocada pelas migrações, torna possível a criação de universos simbólicos transnacionais, “comunidades de sentimento”, identidades prospectivas, partilha de gostos, prazeres e aspirações [...]”²², de um contingente humano, entendemos nós, que procura – melhor dizendo, aspira a – essa mobilidade condizente com o homem que se pode chamar cosmopolita, por excelência. Na Europa comunitária a situação é mais sensível, especialmente porque vem recebendo imigrantes de todas as partes, desde o leste do continente à banda norte da África, dando-lhe as feições cada vez mais pluriétnicas. As gerações de afrodescendentes ou de filhos de turcos perdem vínculos afetivos com o país de origem, mas não se sentem inteiramente europeus; basta que se atente para o fenômeno do uso do *chador* ou da *burca* muçulmanas jovens, já nascidas em solo europeu, que com essa manifestação simbólica de identidade cultural provocam o autoisolamento; e com isso, depreendemos uma nova faceta do individualismo (que preferimos denominar *isolacionismo*) da contemporaneidade. Beck observa que

Quem hoje viaja pela Europa e, evidentemente, pelos Estados Unidos, mas também pela América do Sul, Singapura, Tóquio ou Coreia do Sul e venha a perguntar o que move as pessoas, o que ambicionam, por que lutam, onde para elas acabam as diversões, encontrará o dinheiro, o posto de trabalho, o poder, o amor, Deus, etc. Porém cada vez mais também encontrará as promessas do individualismo²³.

O homem da contemporaneidade procura o isolamento, mesmo quando isso pareça paradoxal diante de todos os meios de comunicação que estão ao seu dispor. Mas o fato é que sua vida é absorvida pelo trabalho e pelas grandes corporações que se prolongam até a casa, onde se está conectado à Internet; que passa a ser mais do que um meio de comunicação para se tornar o veículo de diversas atividades

²² Ibidem, p. 45.

²³ BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo mundial**. En busca de la seguridad perdida. Tradução de Rosa S. Carbó. Barcelona: Paidós, 2008. p. 294. Título original: **Weltrisikogesellschaft**. Fizemos aqui uma tradução livre do texto.

humanas, inclusive de relacionamentos (artificiais). Faria, analisando as consequências da globalização e do neoliberalismo sobre as sociedades contemporâneas, observa que

[...] as relações sociais têm crescentemente passado a se referir à interação entre as diferentes organizações das quais as pessoas fazem parte como empreendedores, executivos, sócios, trabalhadores, sindicalistas, prestadores de serviços, professores, estudantes, consumidores, pacientes etc.²⁴

Há, portanto, inúmeros veículos de intervenção – as organizações – na vida do homem que, na mesma medida em que se isola, torna-se cada vez mais apático com relação à sua vida político-social. Em suma, o isolacionismo do homem moderno – ou fenômeno de um novo individualismo, como preferem Beck e, entre nós, Faria – causa uma espécie de indiferença moral com relação a aspectos da vida social e nacional, e a participação política que antes se fazia presente nas ruas, como é exemplo a *primavera de 1968* em Paris, é nos dias atuais bem mais modesta e faz-se efetiva principalmente por ocasião dos pleitos eleitorais. Touraine parece ainda mais cético a respeito das sociedades europeias, quando menciona que a construção da nova Europa diluiu as identidades nacionais: “[...] esvaneceu-se o nacionalismo das grandes potências europeias; por todo o lado as pessoas dizem-se europeias para não terem de voltar a dizer-se alemão ou italiano.”²⁵

4 A UNIDADE POLÍTICA COMO FUNDAMENTO DO ESTADO CONTEMPORÂNEO

4.1 O enquadramento paradigmático da teoria helleriana de Estado

Uma das mais exitosas e emblemáticas experiências de reconstituição de um Estado deu-se em 1947, com a criação do Estado de Israel, que em 1948 David Ben-Gurion proclamou, no idioma que ressurgia do esquecimento e se tornaria oficial e, segundo os anseios do sionismo,

24 FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. 1ª ed., 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 170.

25 TOURAINE, Alain. *Um novo paradigma*. Para compreender o mundo de hoje. Tradução de Armando Pereira da Silva. Lisboa: Instituto Piaget, 2005. p. 48. Título original: *Un nouveau paradigme*.

como *Medinat Lehudit*, Estado Judeu. Mas a criação desse Estado é precedida de diversas circunstâncias históricas, culturais e, até, místicas, que merecem uma rápida visita. Em primeiro lugar, a diáspora do ano 70 não foi total e muitos judeus permaneceram em Israel, principalmente em Jerusalém, a cidade de maior significado para o judaísmo e, portanto, catalisadora da atenção dos que se dispersaram pelo mundo. Os judeus, em segundo lugar, haviam passado toda a sorte de perseguições após a diáspora, desde sua expulsão de Espanha no ano de 1492, decretada pelos reis católicos, até o holocausto da Segunda Grande Guerra, passando pelos *pogroms* do leste europeu, o que reacendeu o desejo de retorno, idealizado no século XIX sob o dístico de *sionismo*²⁶; não é de se esquecer que muitos judeus espanhóis, especialmente os místicos, rabinos e filósofos, como é o caso mais notório de Maimônides, retornaram para Israel na Idade Média, antes mesmo do decreto real de expulsão, evidenciando, dessa forma, que os vínculos afetivos e um projeto de lar nacional nunca foram esquecidos pelos judeus da diáspora. Em terceiro lugar, incluindo-se de forma subjacente no aspecto cultural antes mencionado, o retorno, que não é apenas o regresso ao lar ancestral mas o reviver do judaísmo que esteve sob risco de assimilacionismo e de desaparecimento, é por muitas formas explicadas pela mística judaica, bastando-nos, entretanto, que leiamos os versos de Deuteronômio, 17, 14-15: “Quando fores à terra que o Eterno, teu Deus, te dá, e a herdades e nela habitares, e disseres: ‘Porei sobre mim um rei, como o fazem todas as nações que estão ao redor de mim’ – certamente poderás pôr sobre ti o rei que o Eterno, teu Deus, escolher”²⁷. Tudo isso quer indicar-nos que havia a necessidade de um lar nacional para o povo judeu; que é a constatação mais óbvia e, portanto, livre de dúvidas. A questão de fundo é outra e é muito mais complexa de ser analisada, embora possa ser sintetizada da seguinte forma: os judeus, após as históricas perseguições, que remontam aos tempos bíblicos e avançam até a primeira metade do século XX, tinham como alternativas a adoção de uma postura de autoisolamento – o *isolacionismo*, mas num sentido diverso do que há pouco referimos – ou, ainda, a assimilação dos costumes dos povos predominantes, fragmentando sua cultura até a completa extinção; contudo, preferiram manter-se íntegros em relação

26 O projeto do sionismo teve seu maior expoente em Theodor Herzl, que propõe o retorno dos judeus às terras ancestrais e escreve, em 1895, *Der Judenstaat*, O Estado judeu.

27 **Bíblia hebraica**. Versão de David Gorodovits e Jairo Fridlin (baseada no hebraico e à luz do Talmud e das fontes judaicas). São Paulo: Séfer, 2006. p. 197.

a ela, como forma de opção existencial, mas que só podia ser levada a cabo em seu lar nacional, num Estado que pudesse ser seu; de forma que a criação do Estado de Israel traz insito esse aspecto de preservação do espírito de um povo; e o próprio Estado de Israel assume uma função existencial, na medida em que é a materialização dos projetos e anseios de seu povo. Vão nesse sentido as palavras de Duchacek:

A resposta dos judeus, que se achavam dispersos por todo o mundo, à discriminação e à injustiça, produziu como resultado um profundo sentido de identidade e de unidade do grupo, especialmente quando a assimilação se havia demonstrado inaceitável para muitos judeus, assim como não judeus em diversos lugares do mundo. Depois da Primeira Guerra Mundial o sonho sionista de um Estado nacional, isto é, do regresso em massa ao antigo território de origem, e o programa nazista de exterminação massiva de todos os judeus uniram-se para converter a minoria dispersa judia numa moderna nação, o Estado de Israel²⁸.

O exemplo aqui trazido serve-nos para a análise da teoria helle-riana sobre a unidade política, que tem na compreensão da realidade social seu ponto de partida. Com efeito, Heller vê a efetividade política de autodeterminação de um povo e, por conseguinte, a própria razão do Estado vinculadas às qualidades do povo ou à sua situação geopolítica. E isso passa antes pela formulação de uma ideia do que seja cultura.

A existência de vínculos costumeiros e de tradição, a fortalecerem a coesão de um agrupamento humano, dá-nos já um sentido para o entendimento de cultura cuja ideia, no entanto, requer mais. Heller, ao abordar a questão, refere:

Juntamente com os impulsos e instintos, [...] que constituem como o dote natural do homem, embora não sejam de modo algum imutáveis, existe (sic), além disso, determinadas formas de representação, hábitos mentais e tendências afetivas e volitivas, em uma palavra, atitudes psicológicas que guiam a conduta do homem por determinados caminhos e se constituem como que seu dote cultural²⁹.

A cultura, portanto, segundo essa aproximação, acaba estabelecendo-se através de uma regularidade de costumes, mas, também, imiscui-se na psicologia de massa, que predetermina as formas de conduta e as

28 DUCHACEK, Ivo D. *Derechos y libertades en el mundo actual*. Tradução ao espanhol de Octavio Monserrat Zapater. Madri: Instituto de Estudios Políticos, 1976. p. 138-139. Título original: *Rights liberties in the world today*. Fizemos aqui uma tradução livre do texto.

29 HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*, cit., p. 111.

pretensões de um povo. É, por consequência, condição existencial de um agrupamento humano. Disso, pode arrancar-se, em primeiro lugar, a conclusão de que a cultura é o eixo em torno do qual gravitam as relações sociais de um povo, dando-lhe sentido e uma certa ordem; em segundo lugar, as expressões culturais, que podem chamar-se de espírito do povo, transcende, em verdade, o plano do ideal para concretizar-se em múltiplas formas de ação e é por isso que Heller fala de “unidades coletivas de ação” ou “agrupamentos de vontade”. Nesse âmbito,

[...] cada indivíduo do grupo é portador de uma mediação social que irradia em todas as direções, produz-se um entrelaçamento simultâneo, de modo que, finalmente, se acha unido aos outros por uma conexão, embora esta nem sempre seja necessariamente consciente.³⁰

Por outras palavras, é esse fenômeno que dá origem, *tout court*, ao que podemos chamar de corpo social, que encontra seu espaço vital no Estado.

Ao comentar a teoria do Estado de Heller, Bercovici salienta que a unidade tem aí aspecto fundamental, acrescentando que a preocupação daquele autor “[...] gira em torno do modo que o Estado pode atuar como unidade ativa e como forma histórica real na realidade histórico-social”³¹. E a unidade política ordenadora e ordenada é obtida, diz o mesmo comentador, numa relação de “[...] equilíbrio dialético entre a unidade e a diversidade infinita dos atos sociais [...]”³². As aspirações de um povo, seu projeto de vida coletiva, suas formulações éticas em torno de problemas existenciais e políticos são exemplos de questões mediadoras da procura de unidade política.

Mas quando voltamos ao quadro anteriormente debuxado sobre as sociedades contemporâneas, vivendo um período no qual as barreiras culturais estão sendo pouco a pouco derrubadas, inclusive pela invasão de culturas que se podem dizer hegemônicas; e os jogos econômicos a prevalecerem sobre os interesses nacionais e sobre qualquer consideração que se faça em torno do homem como ser ontológico; e, ao capitular diante das situações emergentes daqueles jogos, partindo para uma opção de anomia ético-política e de autoisolamento; terá cabimento pensar-se numa

30 HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*, cit., p. 121.

31 BERCOVICI, Gilberto. As possibilidades de uma teoria do Estado, p. 335. In LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto et ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes (organizadores). *Democracia, direito e política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Muller*. Florianópolis: Fundação Boiteux/Conceito Editorial, 2006. p. 325-343.

32 Ibidem, ibidem.

teoria do Estado e na própria sobrevivência do Estado-nação?

4.2 Bases para a teoria do devir do Estado

Num trecho de **O futuro do Estado** em que faz uma crítica à corrente de pensadores que propugna a ideia de fenecimento desse, que é o objeto de nossos estudos, Dallari mostra-se não só otimista em relação à sustentabilidade de sua existência como realista, referindo que “Aquilo a que denominam ‘sintomas de dissolução do Estado’ são, na realidade, as transformações que o Estado vem sofrendo, não para extinguir mas, pelo contrário, para assegurar sua permanência.”³³ Parece que as palavras do jurista pátrio, escritas há quase trinta anos, não perderam sua atualidade, servindo-nos de apoio para o tratamento da série problemática proposta neste artigo, mas aqui deslocada para o feixe teórico de Heller. Tentemos melhor explicar.

As transformações conceituais da ideia de Estado que, em verdade, correspondem às mudanças da realidade social, levadas a cabo quando sondado cada *hic et nunc* histórico-social, são imensas e não nos caberia aqui mais do que as arrolar de forma exemplificativa. Assim, o problema da unidade territorial, em outros tempos geralmente equacionado por soluções geopolíticas determinadas pelos Estados colonizadores, embora latente entre alguns poucos povos que aspiram por sua auto-determinação, como é o caso dos bascos, dos cipriotas dominados pelos turcos e dos palestinos, é, praticamente, coisa do passado. A soberania, que para Bodin era o poder supremo radicado no príncipe, quem ditava leis e a elas não se submetia – *principis a legibus solutus* – sofreu redefinições determinadas pelo pensamento contratualista democrático do século XVIII e que mais tarde viria a ser relativizado ante os conflitos de interesses dos Estados, até chegar-se ao ponto em que o direito comunitário, hoje em fazimento na Comunidade Européia, concerta os aspectos mais destoantes de expressões políticas nacionais de cada Estado, através de determinações supranacionais vinculativas a todos os Estados comunitários. Mas entre esses dois elementos conceituais, problemáticos, há um aspecto subjacente de não menor importância e que conota com o que há pouco dizíamos da teoria da unidade, que se refere ao perdimento de identidade nacional, fenômeno especialmente

33 DALLARI, Dalmo Abreu. *O futuro do Estado*, cit. p. 109.

localizável entre os europeus da contemporaneidade.

Ora, se para a fundamentação de um Estado a premissa helleriana da unidade espiritual e de ação de um povo é determinante, como vimos no caso modelar da criação do Estado de Israel, a questão que agora se nos apresenta é bem diversa: a possibilidade de dissolução da nacionalidade num meio de globalização econômica, comprometendo a própria identidade do povo, a ponto de chegar-se à anomia ético-política, coloca em risco os fundamentos do Estado-nação?

Antes de mais, cumpre destacar que o horizonte com o qual estamos trabalhando é o da realidade social que, segundo a concepção de Heller, permite amoldar a específica realidade do Estado. Por outras palavras, só se poderá depreender uma teoria para o devir do Estado dentro dos limites experimentáveis da realidade social. Isso conduz-nos a uma prospecção não muito aprofundada do terreno em que estamos a trabalhar, especialmente quando percebemos que a questão cultural é ainda recorrente entre os estudiosos, da mesma forma que se evidencia uma reação contra aquilo que Sousa Santos denomina de globalização hegemônica. Expliquemos tomando como apoio paradigmático a experiência europeia.

Em primeiro lugar, apesar de a integração de vinte e sete Estados europeus ter causado consideráveis modificações no plano de sua política econômica e social, chegando a afetar um patrimônio muito caro aos europeus, que é o Estado do bem-estar, agora redimensionado segundo as balizas neoliberais instaladas naquele continente desde Margaret Thatcher, não parece que isso tenha determinado o fim da consciência cultural. É a conclusão a que chega, expondo por outra forma, o sociólogo francês Alain Touraine, ao referir que a evolução operada na Europa implicou para os europeus “[...] abandono de todo o nacionalismo, abertura à diversidade do mundo, mantendo-se contudo profundamente ligados ao país que os modelou, tanto pelas suas instituições, pela sua língua, pela sua literatura como pela sua história.”³⁴ Por outras palavras, o espírito de coesão existente em cada povo europeu é, ainda, possível, e manifesta-se, no plano prático-político, por certas atitudes de resistência que expõem as fragilidades da União Europeia, como se verificou pela rejeição da Constituição Europeia pelos franceses e holandeses. Bercovici, ao tratar deste fato, vai mais longe, referindo que ele trouxe “[...] à tona novamente o debate sobre as possibilidades

34 TOURAINE, Alain. *Um novo paradigma*, cit., p. 49.

da democracia e da manifestação do poder constituinte do povo para além da esfera estatal”³⁵, num momento em que os estudiosos apontam para o enfraquecimento dos mecanismos democráticos na Europa, devido à estruturação burocrática da Comunidade Europeia sob a forma de conselhos, cujos integrantes são a representação ínfima de cada Estado comunitário. Ou seja, permanece, ainda que exposta a risco, a condição existencial dos povos europeus, pelo fato de identificarem sua cultura ao Estado de origem, o que, em consequência, reivindica ações mediadoras coerentes.

Em segundo lugar, as globalizações têm sofrido, como antes referimos, alguma oposição por parte de grupos organizados, especialmente pelo que representa de pernicioso sua vertente econômica. Uma oposição surgida, ao que parece, devido à tensão problemática. Ao tratar da questão, Sousa Santos lembra que “[...] se as globalizações são feixes de relações sociais, estas envolvem inevitavelmente conflitos e, portanto, vencedores e vencidos.”³⁶ De um lado, existe a globalização hegemônica, que se pode definir como “[...] o processo através do qual um dado fenómeno ou entidade local consegue difundir-se globalmente e, ao fazê-lo, adquire a capacidade de designar um fenómeno ou uma entidade rival como local.”³⁷ Decorre desse processo de globalização um natural fomento de exclusão, especialmente dos aspectos locais mais vulneráveis, porque são incapazes de fazerem frente à força econômica. Mas, em contrapartida, Sousa Santos identifica em outras formas de globalização, designadamente o cosmopolitismo e o patrimônio comum da humanidade, uma reação a esse estado de coisas, o que denomina de globalização contra-hegemônica. Explica:

Em todo o mundo os processos hegemônicos de exclusão estão a ser enfrentados por diferentes formas de resistência – iniciativas populares de organizações locais, articuladas com redes de solidariedade transnacional – que reagem contra a exclusão social, abrindo espaços para a participação democrática, para a construção da comunidade, para alternativas a formas dominantes de desenvolvimento e de conhecimento, em suma, para novas formas de inclusão social.³⁸

35 BERCOVICI, Gilberto. As possibilidades de uma teoria do Estado, cit., p. 343.

36 SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo**: para uma nova cultura política. São Paulo: Cortez, 2006. p. 194-195.

37 Ibidem, p. 195.

38 Ibidem, p. 195-196.

É claro que o sociólogo português não desconhece a fragmentariedade do fenômeno de globalização contra-hegemônica, contudo vê nele a possibilidade de refreamento dos males causados pelas outras modalidades de globalização, inclusive para a salvaguarda das múltiplas “pequenas humanidades”³⁹ que se vêm discriminadas e oprimidas.

A encruzilhada entre o localismo e a globalização em que as sociedades contemporâneas se encontram é, só por si, a demonstração cabal de que o organismo cultural de cada povo é realidade indesmentível e sua condição existencial. Se, de fato, como acreditamos, existe essa tensão entre o localismo cultural e a globalização, é porque há uma força atuante, reivindicando um espaço próprio para a criação de unidade política e existencial dos povos. Esse espaço para a dissolução do nó problemático não pode ser nenhum outro além do Estado, através da intervenção democrática e das instituições políticas nele criadas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como já advertira Heller, não se pode imaginar uma Teoria “geral” do Estado apoiada em pressupostos de universalidade e de atemporalidade. Isso porque o Estado, como manifestação da vida em sociedade, está indissociavelmente ligado às representações da realidade social, por isso refletindo em suas instituições políticas aquilo que a sociedade é a cada momento de sua trajetória na história. Poderíamos inclusive dizer, à maneira própria de Ortega y Gasset, que o Estado é a expressão da existência *radical* do homem, ou seja, é o fundamento mesmo da vida coletiva. Mas no atual momento, as globalizações – que como um feixe de fenômenos conduz aspectos tecnológicos, de comunicação, de mercado, etc. – vêm causando transformações nas sociedades, atravessando os quadrantes nos quais antes os politólogos estabeleciam categorias de acordo com o lado a que pertenciam na guerra fria ou segundo o grau de desenvolvimento dos Estados.

A globalização econômica, impulsionada pela força do capitalismo, aliada à plataforma do neoliberalismo, causa sensíveis impactos não apenas nas políticas econômicas, mas, de forma reflexa, nas políticas

39 Ibidem, p. 216.

sociais, como deixa evidente a remodelagem do *Welfare State* europeu. Se beneficia uns, logicamente causa prejuízo a outros, havendo quem, como Sousa Santos, fale de seus efeitos de exclusão social. Por outro lado, a criação de blocos econômicos, e mesmo a ultrapassagem desse estágio pela experiência da Comunidade Europeia, potencializa a criação de organismos políticos transnacionais, nos quais a ideia de democracia representativa é cada vez mais mitigada. E nesse caudal de intensas transformações, observa-se não só o distanciamento do cidadão da esfera ativa da democracia, como sua gradativa perda de interesse pelos assuntos nacionais. Há nisso o potencial risco de estabelecer-se uma verdadeira anomia ético-política, quebrando-se os vínculos entre os cidadãos e o Estado-nação.

Há, no entanto, como a sociologia vem observando, expressões de resistência contra esses perigos por ações decorrentes da coesão cultural de certos povos para além da globalização contra-hegemônica impulsionada por grupos, associações, organizações, ações coordenadas, etc. Em qualquer caso, são fenômenos democráticos que encontram no Estado o espaço adequado para se manifestarem.

Esses são indicativos que devem ser considerados para a sustentação de uma teoria do Estado, que acarretará, segundo entendemos, os seguintes pressupostos: 1. há uma tensão entre aspectos locais e globalizantes, da qual sobressai o culturalismo como elemento fulcral desse fenômeno; 2. embora seja possível falar-se, de forma geral, de cultura ocidental e de uma globalização cultural hegemônica, a tensão anteriormente mencionada tem nos localismos culturais um de seus polos; 3. como as culturas não se ficam no plano abstrato, mas são projetadas para o nível das ações, num esquema dialético como o proposto por Heller, pensa-se ser ainda possível falar em unidade política daí decorrente, que terá sua formulação privilegiada por sólida experiência democrática; 4. é, ainda, a unidade política fator de justificação da existência do Estado-nação, mesmo que se possa imaginar um espaço democrático transnacional de reduzidos conflitos políticos.

6 REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Tradução da versão francesa de Marcel Prélot: **La politique**.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo mundial**. En busca de la seguridad perdida. Tradução de Rosa S. Carbó. Barcelona: Paidós, 2008. Título original: **Weltrisikogesellschaft**.

BERCOVICI, Gilberto. As possibilidades de uma teoria do Estado. In LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto et ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes (organizadores). **Democracia, direito e política**: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Muller. Florianópolis: Fundação Boiteux/Conceito Editorial, 2006. p. 325-343.

Bíblia hebraica. Versão de David Gorodovits e Jairo Fridlin (baseada no hebraico e à luz do Talmud e das fontes judaicas). São Paulo: Sêfer, 2006.

CAETANO, Marcello. **Manual de ciência política e direito constitucional**. Tomo I. 6ª ed., rev. e ampl. por Miguel Galvão Teles. Coimbra: Almedina, 1996.

CASTELLS, Manuel. **Fim de milênio**. V. III. 4ª ed. Tradução de Klauss Brandini Gerhardt e Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

DALLARI, Dalmo Abreu. **O futuro do Estado**. 1ª ed. São Paulo: Moderna, 1980.

DALLARI, Dalmo Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DUCHACEK, Ivo D. **Derechos y libertades en el mundo actual**. Tradução ao espanhol de Octavio Monserrat Zapater. Madri: Instituto de Estudios Políticos, 1976. Título original: **Rights liberties in the world today**

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. 1ª ed., 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968. Título original: **Staatslehre**.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo I. 6ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Linha de horizonte. In SANTOS, Boaventura de Sousa. **A globalização e as ciências sociais**. 3ª ed. São Paulo: Cortez, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo**: para uma nova cultura política. São Paulo: Cortez, 2006.

TOURAINÉ, Alain. **Um novo paradigma**. Para compreender o mundo de hoje. Tradução de Armando Pereira da Silva. Lisboa: Instituto Piaget, 2005. Título original: **Un nouveau paradigme**.

III PRÊMIO MILTON LEITE DA COSTA - 2009
 Categoria B: Artigo - 2º lugar

UM FLASHFORWARD DO SISTEMA PENAL: AS OPÇÕES DE UM SISTEMA QUE RUMA PARA A TRAGÉDIA

Davi do Espírito Santo

*Promotor De Justiça Do Ministério Público De Santa Catarina
 Mestrando Em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí - PMCJ/UNIVALI.*

RESUMO

Neste artigo pretende-se, em linhas gerais, apresentar a noção de Sustentabilidade, assumida como Estratégia Mundial na Declaração do Milênio (Objetivos de Desenvolvimento do Milênio - ODM), pela Organização das Nações Unidas em setembro de 2000, como estratégia para “empurrar” à realização, no âmbito do Sistema Penal, os Direitos Humanos de Primeira Geração.

PALAVRAS-CHAVE: Sustentabilidade do Sistema Penal. Direitos Fundamentais. Direitos Humanos.

1 INTRODUÇÃO

Por maiores e graves que sejam as atrocidades, sempre haverá uma ideologia para explicá-las. O tráfico de pessoas, como escravos, que se explicou pela inferioridade dos povos que habitavam o continente

Atuação	Florianópolis	Edição Especial - Prêmio Milton Leite da Costa 2009/2010	p. 103 - 120	2011
---------	---------------	--	--------------	------

africano; o genocídio de judeus, entre 1939 e 1945, pela superioridade da raça ariana; o liberalismo do séc. XVIII e começo do Século XIX, junto com a teoria da necessidade, constituíram a ideologia de justificação do aniquilamento nuclear da população de Hiroshima e Nagasaki; a criminalização de imigrantes latinos, pela necessidade de defesa das fronteiras nos EUA; a redução progressiva dos Direitos Humanos, pela necessidade de repressão ao terrorismo internacional, depois de “11 de Setembro”.

No Brasil, a criação de novos tipos penais e recrudescimento das penas para determinados delitos vem há muito tempo se estribando na necessidade de contenção da escalada da violência.

Exemplo disso é a Proposta de Emenda à Constituição da República de 1988¹, n. 364/2009, de autoria do Deputado Federal Valtenir Luiz Pereira (PSB-MT), apoiada pelo relator na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, o Deputado Ciro Nogueira (PP-PI), que propõe nova redação ao inciso XLIII do artigo 5º desta, *in verbis*:

A lei considerará crimes inafiançáveis, insuscetíveis de graça ou anistia, devendo a pena ser cumprida em **regime integralmente fechado**, a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem; (grifo nosso).

Na PEC n. 364/2009, há um **explícito** abandono do legado humanitário consolidado na Carta Política de 1988, como um mínimo a ser mantido, no que concerne à individualização da pena e à adoção do regime progressivo no seu cumprimento.

Recentemente o Supremo Tribunal Federal, reafirmando a obviedade da Constituição, acerca da individualização da pena nos crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e os definidos como crimes hediondos, embora quase 17 anos depois da publicação da Lei dos Crimes Hediondos (Lei n. 8072/1990), em 23 de fevereiro de 2007, passou a considerar **inconstitucional** o dispositivo dessa Lei (art. 2º, §1º) que vedava a progressão de regime. Tal decisão foi tomada *incidenter tantum*, quando do julgamento do *habeas corpus* (HC 82.959 impetrado por Oséas de Campos²), pelo Pleno, por seis vo-

1 BRASIL. Projeto de Emenda à Constituição n. 364/2009. Determina o cumprimento da pena no regime integralmente fechado ao autor de crime hediondo. Disponível em <<http://www2.camara.gov.br/internet/proposicoes>>. Acesso em: 29 jul. 2009.

2 Nas palavras do relator do HC 82.959, Ministro Marco Aurélio: “A progressividade do regime está umbilicalmente ligada à própria pena, no que, acenando ao condenado com dias

tos a favor e cinco contra. Depois dessa decisão, sabe-se, o Congresso Nacional aprovou o projeto que originou a Lei 11.464/2007, elevando a fração mínima de pena a ser cumprida pelos condenados por tais crimes para terem direito à progressão de regime: 2/5 para primários e 3/5 para os reincidentes. Declarou-se, assim, novamente, a opção pela progressividade do regime para **todos** os crimes.

O que se diz, entretanto, para justificar a substancial alteração constitucional? O deputado proponente, que também é **defensor público** licenciado para exercício de seu mandato, afirma que:

A nova ordem política do estado brasileiro de 1988 veio num momento em que a sociedade reagia às atrocidades promovidas pelo próprio Estado nos anos tomados pelo regime ditatorial.

Com efeito, ao conferir garantias individuais aos cidadãos de bem, atendeu também àqueles que, apesar de praticarem atos ilícitos, merecem ser tratados como seres humanos.

Não obstante, ao longo de duas décadas de homenagens e evoluções trazidas pela Carta Constitucional de 1988, a sociedade clama novamente por garantias **aos cidadãos de bem, a quem merecidamente devem ser assegurados os benefícios**.³ (grifos nossos).

Observe-se que já se aninha nessa argumentação, como idéia central, uma discriminação entre “cidadãos de bem” e “pessoas do mal”. Embora não se use tal expressão, a elipse é evidente: aos cidadãos de bem devem ser **merecidamente** assegurados os benefícios; aos demais, não. Isso fica claro nessa passagem:

Na verdade, quando o Legislador Constituinte originário assegurou no **caput do artigo 5º da Constituição** que todos têm como direito fundamental a proteção à vida e à segu-

melhores, incentiva-o à correção de rumo e, portanto, a empreender um comportamento penitenciário voltado à ordem, ao mérito e a uma futura inserção social. (...) Diz-se que a pena é individualizada porque o Estado-Juiz, ao fixá-la, está compelido, por norma cogente, a observar as circunstâncias judiciais, ou seja, os fatos objetivos e subjetivos que se fizeram presentes à época do procedimento criminalmente condenável. Ela o é não em relação ao crime considerado abstratamente, ou seja, ao tipo definido em lei, mas por força das circunstâncias reinantes à época da prática. Daí cogitar o artigo 59 do Código Penal que o juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, não só as penas aplicáveis dentre as cominadas (inciso I), como também o quantitativo (inciso II), o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade – e, portanto, provisório, já que passível de modificação até mesmo para adotar-se regime mais rigoroso (inciso III) – e a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 82.959. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 29 julho 2009.)

3 BRASIL. Projeto de Emenda à Constituição n. 364/2009. Corpo da justificativa.

rança pública, fez em defesa da sociedade e, em especial, para proteger os homens de bem, **e não para proteger delinquentes, e ainda mais autores de casos criminosos que causam significativa repercussão social.**⁴ (grifos nossos).

Quem são os inimigos da sociedade, aos quais não cabe a proteção constitucional do artigo 5º? Os delinquentes. Veja-se que a justificativa da PEC não faz distinção entre os tipos de delinquentes, numa menção óbvia a **todos os infratores** e, em especial, aos que tenham praticado crimes capazes de açular o *clamor popular* (“repercussão social”).

Os delinquentes são as “pessoas do mal” e merecem cumprir a pena em regime integralmente fechado. A progressão de regime é, para o signatário da PEC, fator estímulo à prática criminosa e causa de *sensação de impunidade*.

Crimes desta estirpe causam um trauma incurável à sociedade. Devolver este tipo de criminoso à sociedade antes do tempo previsto para cumprimento da pena é contrário ao que a sociedade deseja, causando a **sensação de impunidade e estímulo à prática criminosa.**⁵ (grifo nosso)

E mais: conforme tal entendimento, a individualização da pena não pode valer para esses delinquentes, porque os *desiguais devem ser tratados de forma desigual*:

Devemos observar o princípio da isonomia, consistente em tratar os iguais de maneira igual e os desiguais de forma desigual, na medida de sua desigualdade.

A par disso, determinar o cumprimento da pena no regime integralmente fechado aos praticantes desse tipo de crime é adequar à idéia de isonomia, já que são crimes de maior desvio de conduta do indivíduo, geradores de grave abalo social, devendo prevalecer o interesse público sobre o interesse individual.⁶

E, para ajustar isonomicamente esse estado de desigualdade, é preciso mais do que demonstração de bom comportamento:

Apenas o bom comportamento carcerário não significa estar o preso apto a uma boa convivência no seio da sociedade. Conceder a progressão como estímulo ao bom comportamento do delinquentes não se justifica a esse tipo de criminoso, pois é obrigação do indivíduo cultivar bom comportamento em toda sua vida, afinal, ninguém é

4 BRASIL. Projeto de Emenda à Constituição n. 364/2009. Corpo da justificativa.

5 BRASIL. Projeto de Emenda à Constituição n. 364/2009. Corpo da justificativa.

6 BRASIL. Projeto de Emenda à Constituição n. 364/2009. Corpo da justificativa.

condenado à privação da liberdade por cometer um ato de bondade ao próximo.⁷

Que é necessário então? A justificativa da PEC responde: é preciso reformar a Lei Maior, “reconstituir a Constituição” para restringir a “generosidade” desta quanto a *conceitos difusos como justiça social e dignidade humana*:

O Direito é reflexo do anseio da sociedade, o constituinte reformista deve estar atento às atuais necessidades de sua nação. Não é justo permitir a breve reinserção do criminoso de abomináveis condutas antes de sofrer a resposta do Estado com a real punição decorrente do ato praticado. É sabido que as constituições contemporâneas são generosas na previsão de valores materiais de conteúdo bastante difuso (como justiça social e dignidade humana) cuja a definição detalhada pode variar em certa medida no tempo, no espaço e em função de circunstâncias do caso concreto.⁸

O ataque à dignidade humana é escancarado. E o que é pior: novamente, em nome da humanidade (e de seus pretensos interesses), da justiça ou de alguma “razão de Estado”, desfecham-se golpes no coração da Constituição, nos direitos fundamentais nela reconhecidos. Toda e qualquer tentativa de modificação redutora dos direitos humanos consignados na Constituição de 1988 deve ser denunciada como golpe. Como adverte Streck:

A Constituição é coisa séria, fruto de uma repactuação (“we the people...”). E nela colocamos cláusulas pétreas e forma especial de elaborar emendas. Portanto, alto lá! Não se pode fazer política e vender falsas ilusões em cima daquilo que é a substância das democracias contemporâneas: o constitucionalismo.⁹

Tenhamos em mente que historicamente foram cometidos atos inimagináveis de autoritarismo e violência contra o ser humano, todos arrimados em ideais libertários, no pretexto de construção do novo. E foi o Estado, no Século XX, mediante o exercício do poder punitivo, que se converteu no principal protagonista dessas violações.

Transcrevemos a justificativa da PEC n. 364/2009 para demonstrar que não é da natureza do Sistema Penal – e de suas agências políticas – demonstrar piedade, sensibilidade ou respeito aos direitos

7 BRASIL. Projeto de Emenda à Constituição n. 364/2009. Corpo da justificativa.

8 BRASIL. Projeto de Emenda à Constituição n. 364/2009. Corpo da justificativa.

9 STRECK, Lenio Luiz. Assembléia Constituinte é golpe. Disponível em <<http://www.lenios-treck.com.br>>. Acesso em: 29 jun. 2009.

fundamentais. Poder-se-ia dizer que a PEC, tal como está proposta, é insusceptível de aprovação e que, ainda que vingasse no Congresso Nacional, estaria gravada com um selo de inconstitucionalidade. É verdade. Possivelmente. Mas o simples existir da proposta e a impudência de sua justificativa são assustadores. Ela é vaticínio, uma antecipação gráfica de uma tendência no campo jurídico-penal: a redução paulatina dos Direitos Humanos.

Foi justamente da percepção dessa propensão à arbitrariedade do poder estatal e de que o respeito aos direitos do homem não ocorreria sem uma diretiva assujeitadora, constituinte, reguladora, dirigente, que, entre outros fatores, determinou que a Organização das Nações Unidas – ONU, em 1948, no auge da 2ª Guerra, proclamasse a DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM, como um ideal comum a ser alcançado por todos. Desde então, vem se construindo um sistema internacional de garantias de direitos fundamentais – Direitos Humanos – que vai configurando um limite positivo nas Constituições às ideologias que regem o controle social em todas as nações. Vai-se criando uma baliza, um paradigma. Cada país (ou comunidade de países) estabelece um escalão de Direitos Humanos. As atrocidades, com efeito, continuam (e em alguns casos tendem a aumentar), mas é fato, também, que hodiernamente o poder está desmascarado.¹⁰

Outros instrumentos internacionais – como a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, de Bogotá (1948); a Convenção Europeia de Direitos Humanos (1950); o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966); a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica – 1969); a Carta de Direitos e Deveres Econômicos dos Estados (1974); a Convenção Americana de Direitos Humanos (1978); a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (1981) etc. – complementaram a Declaração Universal, aperfeiçoando-a no seu papel limitador ideológico.

10 Como adverte Zaffaroni: “Pode-se alegar que as violações de Direitos Humanos são múltiplas e terríveis, o que é indiscutível, mas o certo é que hoje o poder deve cometê-las abertamente, pois já não há ideólogos sérios que se atrevam a postular um ‘direito natural’ que as implique, sem envergonhar-se. É absurdo que uma lei ou limite legal detenha, por efeito mágico, o poder. Mas, muito mais absurdo seria negar que esse limite serviu e serve para desmascará-lo mais facilmente. Não podemos negar que hoje também há ideologias genocidas, como a que pretende impor o controle de natalidade ao ‘terceiro’ e ao ‘quarto mundo’, sob a ameaça de interromper toda ajuda de alimentos, ou mesmo a ideologia do ‘equilíbrio pelo terror’, mas não é possível negar sua evidente aberração.” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: Parte Geral. 2. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 1999. p. 68).

As normas, assim geradas, são garantias mínimas aplicáveis aos sistemas jurídicos de todos os países; em especial as relativas aos **Direitos Humanos de Primeira Geração**: os direitos civis e políticos. Esses direitos foram concebidos, ideologicamente, como limitadores do Poder Punitivo Estatal. Dessarte, ao tempo em que ressaltam o direito elementar à liberdade, impõem simultaneamente deveres de abstenção por parte do Estado (v.g. de abster-se dos maltratos aos presos, da tortura com pretextos disciplinares ou para obtenção de prova, da detenção abusiva).

Esses direitos são absolutos, “inegociáveis”, não-derrogáveis, verdadeiras cláusulas pétreas da nossa civilização, mas não são de realização automática nem absoluta. São de realização gradual e cumulativa. É necessário que estejam sempre sendo empurrados à consecução. São, portanto, em certo aspecto, utópicos: não há país no mundo em que estejam sendo realizados plenamente, entretanto permanecem como *jus cogens*, normas imperativas do direito internacional.

Entrementes, passados mais de 60 anos da Declaração Universal, o Sistema Penal brasileiro permanece alheio a tais limitações ideológicas e segue ignorando-as solenemente, como se não existissem. E, dessa forma, a morte dos Direitos Humanos de primeira geração ocorre com o embalsamamento da letra de seus enunciados pelo não cumprimento. Não nos referimos somente ao âmbito legislativo, pois na maioria das vezes foram acolhidos formalmente pelas Constituições e pelas leis infraconstitucionais, mas sim ao desacatamento no cotidiano dessas regras e princípios pelas Instituições repressoras.

É desconcertante observar o Estado, por seus agentes, tentando justificar o descumprimento de regras elementares, tais como as proibições de tratamentos cruéis e desumanos a presos provisórios ou condenados (mantidos em cárceres superlotados e insalubres), da prática institucionalizada e tolerada da tortura etc. Projeta-se, com efeito, complacentemente, uma *distopia*¹¹.

Todavia, como o objetivo primeiro deste ensaio não é apontar as mazelas do Sistema Penal, nem denunciar os seus abusos e omissões, nos concentraremos em esboçar, em linhas gerais, pela exposição per-

11 Isto é: a antítese de **utopia**. Distopia, palavra formada pelo prefixo grego “δυσ-” (que significa dificuldade contrariedade ou desgraça) e pela palavra “τόπος” (lugar, sítio, espaço), assume o significado simbólico de vida em uma sociedade idealmente indesejável, na qual as técnicas de controle social são exercidas totalitariamente, de forma autoritária, desigual e opressiva.

funcionária da noção de Sustentabilidade, uma estratégia para “empurrar” os Direitos Humanos de Primeira Geração à realização, tal como vem ocorrendo com os Direitos Humanos de Segunda e Terceira Gerações. Em outras palavras, não pretendemos um *flashback*, mas sim um *flashforward*¹² do Sistema Penal.

2 SISTEMA PENAL E SUSTENTABILIDADE: A QUARTA ONDA

O que nos trará no futuro o Sistema Penal? Uma resposta cômoda, de mero espectador, seria “Whatever Will Be”, como na canção popular de Jay Livingston e Ray Evans, imortalizada no filme dirigido por Alfred Hitchcock, em 1956, “The Man Who Knew Too Much” (O Homem que Sabia Demais). Mas, assim como é certo que não temos responsabilidade por termos nascido no século XX, este “século infeliz”, que – no dizer de Boaventura de Sousa Santos – foi “alimentado e treinado pelo pai e pela mãe, o andrógino século XIX, para ser um século-prodígio, revelou-se um jovem frágil, dado às maleitas e aos azares”¹³, também é adequado pensar que a nossa inocência não estará simplesmente assegurada por este álibi. Entramos na vida, no mundo, com ele andando. Herdamos sua história, mas também o poder-dever de continuá-la, de escrevê-la para as futuras gerações. Um olhar rápido para o nascente século XXI pode nos revelar a perspectiva de desastre num futuro não muito distante. Em compensação, traz também uma boa dose de racionalismo no âmbito das estruturas dogmáticas e institucionais vigentes. Pode parecer contraditório, mas a perspectiva da inevitável tragédia, que tanto nos amedronta, é que nos compele a tentar evitá-la. Um otimismo que nasce do pessimismo é que engendra a ação. Com efeito, como registra Unamuno, “(...) del fondo de estas miserias surge vida nueva, y sólo apurando las heces del dolor espiritual puede llegarse a gustar la miel del poso de la copa de la vida. La congoja nos lleva al consuelo.”¹⁴

A constatação da não realização de *promessas da modernidade*,

12 Empregamos a palavra *flashforward*, usada na linguagem cinematográfica no sentido oposto ao vocábulo da língua inglesa *flashback*, como referência ao futuro do Sistema Penal.

13 SOUZA SANTOS, Boaventura de. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 2 ed. São Paulo: Cortez, 1996. p. 75.

14 UNAMUNO, Miguel de. *Del sentimiento trágico de la vida em los hombres y en los pueblos*. Madrid: Tecnos, 2005. p. 45.

pela vinculação do projeto desta à paradoxal conciliação dos pilares da *regulação* e da *emancipação*, ambos com vocação maximalista, bem definidos por Boaventura¹⁵, poderia nos levar à abertura de falência da própria modernidade e conduzir-nos a um inexorável processo de “globalização neoliberal-pós-moderna”, na feliz expressão de Streck, a qual “coloca-se justamente como o contraponto das políticas do *welfare state*” (...) “como a nova face/roupagem do capitalismo internacional”.¹⁶ Entretanto, é justamente dessa crise – da compreensão dessas misérias –, que se pode adjudicar sentido à modernidade (ou à pós-modernidade).

O Sistema Penal “será” o que “*distopicamente*” replicar e ampliar o presente ou o que *utopicamente* se buscar para o futuro. Será o “conjunto de agências que operam a criminalização (primária ou secundária) ou que convergem na sua produção”¹⁷, como hoje pode ser definido; ou poderá ser o conjunto de agências de promoção substancial dos Direitos Humanos.

Os efeitos nefastos do processo de globalização, que indicam retrocessos agudos nas questões humanitárias, também permitem, como reação, movimentos no sentido contrário, como lembra Chomsky:

Seria um grande equívoco concluir que todas as perspectivas são negras. Longe disso. Um desdobramento bastante promissor é a lenta evolução de uma cultura de direitos humanos na população em geral, tendência acelerada nos anos 60, quanto o ativismo popular exerceu um notável efeito civilizador em várias searas, expandindo-se de maneira significativa nos anos seguintes. Um aspecto encorajador é a crescente preocupação com direitos civis e humanos, inclusive os das minorias, das mulheres e das gerações futuras, sendo essas últimas o núcleo da preocupação do movimento ambientalista, convertido em força poderosa.¹⁸

15 SOUZA SANTOS, Boaventura de. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**, p. 78.

16 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 23.

17 ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. **Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 60. As agências referidas por estes autores são: “**a**) as políticas (parlamentos, legislaturas, ministérios, poderes executivos, partidos políticos); **b**) as judiciais (que incluem juízes, ministério público, serventuários, auxiliares, advogados, defensoria pública, organizações profissionais); **c**) as policiais (que abarcam a polícia de segurança, judiciária ou de investigação, alfandegária, fiscal, de investigação particular, de informes privados, de inteligência do estado e, em geral, de toda agência pública ou privada que cumpra funções de vigilância); **d**) as penitenciárias (pessoal das prisões e da execução ou da vigilância punitiva em liberdade); **e**) as de comunicação social (radiofonia, televisão, imprensa escrita); **f**) as de reprodução ideológica (universidades, academias, institutos de pesquisa jurídica e criminológica); **g**) as internacionais (organismos especializados da ONU, da OEA, cooperação de países centrais, fundações, candidatos a bolsas de estudo e subsídios)” (p. 60-61).

18 CHOMSKY, Noan. **O Império Americano**. São Paulo: Campus, 2004. p. 278.

Isso nos permite falar em Sustentabilidade – categoria estabelecida e consolidada a partir das lutas ambientalistas – também como atributo desejável do Sistema Penal. Deriva-se a definição de Sustentabilidade daquela que é usualmente empregada para Desenvolvimento Sustentável, qual seja: *o desenvolvimento que potencialmente responda às necessidades atuais e futuras do homem, assegurando-lhe saúde e qualidade de vida e preservando o meio ambiente.*

Sustentabilidade seria, assim, a qualidade do sustentável, a capacidade de harmonizar as ações humanas atuais, os objetivos econômicos da humanidade (suprimento de necessidades biológicas e culturais do homem) com o ideal perene de conservação de uma vida digna. No campo ambiental, busca-se o aproveitamento das potencialidades do planeta, no presente (isto é, em curto prazo), sem esgotamento dos recursos naturais.¹⁹

A atual agenda de direitos, premiada pelo desenfreado crescimento tecnológico e pela polarização das riquezas, impõe, todavia, a superação da divisão categórica existente entre a Sustentabilidade no campo ambiental e a capacidade de se manterem os outros direitos individuais, econômicos, sociais, culturais, difusos e coletivos, mais ou menos constantes, ou estáveis, por longo período. A Sustentabilidade rompe a barreira do Direito Ambiental e a extravasa para versar também sobre outros ramos do Direito, sobre o futuro da vida em sociedade e, em especial, sobre os direitos fundamentais do homem. Atente-se, por exemplo, para a diversidade de indicadores de Sustentabilidade avaliados pelo Observatório de La Sostenibilidad em España, relacionados em <http://www.sostenibilidad-es.org>. Nos relatórios, são empregados 51 indicadores, classificados em 5 categorias: (1) Sustentabilidade Social: emprego, pobreza e coesão social; (2) Sustentabilidade Ambiental: produção e consumo; (3) Sustentabilidade Ambiental: mudança climática; (4) Sustentabilidade Ambiental: conservação e gestão dos recursos naturais e ordenação do território; e (5) Sustentabilidade global.

Fica evidenciado, hoje, que são falsas e intoleráveis as alternativas “pão ou liberdade”, “desenvolvimento ou meio ambiente”, “segurança pública ou Direitos Humanos”. Elas podem até parecer verdadeiras,

19 Advirta-se, contudo, que esse é um conceito utópico – como ressalta Ferrer – na medida em que os recursos naturais são finitos. Cabe pensar em Sustentabilidade como substituição do capital natural por capital artificial. (FERRER, Gabriel Real. **Del Derecho Ambiental al Derecho de la Sostenibilidad**. Seminário Realizado como atividade do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica 2008.1 - UNIVALI em convênio com a Universidad de Alicante. Apresentado em 27 abril 2009 – em Power Point. Alicante, España: Centro de Negocios Alicante, 2009).

num certo momento histórico, mas ao cabo ficará demonstrado que não passam de elucubrações retóricas que pretendem (re)legitimar a opressão estatal. Isto porque *liberdade sem pão* gera violência e *pão sem liberdade* é exploração; *desenvolvimento sem respeito ambiental* é ativismo e *respeito ambiental sem desenvolvimento* é estagnação; e *segurança pública sem acatamento aos Direitos Humanos* é violência estatal e *Direitos Humanos sem segurança pública* não existem de fato.

O grande salto de qualidade é dado com “a incorporação das preocupações sociais e econômicas às ambientais, inspiradas por um sistema ético compartilhado pela Comunidade Internacional”²⁰ à noção de Sustentabilidade.

Redefine-se a identidade da Sustentabilidade, já assumida como Estratégia Mundial na Declaração do Milênio (Objetivos de Desenvolvimento do Milênio - ODM²¹), das Nações Unidas, em setembro de 2000, em oito objetivos: (1) erradicação da pobreza e da fome; (2) promover o ensino básico universal; (3) promover a igualdade entre os sexos e a autonomia das mulheres; (4) reduzir a mortalidade infantil; (5) melhorar a saúde materna; (6) combater o HIV/Aids, a malária e outras doenças; (7) garantir a sustentabilidade ambiental; e (8) estabelecer uma parceria mundial para o desenvolvimento. Sustentabilidade aparece, agora, como ideia de equilíbrio entre as questões ambientais (defesa entorno e da vida), sociais (inclusão) e econômicas (crescimento/distribuição de riquezas/dignificação da vida).²²

É possível distinguir duas trajetórias para o Sistema Penal: uma voltada para a confirmação e o agravamento da separação artificial entre “Direitos Humanos para a sociedade” e “Direitos Humanos para os delinquentes” (como se percebe nitidamente na justificativa da PEC n. 364/2009) e outra, comprometida com a sobrevivência da própria humanidade, que **inclui** os indicadores do Sistema Penal como vetores da Sustentabilidade e leva a sério uma proposta de mundo melhor. Aquela é uma perspectiva sombria, que reafirma cinicamente as diferenças sociais e que pretende mais do que perpetuar o atual estado de coisas: quer retornar ao medievo, numa redução gradual dos Direitos Humanos. Esta

20 FERRER, Gabriel Real. *Del Derecho Ambiental al Derecho de la Sostenibilidad*. Apresentação, em Power Point, slide n.12.

21 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Objetivos de Desenvolvimento do Milênio - ODM, 2000. Informações Disponíveis em < <http://www.onu-brasil.org.br/> >. Acesso em 29 jul. 2009.

22 FERRER, Gabriel Real. *Del Derecho Ambiental al Derecho de la Sostenibilidad*. Apresentação, em Power Point, slide n.10.

que, dependente de decisões políticas no presente, desafia a ideologia política reinante e busca alternativas sustentáveis ao paradigma atual, num persistente remanejamento de forças para a modificação do que se tornou, ao longo de toda a história, um indefectível padrão.

As duas opções dependem de **impulsos políticos**, embora se reconheça que os ventos neoliberais, especialmente em terras brasileiras, soprem para nos reconduzir à pré-modernidade, encaminhando-nos pela primeira trajetória.

Quanto à segunda, se afigura como um *plus* nas “marés” da Sustentabilidade. Contam-se três ondas, referentes aos impulsos políticos em direção a esta. Em 1972, na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente, em Estocolmo, houve a conscientização dos participantes do problema da crescente deterioração ambiental. No Rio de Janeiro, em 1992, os “representantes dos povos do mundo” reconheceram que precisava ser equilibrada a balança entre desenvolvimento social e econômico e meio ambiente, passando-se a falar em “Desenvolvimento Sustentável”. No ano de 2002, em Johannesburgo, tratou-se do futuro, dos desafios do mundo globalizado, fazendo constar da Declaração de Johannesburgo sobre Desenvolvimento Sustentável o conceito de **indivisibilidade da dignidade humana**:

Acolhemos o foco da Cúpula de Johannesburgo na indivisibilidade da dignidade humana e estamos resolvidos, por meio de decisões sobre metas, prazos e parcerias, a ampliar rapidamente o acesso às necessidades básicas como a água potável, o saneamento, habitação adequada, energia, assistência médica, segurança alimentar e a proteção da biodiversidade. Ao mesmo tempo, trabalharemos juntos para nos ajudar mutuamente a ter acesso a recursos financeiros e aos benefícios da abertura de mercados, assegurar a capacitação e usar tecnologia moderna em prol do desenvolvimento, e assegurar que haja transferência de tecnologia, desenvolvimento de recursos humanos, educação e treinamento para banir para sempre o subdesenvolvimento.

Reafirmamos nossa promessa de aplicar foco especial e dar atenção prioritária à luta contra as condições mundiais que apresentam severas ameaças ao desenvolvimento sustentável de nosso povo. Entre essas condições estão: fome crônica; desnutrição; ocupações estrangeiras; conflitos armados; problemas com drogas ilícitas; crime organizado; corrupção; desastres naturais; tráfico de armamentos; tráfico humano; terrorismo; intolerância e incitamento ao ódio racial, étnico e religioso, entre outros; xenofobia; e doenças

endêmicas, transmissíveis e crônicas, em particular HIV/AIDS, malária e tuberculose.²³

Agora, Sustentabilidade precisa ser “lida” como uma “quarta onda”, incluindo o **impulso político** para mudança de rumo na política global de Direitos Humanos de Primeira Geração (para pedirmos um mínimo), também no que tange o Sistema Penal. É possível afirmar que o futuro da nossa espécie (já ameaçada de extinção) esteja determinado pelo modo como venham a evoluir essas forças políticas.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Sustentabilidade do Sistema Penal passa pela revisão de suas agências (políticas, judiciais, policiais, penitenciárias, de comunicação social, de reprodução ideológica, internacionais) e pelo enfrentamento de seus graves problemas resultantes, principalmente, de violações aos Direitos Humanos no âmbito de cada uma delas.

Falar em Sustentabilidade é “ampliar a visão espacial (justiça intra-geracional) e temporal (justiça inter-geracional) de outros princípios”²⁴ e regras concernentes ao Sistema Penal. É reestruturar os limites de sua função política. É passar da legalidade formal para a legalidade material.

A **contenção** do exercício do poder punitivo existe para fazê-lo adequar-se às conquistas civilizatórias na área dos Direitos Humanos (e não o contrário, isto é, contendo os Direitos Humanos pelo exercício do poder punitivo). Dificilmente o poder aceita restrições, voluntariamente, sem que isso lhe seja imposto por uma boa razão política. Podem muitas vezes resultar da luta popular, mas normalmente os avanços dimanam do *momentum*, da contingência política, como descreve Streck, fundamentado em Pereira e Silva:

A modernidade nos legou o Estado, o Direito e as instituições. Rompendo com o medievo, o Estado Moderno surge como um avanço. Em um primeiro momento como absolu-

23 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração de Johannesburgo sobre Desenvolvimento Sustentável, 2002. Disponível em <<http://www.vitaecivilis.org.br/anexos/joanesburgo.pdf>>. Acesso em: 29 jul. 2009.

24 FERRER, Gabriel Real. *Del Derecho Ambiental al Derecho de la Sostenibilidad*. Apresentação em Power Point, slide 16.

tista e depois como liberal, mais tarde o Estado transformase, surgindo o Estado Contemporâneo sob as suas mais variadas faces. Essa transformação decorre justamente do acirramento das contradições sociais proporcionadas pelo liberalismo. Lembra Pereira e Silva que esse 'Estado intervencionista não é uma concessão do capital, mas a única forma de a sociedade capitalista preservar-se, necessariamente mediante empenho na promoção da diminuição das desigualdades socioeconômicas. A ampliação das funções do Estado tornando-o tutor e suporte da economia, agora sob conotação pública, presta-se a objetivos contraditórios: a defesa da acumulação do capital, em conformidade com os propósitos da classe burguesa, e a proteção dos interesses dos trabalhadores.' Além disso, é bom frisar que o 'intervencionismo estatal também se constitui em defesa do capital contra as insurreições operárias, opondo-se à ilusão de igualdade de todos os indivíduos diante da lei.

Veja-se, portanto, que a mobilização do poder político em direção à Sustentabilidade – incluindo-se, aqui, a renovação das agências do poder punitivo – é a única forma de não sermos engolidos, como civilização, pelos efeitos perniciosos da globalização nos anos vindouros (pela devastação produzida pela padronização cultural e pela forte exclusão social decorrente da concentração de riquezas e do poder nas mãos de poucos).

Outra medida fundamental - e esta sem dúvida a mais dificultosa - é a transformação da cultura jurídica tradicional que, via de regra, concebe o direito como instrumento de preservação e contenção social. Há que se despertar o potencial ético e transformador do fenômeno jurídico, cabendo aos operadores do direito incorporar os seus valores inovadores. Os agentes jurídicos hão de se converter em agentes propagadores de uma ordem jurídica renovada, democrática e concretizadora dos direitos humanos, pautada nos parâmetros constitucionais e internacionais.²⁵

Da forma como foi concebido o Sistema Penal, por sua função seletiva, essas desigualdades tendem a se reafirmar e, por consequência, as violações aos Direitos Humanos pelo Estado tendem a se (re)legitimar ideologicamente. É tarefa **desta geração** apresentar respostas adequadas à questão penal, de reagir, enquanto há tempo, contra o tratamento estigmatizado de pessoas – tenham ou não cometido crimes – como seres meio-humanos e, por isso mesmo, descartáveis e indignos de respeito. A

25 PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos Globais, Justiça Internacional e o Brasil**. Disponível em <www.internationaljusticeproject.org/pdfs/Piovesan-writing-2.pdf>. Acesso em 29 de jul. 2009.

qualidade de vida desta e das futuras gerações depende também disso.

O que deve incluir a **quarta onda**? Qual a *pauta mínima* para assegurar a Sustentabilidade do Sistema Penal?

Primeiramente, com fundamento na **indivisibilidade da dignidade humana**, deve-se agregar uma nova categoria aos indicadores mundiais e nacionais de Sustentabilidade: a referente ao conjunto de indicadores de respeito aos Direitos Humanos no âmbito do Sistema Penal. Essa medida, em conjunto com os demais Objetivos de Desenvolvimento do Milênio – ODM, assegurará **impulso político** para a realização (no mínimo) dos Direitos Humanos de Primeira Geração para todas as pessoas, indistintamente.

Esse impulso é consentâneo com o processo de internacionalização dos Direitos Fundamentais, como ressalta Alexandre Morais da Rosa:

A internacionalização dos Direitos Fundamentais decorre da aprovação de cartas e tratados internacionais em face da Organização das Nações Unidas (ONU) ou dos demais organismos internacionais – especificamente no caso brasileiro, da Organização dos Estados Americanos (OEA) –, que se constituem em vínculos jurídicos aos quais os Estados estão subordinados no plano do Direito Internacional, não sendo meros direitos de cidadãos, mas de todas as pessoas, sem qualquer distinção de nacionalidade, no qual todos e cada um são titulares.²⁶

Mas está sujeito a forças políticas contrárias, porquanto:

Atualmente esta situação ganha contornos complexos diante da invocação de teorias diferenciadoras, como a de Marshall, entre cidadão e pessoas, justificando assim, no plano jurídico-político, a segregação e a exclusão de direitos fundamentais, como se observa na Europa e EUA.²⁷

Em segundo lugar, a ideia de Sustentabilidade, sob os mesmos fundamentos acima, deve empurrar as **agências políticas do poder punitivo** (parlamentos, legislaturas, ministérios, poderes executivos, partidos políticos) à realização dos Direitos Fundamentais. Esse, aliás, foi o vetor que lhes foi entregue pelo constituinte originário, ao afirmar que: (a) “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (CR, art. 5º, § 1º); (b) “Os direitos e garantias

²⁶ ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão Penal**: a bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 95.

²⁷ ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão Penal**: a bricolage de significantes. p. 95 (NR).

expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (CR, art. 5º, § 2º); (c) a “prevalência dos direitos humanos” é princípio da República Federativa do Brasil nas suas relações internacionais (CR, art. 4º, inc. II); e (d) que um dos fundamentos da República (junto com a cidadania, a soberania, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político) é a “dignidade da pessoa humana” (CF, art. 1º, inc. III).

Em terceiro, a concepção de Sustentabilidade deve nortear as ações das **agências judiciais do Sistema Penal** (que incluem juízes, ministério público, serventuários, auxiliares, advogados, defensoria pública e organizações profissionais). Por “ações”, entenda-se “aplicações” do direito, levando a sério os Direitos Humanos, isto é, não relegando a segundo plano regras e princípios como os da legalidade estrita, humanidade, não culpabilidade, “ne bis in idem”, insignificância, entre outros, que formam a plêiade limitadora do poder punitivo no Estado Democrático de Direito.

Na sequência, como ponto crítico, o impulso político deve atingir as **agências policiais do Sistema Penal** (que englobam as polícias de segurança, judiciária ou de investigação, alfandegária, fiscal, de investigação particular, de informes privados, de inteligência do Estado e, em geral, de toda agência pública ou privada que cumpra funções de vigilância). A maior parte das violações aos Direitos Fundamentais ocorre no âmbito dessas agências, com a conivência das demais (especialmente as judiciais), fato que contribui numa escala geométrica para o aumento da violência. Agreguem-se, aqui, as agências prisionais/penitenciárias (pessoal dos locais de custódia).

Quanto às agências de comunicação social (radiofonia, televisão e imprensa escrita), que servem como amplificadoras das vozes contrárias aos Direitos Humanos, impõe-se uma inversão de sentido “ou, pelo menos, um desvelamento do senso comum para trazer à tona à violência exercida pelo poder do sistema punitivo e suas instituições”²⁸, em especial das agências de comunicação social, pois:

Nos sistemas penais do capitalismo tardio ocorre uma especial vinculação entre os meios de comunicação e o sistema penal. Esta vinculação faz com que seja transformada (ideologicamente) a mera função comunicativa da mídia,

28 ROSA, Alexandre Moraes; Silveira Filho, Sylvio Lourenço. **Para um Processo Penal Democrático**: crítica à metástase do Sistema de Controle Social. p 10.

tornando-a verdadeira agência do sistema. A mídia procede a mobilização dos aparatos de punição, seja através de mensagens explícitas, como nos mais variados programas policiais atualmente existentes, ou mesmo implícitas, em diversos níveis de expressões. Seu papel de protagonista da “seleção” é inescandível, com interesses nem sempre manifestos.²⁹

E exerce papel (re)criador da realidade:

Nossa época vivencia a transmissão de uma imagem codificada do mundo, capaz de alterar o significado e conteúdo da realidade. Em várias ocasiões aquilo que é transmitido não reflete a realidade, porém, efetivamente, realiza uma permanente intervenção sobre a mesma, ou seja, a realizada não é mais reconhecida senão quando midiaticizada, talvez como “duplo efeito” de Orwell (1984).³⁰

Finalmente, a Sustentabilidade do Sistema Penal passa pela reformulação das agências de reprodução ideológica (as universidades, as academias, os institutos de pesquisa jurídica e criminológica, as escolas da magistratura e do Ministério Público), nas quais estão sendo formados os ideólogos e futuros reprodutores do Sistema. Os professores de Direito Penal e Processual Penal (muitos dos quais exercem funções juntos às instituições estatais) tendem a perpetuar nos alunos as suas crenças (“*doxas* privilegiadas” como as denomina Warat), visto que “de trás das regras do método, dos instrumentos lógicos, existe uma mentalidade difusa (onde se mesclam representações ideológicas, sociais e funcionais) que constitui a vigilância epistemológica pela Servidão do Estado.”³¹

Ninguém subestime, pois, o poder dessas agências. Por isso mesmo, deve-se propugnar a Sustentabilidade como forma de superar o autismo das agências penais, que ficam desligadas da realidade exterior, presas que estão no seu mundo autônomo e não são capazes de perceber que, ao agir assim, aceleram progressivamente em direção à tragédia, à distopia.

29 ROSA, Alexandre Morais; Silveira Filho, Sylvio Lourenço. **Para um Processo Penal Democrático**: crítica à metástase do Sistema de Controle Social. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 6.

30 ROSA, Alexandre Morais; Silveira Filho, Sylvio Lourenço. **Para um Processo Penal Democrático**: crítica à metástase do Sistema de Controle Social. p. 6.

31 WARAT, Luiz Alberto. **Introdução Geral ao Direito I**: Interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994. p. 16.

4 REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

CHOMSKY, Noan. **O Império Americano**. São Paulo: Campus, 2004.

FERRER, Gabriel Real. **Del Derecho Ambiental al Derecho de la Sostenibilidad**. Seminário Realizado como atividade do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica 2008.1 - UNIVALI em convênio com a Universidad de Alicante. Apresentado em 27 abril 2009. Alicante, España: Centro de Negócios Alicante, 2009.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração de Johannesburgo sobre Desenvolvimento Sustentável, 2002. Disponível em <<http://www.vitaecivilis.org.br/anexos/joanesburgo.pdf>>. Acesso em 29 jul. 2009.

_____. Objetivos de Desenvolvimento do Milênio - ODM, 2000. Informações Disponíveis em <<http://www.onu-brasil.org.br/>>. Acesso em 29 jul. 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos Globais, Justiça Internacional e o Brasil**. Disponível em <www.internationaljusticeproject.org/pdfs/Piovesan-writing-2.pdf>. Acesso em 29 de jul. 2009.

ROSA, Alexandre Morais; Silveira Filho, Sylvio Lourenço. **Para um Processo Penal Democrático: crítica à metástase do Sistema de Controle Social**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão Penal: a bricolage de significantes**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

SOUZA SANTOS, Boaventura de. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 2 ed. São Paulo: Cortez, 1996.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Assembléia Constituinte é golpe**. Disponível em <<http://www.leniostreck.com.br>>. Acesso em: 29 jun. 2009.

UNAMUNO, Miguel de. **Del sentimiento trágico de la vida em los hombres y en los pueblos**. Madrid: Tecnos, 2005.

WARAT, Luiz Alberto. **Introdução Geral ao Direito I: Interpretação da lei: temas para uma reformulação**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994. p. 13-14.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. **Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 2. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 1999.

III PRÊMIO MILTON LEITE DA COSTA - 2009
 Categoria B: Artigo - 3º lugar

A SÚMULA VINCULANTE REGULADORA DO USO DE ALGEMAS E MODELOS HERMENÊUTICOS PROPOSTOS NO ESTADO DE DIREITO

Milani Maurílio Bento

*Promotor de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina
 Mestrando em Ciência Jurídica pela UNIVALI*

RESUMO

O presente artigo examina o aspecto formal da Súmula Vinculante de número 11, aprovada em Sessão Plenária do Supremo Tribunal Federal, no dia 13 de agosto de 2008, que trata do uso de algemas. Após, confronta referida Súmula com modelos hermenêuticos positivistas e neoconstitucionalistas e verifica que base teórica está a ampará-la.

PALAVRAS-CHAVE: Súmula Vinculante, Positivismo, Substantialismo, Procedimentalismo.

1 INTRODUÇÃO

Em Sessão Plenária do dia 13 de agosto de 2008, os Ministros do Supremo Tribunal Federal aprovaram a Súmula Vinculante número 11, que indica em quais situações é possível o uso de algemas sem que tal medida constitua responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente

Atuação	Florianópolis	Edição Especial - Prêmio Milton Leite da Costa 2009/2010	p. 121 - 142	2011
---------	---------------	--	--------------	------

ou autoridade, nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, e, ainda, responsabilidade civil do Estado.

A Súmula Vinculante referida se funda em quatro julgamentos anteriores da Suprema Corte, dos quais dois proferidos pela 2ª Turma¹, um pela 1ª Turma² e o último pelo Tribunal Pleno³, objetos de análise do primeiro título.

De início cumpre esclarecer que não é objeto do presente artigo o debate sobre o poder e o alcance de uma Súmula Vinculante, tampouco sobre o erro ou o acerto de sua inclusão na Carta Política maior de nosso País⁴. A importância do artigo reside na resposta a outras questões que de igual forma necessitam do debate de acadêmicos e juristas, como: a edição da Súmula Vinculante que regula o uso de algemas observa o artigo 103-A da Constituição Federal, dispositivo que possibilita sua própria existência? A Súmula Vinculante que regula o uso de algemas é fruto e se vincula a que modelo hermenêutico dentre os observáveis e teorizados no Estado de Direito?

A primeira indagação surge da necessidade de verificação quanto à observância, por parte dos Ministros da Suprema Corte, do disposto Constitucional que os ampara na edição das Súmulas Vinculantes. Uma resposta negativa necessariamente deverá trazer argumentos para a propositura de cancelamento ou de revisão da Súmula Vinculante número 11, do mesmo modo levará a novos questionamentos, como: um Magistrado ou Tribunal poderá deixar de aplicar a Súmula sob o argumento de que é inconstitucional?

Por sua vez, o segundo questionamento, sobre a vinculação da edição da Súmula Vinculante número 11 a algum modelo hermenêutico, nasce na adoção da tese: “que nenhuma das convicções que temos, sobre o mundo e o que está nele, nos é imposta por uma recalcitrante realidade independente da teoria; de que as opiniões que temos são mera consequência de termos aceitado alguma estrutura teórica particular”⁵.

1 RHC 56.465-8; HC 71.195-2.

2 HC 89.429-1.

3 HC 91952.

4 Sobre o assunto recomendamos a seguinte leitura: ROSA, Alexandre Morais. **Crítica à hermenêutica do conforto: A súmula (vinculante) como se imagem fosse**. Separata de Constituição e Estado Social: Os obstáculos à concretização da Constituição. Coimbra: 2008.

5 DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p 254.

E a resposta ao questionamento ganha relevo ante sua utilidade em compor parte da resposta quanto à coerência dos fundamentos teóricos utilizados pela mais alta corte de Justiça do Brasil, eis que, se nenhuma decisão se desvincula (intencionalmente ou não) de um modelo teórico de interpretação, o que se há de esperar é a coerência do órgão julgador em utilizar-se de base teórica constante, que a permita um mínimo de previsibilidade em suas decisões.

Para a resposta à primeira indagação, foram analisados os dispositivos constitucionais e infraconstitucionais que regulamentam a edição de Súmulas Vinculantes, enquanto que a resposta à segunda indagação conta com pesquisa aos artigos científicos e obras bibliográficas referidas, centrando o debate nas propostas de KELSEN, HABERMAS e STRECK, filósofos representantes do Positivismo, Procedimentalismo e Substancialismo respectivamente. O método utilizado será o indutivo.

2 DAS DECISÕES PRECEDENTES À SÚMULA VINCULANTE NÚMERO 11

Quatro são os julgados do Supremo Tribunal Federal que tratam do tema “uso de algemas”, informados⁶ como precedentes para a edição da Súmula Vinculante de número 11.

O primeiro desses julgados (ordem cronológica) é o Recurso de Habeas Corpus n. 56.465-8, de 05/09/1978, cuja ementa apregoa:

Não constitui constrangimento ilegal o uso ilegal de algemas por parte do acusado, durante a instrução criminal, se necessário à ordem dos trabalhos e à segurança das testemunhas e como meio de prevenir a fuga do preso. Inépcia da denúncia não comprovada. RHC improvido.

O Relator, Ministro Cordeiro Guerra, no relatório observa que “o fato de ter assistido algemado o depoimento testemunhal está bem justificado” e no voto por si proferido fez observação de que “compete ao Juiz instrutor a disciplina das audiências e a condução dos trabalhos, de modo a preservar o respeito à Justiça e a garantia da ordem”.

⁶ <http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=11.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes> - visualização em 30 de maio de 2009.

Em uma análise rápida dessa primeira decisão invocada pelo Supremo Tribunal Federal como precedente à Súmula Vinculante número 11, é possível verificar que: a) foi proferida sob a égide de Constituição diversa daquela ora em vigor; b) não tratou com maior profundidade o assunto; c) não fez qualquer comparativo entre o uso de algemas e a Declaração Universal dos Direitos Humanos⁷, nem com qualquer outro princípio constitucional; d) julgou improcedente o Recurso de Habeas Corpus; e) no voto proferido informa que o respeito à Justiça e a garantia da ordem deverão ser observados pelo Juiz da instrução; f) tratou do tema “constrangimento ilegal” na forma negativa, ou seja, a ementa explicita quando ele “não” existe, ao mesmo tempo em que deixa de expor quando ocorrerá o constrangimento ilegal no uso de algemas, sendo impossível, inclusive, deduzir que na falta das ocorrências ali listadas (ordem dos trabalhos, preservação da segurança das testemunhas e impossibilidade de fuga do preso), ou de qualquer uma dessas, haverá constrangimento ilegal.

A segunda decisão, precedente da Súmula Vinculante 11, é o Habeas Corpus n. 71195-2, de 25 de outubro de 1994, com a seguinte ementa:

HABEAS CORPUS. Concurso material de crimes. Protesto por novo júri. Pena inferior a vinte anos. Utilização de algemas no julgamento. Medida justificada.

II – O uso de algemas durante o julgamento não constitui constrangimento ilegal se essencial à ordem dos trabalhos e à segurança dos presentes.

Habeas corpus indeferido

No relatório, acolhido por unanimidade, o Ministro Francisco Rezek expôs que:

A impetração, em primeiro lugar, insurge-se contra o indeferimento do protesto por novo júri e, em segundo lugar, questiona a validade do julgamento pelo fato de o réu ter permanecido algemado em plenário, o que teria influenciado negativamente o Conselho de Sentença.

Portanto, conforme consta da ata, havia informações de que o réu pretendia agredir o Juiz Presidente e o Promotor de Justiça, o que motivou o uso das algemas durante o julgamento.

Sendo assim, não evidenciada interferência no espírito dos

⁷ Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948.

jurados, a argüição deve ser rejeitada, como já decidido no RHC 56.465.

Em rápida análise do julgado, é possível verificar que: a) foi proferido sob a égide da Constituição de 1988; b) não tratou com maior profundidade o assunto; c) não fez qualquer comparativo entre o uso de algemas e princípios constitucionais; d) julgou improcedente o Habeas Corpus; e) os julgadores decidiram que o uso de algemas, no caso, não interferiu no espírito dos jurados; f) tratou do tema “constrangimento ilegal” de forma negativa, ou seja, a ementa explícita quando “não” há constrangimento ilegal, deixando de expor quando ocorrerá o constrangimento ilegal no uso de algemas, sendo impossível, inclusive, deduzir que na falta das ocorrências ali listadas (ordem dos trabalhos e segurança dos presentes), ou de qualquer uma dessas, haverá constrangimento ilegal; g) o pedido indeferido tratava da nulidade do ato processual (julgamento pelo tribunal do Júri).

O terceiro julgado que trata do uso de algemas é o Habeas Corpus n. 89.429-1, de 22 de agosto de 2006. Da ementa:

Habeas Corpus. Uso de algemas no momento da prisão. Ausência justificativa em face da conduta passiva do paciente. Constrangimento ilegal. Precedentes.

O uso legítimo de algemas não é arbitrário, sendo de natureza excepcional, a ser adotado nos casos e com as finalidades de impedir, prevenir ou dificultar a fuga ou reação indevida do preso, desde que haja fundada suspeita ou justificado receio de que tanto venha a ocorrer, e para evitar agressão do preso contra os próprios policiais, contra terceiros ou contra si mesmo. O emprego desta medida tem como balizamento jurídico necessário os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Precedentes. Habeas Corpus concedido.

Do relatório, de lavra da Ministra Carmen Lúcia, extraímos que “O ponto nuclear da discussão trazida à apreciação e julgamento neste habeas é um só: o uso de algemas que lhe foram postas pelas autoridades policiais e que, sustenta o Impetrante, configura forma de constrangimento tido como ilegal”.

Ainda do relatório, após digressão histórica do tema “uso de algemas”, com descrição de dispositivos legais em vigor ou que já vigoraram (Ordenações Filipinas, decretos imperiais, Lei de Execuções Penais e Lei de segurança de tráfego em águas territoriais), conclui a Ministra:

Nem de longe, portanto, se há de pensar que a utilização

daquele instrumento possa ser arbitrária ou tolerada sem que regras jurídicas vigorem no País quanto ao seu emprego, pois a forma juridicamente válida do seu uso pode ser inferida a partir da interpretação dos princípios e até mesmo das regras vigentes.

Como disposto legal infraconstitucional a fundamentar a decisão, a Ministra interpreta o “uso de algemas” como incluso no termo “emprego de força” da redação do artigo 284⁸ do Código de Processo Penal. Por sua vez, da Constituição Federal, o relatório apresenta como fundamentos o Artigo 5º, incisos III (garantia de que ninguém será submetido a tratamento degradante) e X (proteção do direito à intimidade, à imagem e à honra das pessoas). O relatório ainda sustenta que “o abuso – inclusive na utilização de algemas – deve mais que ser considerado indevido juridicamente. Em tese, deve mesmo constituir crime”.

Da análise deste julgado verifica-se que: a) foi proferido sob a égide da Constituição de 1988; b) tratou o assunto do uso de algemas com maior profundidade; c) foi fundamentado em interpretação de dispositivos legais constitucionais e infraconstitucionais; d) foi fundada nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade; e) concedeu o Habeas Corpus; f) tratou do tema “constrangimento ilegal” de forma positiva, ou seja, da ementa concluí-se que há constrangimento ilegal quando o uso de algemas for adotado sem que haja fundada suspeita ou justificado receio de fuga do preso, ou para evitar agressão do preso contra policiais, terceiros ou contra si mesmo; g) no voto, concluiu que o uso de algemas fora dos casos excepcionais constitui-se, em tese, crime.

Por fim, o último julgado a sustentar a Súmula Vinculante 11 é o Habeas Corpus n. 91952, julgado em 07/08/2008, pendente de publicação até a composição deste artigo, com a seguinte decisão: “O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do relator, deferiu a ordem de *habeas corpus*.”.

Do voto⁹ do Relator, Ministro Marco Aurélio, extrai-se:

Diante disso, indaga-se: surge harmônico com a Constituição manter o acusado, no recinto, com algemas? A resposta mostra-se iniludivelmente negativa.

Em primeiro lugar, levem em conta o princípio da não-

8 “Não será permitido o emprego de força, salvo a indispensável no caso de resistência ou de tentativa de fuga do preso.”

9 <http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/hc91952.pdf> – visualização em 30 de maio de 2009.

culpabilidade. É certo que foi submetida ao veredicto dos jurados pessoa acusada da prática de crime doloso contra a vida, mas que merecia o tratamento devido aos humanos, aos que vivem em um Estado Democrático de Direito. Segundo o artigo 1º da Carta Federal, a própria República tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. Da leitura do rol das garantias constitucionais – artigo 5º -, depreende-se a preocupação em resguardar a figura do preso.

Ora, estes preceitos – a configurarem garantias dos brasileiros e dos estrangeiros residentes no país - repousam no inafastável tratamento humanitário do cidadão, na necessidade de lhe ser preservada a dignidade. Manter o acusado em audiência, com algema, sem que demonstrada, ante práticas anteriores, a periculosidade, significa colocar a defesa, antecipadamente, em patamar inferior, não bastasse a situação de todo degradante. O julgamento no Júri é procedido por pessoas leigas, que tiram as mais variadas ilações do quadro verificado. A permanência do réu algemado indica, à primeira visão, cuidar-se de criminoso da mais alta periculosidade, desequilibrando o julgamento a ocorrer, ficando os jurados sugestionados.

O novo Código somente veio à balha (*ipsis literis*) em 3 de outubro de 1941, passando a vigor desde então o artigo 284 - “Não será permitido o emprego de força, salvo a indispensável no caso de resistência ou de tentativa de fuga do preso” -, que, embora não se refira expressamente ao uso de algemas, sinaliza as situações de fato extremas em que poderão ser utilizadas. É o que se constata, ainda, no artigo 292 dele constante, a revelar que, se houver, mesmo que por parte de terceiros, “resistência à prisão em flagrante ou à determinada por autoridade competente, o executor e as pessoas que o auxiliarem poderão usar dos meios necessários para defender-se ou para vencer a resistência, do que tudo se lavrará auto subscrito também por duas testemunhas”.

Na Lei de Execução Penal – nº 7.210/84 -, bem se revelou o caráter excepcional da utilização de algemas, instando-se o Poder Executivo à regulamentação no que previsto, no artigo 159, que o emprego de algemas será disciplinado por decreto federal. Se, quanto àquele que deve cumprir pena ante a culpa formada, o uso de algemas surge no campo da exceção, o que se dirá em relação a quem goza do benefício de não ter a culpa presumida, ao simplesmente conduzido, indiciado ou mesmo acusado que responda a processo-crime? Até mesmo na área penal militar, a utilização de algema é tida como excepcional.

Vale registrar, ainda, que o item 3 das regras da Organização das Nações Unidas para tratamento de prisioneiros

estabelece que o emprego de algemas jamais poderá se dar como medida de punição. Isso indica, à semelhança do que antes previsto no artigo 180 do Código de Processo Criminal do Império, que o uso desse instrumento é excepcional e somente pode ocorrer nos casos em que realmente se mostre indispensável para impedir ou evitar a fuga do preso ou quando se cuidar comprovadamente de perigoso prisioneiro.

A ausência de norma expressa prevendo a retirada das algemas durante o julgamento não conduz à possibilidade de manter o acusado em estado de submissão ímpar, incapaz de movimentar os braços e as mãos, em situação a revelá-lo não um ser humano que pode haver claudicado na arte de proceder em sociedade, mas uma verdadeira fera.

A recente Lei nº 11.689, de 9 de junho de 2008, ao implementar nova redação ao artigo 474 do Código de Processo Penal, tornou estreme de dúvidas a excepcionalidade do uso de algemas.

É hora de o Supremo emitir entendimento sobre a matéria, inibindo uma série de abusos notados na atual quadra, tornando clara, até mesmo, a concretude da lei reguladora do instituto do abuso de autoridade, considerado o processo de responsabilidade administrativa, civil e penal, para a qual os olhos em geral têm permanecido cerrados.

Não foi apontado, portanto, um único dado concreto, relativo ao perfil do acusado, que estivesse a ditar, em prol da segurança, a permanência com algemas. Quanto ao fato de apenas dois policiais civis fazerem a segurança no momento, a deficiência da estrutura do Estado não autorizava o desrespeito à dignidade do envolvido. Incumbia sim, inexistente o necessário aparato de segurança, o adiamento da sessão, preservando-se o valor maior, porque inerente ao cidadão.

Concedo a ordem para tornar insubsistente a decisão do Tribunal do Júri. Determino que outro julgamento seja realizado, com a manutenção do acusado sem as algemas.

Da análise do voto proferido pelo Relator, acolhido por unanimidade, verifica-se que: a) foi proferido sob a égide da Constituição de 1988; b) tratou o assunto do uso de algemas com maior profundidade; c) foi fundamentando em interpretação de dispositivos legais constitucionais e infraconstitucionais e em disposto nas regras da ONU para tratamento de prisioneiros; d) foi fundada nos princípios da dignidade da pessoa humana e na desarmonia entre o uso de algemas em um Estado democrático de direito; e) concedeu o Habeas Corpus; f) afirma

que o uso de algemas no plenário do júri sugestiona os jurados e desequilibra o julgamento; g) a Juíza que presidiu o Tribunal do Júri, no qual o paciente esteve algemado, justificou a medida; h) não foi aceita a justificativa do número reduzido de policiais para a segurança do recinto como autorizadora à manutenção das algemas no réu; i) faz menção às responsabilidades civil, administrativa e penal no abuso do uso das algemas; j) é possível a manutenção do réu algemado, desde que demonstrada concretamente sua periculosidade.

Alguns problemas se verificam quanto à lógica da própria decisão: a) se a manutenção do réu algemado sugestiona os jurados e desequilibra o julgamento a ocorrer, então é possível que os réus sobre os quais pesem elementos de periculosidade sejam julgados por jurados sugestionados e mediante desequilíbrio de julgamento? Eis que a decisão é permissiva ao uso de algemas nos casos de tais réus; b) se o argumento de que a força policial presente não é fundamento suficiente para a manutenção de um réu algemado, eis que a “deficiência da estrutura do Estado” não autoriza o desrespeito à dignidade do preso, então haverá argumento suficiente para a manutenção, de quem quer que seja, sob o uso de algemas? Eis que, em tese, em qualquer caso, poderá o Estado suprir de muitos policiais (ou mesmo com o uso das forças armadas) a segurança de locais nos quais haverá audiência ou julgamento de réus presos. Entretanto, tais questões fogem ao objetivo do presente escrito que segue para a análise da Súmula Vinculante.

3 DA SÚMULA VINCULANTE

A Emenda Constitucional n. 45, de 2004, também conhecida como Reforma do Judiciário, trouxe inovações à Carta Constitucional, dentre essas, o artigo 103-A, com o seguinte teor:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

A Lei n. 11.417/2006 regulamentou o assunto, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de Súmula Vinculante. Do artigo 2º de referida lei:

Art. 2º

§ 1º O enunciado da súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja, entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão.

§ 3º A edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula com efeito vinculante dependerão de decisão tomada por 2/3 (dois terços) dos membros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária.

§ 4º No prazo de 10 (dez) dias após a sessão em que editar, rever ou cancelar enunciado de súmula com efeito vinculante, o Supremo Tribunal Federal fará publicar, em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União, o enunciado respectivo.

Do disposto Constitucional e da Lei regulamentadora, é seguro afirmar que a edição de uma Súmula Vinculante deverá obedecer a alguns critérios: decisão de dois terços dos Membros do Supremo Tribunal Federal; as decisões precedentes devem tratar de matéria constitucional; a Súmula deverá ter por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas; as normas a que se atribuirá validade, interpretação e eficácia devem contar com controvérsia entre órgãos judiciários, ou entre esses e a administração pública; a controvérsia, que deverá ser atual, deve acarretar grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica; e publicação do enunciado no Diário da Justiça e no Diário Oficial da União.

Submetendo a Súmula Vinculante número 11 à luz desses critérios, possível é a resposta à primeira indagação objeto do presente artigo, que trata da formalidade de sua edição.

Em consulta ao DJe n. 214/2008, de 12 de novembro de 2008, verificamos que foram obedecidos os critérios de número mínimo de Membros (a decisão contou com voto favorável de nove Ministros). De plano, também é observada a formalidade da publicação.

Outra formalidade observada é a constitucionalidade do tema, o que se deduz do fato de que a mesma matéria foi conhecida e julgada por quatro vezes perante o próprio Supremo Tribunal Federal, aliado

ainda à observância do artigo 322 e parágrafo único¹⁰, do Regimento Interno da casa – em que pese a Súmula ser divulgada na imprensa¹¹ sob o apelido de “Súmula Cacciola-Dantas”.

Contudo, os demais critérios para a edição de uma Súmula Vinculante não encontram abrigo na edição da Súmula reguladora do uso de algemas. Não há notícia de qualquer outra decisão do Supremo Tribunal Federal que trate da regulamentação do uso desse artifício, salvo as quatro já descritas neste artigo. Dessas quatro decisões, três não aliam o uso de algemas à qualquer infração civil ou administrativa, por parte do agente público ou do Estado, e duas delas não descreveram quando haveria constrangimento ilegal no uso de algemas, tampouco aliam a conduta como se crime fosse, mesmo que em tese.

Presente na Súmula e nas quatro decisões anteriores que a fundamentam, o apontamento é que é regular o uso de algemas quando justificada a conduta. Logo, embora discutível se quatro decisões anteriores podem ser consideradas como “reiteradas” para os efeitos do artigo 103-A, da Constituição Federal, ao menos alcança o significado primeiro da palavra “reiteradas”, ou seja, repetidas, o que transmite a ideia de uma decisão primeira repetida por pelo menos duas outras, eis que a palavra está no plural.

Entretanto, as reiteraões não acontecem quanto aos dizeres¹²: “só é lícito o uso de algemas”; “fundado receio de fuga”; “sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal, do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”. Logo, grande parte do texto sumulado não encontra a condição de “reiteradas decisões”, necessária à edição de uma Súmula Vinculante.

Em que pese o esforço verificado nas duas decisões que antecederam a Súmula Vinculante n. 11, em dar interpretação a dispositivo de norma determinada, no caso, do artigo 284 do Código de Processo Penal, sob o entendimento de que o uso de algemas se inclui no “emprego de

10 “Art. 322. O Tribunal recusará recurso extraordinário cuja questão constitucional não oferecer repercussão geral, nos termos deste capítulo. **Parágrafo único.** Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões que, relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, ultrapassem os interesses subjetivos das partes”. (Atualizado com a introdução da Emenda Regimental n. 21/07).

11 http://www.estadao.com.br/estadao/hoje/20080821/not_imp227989,0.php – Disponível em 30 de maio de 2009.

12 Tais textos não são meramente voluptuários, mas, ao contrário, encontram eco no sistema jurídico e são aptos a produzir efeitos.

força”, fato é que a norma a tratar especificamente do assunto é o artigo 199, da Lei n. 7.210/1984, não ignorado pelos Julgadores, eis que mencionado em ambas as decisões, e que de forma bastante clara expõe: “O emprego de algemas será disciplinado por decreto federal”. Se a norma que trata do assunto remete à edição de outra que então irá disciplinar este objeto, pode o julgador utilizar-se de norma outra e interpretá-la como se tratasse do mesmo objeto? O que de fato se verifica é o Poder Judiciário, via Súmula Vinculante, disciplinando o uso de algemas, o que deveria ter sido regulamentado por outros meios. Aliás, esclarecedores são os dois momentos do voto relativo à última decisão motivadora da Súmula: **“A ausência de norma expressa** prevendo a retirada das algemas durante o julgamento não conduz à possibilidade de manter o acusado em estado de submissão ímpar”; **“É hora de o Supremo emitir entendimento sobre a matéria,** inibindo uma série de abusos notados na atual quadra” (negritos nossos). Desses argumentos conclui-se que a edição da Súmula Vinculante n. 11 não teve por objeto a validade, a interpretação ou a eficácia de norma, mas, sim, a regulamentação do uso de algemas em face da ausência de norma que o fizesse.

Por fim, resta observar a Súmula Vinculante n. 11, sob a indagação: “Trata a controvérsia de tema atual, que acarreta grave insegurança jurídica e de relevante multiplicação de processos sobre questões idênticas?”

Quanto à atualidade do tema, a resposta é negativa, ao observarmos que das quatro decisões que antecederam à Súmula Vinculante, duas já contam com mais de 10 (dez) anos, e uma foi proferida sob a égide de Constituição anterior, ou seja, o tema não é novo, tampouco o é o uso de algemas na condução de presos. Contudo, não alcança o presente artigo, nem tem a pretensão de fazê-lo, a verificação dos critérios de grave insegurança jurídica que a controvérsia do tema “uso de algemas” causa, nem da relevante multiplicação de processos, eis que tal resposta dependeria de pesquisa nos órgãos judiciários pátrios. É certo, entretanto, que para a edição da Súmula tais critérios deveriam ser observados e consignados nos debates e motivos de sua aprovação, e dessa fonte extraímos que alguma discussão houve, sim, quanto à segurança jurídica, no que toca à exposição pública de presos algemados, mas nada a respeito da “relevante multiplicação de processos”.

Logo, apenas parte da formalidade necessária à edição de uma Súmula Vinculante foi observada.

4 MODELOS HERMENÊUTICOS

Além do caráter formal, é pertinente o questionamento: a que base teórica recorreram, consciente ou inconscientemente, os senhores Ministros para a edição da Súmula Vinculante n. 11?

Uma vez identificado com qual modelo hermenêutico se alia a edição da Súmula Vinculante n. 11, poder-se-á, em estudos complementares, fazer um vínculo entre esta e outras decisões do Supremo Tribunal Federal, a fim de que se afirme a coerência ou incoerência da Corte Suprema quanto ao uso de paradigmas em seus julgados, e conseqüentemente, verifique a maior ou menor previsibilidade no trato das matérias.

Por certo este simples artigo não dará conta de verificar cada um dos modelos hermenêuticos propostos na modernidade e pós-modernidade. Portanto, o escrito limitar-se-á a duas representações hermenêuticas: Positivismo e neo-Constitucionalismo, este sob os eixos analíticos nominados por VIANNA¹³ como procedimentalista e substancialista.

4.1 Do modelo positivista

É necessária a verificação da edição da Súmula Vinculante n. 11, frente ao positivismo, por dois aspectos. Primeiro porque o positivismo e sua pretensão de normatização total via regras, embora falhe em sua promessa, dá conta de grande parte da solução dos conflitos¹⁴, e em segundo lugar porque, no Brasil, o paradigma positivista ainda encontra ampla guarida, o que se verifica nos textos dos juristas e nas decisões cotidianamente exaradas por juízes singulares e tribunais.

E o que prega o modelo positivista? Inicialmente, é adequada a observação que várias são as vertentes de ideias abrigadas sob o termo “positivismo”, embora contenham entre si variações que apresentam

13 VIANNA, Luiz Werneck... [et al]. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil* - Rio de Janeiro. Revan, 1999. p. 24.

14 “El primeiro nivel esta integrado por las reglas del sistema y opera de tal manera que, em muchos casos (en la grande mayoría de los casos) las decisiones se justifican sin necesidad de entrar en un proceso deliberativo en el que se sopesen las razones, los principios que puede haber en favor e en contra de una determinada decisión.” ATIENZA, Manuel. ROMERO, Juan Ruiz. *La dimension Institucional del derecho y la justificación jurídica*. Alicante: Revista Doxa, n. 24, 2001. p. 121.

postulados comuns. O tratado da Teoria Pura do Direito de KELSEN os retrata e a tal obra recorreremos para a descrição de alguns postulados positivistas. Um desses lugares comuns ao positivismo é o reconhecimento das normas positivadas como formadoras do Direito¹⁵. Outro ponto comum é a obediência da norma estar sujeita tão somente à sua validade e eficácia. Tal validade assume aspecto meramente formal, ou seja, produzida nos moldes anteriormente forjados, por autoridade competente e sem ferir norma hierarquicamente superior. Assim vista, pouco importará o conteúdo da norma¹⁶, desde que sua criação tenha obedecido à forma prevista em outra norma de hierarquia superior. Esse postulado afasta a discussão do “justo” ou “injusto” como argumentos de análise sobre a validade da norma.

Contudo, mais próximo ao tema do presente trabalho é a prescrição positivista de prevalência do legislador sobre o julgador. O papel do legislador, para o positivismo, assume maior importância, eis que sua promessa é a regulação de todos os possíveis conflitos pela lei. Por sua vez, o Poder Judiciário é explicitado em KELSEN como o verificador da constitucionalidade (formal) da norma a ser aplicada no conflito que se lhe apresente, cabendo-lhe, ainda, o exame da questão de fato e de direito.

Sob tal ótica, o Poder Judiciário assume um papel de aplicador final da regra geral a casos concretos, dentro de um limite de discricionariedade que Kelsen titula de “moldura”, e está constituída pelo Direito positivado, cujo papel será de continuação na criação jurídica iniciada pelo legislador e não de início do processo de criação¹⁷.

No que toca à interpretação das normas pelo julgador, afastados alguns radicalismos iniciais e observado que não há como o ler sem o interpretar, nem tampouco que um conjunto de normas, por mais ex-

15 “As normas de uma ordem jurídica têm de ser produzidas através de um ato especial de criação. São normas postas, quer dizer, positivas, elementos de uma ordem positiva”. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 6 edição. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 5 e 221.

16 “A nenhuma ordem jurídica positiva pode recusar-se a validade por causa do conteúdo das suas normas. É este um elemento essencial do positivismo jurídico.” KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 6 edição. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 242.

17 “Os tribunais criam Direito, a saber, - em regra - Direito individual; mas, dentro de uma ordem jurídica que institui um órgão legislativo ou reconhece o costume como fato produtor do Direito, fazem-no aplicando o Direito geral já de antemão criado pela lei ou pelo costume. A decisão judicial é a continuação, não o começo, do processo de criação jurídica.” KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 6 edição. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 283.

tenso e complexo, não será capaz de regular todos os possíveis conflitos, em geral, o positivismo aceita a interpretação pelo julgador, desde que limitada à vontade do legislador e à semântica¹⁸.

Outra indagação a ser respondida é quanto ao papel do Juiz na ausência de norma positivada. A resposta se explicita na obra de KELSEN¹⁹: “... o juiz somente pode ser fazer de legislador quando o Direito apresente uma lacuna”. Ou seja, na ausência de norma positiva a apresentar solução ao caso concreto, o Juiz far-se-á legislador, o que se dá sem nenhum critério, além da verificação de uma ausência da norma positivada.

Sob a luz desses aspectos gerais do positivismo, o Direito como sendo o positivado; a observação apenas formal de validade da norma; a prevalência do legislador sobre o intérprete julgador; a interpretação limitada à busca da vontade do legislador e ao significado do texto; o papel do poder judiciário, na ausência de norma positiva reguladora de casos concretos, indaga-se se, quando da decisão de editar a Súmula Vinculante n. 11, os senhores ministros utilizaram-se de paradigma positivista?

No caso, a resposta deve ser construída com outra indagação e resposta: quando da decisão de edição da Súmula, alguma norma positivada tratava do assunto? As duas últimas decisões que originaram a Súmula apontam alguns dispositivos em vigor, a saber: § 1º, do artigo 234 do Código de Processo Penal Militar²⁰; artigo 199 da Lei n. 7.210/1984²¹; artigo 10, inciso III, da Lei n. 9.537/1997²²; artigos 284²³ e 474²⁴, § 3º, do

18 “Quando o Direito é aplicado por um órgão jurídico, este necessita de fixar o sentido das normas que vai aplicar, tem de interpretar estas normas.” “Fixar-se na vontade presumida do legislador desprezando o teor verbal ou observar estritamente o teor verbal sem se importar com a vontade – quase sempre problemática – do legislador tem – do ponto de vista do Direito positivo – valor absolutamente igual.” KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 6 edição. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 385 e 392.

19 KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 6 edição. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 275-276.

20 “O emprego de algemas deve ser evitado, desde que não haja perigo de fuga ou de agressão da parte do preso, e de modo algum será permitido, nos presos a que se refere o art. 242”. Disposto afastado pela própria Ministra Relatora ante a especialidade da norma, aplicável tão-somente ao processo penal militar.

21 “O emprego de algemas será disciplinado por decreto federal”.

22 “Art. 10 O Comandante, no exercício de suas funções e para garantia da segurança das pessoas, da embarcação e da carga transportada, pode: III - ordenar a detenção de pessoa em camarote ou alojamento, se necessário com algemas, quando imprescindível para a manutenção da integridade física de terceiros, da embarcação ou da carga”.

23 “Não será permitido o emprego de força, salvo a indispensável no caso de resistência ou de tentativa de fuga do preso”.

24 “Art. 474 [...] § 3º Não se permitirá o uso de algemas no acusado durante o período em que permanecer no plenário de júri, salvo se absolutamente necessário à ordem dos trabalhos, à

Código de Processo Penal; artigo 5º, incisos III e X, da Constituição Federal²⁵; artigo 5, item 2, do Pacto de São José da Costa Rica²⁶.

De plano, observa-se que as regras contidas no Código de Processo Penal Militar, na Lei n. 9.537/1997 e no artigo 474 do Código de Processo Penal, as únicas que no ordenamento jurídico nacional em vigor regulam o uso de algemas, possuem caráter especial, ou seja, servem a um fim predeterminado e específico, respectivamente, ao processo penal militar, às embarcações e ao tribunal do júri. Por consequência, não possuem caráter de regulamentação geral, ao contrário da Súmula editada.

Por sua vez, as normas constitucionais, o pacto internacional e o artigo 284, do Código de Processo Penal, não tratam do uso de algemas, mas de aspectos outros como o tratamento humano degradante, a honra e o uso da força apenas para casos em que ele for necessária. Logo, qualquer conclusão de que o uso de algemas estaria regulado por tais normas depende da construção de um raciocínio lógico, no qual os termos “tratamento degradante”, “honra” e “uso da força” referem-se ao uso de algemas para o transporte ou manutenção de pessoa sob custódia do Estado.

A observar-se tal condição – de que algumas regras tratam do uso de algemas em caráter especial, e que outras de caráter geral foram interpretadas como se do assunto tratassem – a conclusão seria de que a decisão tomou como paradigma o positivismo conforme apresentado por KELSEN. Tal raciocínio é possível, ante a previsão positivista geral da possibilidade de interpretação, desde que vinculada a uma moldura, ou seja, desde que a interpretação encontre seus limites no sistema jurídico posto, bem como pela permissividade positivista de uma interpretação semântica. Assim, o “uso da força” foi lido e entendido como “uso de algemas”.

Esse primeiro raciocínio, embora válido, não é possível ao caso, eis que no bojo do sistema jurídico pátrio está o artigo 199 da Lei de Execuções Penais, norma de caráter geral²⁷, que trata do uso de algemas da seguinte forma: “O emprego de algemas será disciplinado por decreto federal”, ou seja, o legislador, democraticamente eleito, com

segurança das testemunhas ou à garantia da integridade física dos presentes”.

25 “III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”; “X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”;

26 “Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com respeito devido à dignidade inerente ao ser humano”.

27 Art. 2º [...] Parágrafo único. Esta Lei aplicar-se-á igualmente ao preso provisório e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária.

preeminência sobre o julgador na visão do paradigma positivista, dispôs que a regulamentação do uso de algemas, de forma geral, será de responsabilidade do Presidente da República, via decreto.

Tal circunstância, sob a ótica positivista apresentada por KELSEN, impede que o poder judiciário regulamente o uso de algemas, eis que um mandamento positivado trata especificamente da matéria e transfere ao poder executivo a regulamentação do tema.

Mas ainda um outro argumento a favor de um paradigma positivista como norte na decisão do Supremo Tribunal Federal pode ser objeto de análise: se o legislador outorgou ao chefe do executivo a regulamentação do uso de algemas, e este não o fez, e se passaram mais que vinte anos entre a vigência da Lei de Execuções Penais e a Súmula Vinculante n. 11, o que se mostra não é uma questão de interpretação de leis, mas, sim, de um vácuo normativo a ser preenchido. Por sua vez, no caso da ausência de norma positivada a regular o tema, estaria livre o julgador a fazê-lo. Ora, o caso concreto pedia uma decisão sobre a possibilidade ou não do uso de algemas no transporte da pessoa presa e da manutenção dessa pessoa algemada em sala de audiência, enquanto que no ordenamento jurídico pátrio, como norma geral, apenas um mandamento de delegação não é cumprido, ou seja, o silêncio.

Tal argumento possui força, mas é vencido pela observação de que os senhores ministros, quando das duas últimas decisões que subsidiaram a Súmula em debate, não pouparam esforços em vincular o julgado à interpretação do artigo 284 do CPP, no qual vincularam o termo “uso de algemas” com o “uso da força”, este extraído da letra da lei, ou seja, não era a visão positivista de vácuo de lei que seguiam como paradigma, mas a busca, via interpretação, da regulamentação do tema em alguma lei posta. Tais observações afastam o paradigma positivista da decisão de edição da Súmula Vinculante n. 11.

4.2 Dos modelos Procedimentalista e Substancialista

Pós-guerra, o desprezo do papel da filosofia do Direito e as teorias gerais voltadas a uma ciência positiva do Direito foram revistos. Várias concepções se sucederam ao positivismo e suas vertentes, algumas de ordem formalistas, outras idealistas, novas constituições apresentaram novas garantias individuais e sociais, o chamado Estado de Direito verificado em

meio das ideias positivistas passou a dar lugar ao Estado Democrático de Direito. O valor “justiça” volta ao debate do Direito, que não mais se confunde com as normas positivadas, e o próprio conceito e a classificação das normas passa a ser revisto, com a sua divisão entre regras e princípios.

O Estado Democrático de Direito traz consigo uma carga de direitos fundamentais positivados em várias constituições²⁸, em um avanço na busca pelos cumprimentos das promessas da modernidade. No dizer de STRECK²⁹: “A noção de Estado Democrático de Direito está, pois, indissocialmente ligado à realização dos direitos fundamentais”.

Nesse contexto, o Poder Legislativo perde forças e o Poder Judiciário é incluído no espaço da Política³⁰. O Estado Democrático de Direito está a exigir dos Magistrados e também dos Membros do Ministério Público um papel político³¹, como forma de instalação da prometida democracia e como resposta à insuficiência do ordenamento positivado para solução dos conflitos.

Tais fatores provocam um redimensionamento na clássica relação entre os Poderes do Estado, surgindo o Judiciário (e suas variantes de justiça constitucional, nos países que adotaram tribunais *ad hoc*) como uma alternativa para o resgate das promessas da modernidade, onde o acesso à justiça assume um papel de fundamental importância, através do deslocamento da esfera de tensão, até então calcada nos procedimentos políticos, para os procedimentos judiciais³².

O Poder Judiciário está a assumir papel de maior relevância frente a paradigmas anteriores, como o Positivismo, e isso é ponto comum no pensamento do Direito contemporâneo e consequência lógica do que seja um Estado Democrático de Direito voltado para o cumprimento de direitos fundamentais. A questão é qual o modo pelo qual esse novo papel político passa a ser exercido.

28 “A democratização social, fruta das políticas do *Welfare State*, o advento da democracia no pós-guerra e a redemocratização de países que saíram de regimes autoritários/ditatoriais, trazem à luz Constituições cujo texto positiva os direitos fundamentais e sociais”. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8 ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 37-38.

29 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8 ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 37.

30 VIANNA, Luiz Werneck... [et al]. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil** – Rio de Janeiro. Revan, 1999. p. 22.

31 Não há que se confundir aqui o termo “político” com a política pessoal ou partidária, mas, sim, como o ato instrumento de tomada de decisões sobre princípios, liberdade, presunção de inocência, etc.

32 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8 ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 38.

Como instrumento útil à resposta da indagação acima, VIANNA³³ apresenta dois eixos analíticos, separação adotada também por STRECK³⁴ o Procedimentalismo e o Substancialismo.

Sendo o objeto do presente artigo a verificação de qual teoria estaria a embasar a Súmula Vinculante de n. 11, que como já visto tratou de criar ordenamento jurídico novo, é possível o pronto descarte de que o mote teórico tenha sido procedimentalista, eis que tal pensamento capitaneado por autores como HABERMAS e GARAPON “critica, assim, a ideia de concretização dos valores materiais constitucionais, aludindo que, ‘ao deixar-se conduzir pela ideia da realização de valores materiais dados preliminarmente no direito constitucional, o tribunal constitucional transforma-se numa instância autoritária”³⁵.

Para Habermas, o papel do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito é o de garantir o processo de criação democrática do Direito, zelando para que os cidadãos tenham formas de verificação de seus problemas e meios políticos para a solução³⁶.

Por conclusão lógica, a criação de ordenamento novo (extensão da restrição do uso de algemas em todos os casos, em face do princípio da dignidade da pessoa humana) não atende o paradigma habermasiano, pelo que segue a análise da Súmula tão-somente quanto à possível base teórica substancialista.

E, se no Estado Democrático de Direito o Poder Judiciário assume novo papel na vida política, é na corrente de pensamento substancialista que a voz dos Juízes encontra maior alcance.

... na esteira das teses substancialistas, entendo que o Poder Judiciário (especialmente a justiça constitucional) deve

33 VIANNA, Luiz Werneck... [et al]. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil** - Rio de Janeiro. Revan, 1999. p. 24.

34 “qual a relação entre o direito e a política? (...) é possível assentar o problema a partir de dois eixos analíticos: *o procedimentalismo e o substancialismo*. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8 ed. rev. atual. - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 38-39.

35 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8 ed. rev. atual. - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 40.

36 É por isso que no Estado Democrático de Direito os Tribunais Constitucionais devem adotar uma compreensão procedimental da Constituição. Habermas propõe, pois, que “*o Tribunal Constitucional deve ficar limitado à tarefa de compreensão procedimental da Constituição, isto é, limitando-se a proteger um processo de criação democrática do Direito*”. O Tribunal Constitucional não deve ser uma guardião de uma suposta ordem suprapositiva de valores substanciais. Deve, sim, zelar pela garantia de que a cidadania disponha de meios para estabelecer um entendimento sobre a natureza dos seus problemas e a forma de sua solução”. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8 ed. rev. atual. - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 41.

assumir uma postura intervencionista, longe da postura absenteísta, própria do modelo liberal-individualista-normativista que permeia a dogmática jurídica brasileira³⁷.

Portanto, o modelo substancialista apresenta o Poder Judiciário como intervencionista, guardião dos direitos fundamentais positivados na Constituição e afastado das anteriores disposições positivistas de interpretação de normas.

E como estaria a Súmula Vinculante n. 11 à luz de tais preceitos?

Quanto ao intervencionismo, repisamos os argumentos já lançados de que o ordenamento jurídico conta com previsão legal – regra aprovada pelo Poder Legislativo em que delega a regulamentação do uso de algemas ao Poder Executivo. Portanto, qualquer decisão judicial a tratar do tema, regulando o uso de algemas (como norma de caráter geral), é, sim, óbvia intervenção.

No que tange à defesa dos direitos fundamentais, a pesquisa dos debates³⁸ que originaram a Súmula Vinculante ora em pauta dá conta de que os princípios norteadores da República, o princípio da dignidade da

37 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8 ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 48.

38 **STF - DJe nº 214/2008 - Publicação: quarta-feira, 12 de novembro - p. 14 e segs** - "... respeitando-se, como requer a Constituição Federal, a respectiva integridade física e moral" ... " Mencionei, Presidente, como referências, em primeiro lugar, o diploma primário, o diploma básico - a Constituição Federal -, aludindo ao artigo 1º, que versa os fundamentos da República e revela, entre esses, o respeito à dignidade humana. Também fiz alusão, sob o ângulo constitucional, a outra garantia: a garantia dos cidadãos em geral, dos brasileiros e dos estrangeiros residentes no Brasil com respeito à integridade física e moral. Em última análise, mencionei o inciso XLIX do artigo 5º a revelar que há de se respeitar a integridade física e moral do preso" ... "Senhor Presidente, entendo que a redação proposta pelo Ministro Cezar Peluso, em seqüência do Ministro Marco Aurélio, atende bem às exigências constitucionais. Eu me louvo muito na Constituição" ... "O que a redação consagra é a tese da excepcionalidade do emprego de algemas. Essa tese que arranca diretamente da Constituição está explicitada, está consagrada na proposta de redação, porque a Constituição é que diz com todas as letras, art. 5º: III - ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante; Esse tratamento degradante significa infamante, humilhante, como se dá quando o ser humano, ainda que preso em flagrante de delito, é exibido ao público como se fosse um troféu, uma caça, numa atmosfera de exibicionismo policial" ... "Perfeito. Depois, a Constituição, não satisfeita com essa determinação em prol da dignidade da pessoa humana, diz no inciso XLIX do mesmo art. 5º: XLXI - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral; E não há dúvida de que o uso das algemas exacerba o estado de privação da liberdade com conseqüências de ordem física e de ordem moral" ... "Na verdade, quando estamos a falar hoje desta questão da algrima, na prática brasileira, estamos a falar da oposição da algrima para os fins de exposição pública, que foi objeto inclusive de considerações específicas no voto do Ministro Marco Aurélio. De modo que é preciso que estejamos atentos. Certamente temos encontro marcado também com esse tema. A Corte jamais validou esse tipo de prática, esse tipo de exposição que é uma forma de atentado também à dignidade da pessoa humana. A exposição de presos viola a idéia de presunção de inocência, viola a idéia de dignidade da pessoa humana, mas vamos ter oportunidade, certamente, de falar sobre isto". Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/DJE_11.11.2008.pdf>. Acesso em: 30 mai 2009.

pessoa humana, a garantia do respeito à integridade física e moral dos presos e o impedimento constitucional do tratamento desumano ou degradante foram institutos jurídicos utilizados como fundamentos de sua edição, pelo que a Corte Constitucional demonstra, por sua decisão, a ideia substancialista de um Poder Judiciário defensor de referidos princípios.

Talvez o único ponto verificável da edição da Súmula Vinculante n. 11 em que os Ministros do Supremo Tribunal Federal não se mostrem substancialistas (conscientemente ou não) é quanto à preocupação em demonstrar interpretação de norma infraconstitucional, segundo ditames de hermenêutica clássica, conforme disposto pelo Ministro Relator:

Mais do que isso: o Tribunal, tendo em conta o precedente a que me referi, assentou que o próprio Código de Processo Penal contém dispositivo que, interpretado, sob o ângulo teleológico, do objetivo da norma, conduz ao afastamento do uso abusivo das algemas³⁹.

Contudo, ante o teor dos debates e das decisões anteriores já transcritos, é verificável que a justificação em interpretação de dispositivo do Código de Processo Penal dá-se mais como resquício da necessidade de uma amparo legal positivado no sistema jurídico infraconstitucional (mesmo que para a matéria baste a Constituição) do que como fundamento para a edição da Súmula Vinculante examinada.

Portanto, o pano de fundo verificável na edição da Súmula Vinculante n. 11 enquadra-se perfeitamente nas ideias teóricas substancialistas apresentadas por STRECK, nas quais o Poder Judiciário intervém no sistema jurídico, resgatando princípios fundamentais previstos na Constituição.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo tem a pretensão de responder a dois questionamentos: a edição da Súmula Vinculante que regula o uso de algemas observa o artigo 103-A da Constituição Federal, dispositivo que possibilita sua própria existência? A Súmula Vinculante que regula o uso de algemas é fruto e se vincula a que modelo hermenêutico dentre os

39 STF - DJe n. 214/2008 - Publicação: quarta-feira, 12 de novembro - p. 14 e segs.

Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/DJE_11.11.2008.pdf>. Acesso em: 30 mai 2009.

observáveis e teorizados no Estado de Direito?

Após análise das decisões anteriores e debates que fundaram a Súmula sob estudo, encontramos resposta negativa à primeira indagação, apresentando-se várias incompatibilidades entre a Súmula editada e os preceitos legais/constitucionais que legitimam sua edição.

Quanto ao segundo questionamento, sobre a vinculação da edição da Súmula Vinculante n. 11 a algum modelo hermenêutico, após a descrição de dois sistemas teóricos – Positivismo e Substancialismo – com rápida incursão no modelo Procedimentalista, aponta a pesquisa, como pano de fundo à decisão da Suprema Corte, o viés Substancialista.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATIENZA, Manuel. ROMERO, Juan Ruiz. **La dimension Institucional del derecho y la justificación jurídica**. Alicante: Revista Doxa, n. 24, 2001.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer Sica *et. al.*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

HERKENHOFF, João Baptista. **Como aplicar o direito**. 11ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6ª edição. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003.

ROSA, Alexandre Morais. **Crítica à hermenêutica do conforto: A súmula (vinculante) como se imagem fosse**. Separata de Constituição e Estado Social: Os obstáculos á concretização da Constituição. Coimbra Editora: 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **A atualidade do debate da crise paradigmática do direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica vol. 1, n. 4. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2006.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8ª ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

VIANNA, Luiz Werneck... [et al]. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil** – Rio de Janeiro. Revan, 1999.

IV PRÊMIO MILTON LEITE DA COSTA - 2010

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] e 50^[2], do seu Estatuto Social, que prevêm a realização de concurso anual premiando o melhor trabalho ou arrazoado forense apresentado pelos Promotores e Procuradores de Justiça, **RESOLVE** lançar o **IV 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 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 2009 a 15 de junho de 2010**, ou peça extrajudicial (portaria de instauração, promoção de arquivamento e termo de ajustamento de conduta), elaborada no mesmo período e já homologada pelo Conselho Superior do Ministério Público (CSMP), se for o caso.

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, se for o caso.

Art. 4º - Na **categoria B**, somente será aceita a inscrição de 1 (um) artigo jurídico por associado, que conterà 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 artigo deverá (ao) ser encaminhado(s) por e-mail ou 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 21 DE JUNHO DE 2010.

§1º - Será admitida inscrição via e-mail, também até o dia 21 de junho de 2010, modalidade em que as vias impressas e o CD-ROM ou Disquete serão dispensados. Neste caso, a ACMP enviará e-mail confirmando a inscrição, que deverá ser conferido, impresso e arquivado pelo candidato.

§2º - Os trabalhos ou artigos recebidos após esta data estarão automaticamente inscritos para o concurso de 2011.

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

§4º - Na categoria A caberá ao candidato fazer as supressões das informações que possam identificar as partes envolvidas (nome e qualificação) e dos dados cobertos pelo segredo de justiça, sob pena de sua inscrição ser indeferida.

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 Moser Vhoss.

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

Parágrafo único. Aos candidatos vencedores será entregue ainda placa alusiva à premiação.

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 III Prêmio, edição 2008/2009, o qual será lançado, então, no XXXI Encontro Estadual do Ministério Público, entre os dias 26 a 28 de agosto de 2010, na cidade de Itapema/SC.

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

Florianópolis, 26 de abril de 2010.

RUI CARLOS KOLB SCHIEFLER

Presidente da ACMP

LARA PEPLAU

Diretora Cultural e de
Relações Públicas

VI PRÊMIO MILTON LEITE DA COSTA - 2010
Categoria A: Peça Processual - 1º lugar

Luis Eduardo Couto de Oliveira Souto
Promotor de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina

**EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA DA COMAR-
CA DE ITAPEMA-SC**

O MINISTÉRIO PÚBLICO DE SANTA CATARINA, por seus órgãos signatários, vem, perante Vossa Excelência, com base nos documentos anexos, colhidos do Procedimento Preparatório **n. 007/07**, da 1ª Promotoria de Justiça de Itapema, e com fundamento no art. 129, inc. III, da Constituição Federal, e arts. 1º, inc. I, 5º e 11, todos da Lei n. 7.347/1985, promover a presente

Atuação	Florianópolis	Edição Especial - Prêmio Milton Leite da Costa 2009/2010	p. 147 - 192	2011
---------	---------------	--	--------------	------

AÇÃO CIVIL PÚBLICA CONTRA

Município de Itapema, Pessoa Jurídica de Direito Público, inscrita no CNPJ sob n. 82.572.207/0001-03, com sede na Prefeitura Municipal, situada na Rua Nereu Ramos, 134, Centro, no Município de Itapema, a ser citada na pessoa do Prefeito Municipal Sabino Bussanelo;

Companhia Águas de Itapema, inscrita no CNPJ sob n. 06.220.197/0001-50, com sede na Av. Marginal Leste, n. 5, Centro, no Município de Itapema,

Fundação Ambiental Área Costeira de Itapema-FACCI, inscrita no CNPJ sob o n. 05234481/0001-13, com sede na Rua 106, n. 165, Centro, no Município de Itapema, na pessoa de seu representante legal e presidente Joacir do Amaral;

Fundação Estadual do Meio Ambiente- FATMA - inscrita no CNPJ sob o n. 83.256.545/0001- 90, com sede na Rua Felipe Schmidt, n. 485, Centro, no Município de Florianópolis, Santa Catarina, CEP 88010-001, na pessoa de seu representante legal e Presidente Murilo Flores, pelos fundamentos fáticos e jurídicos a seguir declinados.

1 DO OBJETO DA AÇÃO

A presente Ação Civil Pública presta-se fundamentalmente à cessação de dano ecológico ao meio ambiente do Município de Itapema e conseqüente preservação da saúde da população e dos veranistas do Município, em razão do funcionamento ineficiente do Sistema de Esgotamento Sanitário local em processar, de forma inadequada, o esgoto doméstico gerado e coletado do Município, pela Companhia Águas de Itapema, concessionária do serviço público de água e esgoto, além da proteção dos consumidores através da suspensão da cobrança indevida de tarifa pública de esgoto, enquanto não regularizada a prestação do serviço.

Para tanto, propugna-se pela interrupção do processo de construção civil do Município e pelo estabelecimento de uma moratória de pelo menos 12 meses, ou até a normalização e comprovada eficiência da prestação do serviço de coleta e tratamento de esgotos do Município.

2 DA LEGITIMIDADE ATIVA

A legitimidade do Ministério Público Estadual para a propositura da presente Ação Civil Pública está **definida constitucionalmente** (art. 129, inc. III, da CF):

Art. 129 - São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. (Destacou-se)

Destaque-se, ainda, que o disposto no **artigo 1º**, inciso I, e o **artigo 5º**, ambos da **Lei n. 7.347/1985**, conferiram-lhe também essa mesma legitimidade, diante da necessidade de resguardo da proteção dos interesses difusos e coletivos violados, inclusive afetos ao consumidor.

Não é demais salientar que, no caso, pretende-se, além da proteção difusa da **saúde pública**, do **meio ambiente** (do solo em geral, dos rios, das praias marítimas, do mar territorial, da fauna e flora associadas), também dos **consumidores lesados** devido à má prestação do serviço de saneamento ambiental, especificamente do serviço de esgotamento sanitário pela Companhia Águas de Itapema e Município de Itapema.

O artigo 225 da Constituição Federal determina que:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à **sadia qualidade de vida**, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

O dispositivo em foco é categórico ao afirmar que o **meio ambiente ecologicamente equilibrado é essencial à sadia qualidade de vida**, ou seja, à própria saúde.

Já o artigo 200 da Constituição Federal fixa algumas atribuições

ao Sistema Único de Saúde, dentre as quais se menciona *a colaboração na proteção do meio ambiente* (inciso VIII).

A Lei n. 6.938/1981, por sua vez, dispõe em seu artigo 2º que:

*a Política Nacional do Meio Ambiente, tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da **qualidade ambiental favorável à vida**, visando assegurar condições ao desenvolvimento sócio-econômico e à proteção da dignidade humana (...).*

Além disso, em seu artigo 3º, define **poluição** como sendo a:

degradação da qualidade ambiental resultante das atividades que direta ou indiretamente prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população.

Por fim, cumpre mencionarmos que a Lei n. 8.080/1990, que regula as ações e os serviços de saúde, consigna o **meio ambiente** como um dos vários fatores condicionantes para a **saúde** (artigo 3º) e prevê uma série de ações integradas relacionadas à **saúde**, ao **meio ambiente** e ao **saneamento básico**.

Sendo assim, inquestionável é a legitimidade do Ministério Público para ajuizar a presente ação, fazendo-o com fundamento na **Constituição Federal** e na **Legislação infraconstitucional**, diante da necessidade de resguardo do **meio ambiente**, da **saúde pública** e da proteção dos **consumidores lesados** pela cobrança indevida de tarifa pública, em razão de um serviço que não está sendo efetivamente prestado.

Vale salientar que são inúmeros os transtornos causados não apenas à população de Itapema, em razão da deficiente prestação do serviço de esgotamento sanitário pela Companhia Águas de Itapema - o que afeta o equilíbrio ecológico local e a saúde da população itapemense - como também a toda a sociedade catarinense, pois coloca em risco o forte papel turístico que a região representa para todo o Estado de Santa Catarina.

Várias ações judiciais encontram-se em tramitação na Comarca, (documento XX), bem como na iminência de serem propostas, o que abarrotará ainda mais de processos o Judiciário e dificulta a melhor e mais ágil prestação jurisdicional local, situação essa que se pretende minimizar mediante a propositura desta demanda coletiva e os efeitos difusos advindos de seu julgado.

3 DA LEGITIMIDADE PASSIVA

A) Do Município de Itapema

O Município de Itapema figura no polo passivo desta ação porque a Administração local, embora tenha, por contrato de concessão pública, privatizado a prestação do serviço público de água e do esgoto, detém a titularidade da prestação do saneamento básico no âmbito de seu território, incumbe-lhe, portanto, a responsabilidade pela prestação adequada do serviço aos munícipes e usuários e recai-lhe, por consequência, a co-responsabilidade pela má prestação do serviço pela operadora contratada.

Ademais, não é excessivo lembrar a lição de Nelson Nery Júnior¹ no sentido de que

o Poder Público poderá sempre figurar no pólo passivo de qualquer demanda dirigida à reparação do bem coletivo violado: se ele não for responsável por ter ocasionado diretamente o dano, através de um de seus agentes, o será ao menos solidariamente, por omissão no dever que é só seu de fiscalizar e impedir que tais danos aconteçam.

B) Da Companhia Águas de Itapema

No tocante à Companhia Águas de Itapema, compreende-se a sua legitimidade para figurar no polo passivo eis que, na condição de concessionária contratada desde o ano de 2004 pelo Município de Itapema como prestadora do serviço público essencial, possui o dever legal de proceder à prestação dos serviços de tratamento e abastecimento de água e coleta e tratamento do esgoto sanitário gerado no Município, em atenção às normas técnicas pertinentes. Em outras palavras, é seu o dever de prestar de forma completa e adequada o duplo serviço público que lhe foi outorgado, sob pena de submeter-se às sanções cabíveis, dentre as quais encontra-se a rescisão contratual por descumprimento do objeto contratado, como já ocorreu em relação à prestadora anterior.

Desse modo, verificando-se já transcorridos mais de seis anos desde a contratação da operadora atual, é obrigação da Companhia dar

¹ Nery Junior, Nelson. *Responsabilidade civil por dano ecológico e a ação civil pública*. RDP/76, p. 130.

cumprimento às metas e aos padrões estabelecidos por lei e contrato, visando à prestação imediata dos serviços e à satisfação dos usuários.

C) Da FATMA

A FATMA – Fundação Estadual do Meio Ambiente, instituída pelo Decreto n. 662, de 30 de julho de 1975, e vinculada à **Secretaria de Estado do Desenvolvimento Econômico Sustentável**, detém legitimidade passiva para constar na presente Ação Civil Pública por ser a instituição responsável pelo licenciamento ambiental em Santa Catarina. É sua a atribuição de expedir Licenças Ambientais, inclusive de operação do serviço público de água e de esgoto pela empresa Companhia Águas de Itapema. Compete-lhe, também, a tarefa de fiscalizar o estrito cumprimento das condições e das metas da licença, notificando, autuando e aplicando as penas cabíveis, no exercício do seu poder de polícia.

Aliás, é indubitável que poderá operar a suspensão da licença ambiental caso constatada a má prestação do serviço, por meio da análise do incorreto funcionamento da ETE, devendo ainda fiscalizar as ações ou omissões municipais de controle de lançamento de esgoto na rede pluvial, nos rios e praias do Município, lançamentos esses que contribuem, com eventuais falhas no sistema de tratamento de esgotos, para a poluição do meio ambiente local.

D) Da FAACI

A FAACI – FUNDAÇÃO AMBIENTAL ÁREA COSTEIRA DE ITAPEMA, instituída pela Lei Municipal n. 1914/2002, regulamentada pelo Decreto n. 35, de 30 de junho 2004, é o órgão municipal habilitado no Conselho Estadual de Meio Ambiente-CONSEMA, de acordo com a Resolução 005/07 de 20 de novembro de 2007, detentor de competência para realizar o Licenciamento Local das atividades constantes do Anexo III, da Resolução CONSEMA 02/2005, possuindo, destarte, legitimidade passiva para integrar o polo passivo da presente Ação Civil Pública por ser a instituição responsável pela expedição das Licenças Ambientais, afetas à regularização - análise e aprovação dos projetos hidrossanitários encaminhados à Administração do Município de Itapema.

Compete-lhe, ainda, fiscalizar o estrito cumprimento das condi-

ções e metas da licença, notificando, atuando e aplicando as penas cabíveis, no exercício do seu poder de polícia, inclusive podendo operar a suspensão da licença ambiental, caso constatada a má prestação do serviço, por intermédio da análise do incorreto funcionamento da ETE. Deve, ainda, fiscalizar as ações ou as omissões municipais de controle de lançamento de esgoto na rede pluvial, nos rios e praias do Município, lançamentos esses que contribuem, conjuntamente com eventuais falhas no sistema de tratamento de esgotos, para a poluição do meio ambiente local.

4 DOS FATOS

O Ministério Público Estadual instaurou o Procedimento Administrativo Preliminar n. 007/2007, consoante Portaria n. 07/2007/PAP/ITAPEMA (Doc. 01), em razão da inadequação da prestação e da cobrança do serviço de Esgotamento Sanitário para atender à demanda dos veranistas e moradores do Município de Itapema. Restou apurado, por intermédio da instrução do referido Procedimento, que, de fato, o Município não dispõe de um sistema adequado ou eficaz de tratamento de esgoto, ao passo que, inobstante a ineficiência desta infra-estrutura essencial de controle e proteção à saúde pública, a qual evita o contato com fontes de poluição e de doenças aos moradores e veranistas que frequentam a orla marítima de Itapema, continua a permitir a cobrança pelo serviço de esgoto fixado em 100% do valor do consumo da água.

Além de tudo, em que pese a incapacidade da concessionária contratada em executar de forma adequada o serviço essencial que lhe foi delegado à população Itapemense, percebe-se que o Município permanece autorizando novas e ininterruptas construções em seu território, fato esse que contribui diretamente para o aumento considerável da geração do esgoto, apesar da insuficiência do tratamento sequer para o estágio atual de urbanização existente, um dos motivos pelos quais fez-se necessária a propositura dessa demanda, que se pretende coibir por esta ação. Senão vejamos.

4.1 Da contratação da Companhia Águas de Itapema

No ano de 2003, o Município de Itapema rescindiu o contrato de concessão do serviço de água e esgoto com a Companhia Catarinense de Águas e Saneamento – CASAN e lançou edital de concorrência n. 004/2003², no qual foi contratada, em 30 de abril de 2004, como único participante do certame e pelo prazo de 25 anos, a entidade privada Companhia Águas de Itapema, por intermédio do instrumento contratual 97/04 (doc. 2).

Conforme Licença Ambiental de Operação, LAO 097/07 CODAM Itajaí, emitida pela Fundação Estadual do Meio Ambiente – FATMA (doc. 3), a Companhia Águas de Itapema já deveria estar operando, desde 9 de fevereiro de 2007, por ocasião da inauguração de sua estação de tratamento de esgoto – ETE, a atividade de coleta e tratamento de efluentes sanitários no Município, por meio de tratamento físico, tratamento biológico, reatores biológicos, redes coletoras, estações elevatórias, emissário de recalque e flocoflotadores, e procedendo, desarte, a coleta e o tratamento do efluente, endereçando-o à sua Estação de Tratamento de Esgotos, situada no Bairro Morretes, e obedecendo, para tanto, os padrões exigidos nas NBRs pertinentes e Resoluções do CONAMA 357/2005.

Esclareça-se, para conhecimento deste Juízo, pelo teor das normativas técnicas aplicáveis ao tema em análise, em especial a Resolução Conama n. 357/05, que o objetivo final do funcionamento da estação de esgoto da Companhia Águas de Itapema é o atendimento do padrão de tratamento da água em parâmetros compatíveis com a classificação do corpo receptor.

Desse modo, em conformidade às normativas citadas, será possível tal intento, em rios de Classe II, como é o caso em análise (Rios da Fita e Perequê), quando, em 80% ou mais de um conjunto de amostras obtidas em cada uma das cinco semanas anteriores, colhidas no mesmo local, houver, no máximo, 1.000 coliformes fecais (termotolerantes) ou 800 *Escherichia coli* ou 100 enterococos por 100 mililitros.³

De outra parte, identificado o lançamento de efluente que ultrapasse esse percentual, está caracterizada a contaminação do corpo d'água receptor. Passa o local analisado, então, a ser classificado como impróprio para banho e com riscos de prejuízo à saúde pública pelos

2 Cumpre esclarecer que o procedimento licitatório 004/2003 encontra-se ainda sub-judice, conforme Ação Popular n. 125.04.001437-5, em tramitação no foro de Itapema.

3 Conforme o disposto no inc. V do art. 12 do Decreto Estadual 14.250/1981.

indicativos de contaminação e de propagação de doenças hídricas, como poliometrite, hepatite A, disenteria amebiana, diarreia por vírus, febre tifoide, febre paratifoide, diarreias e disenterias bacterianas como cólera, esquistossomose, entre outras.

Nessa esteira, vários relatórios a seguir discriminados demonstram o funcionamento inadequado da ETE da Companhia Águas de Itapema, cujo sistema de tratamento de efluentes vem operando de forma irregular, em franco prejuízo ao meio ambiente, à saúde e ao “bolso” da população local, em face da indevida cobrança de tarifa, além do aumento da poluição dos rios da Fita e Perequê, em razão do lançamento de efluentes em padrões muito inferiores aos exigidos na legislação vigente.

4.2 -Do histórico de monitoramento de eficiência do Sistema de Tratamento de Esgotos da ETE da Companhia Águas de Itapema – Comprovação da má prestação do serviço público

Do histórico das análises físico-químicas de eficiência de remoção de DBO realizadas na ETE do Bairro Morretes, desde a sua inauguração em 2007 – estação responsável pelo tratamento de todo o esgoto coletado no Bairro Meia Praia –, percebe-se que, com exceção de parte das análises realizadas ainda no ano de 2007 pelo próprio laboratório da Companhia e por laboratório indicado diretamente por ela (DJ Saneamento), **todas as demais análises externas realizadas nos anos de 2007, 2008, 2009 e 2010**, solicitadas pela Fundação Municipal de Saneamento (FACCI)⁴, realizadas por perícia em Ação Judicial⁵ ou por solicitação do Ministério Público Estadual,⁶ apresentaram resultados que desatendem os padrões de lançamento de efluentes exigidos em lei.

Acerca do histórico das análises de qualidade de eficiência de tratamento da ETE, o Engenheiro **Sanitarista** do Centro de Pesquisa e Informações do Ministério Público do Estado de Santa Catarina emitiu o seguinte parecer técnico (n. 01/2010) (Doc 8):

4 Análises realizadas pelo Laboratório Integrado do Meio Ambiente da Universidade Federal de Santa Catarina, Instituto Técnico Científico em 09/01/08 e outras (Docs. 4 e 5)

5 Perícia realizada pela Engenheira Sanitarista Berenice Ferrari nos autos da ação declaratória no. 125.07.003854-0 pelo Sindicato dos Hotéis, Bares e Restaurantes da Região (doc. 6).

6 Perícia realizada pelo Laboratório de Controle de Qualidade de Águas e Efluentes da UNOESC – campus de Videira em 04/02/2010 (doc. 7).

Histórico do monitoramento da eficiência na Estação de Tratamento de Esgotos de Itapema, da Companhia Águas de Itapema

Às fls. 401 e 402, anexado ao laudo pericial da Engenheira Sanitarista e Ambiental Maria Eliza Nagel Hassemer, apresenta-se o Relatório de Controle Mensal da Estação de Tratamento de Esgoto (ETE), realizado no laboratório da Companhia Águas de Itapema. A tabela 1 resume as eficiências de remoção na carga de DBO obtidas pelo sistema de tratamento no período de fevereiro a setembro de 2007.

Tabela 1: Eficiência de Remoção de DBO na ETE de Itapema de acordo com o Relatório de Controle Mensal da ETE

Data da análise	DBO entrada da ETE [mg/L]	DBO saída da ETE [mg/L]	Eficiência (%)
Fevereiro/07	217,0	59,0	72,81%
Março/2007	145,0	67,0	53,79%
Abril/2007	36,0	34,0	5,56%
Maió/2007	357,0	73,0	79,55%
Junho/2007	355,6	67,0	81,16%
Julho/2007	396,0	121,0	69,44%
Agosto/2007	375,0	85,0	77,33%
Setembro/2007	385,0	82,0	78,70%
Média	283,3	73,5	64,79%

No período compreendido pelos dados da tabela 1, somente nos meses de fevereiro, abril e junho foram atendidas as exigências do Decreto 14.250/1981 do Estado de Santa Catarina, que estabelece os padrões de lançamentos de efluentes (concentração máxima para DBO de 60,0 mg/L ou eficiência de remoção de 80%). Entretanto, no mês de janeiro a concentração de saída ficou muito próxima do limite estipulado e é possível que tenha acontecido erro na amostragem de abril em função da proximidade das concentrações obtidas para entrada e saída da ETE.

Às fls. 404 e 405, anexado ao laudo pericial da Engenheira Sanitarista e Ambiental Maria Eliza Nagel Hassemer, apresenta-se o Relatório de Análise Físico-Química realizado pela empresa DJ Saneamento. A tabela 2 apresenta os resultados obtidos para a DBO na entrada e saída do efluente na ETE de Itapema.

Tabela 2: Eficiência de Remoção de DBO na ETE de Itapema de acordo com o Relatório de Análise Físico-Química realizado pela empresa DJ Saneamento

Data da coleta	DBO entrada da ETE [mg/L]	DBO saída da ETE [mg/L]	Eficiência (%)
17/08/07	350,0	80,0	77,14%

Observa-se que a concentração de saída é superior a 60mg/L e a eficiência de remoção não atinge os 80%, portanto fora dos padrões de lançamentos estabelecidos pelo Decreto 14.250/1981.

À fl. 465, apresenta-se o Relatório 103/2007, realizado pela Fundação Ambiental Área Costeira de Itapema - FAACI, de 14 de novembro de 2007, apresentando os resultados da análise físico-química realizado pelo Laboratório Integrado de Meio Ambiente da Universidade Federal de Santa Catarina (anexado à fl. 467). A tabela 3 apresenta os resultados obtidos para a DBO na entrada e saída do efluente na ETE de Itapema.

Tabela 3: Eficiência de Remoção de DBO na ETE de Itapema de acordo com o Resultado da Análise Físico-Química realizada pelo Laboratório Integrado de Meio Ambiente

Data da coleta	DBO entrada da ETE [mg/L]	DBO saída da ETE [mg/L]	Eficiência (%)
25/10/07	362,0	278,0	23,20%

Os resultados obtidos apresentam-se longe dos padrões de lançamento, dando sentido à notificação da FAACI à Companhia Águas de Itapema.

Às fls. 489 e 490, apresenta-se o Relatório de Análise Físico-Química realizado pela empresa DJ Saneamento a pedido da Companhia Águas de Itapema. A tabela 4 apresenta os resultados obtidos para a DBO na entrada e saída do efluente na ETE de Itapema.

Tabela 4: Eficiência de Remoção de DBO na ETE de Itapema de acordo com o Relatório de Análise Físico-Química realizado pela empresa DJ Saneamento

Data da coleta	DBO entrada da ETE [mg/L]	DBO saída da ETE [mg/L]	Eficiência (%)
26/11/07	154,0	14,0	90,91%

Observa-se que os padrões de lançamento são atendidos nesta análise. Contudo, a concentração de DBO na

entrada desvia do padrão encontrado nas outras análises durante o ano de 2007 (entre maio e outubro de 2007, a concentração de DBO na entrada manteve-se na faixa entre 355,0 mg/L e 396 mg/L, já na coleta realizada em novembro esse valor caiu para 154,0 mg/L) independentemente do laboratório.

À fl. 517, consta o Relatório de Ensaio da amostragem realizada pelo Instituto Técnico Científico, cujos resultados para a DBO na entrada e saída da ETE de Itapema estão apresentados na tabela 5.

Tabela 5: Eficiência de Remoção de DBO na ETE de Itapema de acordo com o Relatório de Análise Físico-Química realizado pelo Instituto Técnico Científico

Data da coleta	DBO entrada da ETE [mg/L]	DBO saída da ETE [mg/L]	Eficiência (%)
09/01/08	583,3	503,3	13,72%

Os resultados da análise apresentados na tabela 5 apontam uma eficiência muito baixa na ETE e uma concentração de DBO na saída do sistema 8,4 vezes superior ao limite para lançamentos de acordo com o Decreto 14.250/1981.

De forma complementar aos resultados contidos nos autos, o Laudo Pericial realizado pela Engenheira Sanitarista e Ambiental Berenice Vieira Ferrari, datado de 18 de novembro de 2009 apresenta análises do efluente coletadas na entrada e saída da ETE de Itapema. As concentrações de DBO obtidas podem ser observadas na tabela 6.

Tabela 6: Eficiência de Remoção de DBO na ETE de Itapema de acordo com os resultados das análises realizadas pelo Instituto Técnico Científico a pedido da perita Berenice Vieira Ferrari

Data da coleta	DBO entrada da ETE [mg/L]	DBO saída da ETE [mg/L]	Eficiência (%)
29/08/09	308,0	206,8	32,86%

Novamente observa-se uma eficiência de remoção bastante reduzida e concentração de DBO bastante acima dos padrões de lançamento estabelecidos pelo Decreto 14.250/1981.

3. Considerações Finais

Diante dos resultados obtidos nas diversas amostragens realizadas ao longo dos relatórios de análise físico-química no período compreendido entre fevereiro de 2007 e agosto de 2009, pode-se afirmar que a eficiência da Estação de Tratamento de Esgoto para a remoção da Demanda Bioquímica de Oxigênio não apresentou regularidade, implicando freqüentes descumprimentos dos padrões de lançamentos de efluentes estabelecidos na legislação pertinente.

Examinando-se, portanto, o teor das coletas realizadas no mês de janeiro de 2008 até janeiro de 2010, no ponto de saída da estação de tratamento, identifica-se graus de eficiência de remoção que variam de 13% a 33%, em relação à entrada na ETE, e a concentração de DBO(5) variável de 206,80 a 503,3 mg/l, quando a concentração máxima admissível é de 60,00mg/l ou a eficiência mínima admissível é de 80%.

Constatou-se ainda, o lançamento de coliformes fecais, em agosto de 2009, em concentrações que variam de 2 (dois) a 3 (três) milhões de NMP/100ml, sendo o máximo permitido em Lei de 1.000 NMP/100ml, ou seja, o lançamento do esgoto da ETE apontado nas análises chega a **3.000 vezes o permitido em Lei.**

Percebe-se o distanciamento dos resultados obtidos em relação aos padrões admissíveis de lançamento, fato esse que, obviamente, está ocasionando sérios danos ao meio ambiente e à saúde pública e pode ser enquadrado, em tese, como crime de poluição na sua forma qualificada, conforme art. 54, § 2º, inc. V, da Lei n. 9.605/1998⁷, cuja responsabilidade criminal está sendo apurada em procedimento próprio.

4.3 Um maior detalhamento da não prestação adequada do serviço de esgotamento sanitário pela operadora do serviço Companhia Águas de Itapema

7 Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora: (...)2º Se o crime: V - ocorrer por lançamento de resíduos sólidos, líquidos ou gasosos, ou detritos, óleos ou substâncias oleosas, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos:

Pena - reclusão, de um a cinco anos

A lei 11.445/07 instituiu a política nacional do saneamento básico e exigiu que as agências reguladoras do serviço público atendo os princípios da independência decisória, incluindo autonomia

Nos autos da Ação Declaratória de Nulidade de Ato Jurídico n. 125.07.003854-0, proposta pelo Sindicato de Hotéis, Bares Restaurantes e Similares da região contra a Companhia Águas de Itapema, foi emitido, no dia 18 de novembro de 2009, por ordem desse Juízo, laudo pericial elaborado pela *expert* Berenice Vieira Ferrari (doc. 6 já mencionado) – documento esse do qual nos servimos neste processo como prova emprestada - tendo como objeto a verificação das seguintes instalações: Sistema de Transporte de Esgoto, Estações Elevatórias de Esgoto, Interceptores, Emissários de Recalque e Estação de Tratamento de Esgoto da Companhia Águas de Itapema.

Em suas considerações finais, assim concluiu a Sr^a. Perita:

Considerações Finais:

Após Vistoria, estudos, levantamentos, análises e de mapas realizados durante os trabalhos periciais, submeto ao juízo:

- Foram verificadas falhas de manutenção em poços de visita da rede coletora implantada pela Companhia Águas de Itapema (item 07 do diagnóstico);

- Foram verificados danos na pavimentação situada sobre parte da rede de esgoto da rua 252 (item 07 - Diagnóstico), relacionados à má compactação do solo durante o assentamento da rede coletora de esgoto;

- Verificou-se que as estações elevatórias de esgoto foram construídas de maneira adequada e não apresentaram deficiências de operação durante os trabalhos periciais. Não foram verificados extravasores nestas estações, conforme se discorre no item 07 - Diagnóstico;

- Em condições normais de funcionamento, todo esgoto coletado pela rede coletora é encaminhado à estação de tratamento de esgoto, não havendo lançamento direto de esgoto ao mar ou à rede pluvial;

- Constatou-se que a Estação de Tratamento de Esgotos não apresenta eficiência de tratamento satisfatória às legislações pertinentes. Em análise de laboratório realizada pela perícia, observou-se que o efluente estava sendo lançado com uma concentração de DBO(5) = 206,80mg/l e eficiência de remoção de 32,86%, quando o estabelecido por lei é de no máximo DBO(5)=60,00mg/l e eficiência de remoção mínima de 80%. A concentração de lançamento de coliformes fecais também não obedeceu à legislação, apresentando concentração de 3.000.000 NMP/100ml, sendo o máximo permitido por lei de 1.000 NMP/100ml;

- O projeto de instalação da estação de tratamento de esgoto considerou uma vazão de referência do Rio Perequê, sendo que o corpo receptor dos efluentes é o Rio da Fita que não possui vazão suficiente para receber os efluentes, mesmo que fosse considerada uma eficiência de tratamento adequada, conforme estudo de autodepuração que se discorre no corpo deste laudo;

- Após estudos e análise da autodepuração do rio da Fita, verificou-se que este curso d'água não possui vazão suficiente para receber os efluentes da estação de tratamento de esgoto da Companhia Águas de Itapema.

A fim de possibilitar uma melhor compreensão do teor do laudo exarado pela Perita, o Analista Pericial em Engenharia Sanitária do Centro de Pesquisa e Informações do Ministério Público Estadual, Eng. André Renato Rotta, emitiu em seu Parecer Técnico n. 05/2010 (doc. 9) as seguintes considerações conclusivas a respeito:

Conclusões

Diante do exposto no Laudo Pericial, tem-se as seguintes conclusões:

A execução das obras da rede coletora de esgoto sanitário não foi realizada de forma adequada, principalmente na etapa de recobrimento das canalizações, provocando danos à pavimentação das ruas e inclusive podendo causar danos a própria rede;

As Estações Elevatórias não apresentaram falhas no funcionamento durante a vistoria. Entretanto, é necessário o monitoramento da operação do sistema de forma contínua e em períodos de maior demanda, ou seja, durante a alta temporada;

A ETE não cumpre o objetivo de tratar o volume de esgotos coletados pela rede de esgotamento sanitário, visto que os resultados das análises apontaram que a eficiência no tratamento é muito baixa e a concentração da DBO e de coliformes fecais estão muito acima dos limites estipulados pela legislação para despejos de efluentes. Desta forma, coloca em risco a qualidade ambiental dos Rios da Fita e Perequê, e conseqüentemente agrava a situação da balneabilidade nas praias de Itapema. Contudo, é necessário o monitoramento da qualidade do afluente e efluente da ETE e dos corpos de água receptores, para que se possa avaliar de forma confiável o funcionamento da Estação de Tratamento de Esgoto;

À época da vistoria, um reator UASB, o floco-flotador e um leito de secagem não estavam em operação;

O laudo pericial não dispõe de informações quanto ao volume e destino final do lodo após a secagem. O Relatório Ambiental Simplificado informa que o lodo seria transportado para disposição final no Aterro Sanitário de Biguaçu;

Para que se tenha conhecimento da real situação do esgotamento sanitário no Município de Itapema é necessário analisar documentos como Plano Diretor Municipal e Projetos do Sistema de Tratamento de Esgoto no Município de Itapema.

Portanto, várias e seríssimas irregularidades foram constatadas por ocasião da perícia realizada em agosto (período de baixa temporada) na prestação do serviço de esgoto sanitário pela Companhia Águas de Itapema, em franco prejuízo da população itapemense. Destacam-se:

1) danos à pavimentação de parte da malha viária por onde foi implantada a rede, que ocasionaram prejuízo ao tráfego em tais localidades, em especial na Rua 252;

2) ineficiência do tratamento do esgoto endereçado à ETE, com o despejo de efluentes praticamente “in natura”, causador de poluição que coloca em risco a qualidade ambiental dos Rios da Fita e Perequê; e, conseqüentemente;

3) agravamento da situação da balneabilidade nas praias de Itapema, inclusive diante da ausência de um plano adequado de monitoramento periódico de controle do esgoto tratado na saída da ETE, bem como pelo não funcionamento de vários equipamentos da ETE, o que revela a ausência de um efetivo plano emergencial em caso de ocorrência de acidentes ou falhas nas unidades que compõem o sistema.

Finalmente, com o objetivo de atualizar as informações acerca do funcionamento da Estação de Tratamento de Esgotos - ETE do Bairro Morretes, foram realizadas, em 4 de fevereiro de 2010, novas análises no Rio da Fita, a jusante e a montante do ponto de lançamento dos efluentes da ETE, bem como na entrada e na saída da Estação de Tratamento pelo Laboratório de Águas e Efluentes da UNOESC, campus Videira, sob a responsabilidade da bioquímica Estela de Oliveira Nunes (doc. 7 já mencionado), cuja diligência foi acompanhada pela Polícia Militar Ambiental - Grupamento Especial de Tijucas (doc. 10) - e por técnicos do Ministério Público e da FATMA. Tais análises apresentaram os seguintes resultados em descumprimento aos padrões exigidos na legislação vigente:

- Manganês = 2,5mg.L-1 em Mn (V.R.= 1,0mg.L-1)
- Coliformes Totais = 2.419.600NMP.100ml-1 (V.M.P. = 5.000 NMP.100mL-1)
- Coliformes Fecais (em *E.coli*) = 2.419.600.100mL-1 (V.M.P. = 1.000 NMP 100mL-1)

Ainda, na mesma data, foram realizadas vistorias na ETA do Bairro Morretes, na extensão do rio da Fita e Perequê e em alguns pontos da orla de Itapema, pelos Engenheiros Sanitaristas do Ministério Público e da FATMA, Engenheiros André Renato Rotta e Luana Ronconi, das quais foi emitido o laudo técnico n. 06/CAT/CIP/2010, pelo primeiro profissional referido (Doc. 11)

Buscou, tal laudo, fornecer um panorama da operação da Estação de Tratamento de Esgotos e verificar eventuais danos ambientais ao Rio da Fita, em razão do lançamento do esgoto tratado.

Colhe-se do referido laudo:

no momento da vistoria a Estação de tratamento de Esgotos de Itapema não atendia às exigências legais quanto à eficiência de remoção de DBO, ausência de materiais flutuantes e teor de nitrogênio amoniacal no lançamento, conferindo forte odor ao corpo receptor. Constatou-se que há redução insuficiente na quantidade de coliformes fecais no efluente tratado, apesar de ser realizada etapa de desinfecção no final do processo de tratamento. Portanto, constata-se que a ETE Itapema ainda não cumpre o seu objetivo primário, conforme pode ser verificado no Relatório Ambiental Simplificado do referido empreendimento, de reduzir a contaminação fecal originada pelo lançamento dos esgotos na praia de Itapema;

Não foi observado um controle criterioso no controle da vazão de entrada e saída no sistema como um todo, nem sobre as etapas de tratamento. A vazão é o parâmetro mais importante na operação de um sistema de tratamento, pois interfere nas concentrações de substâncias químicas adicionadas, como coagulantes e desinfetantes, e no tempo de residência do esgoto em cada uma das etapas;

O Rio da Fita apresenta elevado estágio de degradação. Em função de suas características (baixa declividade, escoamento lento e vazão reduzida) pode-se afirmar que não

comportar p lançamento dos despejos da ETE de Itapema. Desta forma constatam-se sérios problemas na qualidade da sua água, atestados pelas análises físico-químicas e bacteriológicas de suas águas e, diferentes pontos. Ademais, observa-se no Rio Pereuê, após a confluência, o crescimento excessivo da vegetação aquática, com provável causa no aporte de nutrientes provenientes do Rio da Fita:

Baixa remoção de coliformes fecais no processo de tratamento, possível causa de agravamento da condição da condição de balneabilidade nas praias de Itapema e Porto Belo;

O lançamento da drenagem pluvial em frente a rua 205 apresenta evidências de contaminação por esgotos domésticos, comprovados através dos resultados da análise de água coletada no local. Pode-se afirmar que o problema é similar na rua 227, pois embora não se tenha realizado coleta e análise da água lançada neste local, as características da água eram semelhantes às encontradas na rua 205. A existência de ligações clandestinas deve ser objeto de fiscalização da vigilância sanitária do Município de Itapema, pois a contaminação das águas pluviais reflete diretamente na condição de balneabilidade da praia.

Desse modo, pretende-se, pela via judicial, que seja a empresa demandada condenada à obrigação de:

proceder à adequação do funcionamento da Estação de Tratamento de Esgotos, situada no Bairro Morretes, no sentido de que sejam atingidos os padrões de eficiência de tratamento, em conformidade aos parâmetros supracitados, ante as graves consequências que estão sendo geradas ao meio ambiente e à saúde pública pelo lançamento indevido do esgoto sem o devido tratamento;

proceder à realização, no prazo fixado pelo Juízo, das obras de adequação de toda a malha viária afetada e ainda não consertada em razão da implantação da rede de esgoto, a ser identificada por perícia técnica no curso da demanda; e

ante a evidente omissão da Companhia em promover o adequado funcionamento do sistema de esgotamento sanitário do Município e em razão da inquestionável ineficiência do funcionamento da ETE do Bairro Morretes, em proceder, de forma adequada, ao tratamento dos efluentes, ser proibida, por decisão judicial liminar, de realizar qualquer nova ligação de esgoto na referida ETE enquanto não regularizado o problema - a ser aferido de acordo com monitoramentos periódicos por profissional indicado pelo Juízo - evitando-se, assim, dentre outros

problemas, a ampliação do lançamento de efluentes à ETE do Bairro Morretes e o risco de novos extravazamentos no sistema, como ocorrido em datas pretéritas, segundo relatório emitido pela Fundação Municipal do Meio Ambiente (doc. Anexos).

4.4 Da ilegalidade da cobrança da tarifa de tratamento de esgoto sanitário em razão da ineficiência do serviço prestado

Acresça-se aos objetos da ação já declinados – interrupção dos danos ao patrimônio público e ao meio ambiente local – o pleito de suspensão do prejuízo financeiro que vem sofrendo a população do Município, em vista da tarifação imposta pela Concessionária e pelo Município de Itapema pelo serviço de esgoto coletado e indevidamente tratado, à razão de 100% do valor da tarifa da água para todos os usuários do serviço de esgoto do Bairro Meia Praia, e talvez já estendido ao Centro de Itapema, muito embora os prejuízos ambientais e à saúde pública sejam incalculáveis.

Em que pese a ineficiência do tratamento do esgoto coletado para a ETE do Bairro Morretes, em desatenção aos padrões previstos nas normas técnicas citadas, o ofício endereçado ao Ministério Público em 04/01/2010 (doc. 12) dá conta de que a Companhia Águas de Itapema já implantou a rede de coleta de esgoto em praticamente toda a extensão do Bairro Meia Praia, para 16.233 domicílios, e que, em sua maioria, a referida Companhia vem emitindo, indevidamente, a cobrança de tarifa do esgoto.

Apesar das irregularidades na prestação do serviço acima noticiadas, vale informar que o Município de Itapema, juntamente com a Companhia Águas de Itapema, embasado no Decreto n. **093/2009**, procedeu, inclusive, a um aumento na tarifa de água, com reflexo direto e proporcional na tarifa de esgoto com variações, conforme as faixas de uso, de **5% a 105%**, fato que está sendo objeto de outra investigação paralela à presente demanda.

Dessa forma, pretende-se, por este item, em acréscimo aos requerimentos anteriores:

4) a suspensão liminar da cobrança da tarifa de esgoto extensiva para todos os usuários do sistema, enquanto não constatado o perfeito funcionamento de todo o sistema de coleta e tratamento do esgoto em

conformidade com os parâmetros legais, de acordo com análise pericial determinada por este Juízo, a ser realizada segundo os padrões legais, em laboratório credenciado no Conselho Regional de Química e referendado pela Associação Brasileira de Engenharia Sanitária e Ambiental, às custas da operadora contratada.

No intuito de auxiliar este Juízo, o Ministério Público solicitou à Associação Brasileira de Engenharia Sanitária e Ambiental - ABES a indicação de três empresas públicas especializadas e de destaque na execução de gestão pública e prestação do serviço de saneamento básico em Santa Catarina que poderão proceder ao acompanhamento e à fiscalização das adequações ao serviço prestado pela operadora, conforme o documento 13 anexo. Foi, inclusive, sugerido plano de trabalho a tal título, em conformidade às normas legais, de acordo com o documento 14, também anexo.

Ressalta-se que o pleito ora formulado, de suspensão da cobrança da tarifa de esgoto, já foi deferido pelo Juízo da 1ª Vara desta comarca em diversas ações que lá tramitam contra a Companhia Águas de Itapema.

O doc. 15 anexo dá conta do exorbitante número de ações judiciais que tramitam na 1ª Vara desta Comarca, muitas delas propostas por condomínios e outros particulares, que questionaram o serviço de esgoto prestado e postularam a suspensão da cobrança da respectiva tarifa.

A título de exemplo, pode-se destacar, nesse sentido, a ação n. 125.08.002346-4, movida pelo Condomínio Edifício Residencial Itapema, a qual foi julgada parcialmente procedente, com a declaração judicial de ser indevida a cobrança do valor referente à tarifa de esgoto e determinação de suspensão da cobrança da tarifa, até que o serviço venha a ser prestado integralmente.

Ainda, no mesmo sentido, tem-se as ações 125.08.001479-1 e 125.08.000456-7, movidas contra a Companhia Águas de Itapema, respectivamente, por Deníria Mara Godinho Besbati e Condomínio Residencial Ilha do Arvoredo e Galés.

Em ambas as ações, ainda em tramitação, foi deferido pedido de tutela antecipada formulado, com a determinação judicial de suspensão da cobrança do valor referente à tarifa do esgoto, “diante da ausência de efetiva prestação dos serviços de esgotamento sanitário”.

Nada mais justo que a suspensão pretendida, diante da inexecução dos serviços de esgoto pela requerida Águas de Itapema.

4.5 Da necessidade premente de imposição judicial de moratória da construção civil no município de Itapema em razão da ineficiência do tratamento de esgotos

É fato público e notório o ininterrupto crescimento imobiliário do Município de Itapema, mediante a construção de inúmeros condomínios, principalmente verticais, em todos os cantos da cidade e de forma especial no Bairro Meia Praia (alguns com até 20 pavimentos na Avenida Nereu Ramos), inobstante a precariedade e até mesmo a inexistência da infraestrutura básica essencial de saneamento que comporte esse crescimento e assegure aos moradores e veranistas condições de balneabilidade e salubridade mínimas para um Município de índole eminentemente turística.

Em atendimento à requisição constante no ofício do Ministério Público n. 002/ITAPEMA/2010 (doc. 19), acerca do número de projetos de construção civil em trâmite na respectiva Secretaria (residências unifamiliares, condomínios horizontais ou verticais, enfim, qualquer obra implantada na cidade, ou em vias de ser concretizada) aprovados no ano de 2009 e no ano corrente, em tramitação ou pendentes, foram repassadas as seguintes informações pela Secretaria de Gestão Urbana do Município (documento 20 anexo):

somente no ano de 2009, foram expedidos por aquela Secretaria aproximadamente 140 (cento e quarenta) alvarás de construção; 70 (setenta) renovações de alvarás; e 130 (cento e trinta) “habite-se”.

já neste ano de 2010, até o dia 21 de janeiro, foram expedidos 16 (dezesesseis) alvarás para construção; 6 (seis) renovações de alvarás; e 12 (doze) “habite-se”.

De acordo com as informações prestadas pela Secretaria Municipal de Gestão Urbana, no ano de 2009, foram analisados 606 projetos de construção civil, dos quais, 37% (trinta e sete por cento) já estão aprovados 63% (sessenta e três por cento) encontram-se pendentes de aprovação.

Por fim, nesse ano de 2010, até a data de 21 de janeiro, 18 (dezoito) projetos já haviam sido aprovados por aquela Secretaria; e outros 29 (vinte e nove) estavam pendentes de análise e aprovação.

Como se vê, são números bastante expressivos para uma cidade do porte de Itapema, a qual vem apresentando um crescimento gigante nos últimos anos, sem que a infraestrutura necessária para receber o

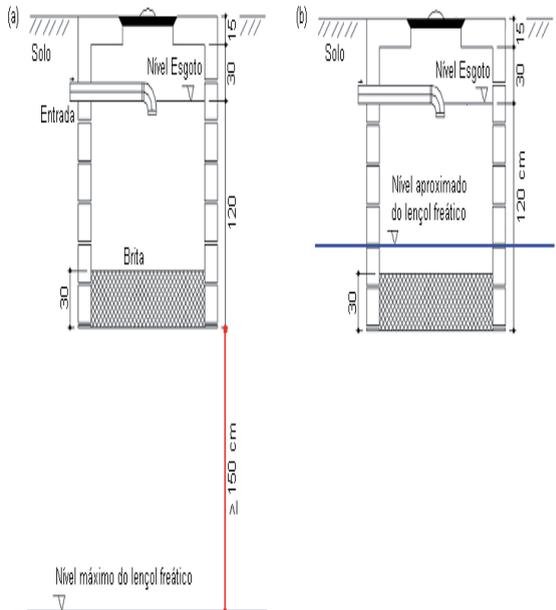
aumento desta ocupação cresça na mesma proporção.

Ao contrário, os números e os dados apresentados através dos diversos documentos que instruem esta ação, os quais foram acima discriminados, indicam que o Município não possui saneamento mínimo que comporte esse crescimento.

Vale destacar que a necessidade da implantação de rede de coleta de esgotos no Município atentou para o fato da ineficiência do tratamento de esgotos na forma individual pelo sistema convencional de fossa séptica/sumidouro em uma cidade litorânea, com enorme concentração populacional em épocas de veraneio, constituída por solo arenoso e lençol freático próximo à superfície, o que resulta, por tal conjugação de fatos, na gradativa acentuação da contaminação do lençol e águas subterrâneas.

Aliás, a utilização do sumidouro como sistema de depuração e disposição final dos esgotos é favorável somente em **áreas onde o lençol freático é profundo**, ou nos locais em que é possível a **garantia de uma distância mínima de 1,50 m entre o fundo do sistema individual e o nível máximo do lençol freático**, conforme a figura abaixo:

Figura 1: Distância mínima entre o fundo do sumidouro e o nível máximo do lençol freático (NBR 13969/97)



A profundidade identificada como sendo segura para utilização do sistema, no entanto, não se verifica no Município de Itapema onde o lençol freático é pouco profundo, inclusive vindo a aflorar em muitos locais.

A contaminação do lençol freático pela insuficiência do Sistema de Esgotamento Sanitário pode ser constatada, ainda, a partir da presença de coliformes fecais (E.Coli) em locais onde funcionem poços rasos. É de fácil constatação o estado de contaminação do solo e da orla marítima da praia de Itapema, que poderá ser visualizado através de perícia técnica, se necessário.

É evidente, portanto, a problemática relativa à ausência de um adequado Sistema de Esgotamento Sanitário no Município de Itapema, a qual se constitui no principal desafio do Município, como pode ser facilmente apurado pelas análises periciais já realizadas, bem como pelas manifestações populares nas várias audiências públicas ocorridas nos últimos anos no Município e nas diversas representações que foram protocoladas nesta Promotoria de Justiça, durante a tramitação do Procedimento Preparatório n. 07/2007 (doc. 21).

Tomando-se em conta as características geológicas e condições sanitárias do Município, salta aos olhos a gravidade da situação de contaminação do lençol freático e da areia da praia de Itapema.

Tal conclusão é perceptível para qualquer leigo em vista do forte odor de esgoto exalado em diferentes pontos da orla, bem como pela coloração escura e constantemente molhada da areia da praia, atestando a ineficiência do tratamento do efluente pela Concessionária contratada, bem como a ausência de adequada e eficiente fiscalização, pelo Município - através de sua Vigilância Sanitária ou Fundação Municipal de Meio Ambiente - dos incontáveis lançamentos clandestinos de esgoto diuturnamente realizados na rede pluvial. E o que é pior: o esgoto, em sua maioria, é endereçado à praia e aos rios do Município, o que contamina ainda mais o meio ambiente local e prejudica sobremaneira a saúde e a qualidade ambiental da população que reside ou frequenta o Município de Itapema e se banha em suas águas.

Por sua vez, em razão das características geográficas do Município - especialmente tomando-se em conta os cursos d' água existentes - e os impactos sanitários do seu crescimento exponencial e sem qualquer

controle das autoridades locais, vale destacar o teor do laudo pericial exarado pela perita deste Juízo, Berenice Vieira Ferrari, o qual consigna, em suas considerações finais, que:

o Rio da Fita não possui vazão suficiente para receber os efluentes, mesmo que fosse considerada uma eficiência de tratamento adequada, conforme estudo de autodepuração que se discorre no corpo deste laudo; (doc. 6 já mencionado)

Conforme poderá ser facilmente aferido por perícia técnica a ser determinada pelo Juízo, apesar da proibição legal do lançamento do efluente doméstico no meio ambiente, vale ressaltar que, dadas as características da baía onde está situado o Município de Itapema e o Bairro Meia Praia, praticamente todo o esgoto não tratado que está sendo lançado ao mar permanece concentrado no interior da baía, no solo e no lençol freático e não alcança as correntes marítimas. Por consequência, não há dispersão pelo contato com o mar, o que transforma a orla da praia num verdadeiro “mar de dejetos”, fato público e notório que tem causado a revolta da população local e péssima condição sanitária da praia.

De outra parte, a proximidade do lençol freático à superfície, ao dificultar a eficiência dos sistemas individuais de tratamento, torna frequente, mesmo em dias de sol, o afloramento do esgoto a céu aberto para as galerias pluviais ou seu escoamento para a praia, o que contamina ainda mais o lençol freático, as águas superficiais e a areia da praia.

4.6 Do número de casos de doenças correlacionadas à poluição hídrica atendidos pelo Serviço de Saúde do Município de Itapema à população local

É de notória clareza que a situação posta contribui para a proliferação de vetores e doenças de natureza hídrica que afetam há anos e em proporções cada vez maiores a população itapemense. A baixa eficiência do tratamento e a incorreta destinação do esgoto sanitário repercute diretamente na saúde pública local.

Com o objetivo de apurar o número de casos atendidos pelo Serviço Público Municipal de Itapema, de doenças correlacionadas à poluição hídrica e à carência de saneamento básico, a Secretaria Municipal da Saúde, em atenção à requisição constante no ofício do Ministério Públi-

co n. 08/ITAPEMA/2010 (doc. 22), informou, através do ofício SMS/VISA/n.10/2010 (doc. 23), que, entre os anos de 2008 e 2009, foram 1.278 notificações no Município, de diarreias em geral, dados, frise-se, afetos apenas aos atendimentos realizados pela rede pública de saúde.

Outro indicativo dos problemas afetos à saúde local em razão da ineficiência da prestação do serviço de saneamento básico pelo Município de Itapema constitui-se no acentuado número de farmácias existentes na cidade, 53 (cinquenta e três), conforme informação prestada pela Secretaria Municipal de Turismo e Desenvolvimento Econômico (doc. 24), em atenção à requisição formulada pelo Ministério Público através do ofício n. 09/ITAPEMA/2010 (doc. 25).

4.7 Dos resultados dos exames de balneabilidade emitidos pela Fundação Estadual do Meio Ambiente na orla marítima do Município de Itapema

Vale acrescentar, ainda, os dados constantes dos relatórios semanais de Balneabilidade emitidos pela FATMA,⁸ datados de 15/01/10 e 21/01/10⁹ (doc. 26), os quais atestam que pelo menos 50% dos pontos de coleta realizados no Município de Itapema apresentaram **situação irregular de esgotamento cloacal e imprópria para banho**, quais sejam: 1- em frente à Rua 227, 2- em frente à Rua 319; 3- em frente à Rua 205; 4- à direita do rio Bela Cruz;

Essa situação pode ser ainda pior se consideradas as análises comparativas realizadas pelo laboratório da UNOESC Videira, solicitadas pelo Ministério Público na temporada de 2008/2009 em todos os pontos de análise da FATMA, onde foram contestados os relatórios apresentados pela Fundação. Identificou-se, em datas aproximadas, a contaminação acima dos padrões aceitáveis em pontos de análise da praia de Itapema, tidos como próprios para banho pela referida Fundação (relatório de fls.).

8

9 Disponível em: http://www.fatma.sc.gov.br/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=56&Itemid=83.

4.8 Dos Empreendimentos Imobiliários em fase de projeto e construção no Município de Itapema – demonstração do crescimento irresponsável e sem limites: prevalência da especulação imobiliária à preservação da saúde e à qualidade ambiental local

Nos últimos anos, em razão dos mais diversos fatores, com destaque para a forte especulação imobiliária que acompanha o crescimento local, o número de condomínios, principalmente verticais, suprimem praças e logradouros públicos, por vezes até mesmo ruas, para a instalação de shoppings e edifícios, o que torna a cidade um verdadeiro amontoado de prédios e a orla marítima o único ponto de refúgio ao lazer da população.

Durante a instrução do Procedimento Administrativo n. 07/07, que embasa esta peça inaugural, ficou comprovado, consoante acima mencionado, que no ano de 2009 foram expedidos, pela Secretaria Municipal de Gestão Urbana de Itapema, aproximadamente 140 (cento e quarenta) alvarás de construção; 70 (setenta) renovações de alvarás; e 130 (cento e trinta) “habite-se”.

Já neste ano de 2010, até o dia 21 de janeiro, haviam sido expedidos 16 (dezesesseis) alvarás para construção; 6 (seis) renovações de alvarás; e 12 (doze) “habite-se”.

De acordo com as informações prestadas pela Secretaria Municipal de Gestão Urbana, no ano de 2009, foram analisados 606 projetos de construção civil, dos quais, 37% (trinta e sete por cento) já estão aprovados e restam pendentes de aprovação os outros 63% (sessenta e três por cento).

Por fim, nesse ano de 2010, até a data de 21 de janeiro, 18 (dezoito) projetos já haviam sido aprovados por aquela Secretaria; e outros 29 (vinte e nove) estavam em fase de análise e aprovação.

Acresça-se, outrossim, que grande parte dos empreendimentos prevê em seus projetos de saneamento a ligação dos respectivos condomínios à rede coletora de tratamento de esgoto, situação inconcebível em razão do atual funcionamento da ETE.

Ademais, conforme já se destacou anteriormente, não basta que os loteamentos e os condomínios adotem rede coletora do tipo separador absoluto, ligada à ETE Municipal, ou que construam ETES Coletivas dos próprios empreendimentos, se o próprio Município não possuir, de

contrapartida, um adequado Sistema de Esgotamento Sanitário eficiente e Plano de Fiscalização permanente.

Desse modo, é preciso que fique comprovado, de maneira inquestionável, relativa ao atual e futuro sistema de esgotamento sanitário do Município de Itapema, incluídas aqui ETEs em construção e/ou ampliação, a efetividade de seu funcionamento. Ou seja, os efluentes finais gerados pelas Estações de Tratamento de Esgoto devem atender à totalidade da população e, pelo menos, aos termos da legislação vigente, em especial à Resolução CONAMA n. 357/2005 e ao art. 177, inc. XI, da Lei Estadual n. 14.675/09, o que, assim, garante que serão eficientes para a finalidade a que se propõem, qual seja, de tratamento adequado do esgoto gerado pela população veranista e local, sem prejuízos ambientais às praias, ao mar territorial e ao lençol freático.

5 CONCLUSÃO

Os fatos aqui relatados ensejam a atuação do Ministério Público Estadual, motivo pelo qual se ajuíza a presente Ação Civil Pública para preservação do meio ambiente (cursos d'água, solo, mar e praia marítima localizadas nos limites do Município de Itapema), e da saúde da população e veranistas do Município de Itapema, mediante o requerimento de decisão judicial que suspenda as construções e expedição de novas licenças no Município de Itapema e determine efetiva fiscalização da rede pluvial, bem como o monitoramento e de contaminação do lençol freático, como indicativo da poluição por esgoto doméstico, enquanto não houver a adequação do Saneamento básico do Município, atestada mediante parecer técnico a ser emitido por profissional indicado por este Juízo.¹⁰

¹⁰ Vale destacar a semelhança do que foi verificado no âmbito das Ações Cíveis Públicas n. 96.0003092-8 (ajuizada contra o Município de Torres); n. 96.00.03091-0 (ajuizada contra o Município de Capão da Canoa); n. 96.00.03455-9 (ajuizada contra o Município de Imbé); n. 96.00.3456-7 (ajuizada contra o Município de Cidreira); e n. 2007.71.00.028642-3 (ajuizada contra o Município de Tramandaí), pelos quais a grave situação sanitária dos referidos Municípios ensejou o deferimento do pleito liminar, pela Justiça Federal, determinando-se a interrupção da construção civil mediante a proibição da concessão de licença de construção nos referidos Municípios até a adequação do esgotamento sanitário.

6 DO DIREITO

A) Do meio ambiente ecologicamente equilibrado como Direito Fundamental

Em nosso ordenamento jurídico há uma série de determinações legais, de natureza constitucional e infraconstitucional, que se aplicam ao presente caso e demonstram a necessidade de se combater a poluição ocasionada pela ausência e/ou deficiência do Sistema de Esgotamento Sanitário, em prol de um meio ambiente sadio e equilibrado.

A Constituição Federal vigente reconhece expressamente a necessidade de preservação do meio ambiente por parte do Poder Público, com o combate e a prevenção de qualquer forma de poluição, quando preceitua:

Art. 225 - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (...).

§ 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 esse respeito, ressalta Marcelo *Ferucci*¹¹¹, ao citar a lição de Édis Milaré:

A proteção jurídica ao meio ambiente é alçada à condição de Direito Fundamental em decorrência de sua relação umbilical com o direito à vida.

Édis Milaré entende que:

‘Atentos a que as necessidades humanas são ilimitadas e que limitados são os bens da natureza, segue-se que o embate de interesses para a apropriação desses bens se processa em autêntico clima de guerra, (...)’.

Diz ainda esse autor:

‘O reconhecimento do direito a um meio ambiente sadio configura-se, na verdade, como uma extensão do direito à vida, quer sob o enfoque da própria existência física

11 O Direito Ambiental como Direito Fundamental – Estado e Poder Ambiental. Revista de Direito Ambiental, n. 52, p. 147, out./dez. 2008.

e saúde dos seres humanos, quer quanto ao aspecto da dignidade desta existência – a qualidade de vida –, que faz com que valha a pena viver’.

A partir dessa lição, verifica-se que a **necessidade de proteção ao meio ambiente não se pode resumir meramente a uma série de intenções, mas a leis efetivas, fundamentadas por princípios, sem qualquer obstáculo, a fim de que o *periculum in mora* não prevaleça.**

Não há vida sem o meio ambiente, portanto, uma lei que seja elaborada para protegê-lo e não o faz é o mesmo que lei inexistente. O princípio da precaução, *in dubio pro natura*, descrito no art. 225, *caput*, da CF/1988, reza que o meio ambiente deve ser protegido às gerações presentes e futuras.

Diante desse quadro, **vale ressaltar que a tutela ao meio ambiente deverá ser sempre preterida à ordem puramente econômica, rechaçando-se as propostas predatórias à natureza.** (Grifou-se)

Além da Carta Magna brasileira, a **legislação federal** igualmente prevê a aplicação de diversas regras de proteção ao meio ambiente como uma forma de preservação de uma vida digna, com qualidade de vida, regulamentando e restringindo diversas atividades que possam vir a causar prejuízos ambientais. Dentre a legislação aplicável destacam-se, especialmente, a **Lei n. 6.938/1981**, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente; a **Lei n. 7.347/1985**, que disciplina a Ação Civil Pública de Responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; a **Lei n. 7.661/1988**, que institui o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro; a **Lei n. 8.080/1990**, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde. Vejamos, mais detalhadamente, o que determina a referida legislação federal, respectivamente:

Lei n. 6.938/81

Art. 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

III - poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:

a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;

(...)

d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;

e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos.

Lei n. 7.347/85

Art. 1º - Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

I - ao meio ambiente;

(...)

IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

Lei n. 7.661/88

Art. 7º - A degradação dos ecossistemas, do patrimônio e dos recursos naturais da Zona Costeira implicará ao agente a obrigação de reparar o dano causado e a sujeição às penalidades previstas no art. 14 da Lei n.º 6.938, de 31 de agosto de 1981, elevado o limite máximo da multa ao valor correspondente a 100.000 (cem mil) Obrigações do Tesouro Nacional - OTN, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Art. 10 - As praias são bens públicos de uso comum do povo, sendo assegurado, sempre, livre e franco acesso a elas e ao mar, em qualquer direção e sentido, ressalvados os trechos considerados de interesse de segurança nacional ou incluídos em áreas protegidas por legislação específica.

Lei n. 8.080/90

Art. 3º - A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País.

Art. 7º - As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde - SUS são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art.198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

X - integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico.

Art. 15 - A União, os Estados, o Distrito Federal e os

Municípios exercerão, em seu âmbito administrativo, as seguintes atribuições:

VII - participação de formulação da política e da execução das ações de saneamento básico e colaboração na proteção e recuperação do meio ambiente;

XV - propor a celebração de convênios, acordos e protocolos internacionais relativos à saúde, saneamento e meio ambiente.

Conforme se constata pela análise da Constituição Federal e das outras normas supramencionadas, é obrigação do Poder Público Municipal a adoção de medidas que garantam a preservação do meio ambiente, aqui representado pelas praias e pelo mar territorial, e também dos veranistas que deles se utilizam, os quais, no entanto, não encontram a contrapartida da adequada prestação do serviço público de saneamento básico que, consoante se verá em item seguinte, constitui-se, igualmente, em uma questão de saúde pública.

Registre-se, ainda, que a **Resolução CONAMA n. 357, de 17 de março de 2005**, estabelece normas a serem observadas no que tange a condições e padrões para lançamento de efluentes, e reconhece importante papel aos entes públicos na questão afeta à fiscalização, dando-se destaque aos disposto nos seus arts. 8º, *caput* e § 1º; 9º, *caput*, e 11, *verbis*:

Art. 8º. O conjunto de parâmetros de qualidade de água selecionado para subsidiar a proposta de enquadramento deverá ser **monitorado periodicamente pelo Poder Público**.

§ 1º. Também deverão ser monitorados os parâmetros para os quais haja suspeita da sua presença ou não conformidade.

Art. 9º. **A análise e avaliação dos valores dos parâmetros de qualidade** de água de que trata esta Resolução **serão realizadas pelo Poder Público**, podendo ser utilizado laboratório próprio, conveniado ou contratado, que deverá adotar os procedimentos de controle de qualidade analítica necessários ao atendimento das condições exigíveis.

Art. 11. O Poder Público poderá, a qualquer momento, acrescentar outras condições e padrões de qualidade, para um determinado corpo de água, ou torná-los **mais restritivos**, tendo em vista as condições locais, **mediante fundamentação técnica**. (Grifou-se)

Por sua vez, há de ser observada a Resolução CONAMA n. 396/2008, a qual dispõe sobre a classificação e diretrizes ambientais

para o enquadramento das águas subterrâneas e dá outras providências.

Finalmente, a Lei n. 14.675/2009, que instituiu o Código Estadual do Meio Ambiente, ao tratar acerca dos padrões dos efluentes lançados nos corpos d'água em geral, destaca que:

Art. 177. Os efluentes somente podem ser lançados direta ou indiretamente nos corpos de água interiores, lagunas, estuários e na beira-mar quando obedecidas às condições previstas nas normas federais e as seguintes:

(..)

VIII - no caso de lançamento em cursos de água, os cálculos de diluição devem ser feitos para o caso de vazão máxima dos efluentes tratados e vazão ecológica dos cursos de água;

IX - no cálculo das concentrações máxima permissíveis não são consideradas vazões de efluentes líquidos obtidas através de diluição dos efluentes;

X - o regime de lançamento contínuo de 24 (vinte e quatro) horas/dia deve ter variação máxima de vazão de 50% (cinquenta por cento) da vazão horária média;

XI - DBO 5 dias, 20°C no máximo de 60 mg/l, sendo que este limite somente pode ser ultrapassado no caso de efluente de sistema de tratamento biológico de água residuária que reduza a carga poluidora em termos de DBO 5 dias, 20°C do despejo em no mínimo 80% (oitenta por cento); e

XII - os efluentes líquidos, além de obedecerem aos padrões gerais anteriores, não devem conferir ao corpo receptor características em desacordo com os critérios e padrões de qualidade de água, adequados aos diversos usos benéficos previstos para o corpo de água.

Na mesma linha do que vem determinado pela Constituição Federal e pelas normas infraconstitucionais, a doutrina também criou princípios e analisou as formas de se aplicar o Direito em defesa do meio ambiente e de uma saudável qualidade de vida. Nesse sentido, temos o **princípio da prevenção**, o **princípio da responsabilidade civil objetiva** pela prática de danos ambientais, o reconhecimento da necessidade de **efetivação das garantias constitucionais que assegurem um meio ambiente sadio e equilibrado para as futuras gerações**.

Tais princípios são plenamente aplicáveis na situação *sub judice*, em que está envolvida a proteção de bens públicos do Município que

deve adotar medidas preventivas e fiscalizatórias com relação à poluição e ao saneamento básico municipal, no resguardo da saúde pública e do meio ambiente, que são potencialmente afetados pela poluição dos cursos d'água, rios, do solo e do mar em diversos municípios litorâneos de Santa Catarina, notadamente no Município de Itapema.

Nesse compasso, portanto, a presente Ação Civil Pública fundamenta-se, precipuamente, na necessidade de preservação de um direito fundamental.

B) Do Saneamento

B.1 Considerações Gerais

De acordo com a Organização Mundial da Saúde - OMS e consoante relatório divulgado em 26 de junho de 2008 pelo referido organismo internacional (fl. 222 do ICP), aproximadamente 3,5 milhões de vidas poderiam ser salvas a cada ano no mundo apenas com investimentos básicos para melhorar o saneamento e o acesso à água potável: *“Calculamos que pelo menos 10% das mortes por ano causadas por doenças provocadas pela falta de água, saneamento e higiene poderiam ter sido evitadas se houvesse acesso a estes serviços”*, disse Maria Neira, diretora de Saúde Pública e Meio Ambiente da OMS, ao comentar o relatório.

Ainda segundo dados fornecidos pela ONU em Novembro de 2007, cerca de 42 mil pessoas morriam semanalmente devido a doenças relacionadas com a má qualidade da água que consumiam e por falta de saneamento ambiental adequado.

E é justamente dentro desse panorama, de operacionalizar o saneamento como um direito fundamental, que integra o próprio meio ambiente e a saúde pública, que o Poder Público deve atuar, incluindo-se o Município de Itapema.

B.2 Do Saneamento como uma Questão de Saúde Pública

O saneamento básico, além de envolver o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, **também constitui uma questão de saúde pública**. Isso porque o saneamento consiste, em suma, no fornecimento à população de água potável e na prestação de serviços de coleta, tratamento e disposição final do esgoto sanitário. Assim, abrange todas as atividades tendentes a prevenir doenças, a promover a saúde e a

disponibilizar melhor qualidade de vida à população. Dentro dessa perspectiva, a Constituição Federal determina:

Art. 23 - É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

(...)

VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; (...)

IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;

(...).

Parágrafo único. Lei complementar fixará normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

Art. 196 - A saúde é direito de todos e dever do Estado, **garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.**

Art. 197 - São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Art. 200 - Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: (...)

IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;

(...)

VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho. (o grifo é nosso)

A **Lei n. 11.445**, de 5 de janeiro de 2007, de seu turno, estabeleceu como um dos princípios fundamentais da prestação dos serviços pú-

blicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário a **universalização do acesso** (art. 2º, inc. I).

Assim, os serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário devem ser entendidos, mais do que nunca, **como serviços públicos essenciais**, sendo que seu bom grau de qualidade depende da sustentabilidade ambiental e vice-versa. **O direito à vida com dignidade só se torna efetivo quando combinados ao direito à saúde e ao do meio ambiente ecologicamente equilibrado.** Assim, a universalização de acesso aos serviços de esgotamento sanitário representa apenas uma etapa inicial do todo maior que precisa ser implementado.

Nesse sentido, adverte Eduardo Coral Viegas¹²:

Com o **crescimento acelerado e desordenado de ocupação das áreas urbanas**, foi necessária a execução de medidas sanitárias prioritárias, até porque nem tudo era possível ser feito com rapidez, tendo em vista, sobretudo, o elevado custo do serviço público em exame. Houve investimento inicial maior no fornecimento de água potável à população por rede geral. **Agora os prestadores do serviço têm a missão de ampliar a referida rede e trabalhar mais intensamente na coleta e tratamento do esgoto sanitário, sendo esse um dos grandes desafios que se enfrentará doravante.**

Para que o saneamento público seja efetivo, é necessário que o prestador do serviço tenha por norte alguns princípios ou diretrizes, dentre as quais se podem destacar a **universalidade e equidade**: acesso de todos ao saneamento e com mesmo nível de qualidade, sem discriminação; **integralidade**: provimento de todas as diversas naturezas do serviço; **continuidade**: por ser essencial, o serviço não pode sofrer interrupções, salvo em casos excepcionais; **eficiência e segurança**: *o usuário deve receber serviço eficiente e seguro, pois está consumindo um produto que pode lhe gerar graves repercussões em sua saúde, vida, finanças*; **modicidade dos valores cobrados**: necessária para não dificultar o acesso ao serviço, que é, sabidamente, **essencial à dignidade da pessoa humana**, à **preservação e proteção ambiental**, bem como ao desenvolvimento sustentável; **participação social**: em todo o processo que engloba o saneamento, desde o estabelecimento de políticas para o setor até a execução e controle de serviços, deve estar presente o acompanhamento efetivo da sociedade, pois é a destinatária do produto do saneamento; **predomínio do valor social sobre o econômico**: (...). (Destacou-se)

12 Saneamento Básico, Mercantilização e Privatização da Água. Revista de Direito Ambiental, n. 40, p. 33 e 34, out./dez. 2005

Portanto, se o saneamento básico é condição mínima para o reconhecimento da dignidade da pessoa humana, deve ser planejado e desenvolvido com o acompanhamento da sociedade, com a predominância dos valores relativos ao meio ambiente sobre as questões meramente econômicas, o que pode e deve ser executado em consonância com o Plano Diretor dos Municípios.

Não por outro motivo, inclusive, no âmbito do **Ministério das Cidades, existe uma Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental** que tem por missão institucional

assegurar os direitos humanos fundamentais de acesso à água potável e à vida em ambiente salubre nas cidades e no campo, mediante a universalização do abastecimento de água e dos serviços de esgotamento sanitário, coleta e tratamento dos resíduos sólidos, drenagem urbana e controle de vetores e reservatórios de doenças transmissíveis¹³.

Por exemplo, a própria Secretaria de Vigilância em Saúde poderia proceder, em conjunto com o Município, à fiscalização da qualidade da água subterrânea do Município de Itapema, a partir de análise em poços rasos e outros pontos estratégicos, a serem indicados por meio de um Plano de inspeções e monitoramentos, de modo a verificar a presença de coliformes fecais e outros indicadores de possível comprometimento da água subterrânea, em decorrência da insuficiência do Sistema de Esgotamento Sanitário. Esses indicadores serão de suma importância na avaliação da eficácia das ETEs do Município e do potencial poluidor que está ocasionando a poluição das praias e do mar territorial.

C) Precedentes Judiciais

Em vista da situação semelhante a do Município de Itapema, devido à ineficiência dos sistemas de tratamento de esgoto cloacal de vários Municípios da orla gaúcha¹⁴, sem a adequada fiscalização por parte dos Municípios, foram ajuizadas pelo Ministério Público Federal Ações Cíveis Públicas em que figuraram como réus diferentes Municípios litorâneos, quais sejam, Torres, Capão da Canoa e Imbé, diante da problemática acima explicitada, que tiveram por objeto *a cessação de*

¹³ Disponível em: <http://www.cidades.gov.br/index.php?option=content&task=section&id=17&menupid=215&menutp=saneamento>.

¹⁴ Estações de Tratamento de Esgoto, presentes em alguns Municípios, ou, simplesmente, o sistema de fossa e sumidouro individual.

dano ecológico perpetrado contra bens da União Federal, assim compreendidas as praias marítimas, o mar territorial e os terrenos de marinha, bem como o resguardo da saúde das populações que frequentam essas praias. Atualmente, ainda tramitam ações da mesma natureza relativamente aos Municípios de Tramandaí e Cidreira.

Pleiteou o Ministério Público Federal, liminarmente, nas referidas ações, que o respectivo Município **cessasse a emissão de novas licenças para construir no perímetro urbano até que fosse apresentado ao Juízo um plano detalhado de implementação de sistema de tratamento de esgoto cloacal na respectiva cidade**, e foi requerida a condenação dos Municípios às obrigações de: **a)** implantar e *instalar, de forma eficaz, sistema de tratamento de esgoto cloacal, de forma que os efluentes finais dele oriundos, obedecessem aos parâmetros estabelecidos na Resolução CONAMA n. 20/1986;* **b)** *localizar, fiscalizar e desfazer as ligações clandestinas de esgoto cloacal à rede pluvial com desinfecção e cessação do despejo de esgoto in natura sobre as areias das praias* **c)** implantar sistema de tratamento secundário e terciário no ano de 2002, de forma que os efluentes obedecessem aos parâmetros estabelecidos pela Resolução CONAMA n. 20/1986.

Posteriormente, também mediante provocação do Órgão Ministerial Federal, foi proferida sentença pelo Juízo da Vara Federal Ambiental, Agrária e Residual de Porto Alegre, nos autos da Ação Civil Pública n. 2006.71.00.036348-6, a qual **determinou à União e à FUNASA a adoção de medidas cabíveis para fins de inclusão dos Municípios de Torres, Capão da Canoa e Imbé em programas de saneamento básico e ambiental, que envolveu fomento e disponibilidade de suporte técnico e financeiro para adequação dos Sistemas de Esgotamento Sanitário municipal** às determinações e às exigências contidas nas decisões transitadas em julgado nos processos n. 96.00.03092-8, 96.00.03091-0 e 96.00.03455-9.

Recentemente, em 18 de julho de 2009, seguindo a mesma linha de entendimento, em sede de liminar, o Juízo da Vara Federal Ambiental, Agrária e Residual de Porto Alegre, em Ação Civil Pública promovida pelo Ministério Público Federal contra o Município de Tramandaí (processo n. 2007.71.00.028642-3/RS), assim decidiu (fls. 314-317):

3- Sobre a liminar do item V-b-1 de fls. 608, estão presentes os requisitos que autorizam o deferimento da liminar. Numa época em que o litoral se mostra grandemente urbanizado e que a preocupação com as questões ambientais

é pauta das discussões mundiais quanto ao futuro do planeta, não é possível aceitar que persistam situações como aquelas descritas nos autos desta ação civil pública, **em que a municipalidade permite construções e licencia obras no perímetro urbano em áreas não contempladas por rede de esgoto. Ainda que em épocas pretéritas tivesse sido tolerada a urbanização indiscriminada do litoral sem os cuidados mínimos com saneamento básico, atualmente essa postura poluidora deve ser combatida e impedida.** Os argumentos do Ministério Público Federal estão bem expostos e são adotados como razão de decidir (fls. 589-610 e 915-924). Não se trata de uma conduta isolada, atingindo apenas uma determinada coletividade. Ao contrário, no exercício da jurisdição ambiental, este juízo constata a preocupação diária e constante do Ministério Público Federal com a preservação do meio ambiente no litoral gaúcho, sempre ajuizando ações e fazendo requerimentos em prol da recuperação desse importante ecossistema gaúcho, grandemente atingido pela urbanização. Se é certo que a urbanização é importante e que parcela significativa da população gaúcha necessita do mar, seja para atividades econômicas (pesca, comércio, cidades, condomínios, turismo, etc), seja para atividades recreativas (lazer, férias, veraneio, etc), também é certo que a **ocupação não pode continuar ocorrendo de forma indiscriminada** e que a municipalidade **não deve medir esforços para dotar esses locais de adequadas redes de coleta e tratamento de efluentes. Se não existem em número suficiente, não pode continuar indiscriminadamente autorizando obras, construções e empreendimentos para agravar o problema.** Essas considerações e o que mais consta dos autos, especialmente as manifestações do Ministério Público Federal antes referidas, autorizam o deferimento da medida liminar requerida.

(...)

Defiro liminar para determinar ao réu Município de Tramandaí que imediatamente se abstenha de emitir novas licenças para construções em áreas não contempladas por rede de esgoto, no perímetro urbano de Tramandaí, sob pena de pagamento de multa de R\$ 1.000,00 por licença concedida em desacordo com esta decisão (multa que reverterá ao Batalhão Ambiental da Brigada Militar para aplicação em medidas de proteção ambiental no litoral gaúcho).

4- Sobre a liminar do item V-b-2 de fls. 608, pelos mesmos motivos estão presentes os requisitos que autorizam seu deferimento. Não basta apenas impedir novas licenças, mas é preciso também controlar aquelas situações clandestinas

em que a rede pluvial é transformada em coletora de esgotos e efluentes urbanos. **Defiro liminar para determinar ao réu Município de Tramandaí que, em 120 dias, elabore plano efetivo de fiscalização da rede pluvial visando adoção de medidas sistêmicas, ostensivas e definitivas de identificação e fiscalização de todas as ligações de esgoto clandestino existentes nos limites do município**, inclusive com identificação nesse plano das medidas a serem adotadas para impedir e desfazer as ligações clandestinas, bem como para apurar e responsabilizar os causadores de dano ambiental, sob pena de pagamento de multa diária de R\$ 1.000,00 por dia de descumprimento (multa que reverterá ao Batalhão Ambiental da Brigada Militar para aplicação em medidas de proteção ambiental no litoral gaúcho)

5- Sobre a liminar do item V-b-3 de fls. 608, não basta que esse plano seja apenas elaborado, mas ele deverá ser efetivamente cumprido e executado no âmbito do Município de Tramandaí pelo órgão municipal responsável pelo poder de polícia ambiental, o próprio Município. **Defiro liminar para determinar ao réu Município de Tramandaí que, elaborado o plano de fiscalização da rede pluvial, passe imediatamente a implementá-lo e executá-lo, com adoção de medidas sistêmicas, ostensivas e definitivas de identificação e fiscalização de todas as ligações de esgoto clandestino existentes nos limites do município, inclusive adotando as medidas para impedir e desfazer as ligações clandestinas, bem como para apurar e responsabilizar os causadores de dano ambiental, sob pena de pagamento de multa diária de R\$ 1.000,00 por dia de descumprimento** (multa que reverterá ao Batalhão Ambiental da Brigada Militar para aplicação em medidas de proteção ambiental no litoral gaúcho).

6- Sobre a liminar do item V-b-5 de fls. 608, caberá ao réu Município de Tramandaí comprovar o cumprimento integral das providências antes determinadas, mediante relatórios detalhados apresentados nos autos. **Defiro liminar para determinar ao réu Município de Tramandaí que apresente a cada seis meses, contados da intimação desta decisão e enquanto tramitar esta ação civil pública, de relatórios completos e conclusivos que comprovem o integral cumprimento das providências determinadas nesta decisão, sob pena de pagamento de multa diária de R\$ 1.000,00 por dia de descumprimento** (multa que reverterá ao Batalhão Ambiental da Brigada Militar para aplicação em medidas de proteção ambiental no litoral gaúcho). (Destacou-se)

Nessa linha, diante da semelhança entre as situações acima apontadas e a situação atual do Município de Itapema, é que se faz necessária a

mesma forma de tutela judicial de proteção aos bens jurídicos apontados, através da adoção das medidas emergenciais e, ao final, definitivas, a seguir elencadas, com vistas à ampla preservação ambiental local e ao resguardo da saúde pública.

7 DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

O art. 273, inc. I, do Código de Processo Civil determina:

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo **prova inequívoca**, se convença da **verossimilhança da alegação** e:

I - haja **fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação**.

No caso dos autos, há **mais do que plausibilidade** das alegações.

De fato, e de acordo com os fatos narrados no item V desta inicial e com as provas produzidas através dos documentos que instruem a presente petição, resta evidenciado que não há um adequado e suficiente Sistema de Esgotamento Sanitário no Município de Itapema e nem nos seus balneários.

Da mesma forma, ocorre com relação aos loteamentos e condomínios em crescimento vertiginoso no Município de Itapema, conforme explicitado acima, em que é prevista a utilização de sistema individual - fossa séptica/sumidouro ou de rede coletora ligada à ETE Municipal ou à ETE Coletiva do próprio empreendimento, posto que, se não existir um sistema adequado de esgotamento sanitário, nem foi comprovada sua eficiência quanto ao tratamento e final disposição dos resíduos, as medidas noticiadas tornam-se evidentemente inócuas.

E, seguramente, pode-se afirmar que tal perigo de contaminação aumentará acaso não seja concedida a tutela ora pleiteada, diante do crescimento alarmante de condomínios, loteamentos e construções em geral na cidade, sem que existam as mínimas condições sanitárias necessárias para tratamento do esgoto que está sendo gerado.

O perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, por sua vez,

também se mostra evidente na situação em análise, já que os resíduos decorrentes do esgoto doméstico serão lançados, diante da ausência de um Sistema de Esgotamento Sanitário, nas águas do mar territorial, nas praias, no lençol freático e nos cursos d'água em geral, o que afetará também a saúde humana, além dos demais seres vivos que fazem da água um recurso natural de uso contínuo, quer seja para alimentação, quer seja para consumo, e do mar e das praias – fontes de lazer e trabalho.

Assim, deve ser determinado à Companhia Águas de Itapema que, desde já, adote as providências necessárias para adequar a sua Estação de Tratamento de Esgoto, de modo a tornar o tratamento do esgoto, que lá é feito, eficiente, consoante às disposições legais acerca da matéria (Resolução CONAMA n. 357/2005 e Lei Estadual n. 14.675/2009, art. 177, inc. XI), com fiscalização periódica desse Juízo, e fixação de multa no valor de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais) por amostra em desacordo.

Ainda, deverá ser determinado ao Município de Itapema que, imediatamente, se abstenha de emitir novas licenças para construções em áreas não contempladas por rede de esgoto, no seu perímetro urbano. Também deverá ser determinado ao Município, nesse caso, que suspenda as licenças já emitidas; e que condicione as licenças para construções em áreas contempladas por rede de esgoto, à comprovação de suficiente regularidade sanitária, atestada por laudo pericial emitido por perito(s) do Juízo, por intermédio de análises periódicas que assegurem suficiente precisão conclusiva.

Mas isso não é tudo. Deverá, ainda, a FACCI, na condição de órgão ambiental licenciador municipal, suspender todas as licenças ambientais relativas a condomínios, loteamentos e empreendimentos onde não haja rede de esgoto, ou nas situações em que o Município não conseguir, adequadamente, promover o tratamento.

Nas situações em que os empreendedores dispuserem de sistema próprio de tratamento, as licenças ambientais deverão verificar se o sistema é adequado e suficiente; se os resíduos após tratamento, e quando de seu encaminhamento para disposição, atendem às determinações e aos padrões previstos na Resolução CONAMA n. 357/2005 e Lei Estadual n. 14.675/2009, art. 177, inc. XI.

Além disso, os processos de licenciamento ambiental da FATMA e FACCI, tanto para novos empreendimentos, como para ETEs,

deverão exigir a observância das regras estabelecidas na Lei Estadual n. 14.675/2009, art. 177, inc. XI. e Resolução CONAMA n. 357/2005.

Para fiel cumprimento das medidas acima referidas, e visando a sua efetividade, requer-se, ainda, que seja fixada uma multa diária de R\$ 1.000,00 (um mil reais) por descumprimento de qualquer medida que venha, de qualquer forma, a burlar ou a contornar a decisão de tutela antecipada que vier a ser proferida, cujos valores serão revertidos para o Fundo de que trata o art. 13 da Lei n. 7.347/1985.

Por fim, e visando à efetividade da prestação jurisdicional, deverá, ainda, ser determinado ao Cartório de Registro de Imóveis que não proceda a novos registros de empreendimentos multifamiliares (edifícios, condomínios ou loteamentos) nos limites do Município de Itapema, enquanto não estiver regularizada a situação do esgotamento sanitário no Município.

8 DOS REQUERIMENTOS

Em razão de todo o exposto, requer o Ministério Público, com base nos artigos 273, §§ 1º e 2º, e 461, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil, combinados com os artigos 12 e 19 da Lei n. 7.347/1985, a concessão de ANTECIPACÃO DE TUTELA a fim de que:

8.1 seja determinado à **Companhia Águas de Itapema**:

a) que se abstenha de realizar qualquer cobrança de tarifa de esgoto, enquanto não constatado o perfeito funcionamento de todo o sistema de coleta e tratamento em conformidade com os parâmetros legais, em especial a Resolução CONAMA n. 357/2005 e Lei Estadual n. 14.675/2009, art. 177, inc. XI;

b) que, imediatamente, adote todas as providências necessárias para o perfeito funcionamento de todo o sistema de coleta e tratamento do esgoto em conformidade com os parâmetros legais, em especial a Resolução CONAMA n. 357/2005 e Lei Estadual n. 14.675/2009, art. 177, inc. XI. Tal adequação deverá ser apurada através de análise pericial determinada por este Juízo, a ser realizada mensalmente, com obser-

vância aos padrões legais e ao suficiente e contínuo monitoramento em laboratório credenciado no Conselho Regional de Química e referendado pela Associação Brasileira de Engenharia Sanitária e Ambiental, às custas da operadora contratada;

c) a fixação de multa no valor de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais) por amostra analisada e tida como fora dos padrões legais, em relação à Resolução CONAMA n. 357/2005 e à Lei Estadual n. 14.675/2009, art. 177, inc. XI, a ser paga pela Companhia Águas de Itapema e revertidos em favor do Fundo para Reconstituição dos Bens Lesados de Santa Catarina, conta corrente n. 63000-4, Agência 3582-3, do Banco do Brasil.

8.2 seja determinado ao **Município de Itapema**, em seu perímetro urbano,

a) que se abstenha de emitir novas licenças, bem como proceda à suspensão das já concedidas tanto para construções novas quanto em andamento: **a.1)** em áreas não contempladas por rede de esgoto; **a.2)** em áreas contempladas por rede de esgoto, sem que haja a comprovação de que os efluentes gerados serão devidamente tratados em Estação de Tratamento de Esgotos que atenda aos parâmetros da Resolução CONAMA n. 357/2005 e da Lei Estadual n. 14.675/2009, art. 177, inc. XI, além de pagamento de multa diária de R\$ 1.000,00, em caso de descumprimento de qualquer das medidas deferidas pelo Juízo, em valores a serem revertidos ao Fundo para Reconstituição dos Bens Lesados do Estado de Santa Catarina, de que trata o Decreto n. 1.047/1987 e a Lei n. 7.347/1985.

8.3 seja determinado à **FATMA e à FAACI**, nos limites de suas respectivas competências:

a) que se abstenham de emitir novas licenças ambientais para empreendimentos (loteamentos, condomínios e/ou prédios) localizados nos limites do Município de Itapema: **a.1)** em áreas não contempladas por rede de esgoto; **a.2)** em áreas contempladas por rede de esgoto, sem que haja a comprovação de que os efluentes gerados pelos empreendimentos serão devidamente tratados por Estação de Tratamento de Esgotos que atenda aos parâmetros das Resoluções CONAMA n. 357/2005 e da Lei Estadual n. 14.675/2009, art. 177, inc. XI, que passem a exigir, em relação às licenças ambientais expedidas para funcionamento de Estações de Tratamento de Esgoto, ou que venham a ser implementadas

no Município de Itapema, que os efluentes finais gerados atendam aos parâmetros das Resoluções CONAMA n. 357/2005 e da Lei Estadual n. 14.675/2009, art. 177, inc. XI, que passarão a realizar o efetivo controle e fiscalização do seu cumprimento;

b) que seja mantida a exigência de funcionamento dos sistemas individuais ou coletivos por empreendimento aos imóveis e aos condomínios já implantados no Município, enquanto não regularizada a prestação do serviço de esgotamento sanitário e o correto funcionamento da ETE, pela Concessionária do serviço municipal de saneamento; e

c) o pagamento de multa diária de R\$ 1.000,00, em caso de descumprimento de qualquer das medidas deferidas pelo Juízo, em valores a serem revertidos ao Fundo para Reconstituição dos Bens Lesados do Estado de Santa Catarina, de que trata o Decreto Estadual n. 1.047/1987 e a Lei Federal n. 7.347/1985.

8.4 para fins de efetividade da antecipação da tutela: **a)** que seja oficiado ao Grupamento da Polícia Militar Ambiental para que realize a fiscalização do cumprimento das medidas deferidas; **b)** que seja determinado ao Cartório de Registro de Imóveis que não proceda novos registros de empreendimentos multifamiliares (edifícios, condomínios ou loteamentos) nos limites do Município de Itapema, enquanto não estiver regularizada a situação do esgotamento sanitário no Município.

8.5 por fim, a PROCEDÊNCIA DA PRESENTE AÇÃO CIVIL PÚBLICA e:

a) a citação do Município de Itapema, Companhia Águas de Itapema, FATMA e FAACI, para apresentarem contestação;

b) a confirmação dos requerimentos de antecipação da tutela;

c) **a condenação do Município de Itapema a:** *c.1)* proceder, por meio da vigilância sanitária municipal ou órgão de equivalente competência, à adequada e planejada fiscalização, no sentido de exigir e alcançar o correto funcionamento do sistema de tratamento do esgoto municipal, tomando-se as devidas providências à regularização do serviço, respeitando-se o disposto nos arts. 8º e segs. da Lei n. 11.445/2007, e devendo, inclusive, se for o caso, a bem do interesse público e após conclusão técnica determinada pelo Juízo no sentido da não regularização da prestação pela operadora contratada, determinar-se a rescisão contratual e a obrigatoriedade do Município providenciar nova alternativa à correta prestação do serviço de saneamento básico municipal;

d) a condenação da Concessionária do Serviço Público Municipal, Companhia Águas de Itapema a: *d.1)* proceder à adequação do funcionamento da Estação de Tratamento de Esgotos, situada no Bairro Morretes, a fim de que sejam atingidos os padrões de eficiência de tratamento, em conformidade aos parâmetros supracitados, ante as graves consequências que estão sendo geradas ao meio ambiente e à saúde pública pelo lançamento indevido do esgoto sem o devido tratamento; *d.2)* abster-se de proceder novas ligações na rede de tratamento de esgoto enquanto não comprovado devidamente, por perícia técnica e exames periódicos e satisfativos, o correto e permanente funcionamento da ETE e a obediência, por ocasião do tratamento dos efluentes lançados ao corpo receptor, dos padrões previstos na Resolução Conama n. 357/2005, Lei Estadual n. 14.675/2009, art. 177, inc. XI. E nas normas correlatas; *d.3)* abster-se de proceder qualquer cobrança de tarifa de esgoto, enquanto não constatado o perfeito funcionamento de todo o sistema de coleta e tratamento em conformidade com os parâmetros legais, em especial com a Resolução CONAMA n. 357/2005, Lei Estadual n. 14.675/2009, art. 177, inc. XI, através de análise pericial determinada por este Juízo, a ser realizada de acordo com os padrões legais e com o suficiente e contínuo monitoramento em laboratório credenciado no Conselho Regional de Química e referendado pela Associação Brasileira de Engenharia Sanitária e Ambiental, às custas da operadora contratada. *d.4)* executar, no prazo a ser fixado pelo Juízo, as obras de adequação de toda a malha viária afetada no Município e ainda não readequada, em razão da implantação da rede de esgoto, a ser identificada por perícia técnica no curso da demanda, se necessário, através da apresentação prévia de projeto técnico de obras;

e) a condenação da FATMA e da FAACI a: *e.1)* absterem-se de emitir licenças ambientais para empreendimentos no Município de Itapema sem que haja a comprovação de que os efluentes gerados serão devidamente tratados por Estação de Tratamento de Esgotos que atenda aos parâmetros da Resolução CONAMA n. 357/2005 e de demais normas correlatas; *e.2)* fiscalizarem e avaliarem, trimestralmente, o funcionamento da Estação de Tratamento de Esgoto existente no Município de Itapema (bairro Morretes) e demais sistemas coletivos de tratamento sujeitos à licenciamento, em especial a fim de verificar se atendem aos parâmetros da Resolução CONAMA n. 357/2005 e a demais normas correlatas; *e.3)* pagamento de multa diária de R\$ 1.000,00, em caso de des-

cumprimento de qualquer das medidas deferidas pelo Juízo, ao Fundo para Reconstituição dos Bens Lesados do Estado de Santa Catarina, de que trata o Decreto Estadual n. 1.047/1987 e Lei Federal n. 7.347/1985.

Requer-se, por fim, a produção de todos os meios de prova em direito admitidos.

Dá-se à causa o valor de R\$ 1.000,00 (mil reais) para efeitos fiscais.

Itapema, 29 de março de 2010.

CARLA MARA PINHEIRO MIRANDA

PROMOTORA DE JUSTIÇA DA

1ª PROMOTORIA DE ITAPEMA

LUIS EDUARDO COUTO DE OLIVEIRA SOUTO

PROMOTOR DE JUSTIÇA

COORDENADOR-GERAL DO CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DO MEIO AMBIENTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO

VI PRÊMIO MILTON LEITE DA COSTA - 2010
Categoria A: Peça Processual - 2º lugar

Marcelo Zanellato

Promotor de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina

EXCELENTÍSSIMO SENHOR JUIZ DE DIREITO DA VARA DOS
FEITOS DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE XXX - SC

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA, por seu órgão de execução, nos autos do **MANDADO DE SEGURANÇA N. XXX**, impetrado por **XXX** em face de ato da **FUNDAÇÃO DO MEIO AMBIENTE - FATMA**, com fundamento nos artigos 499, § 2º; 513 e 558, parágrafo único, todos do Código de Processo Civil, e art. 14, § 1º, da Lei n. 12.016, interpõe o presente

Atuação	Florianópolis	Edição Especial - Prêmio Milton Leite da Costa 2009/2010	p. 193 - 214	2011
---------	---------------	--	--------------	------

RECURSO DE APELAÇÃO**COM PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO,**

contra a r. sentença das fls. 58/65, conforme as razões alinhadas em separado, requerendo: (a) que **seja atribuído o efeito suspensivo ao recurso** para o fim de sustar os efeitos tanto da sentença que concedeu a segurança pleiteada como da medida liminar anteriormente deferida; e, (b) após a intimação do apelado para ofertar contrarrazões ao recurso, a remessa dos autos à instância superior.

XXX, 25 de janeiro de 2010.

Marcelo de Tarso Zanellato
Promotor de Justiça e.e.

Mandado de Segurança n. XXX

Apelante: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Apelado: Auto Posto XXX

Objeto: Razões de Apelação

Egrégio Tribunal de Justiça

Colenda Câmara de Direito Público

Eminente Desembargador Relator

Preclara Procuradoria-Geral de Justiça

1 SINOPSE FÁTICO-PROCESSUAL

Na Comarca de XXX, o Auto Posto XXX impetrou Mandado de Segurança contra ato praticado pela Fundação do Meio Ambiente - FATMA, consistente na interrupção das atividades do seu estabelecimento comercial, uma vez que técnicos da referida Fundação estiveram na sede do posto de combustível munidos de laudos que indicavam a presença de agentes contaminadores em 4 (quatro) dos 10 (dez) pontos de coleta do posto.

Ao argumentar que estava disposto a promover os ajustes necessários estipulados pela legislação ambiental, escudou-se nos postulados constitucionais atinentes aos valores sociais do trabalho e da livre

iniciativa (artigo 1º, inciso IV) e ao livre exercício do trabalho (artigo 5º, inciso XIII) para pugnar medida liminar com o objetivo de retomar as atividades (fls. 02/13).

Foi indeferida tanto a liminar (fls. 14/17) como o pedido de reconsideração da respectiva decisão denegatória (fls. 26/28).

O recorrido interpôs Agravo de Instrumento (n. XXX)

e veio aos autos despacho proferido pelo Desembargador Beltrano de Tal, que negou o efeito ativo pretendido (fls. 30/32).

Não obstante a inexistência de fato novo ou de impulso de qualquer das partes, houve inusitada revogação da referida decisão denegatória e a conseqüente concessão da liminar pleiteada (fls. 33/37).

Após as informações da autoridade reputada coatora (fls. 47/48) – que alegou que a interdição do estabelecimento configura uma medida meramente acautelatória a fim de impedir danos sérios e, por vezes, irreparáveis ao meio ambiente –, o Ministério Público, ao sustentar a nulidade da liminar, manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 51/57).

Por via da r. sentença das fls. 58/65, foi afastada a arguição de nulidade da decisão interlocutória formulada pelo Ministério Público e concedida a segurança, basicamente, pelos seguintes argumentos:

(a) ausência de graves danos ao meio ambiente, pois (a.1) [...] se o suposto dano ambiental gerado pelos estabelecimentos que foram embargados fosse tão grave como asseveram o impetrante, bem como o Representante do Ministério Público, o Chefe do Poder Executivo estadual jamais concederia um prazo tão extenso para os proprietários de postos de combustíveis regularizarem as suas situações (fl. 62/63)– trata-se do Decreto Estadual n. 2.494/2009, que, em suma, concedeu 30 dias a partir de 5/8/2009, prorrogável por mais 60 dias, para que os donos de postos de combustíveis regularizassem a situação frente aos danos ambientais; e (a.2) fiscais da Agência Nacional do Petróleo (ANP) estiveram no local após a reabertura do posto por força da liminar e “nada foi encontrado” (fl. 61);

(b) “por vislumbrar mácula aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, conclui-se que houve violação de direito líquido e certo do impetrante” (fl. 64).

Esses, pois, são os objetos do recurso.

2 DANO AMBIENTAL - LEGALIDADE E NÃO ABUSIVIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO EMANADO DA FATMA

O manejo do presente Mandado de Segurança teve origem em ato da Fundação do Meio Ambiente - FATMA - que, por seus agentes, promoveu a interrupção das atividades do Auto Posto XXX, situado em XXX (fl. 11), após constatação de grave dano ambiental (fl. 12) consubstanciado na contaminação do solo e lençol freático por diversos elementos químicos que, pela sua natureza, põem em risco a saúde da população local.

Com efeito, após exames laboratoriais nas amostras recolhidas dos poços de monitoramento situados no referido Auto Posto, constatou-se a contaminação do meio ambiente por *Benzeno*, *Etilbenzeno*, *Xilenos* e *Fenantreno* em nível bastante acima do permitido pela Resolução n. 396/2008 do CONAMA e pela Lista Holandesa de referência.

Para se ter ideia da intensidade da infração às normas ambientais e da proporção do dano ao meio ambiente, o Relatório de Ensaio juntado às fls.7/11, por exemplo, indica o seguinte:

1. na amostra 69973-9, enquanto a normatização do CONAMA aponta o nível **5** e a Lista Holandesa indica o nível **15** como limites permitidos de propagação do Benzeno, foi constatado que o Auto Posto XXX atingiu o exorbitante patamar de **282,6**, ou seja, 56,52 vezes o permitido pelo CONAMA e 18,84 pela Lista Holandesa (fl. 8);

2. a amostra 69973-10 revelou índice ainda mais alarmante de propagação de Benzeno, já que, dentro dos limites acima referidos, foi acusado a incrível marca de **398,7**, ou seja, 79,74 vezes o permitido pelo CONAMA e 26,58 pela Lista Holandesa (fl. 8).

Além do *Benzeno*, tal ocorre, repita-se, também em relação ao *Etilbenzeno*, *Xilenos* e *Fenantreno*, como se pode constatar no mencionado Relatório de Ensaio.

A propósito do potencial deletério do malfadado *Benzeno*, o Promotor ZZZ, que subscreveu a manifestação das fls. 51/57, alertou que

Crianças que moram muito perto de postos de gasolina ou de garagens que abastecem veículos têm risco quatro vezes maior de desenvolver leucemia aguda, diz um estudo francês publicado na última edição da revista científica “Occupational and Environmental Medicine”. A razão seria a emissão de **benzeno**, que afetaria a medula óssea. Outros estudos já haviam relacionado a leucemia de adultos com o benzeno, no caso de profissionais expostos cotidianamente ao produto. Fonte: Revista O Globo do Jornal O Globo - Rio de Janeiro, ano I, n. 06, 05 setembro de 2004, página 9. (fl. 57 - sem grifo no original)

Aliás, da leitura da peça p^órtica, vê-se que o próprio recorrido chega a reconhecer a contaminação ambiental por sua atividade comercial, tanto que, na data do ato impugnado (03/07/2009), “requereu, lá no local, perante as autoridades competentes, um prazo para fazer os ajustes necessários na atividade, evitando dessa que continuasse a ocorrer possíveis danos ambientais” (fl. 3).

Verifica-se, portanto, que as duas únicas premissas das quais se valeu a r. decisão recorrida para deduzir que não teria ocorrido grave dano ao meio ambiente não resistem ao cotejo com os elementos probatórios coligados aos autos (fls. 7/10), aptos a demonstrar com sobejo a existência de dano ambiental, cuja natureza e sede revelam ser grave e em grandes proporções.

Além disso, não é razoável concluir, pois, pela suposta inexistência de grave dano ao meio ambiente mediante a utilização das duas únicas e frágeis premissas a seguir alinhadas: (a) concessão do prazo de 30 dias, prorrogável por mais 60 dias, pelo Governador do Estado, via Decreto Estadual (n. 2.494/2009), e (b) porque a ANP “nada teria constatado” (fl. 61).

De fato, (a) como ficou claramente delineado no referido Decreto Estadual, o prazo só foi excepcionalmente concedido porque alguns postos de combustíveis – e em relação a eles é que se aplica o Decreto – estavam “legitimados” a funcionar por laudos emitidos pela empresa XXX, que falsamente atestavam a regularidade ambiental, de sorte que pairava a aparente presunção de boa-fé desses empreendimentos.

Mesmo assim, a par de ser impelido a tratar a questão ambiental de forma subjacente pela razão supra, o aludido Decreto teve o cuidado de conceder o prazo exíguo de 30 dias para que os empreendimentos realmente preocupados com a regularização da atividade comercial pu-

dessem iniciar as necessárias adequações (*caput* do art. 2º do mencionado Decreto); iniciadas as providências, caso necessitassem de mais prazo, poderiam ser concedidos mais 60 dias (§ 4º do art. 2º).

Não obstante, decorridos mais de **190 dias** do Auto de Infração Ambiental (fl. 12) e Termo de Embargo/Interdição ou Suspensão (fl. 11), o apelado não adotou providência material alguma para estancar o dano ambiental em descontrole e adequar sua atividade. Quedou-se inerte e se vale confortavelmente da chancela judicial para, ao arrepio das normas de preservação ambiental, notadamente do art. 225 da Constituição Federal (CF), continuar a desenvolver sua atividade comprovadamente poluidora. Aliás, na data em que foi prolatada a sentença, 11/11/2009, já havia decorrido **131** dias da data do Termo de Interdição.

Dessa forma, não é correto justificar a perpetuação ou, ao menos, a manutenção de atividade reconhecidamente poluidora mediante a descabida ilação de que o dano ambiental não seria “tão grave” pelo simples argumento de edição do Decreto Estadual n. 2.494/2009.

No que tange à atuação da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) (**b**), cumpre destacar que a referida Agência, implantada pelo Decreto n. 2.455/1998, é o órgão regulador das atividades que integram a indústria do petróleo, gás natural e biocombustíveis no Brasil, e seu segmento de atuação cinge-se à administração e ao fornecimento de dados técnicos sobre bacias sedimentares; à promoção de estudos para delimitar áreas para exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural; à realização de licitações para a concessão daquelas áreas; e à fiscalização dos contratos de concessão¹.

Em outras palavras, como **a ANP não possui atribuição ambiental**, pois é desprovida de equipamento, corpo técnico e conhecimento para aferir a ocorrência qualitativa e quantitativa de danos ao meio ambiente, avulta equivocada a conclusão de que o referido órgão regulador pode chancelar a continuidade das atividades do apelado, ao menos sob a ótica ambiental.

Ora, como o dano ambiental era patente e de proporções intoleráveis, aquilatado pelo fato de certamente já estar ocorrendo há longa data, sob as displicentes e irresponsáveis vistas do apelado – a quem incumbia realizar monitoramentos periódicos e antecipar-se à providên-

1 Vide <http://www.anp.gov.br/?id=262>.

cia drástica de suspensão das suas atividades, mediante a realização das obras necessárias para evitar os focos de poluição –, era imperioso que os fiscais da FATMA tomassem duas atitudes: o embargo cautelar do estabelecimento e a notificação do proprietário para apresentar defesa em contencioso administrativo.

Diante desse quadro, não se constatar qualquer abuso de poder ou ilegalidade no agir dos agentes da FATMA. Nem tampouco violação ou ameaça de violação aos direitos do estabelecimento recorrido. O embargo e a notificação por infração ambiental estavam respaldados por análise laboratorial da água coletada dos poços de monitoramento em 02/06/2009, procedimento que o apelado nem sequer impugnou.

Edis Milaré ensina que “a infração administrativa em matéria ambiental não é caracterizada apenas pela inobservância de normas e padrões específicos, mas também pelo resultado danoso”², o que implica dizer que a manutenção das atividades do apelado, a par de caracterizar flagrante dano ambiental, configura infração administrativa sob duplo aspecto, pois a um só tempo viola normas e padrões específicos, além de acarretar resultado danoso ao meio ambiente e à saúde das pessoas.

O fato é que o ato administrativo plasmado no Termo de Embargo/Interdição ou Suspensão n. XXX (fl. 11), por se revestir de todos os requisitos/elementos necessários à sua existência e validade (agente, objeto, forma, motivo e fim), possui os atributos que lhe são inerentes, dentre os quais se destacam a coercibilidade e autoexecutoriedade. Como tal, deve manter-se hígido e surtir seus efeitos próprios, até porque em momento algum foi demonstrada qualquer mácula que o vicie.

Ademais, o embargo/interrupção e suspensão da atividade poluidora (fl. 11) é providência legalmente prevista nos artigos 3º, inciso VII; 101, inciso II e 108, todos do Decreto n. 6.514/2008³, bem como no art. 72, inc. VII, da Lei n. 9.605/1998⁴, lastreados nos arts. 23, inc. VI; 24, inc. IV; e 225, todos da Constituição Federal.

Não foi por outro motivo que, anteriormente à inusitada liminar das fls. 33/37 e à r. sentença das fls. 58/65, houve três decisões judiciais

2 MILARÉ, Edis. *Direito do Meio Ambiente*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 327.

3 Que dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estabelece o processo administrativo federal para apuração dessa infração.

4 Que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.

- duas de primeiro grau e uma da segunda instância - sustentando a validade do aludido ato administrativo (fls. 14/17, 26/28 e 30/32).

Nesse contexto, como bem assinalou o Relator do Agravo de Instrumento n. XXX, Desembargador Substituto Beltrano de Tal, em sua decisão cuja cópia insere-se às fls. 30/32,

[...] a interdição do estabelecimento comercial é providência administrativa de natureza acautelatória, a qual foi adotada para impedir e prevenir danos sérios ao interesse público, consubstanciado no direito coletivo ao meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações (CF, 255, *caput*).

Assim, resulta forçoso concluir-se que, ante o inequívoco dano ambiental constatado e a higidez do ato administrativo emanado da FATMA, o provimento do recurso é medida que se impõe, até porque não há abusividade ou ilegalidade no ato atacado.

3 AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

Inicialmente, cumpre registrar que os princípios do contraditório e da ampla defesa prestam-se a garantir voz e vez à parte contrária quando há invasão a sua esfera jurídica, e não, por óbvio, de servir de amparo à perpetuação de atividade poluidora, notadamente frente à responsabilidade objetiva que caracteriza o assunto.

Essa afirmação encontra pertinência no fato de o apelado não ter utilizado o período até então transcorrido - repita-se, **superior a 190 dias** - para adotar qualquer providência concreta no sentido de reverter o dano ambiental e adequar sua atividade de acordo com a legislação ambiental.

O incluso Ofício n. XX emitido pelo Gerente de Desenvolvimento Ambiental da FATMA, datado de 20 de janeiro de 2010, dá conta do descaso do apelado frente ao descontrolado dano ambiental a que vem dando causa e o desdém às providências administrativas do órgão ambiental responsável pela tutela do meio ambiente, conforme se verifica do trecho abaixo transcrito:

[...]

A Licença Ambiental de Operação – LAO nº XX, do referido posto, informa que possuem 10 tanques de aço carbono instalados e que **deveriam ter sido trocados até 01/01/2009**, de acordo com a classe que em fora classificados. Sendo que a correta seria 3 e deveria ter sido trocado até 01/01/2007.

[...]

Em 15/10/2009, encaminhamos ofício solicitando que num prazo de 20 (vinte) dias, contados da ciência do mesmo, dessem a entrada na documentação necessária para a Licença Ambiental de Instalação – LAI, para a retirada de todos os tanques existentes e a instalação dos novos, bem como solicitamos o encaminhamento do projeto de remediação e a apresentação da ART/AFT do Profissional habilitado para operação e manutenção dos controles ambientais do posto. **Até a presente data não encaminharam nenhum dos documentos solicitados.** (sem grifos no original)

Assim, a peculiaridade do caso concreto somada à natureza do direito tutelado encerram o suporte fático necessário à validade do ato administrativo plasmado na Interdição da Atividade, ainda que sem o exercício prévio do contraditório e da ampla defesa, justamente porque os atributos da autoexecutoriedade e coercibilidade lhe garantem a combatida eficácia.

De fato, o competente magistrado Hélio do Valle Pereira, ao recentemente (16/9/2009) julgar improcedente, na Capital, o pedido do Mandado de Segurança n. 023.09.04567-1, impetrado pelo Auto Posto YYY Ltda. contra ato praticado por fiscais da FATMA – cujos fatos guardam bastante similaridade aos presentes –, consignou que

Nessa linha, o primeiro argumento apresentado diz respeito à impossibilidade de imediatamente impor a suspensão das atividades produtivas, pois haveria necessidade de primeiramente oportunizar o contraditório.

Dá-se, entretanto, que se menosprezo ao direito de defesa, é facultado aos atos administrativos trazer imediatamente restrições a direitos, valendo-se pelo interesse público. Ora, em tese, a ofensa ambiental é sempre algo grave. Em casos tais, é reconhecido tranqüilamente pela doutrina administrativa que se destacam dois atributos dos atos administrativos: a imperatividade e a auto-executoriedade (Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, 33ª ed., Malheiros, 2007, p. 161 e ss.) Tal representa que deliberações fazendárias valem por si só, marcando-se

pela coercibilidade. Mais ainda: as medidas práticas para sua implementação podem ser tomadas imediatamente pela Administração, independentemente do concurso do Judiciário. vide

http://tjsc23.tj.sc.gov.br:8080/cpo/pg/show.do?sessao_nid=389AC2ED6E675CCA9FEEB02B9F6B025D - acesso em 29/1/2010

A propósito, a vingar o raciocínio do qual se valeu a r. sentença para conceder a ordem, o próprio Judiciário não poderia deferir liminares e nem antecipar os efeitos da tutela, pois, *mutatis mutandis*, igualmente estariam sendo violados os princípios do contraditório e da ampla defesa nessas hipóteses. Na realidade, tanto num como noutra caso não se trata de inobservância dos princípios, mas de sua utilização diferida, posto que a controvérsia é instaurada em momento posterior tanto ao ato administrativo sob comento como às liminares.

Como não poderia ser diferente, a jurisprudência é firme nesse sentido, consoante se infere dos excertos abaixo transcritos, extraídos do Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Verbis*:

MANDADO DE SEGURANÇA. PRELIMINARES. ILEGITIMIDADE PASSIVA. POLÍCIA AMBIENTAL ESTADUAL. ATUAÇÃO POR REQUISICÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. A expressão “ato de autoridade” corresponde a toda ação ou omissão do Poder Público no desempenho de suas funções ou a pretexto de exercê-las. Nessa contextura, autoridade é a pessoa física investida de poder de decisão, exercido nos limites de suas atribuições. PROTEÇÃO AMBIENTAL. INTERDIÇÃO DE ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL. INOBSERVÂNCIA DAS CONDIÇÕES DA LICENÇA DE OPERAÇÃO. MOTIVAÇÃO GENÉRICA DO ATO. AUSÊNCIA DE DEFESA PRÉVIA. A Administração Pública ‘pode aplicar sanção sumariamente e sem defesa (principalmente as de interdição de atividade, apreensão ou destruição de coisas) nos casos urgentes que ponham em risco a segurança ou a saúde pública, ou quando se tratar de infração instantânea surpreendida na sua flagrância, aquela ou esta comprovada pelo respectivo auto de infração, lavrado regularmente’ (Hely Lopes Meirelles). **O ato administrativo de interdição da atividade geradora de poluição ambiental não ofende o princípio do devido processo legal. O contraditório estabelece-se a partir da notificação do infrator.** (ACMS n. 2007.014239-2, de Blumenau, rel. Des. Newton Trisotto, j. 29.08.08). (Ap. Civ.

2007.003779-2. Rel. Des. Sônia Maria Schmitz, 3ª Câmara de Direito Público, j. 27/10/2009 – sem grifos no original)

POLUIÇÃO AMBIENTAL. SUSPENSÃO DAS ATIVIDADES DE EMPRESA SEM PRÉVIO CONTRADITÓRIO. POSSIBILIDADE.

A Administração Pública ‘pode aplicar sanção sumariamente e sem defesa (principalmente as de interdição de atividade, apreensão ou destruição de coisas) nos casos urgentes que ponham em risco a segurança ou a saúde pública, ou quando se tratar de infração instantânea surpreendida na sua flagrância, aquela ou esta comprovada pelo respectivo auto de infração, lavrado regularmente’ (Hely Lopes Meirelles).

O ato administrativo de interdição da atividade geradora de poluição ambiental não ofende o princípio do devido processo legal. O contraditório estabelece-se a partir da notificação do infrator (ACMS n. 2007.014239-2, rel. Des. Newton Trisotto, j. 29-8-2008) (Ap. Civ. em MS 2008.056581-6. Rel. Des. Subst. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva. 1ª Câmara de Direito Público, j. 23/6/09 – sem grifos no original).

A bem da verdade, não houve desprezo aos mencionados princípios, mas, como dito, utilização diferida deles, na medida em que, como bem registrou a primeira ementa supra, “o contraditório estabelece-se a partir da notificação do infrator”, circunstância ocorrida no caso em tela, conforme se observa da última linha do documento da fl. 12: “O AUTUADO PODERÁ APRESENTAR INFORMAÇÃO/DEFESA PRÉVIA EM 20 (VINTE) DIAS JUNTO AO ÓRGÃO FISCAL AUTUANTE”.

No que tange à citação, pela r. sentença, de excerto da decisão interlocutória proferida pelo culto Magistrado Fulano de Tal, que concedeu medida liminar nos autos do Mandado de Segurança n. XXX, é descabida a hipótese presente por duas razões: primeiro, porque, como consta do pórdico do trecho transcrito, o próprio magistrado alerta que “Diferentemente de caso similar já apreciado, a hipótese em tela apresenta uma particularidade [...]” (fl.63), e depois porque o mesmo magistrado não concedeu a liminar nestes autos – em duas oportunidades, aliás –, inclusive porque abordou textualmente o assunto e concluiu que não houve vilipêndio ao princípio do contraditório (fls. 14/17). A propósito, a esta conclusão também chegou o Desembargador Substituto Beltrano de Tal, Relator do Agravo de Instrumento n. XXX, inclusive transcrevendo

parte da decisão do Dr. Fulano de Tal (fls. 30/32).

Enfim, conclui-se que a superlativa relevância do direito tutelado (meio ambiente) e os fatos tais como se encontram postos justificam a edição do ato administrativo de Interdição das atividades do apelado, ato este que, hígido e eficaz, deve surtir seus efeitos próprios por absoluta ausência de máculas que o contaminem, sobretudo porque não houve ofensa aos princípios constitucionais invocados.

4 NECESSIDADE DE ATRIBUIR-SE EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO OU, SUCESSIVAMENTE, ANTECIPAR-SE OS EFEITOS DA TUTELA RECURSAL

Não se desconhece que, em virtude da redação atribuída ao § 3º do art. 14 da Lei n. 12.016/2009, os recursos de apelação interpostos contra sentenças prolatadas em ações de Mandado de Segurança possuem efeito devolutivo.

No entanto, é pacífico o entendimento segundo o qual essa afirmação consubstancia uma regra que comporta exceção, na medida em que, presentes os requisitos do art. 558 do Código de Processo Civil, é possível atribuir-se efeito suspensivo ao mencionado recurso quando a decisão pode acarretar grave lesão ou de difícil reparação, a teor do que se extrai da ementa abaixo e de diversos outros julgados⁵:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA - ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AO APELO - ART. 14, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N. 12.016/09 - IMPOSSIBILIDADE - PERIGO DE LESÃO GRAVE OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO NÃO DEMONSTRADO - EXEGESE DO ART. 558 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - DECISÃO MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO. A atribuição de EFEITO SUSPENSIVO à sentença positiva em MANDADO de SEGURANÇA somente é possível em casos excepcionais, dada a natureza e finalidade do mandamus, o qual tem caráter urgente, sendo suas decisões auto-executáveis.

⁵ Vide AI 2008.048499-4, Rel. Cid Goulart, j. 2/12/09; AI 2009.026444-3, Rel. Newton Janke, j. 21/10/09; AI 2009.037080-1. Rel. Newton Janke, j. 2/12/09.

Deste modo, para suspensão da decisão que concedeu a ordem é necessária a demonstração da possibilidade de ocorrência de lesão grave ou de difícil reparação, nos exatos termos do art. 558 do Código de Processo Civil. (AI 2009.038750-7, Rel. Des. Wilson Augusto do Nascimento. 3ª Câm. Dto. Públ., j. 4/12/09).

Embora as decisões supra se reportem a agravos de instrumentos interpostos contra decisões que receberam a apelação apenas no efeito devolutivo, o suspensivo pode ser atribuído pelo magistrado de primeiro grau, ao receber a apelação, com base na exegese do artigo 518 e do parágrafo único do artigo 558, ambos do CPC, desde que, por óbvio, encontrem-se presentes os requisitos do *caput* deste último artigo.

É a hipótese presente.

De fato, a sentença de procedência do pedido teve o ensejo de consolidar a propagação de efeitos deletérios múltiplos cuja suspensão no momento se busca.

Ora, o âmago da presente ação constitucional pertine à retomada de atividade comprovadamente poluidora, com danos diuturnos tanto ao meio ambiente quanto à saúde da população.

A contaminação do lençol freático e do solo por *Benzeno*, *Etilbenzeno*, *Xilenos* e *Fenantreno* em níveis bastante acima do permitido, caracteriza, pela própria natureza do direito tutelado, lesão irreparável ao meio ambiente.

Segundo alerta Ana Maria Moreira Marchesan, Annelise Monteiro Steigleder e Sílvia Cappelli,

Os objetivos do Direito Ambiental são basicamente preventivos. Sua atenção está voltada para o momento anterior à consumação do dano – ou do mero risco. Diante da pouca valia da simples reparação, sempre incerta e, quando possível, onerosa, a prevenção é a melhor, quando não a única solução. Ex. como reparar o desaparecimento de uma espécie? Qual o custo da despoluição de um rio? Como reparar a supressão de uma nascente? (Direito Ambiental. Porto Alegre: Verbo Jurídico. 2004, p. 30.)

Ora, se questões afetas ao meio ambiente, forte nos princípios da prevenção e precaução, devem ser tratadas preventivamente, o que se dirá de um dano – aliás, comprovado e incontroverso – que já está ocorrendo, notadamente porque os efeitos ambientais deletérios são de

especial e difusa gravidade!

Nesse contexto, a pretensão ora perseguida assume patamares de tutela de urgência, em relação a qual, como adverte Marcelo Buzaglo Dantas,

A importância dos provimentos de urgência, **em qualquer das suas modalidades**, no âmbito da tutela jurisdicional do meio ambiente, é indiscutível.

Como assinala Ramón Martín Mateo, “em muitos campos a prevenção à incidência de riscos é superior ao remédio. No do ambiente, esta estratégia é clara, já que danos perpetrados ao meio podem ter seqüelas graves e às vezes irreversíveis, caso, por exemplo, da contaminação atmosférica mundial”.

[...]

De fato, na maior parte das vezes, o dano ambiental, uma vez causado, é de difícil ou impossível reparação. É o caso, por exemplo, da supressão de grandes áreas de vegetação de preservação permanente, aterramento de rios ou lagos, poluição de lagoas, mortandade de peixes ou espécimes da fauna silvestre.

Em hipóteses como essas, ganha corpo o estudo da tutela jurisdicional de urgência, com vistas a impedir a ocorrência do dano ambiental ou, ainda, **caso o mesmo já tenha sido causado, cessar a prática da conduta que lhe deu origem**. (Ação Civil Pública e Meio Ambiente. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 167/168)

O que se busca então, em última análise, é justamente a cessação da prática de conduta que dá causa ininterrupta e sucessiva a danos ao meio ambiente, ao menos até que o apelado busque verdadeiramente adequação à sua atividade.

A relevância do interesse cuja tutela se persegue é tamanha que obriga a mitigação de diversos outros direitos igualmente importantes que com ele eventualmente entrem em rota de colisão, como ocorre no caso em tela, em que a livre iniciativa e o livre exercício do trabalho (art. 1º, inc. IV, e art. 5º, inc. XIII, da CF) devem ceder passo ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 da CF).

A propósito, esse também foi o norte de duas das três decisões anteriores que negaram a liminar, desprestigiadas, aliás, pelas supervenientes interlocutória e sentença.

Não bastasse o dano irreparável gerado ao meio ambiente, igual

prejudicialidade acomete a saúde das pessoas que ocasionalmente tenham contato com o solo, espécies vegetais dele advindas ou água que abastece o lençol freático afetado, por ser reconhecido o potencial tóxico/cancerígeno liberado pelo descontrole pontual que marca a atividade desenvolvida pelo apelado.

Ademais, o duplo efeito do dano não se esgota no meio ambiente e na saúde de parcela da população. É que as instituições e os órgãos responsáveis direta ou indiretamente pela defesa dessas tutelas acabam recebendo desestimulante golpe ao perceberem que o resultado de criterioso e responsável trabalho revelou-se inócuo, na medida em que, a despeito do incondicional respeito devotado a qualquer provimento jurisdicional, o cumprimento do mister legal de interromper uma atividade comprovadamente poluidora não atinge a finalidade proposta.

Verifica-se, portanto, que não só está plenamente atendida a exigência do *caput* do art. 558 do CPC, como se fazem presentes os requisitos previstos no art. 273 do CPC, que trata da antecipação dos efeitos da tutela, cuja aplicação em sede recursal (apenas, por evidente, no âmbito do Tribunal) não é passível de questionamento.

Realmente, salta aos olhos, de todo o exposto, tanto a existência de prova inequívoca do alegado (fls. 7/12) como da verossimilhança das alegações (*caput* do art. 273 do CPC), já que o receio de dano irreparável (inciso I do art. 273 do CPC) é mais do que fundado, como restou anteriormente demonstrado.

Assim, presente o lastro probatório e sendo juridicamente viável a providência, é imperativa a concessão do efeito suspensivo ao recurso ou, sucessivamente (art. 289 do CPC), a antecipação dos efeitos da tutela recursal.

Entretanto, uma despreocupada análise da questão processual poderia induzir à equivocada conclusão de que, atribuído o perseguido efeito suspensivo, a eficácia da liminar das fls. 33/37 deveria ser repristinada.

Esse, contudo, é um raciocínio simplista que não resiste a uma abordagem minimamente criteriosa.

De fato, a decisão liminar possui natureza precária, própria de interlocutória proferida em juízo de cognição sumária, cuja sentença de mérito superveniente a substitui, retirando-a definitivamente de cenário, até porque esta última se opera mediante o exercício de cogni-

ção exauriente. Dessa forma, foge da lógica ressurgir o meio (precário/superficial) quando o fim (definitivo/profundo) deve ser afastado ou, melhor dizendo, suspenso.

A exemplo da Terceira Turma do Tribunal de Justiça Catarinense⁶, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de se pronunciar sobre o tema, consoante se extrai da lapidar ementa de acórdão da lavra do Ministro Teori Albino Zavascki. *Verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. MEDIDA LIMINAR. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA JULGANDO A CAUSA. PERDA DE OBJETO DO RECURSO RELATIVO À MEDIDA ANTECIPATÓRIA.

1. As medidas liminares, editadas em juízo de mera verossimilhança, têm por finalidade ajustar provisoriamente a situação das partes envolvidas na relação jurídica litigiosa e, por isso mesmo, desempenham no processo uma função por natureza temporária. Sua eficácia se encerra com a superveniência da sentença, provimento tomado à base de cognição exauriente, apto a dar tratamento definitivo à controvérsia, atendendo ou não ao pedido ou simplesmente extinguindo o processo.

2. O julgamento da causa esgota, portanto, a finalidade da medida liminar, fazendo cessar a sua eficácia. Daí em diante, prevalece o comando da sentença, e as eventuais medidas de urgência devem ser postuladas no âmbito do sistema de recursos, seja a título de efeito suspensivo, seja a título de antecipação da tutela recursal, providências cabíveis não apenas em agravo de instrumento (CPC, arts. 527, III e 558), mas também em apelação (CPC, art. 558, § único) e em recursos especiais e extraordinários (RI/STF, art. 21, IV; RI/STJ, art. 34, V).

3. Conseqüentemente, a superveniência de sentença acarreta a inutilidade da discussão a respeito do cabimento ou não da medida liminar, ficando prejudicado eventual recurso, inclusive o especial, relativo à matéria.

4. A execução provisória da sentença não constitui quebra de hierarquia ou ato de desobediência a anterior decisão do Tribunal que indeferira a liminar. Liminar e sentença são provimentos com natureza, pressupostos e finalidades distintas e com eficácia temporal em momentos diferentes. Por isso mesmo, a decisão que defere ou indefere liminar, mesmo quando proferida por tribunal, não inibe a prolação e nem condiciona o resultado da sentença definitiva,

⁶ Vide AI 2009.005248-4. Rel. Marco Aurélio Gastaldi Buzzi, 3ª Câm. Dto. Com., j. 27/10/09.

como também não retira dela a eficácia executiva conferida em lei.

5. No caso específico, a liminar no mandado de segurança foi indeferida em primeiro grau, mas deferida pelo tribunal local, ao julgar agravo de instrumento. Pendente recurso especial dessa decisão, sobreveio sentença definitiva, denegando a segurança, tornando inútil qualquer discussão a respeito do objeto do recurso especial. Aplicável ao caso a Súmula 405/STF: “Denegado o mandado de segurança pela sentença, ou no julgamento do agravo, dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária”. 6. Recurso especial não conhecido, por prejudicado. [REsp 857058/PR (2006/0126846-6) Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI. j. 5/9/2006] (sem grifos no original)

Assim, tendo em vista que a concessão do efeito suspensivo ao recurso terá o condão de afastar a eficácia do produto da Ação Mandamental sob comento (decisão terminativa), é insustentável, pois descabido, buscar valia na extinta e precária decisão liminar, até porque, como dito, foi esgotada, vez que substituída pela sentença.

Não fosse juridicamente inviável a possibilidade de revigoramento da liminar, ainda assim esta não poderia operar efeitos jurídicos em virtude de sua flagrante nulidade, como bem registrou o Promotor de Justiça ZZZ, por via da manifestação das fls. 51/57, cujo excerto pertinente pede-se vênia para transcrever:

Emerge dos autos que a decisão de fls. 14/17 denegou a providência liminar requerida com a impetração. Mesmo assim, houve pedido de reconsideração, indeferido, contudo, por meio da decisão de fls. 26/28.

Inconformado com o não acolhimento de sua pretensão cautelar, o impetrante/recorrido aforou recurso de Agravo de Instrumento, autuado junto ao Tribunal de Justiça de Santa Catarina sob o n. XXX, objetivando, destarte, reformar a decisão de primeiro grau. Todavia, o Relator negou o pretendido efeito ativo ao recurso.

Contudo, sem que novo pedido da parte aportasse nos autos e sem que novos argumentos ou elementos de prova fossem trazidos à baila, sobreveio decisão que revogou diretamente a decisão anteriormente proferida (e que negara a concessão da liminar) e por via reflexa, a decisão proferida em sede de Agravo de Instrumento (que ratificou a decisão denegatória da liminar).

A nulidade decorre da ofensa ao princípio da preclusão *pro judicato*.

No caso, o provimento liminar pleiteado pelo impetrante/ recorrido foi indeferido, tanto no primeiro grau de jurisdição (por duas vezes, a segunda, quando do pedido de reconsideração), quanto na instância superior (despacho que denegou o efeito ativo ao recurso de Agravo). Portanto, no âmbito da lide, o *decisum* só poderia ser modificado caso houvesse novo pedido da parte, acompanhado de novos argumentos e provas que justificassem a alteração da decisão já proferida, mormente, quando o conteúdo da última se contrapõe ao das primeiras.

A propósito, é a redação do artigo 471 do Código de Processo Civil, *verbis*:

Art. 471. Nenhum Juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo:

I – se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobrevier modificação no estado de fato, ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença;

II – nos demais casos prescritos em lei.

Mutatis mutandis, o disposto no art. 273, § 4º, do Código de Processo Civil poderia justificar o *procedat iudex ex officio*. No entanto, não é essa a melhor interpretação a ser dada ao dispositivo legal.

Segundo Joel Dias Figueira Júnior “a solução não haverá de ser tão simplista, pois, se assim fosse, atingiríamos as raias do absurdo em que o juiz, por exemplo, num determinado momento, após considerar os articulados das partes, passaria a conceder a tutela antecipada e, dias depois, sem qualquer alteração fática e probatória, mas apenas depois de refletir mais profundamente sobre os mesmos argumentos, fatos e provas dantes considerados, modificasse desta feita a sua posição, revogando a medida então deferida, através de decisão fundamentada”.⁷

Com efeito, para que se revogue uma decisão denegatória de liminar, proferida em Mandado de Segurança e ratificada quando da apreciação do inconformismo da parte na superior instância, o Juiz há de ter em conta novos fatos e argumentos, podendo então, à luz da nova realidade probatória e processual, fundamentar a reviravolta.

Neste sentido, decidiu o Tribunal de Justiça de Santa

7 FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. Comentários ao Código de Processo Civil, v. 4, Tomo I, Do Processo de Conhecimento arts. 270 a 281. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 226.

Catarina:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO – DECISÃO QUE REVOGOU DESPACHO ANTERIOR QUE CONCEDEU A TUTELA ANTECIPADA – MODIFICAÇÃO DE OFÍCIO POR MAGISTRADO DIVERSO – INTUITO TÃO SÓ DO PROLATOR DE FAZER PREVALECER SUA CONVICÇÃO PESSOAL – IMPOSSIBILIDADE – PRECLUSÃO PRO IUDICATO – RECURSO PROVIDO – DECISÃO CASSADA.

Conquanto possível ao juízo a revogação ou modificação a qualquer tempo da tutela antecipada, impõe-se que a nova decisão, fundamentada, decorra de circunstância ou fato superveniente pertinente à matéria de fundo concernente a lide, e não apenas e exclusivamente para fazer prevalecer a convicção pessoal do seu prolator⁸.

Entretanto, não foi o que se viu o presente caso, em que a nova decisão foi proferida sem a provocação da parte e no âmbito do mesmo contexto fático e jurídico. Além disso, houve o restabelecimento das atividades embargadas sem que se constatasse nos autos a cessação ou diminuição do dano ambiental verificado inicialmente pela FATMA.

Diante desta realidade, imperioso reconhecer nulo o pronunciamento judicial que revogou a liminar inicialmente negada.

Em acréscimo aos argumentos *supra*, convém delinear com linhas fortes o fenômeno da preclusão *pro judicato*, cuja correta compreensão passa por noções acerca de processo e procedimento.

Calamandrei⁹, citado por Humberto Theodoro Júnior¹⁰, refere que processo se apresenta como uma “série de atos coordenados regulados pelo direito processual, através dos quais se leva a cabo o exercício da jurisdição”. Por sua vez, Theodoro Júnior complementa a lição lembrando que esses “múltiplos e sucessivos atos se intervenculam e se mantêm coesos graças à relação jurídica processual que os justifica e lhes dá coerência pela meta final única visada: a prestação jurisdicional.”¹¹

Assim, sem deslembrar que procedimento é a forma como os atos processuais são encadeados no tempo, e que processo, enfim, é o

8 Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Agravo de instrumento n. 2006.032576-6. Relator: Des. Alcides Aguiar. Florianópolis, junho de 2007.

9 *Estudios sobre el Proceso Civil*, Buenos Aires, 1945. p. 287.

10 *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. I, ed. 44., Rio de Janeiro: Forense. p. 49.

11 Op. Cit., p. 49.

instrumento da jurisdição¹², mencionados atos se sucedem numa única e imutável direção, “andando para frente”, em busca da prestação jurisdicional. Se tal não ocorresse, o processo não passaria de um emaranhado de atos desorganizados, cujo inevitável e caótico tumulto fulminaria sua essência, que é, repita-se, ser o veículo da jurisdição.

Por essa razão é que o fenômeno da preclusão assume importância tamanha que motivou Humberto Theodoro Júnior a registrar que “Justifica-se, pois, a preclusão pela aspiração de certeza e segurança que, em matéria de processo, muitas vezes prevalece sobre o ideal de justiça pura ou absoluta.”¹³

Não obstante a redação do art. 473 do CPC aparentemente sugerir que a preclusão se aplica somente às partes, a própria essência do processo e do procedimento, aliada aos postulados de certeza e segurança jurídica, fazem com que o fenômeno também encontre aplicação na atividade jurisdicional, como, aliás, é o pacífico entendimento doutrinário e jurisprudencial.

Nesse sentido, segue abaixo elucidativa lição de Marcus Vinicius Rios Gonçalves, ao enfatizar que

Não só as partes devem ficar sujeitas ao sistema de preclusão. O prazo para a prática dos atos judiciais é impróprio, de forma que eles não são atingidos pela preclusão temporal, mas devem respeitar os atos processuais anteriores e as decisões previamente proferidas, sob pena de haver tumulto, em prejuízo do desenvolvimento regular do processo.

A preclusão *pro judicato* não constituirá uma perda de faculdade processual (já que essa expressão não pode ser utilizada em relação ao juiz), mas na impossibilidade de rever decisões anteriormente proferidas, ou de proferir outras incompatíveis com as anteriores.¹⁴ (sem grifos no original)

Enfim, presentes os requisitos necessários para a atribuição de efeito suspensivo ao recurso ou, sucessivamente, para antecipação dos efeitos da tutela recursal, o provimento do recurso, também nesse particular, é providência que se impõe.

12 GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1, ed. 4. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 103/104.

13 Op. Cit., p. 583.

14 Op. Citl., p. 252.

5 REQUERIMENTO E PEDIDO RECURSAL

Em face do exposto, o **Ministério Público**, por seu órgão de execução, pede e requer:

a. a juntada aos autos do documento incluso;

b. a atribuição de **efeito suspensivo ao presente recurso** ou, sucessivamente (art. 289 do CPC), a **antecipação dos efeitos da tutela recursal** a fim de sejam paralisadas as atividades do Auto Posto XXX – como, aliás, as duas decisões de primeiro grau e a decisão da segunda instância pontificaram –, ao menos até que sejam providenciadas as licenças necessárias a serem expedidas pela FATMA, mediante o rompimento da cômoda inércia a que está acometido o apelado. Se para tanto houver necessidade, requer a declaração incidental de nulidade da decisão interlocutória das fls. 33/37; e

c. o provimento do presente recurso para que, tornando definitivo o pedido do item *b* supra, no mérito, seja denegada a ordem.

XXX, 25 de janeiro de 2010.

Marcelo de Tarso Zanellato

Promotor de Justiça e.e.

VI PRÊMIO MILTON LEITE DA COSTA - 2010
Categoria A: Peça Processual - 3º lugar

Analú Librelato Longo

Promotora de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO
DA VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE DA COMARCA DA
CAPITAL - SANTA CATARINA**

**O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE
SANTA CATARINA**, por seus Promotores de
Justiça infrafirmados, com fulcro nos artigos 129,
inc. III, da Constituição Federal; art. 5º, *caput*,
da Lei n. 7.347/1985; art. 25, inc. IV, *a*, da Lei n.
8.625/1993; e com esteio na Peça Informativa n.
01.2008.000537-6, vem, respeitosamente, perante
Vossa Excelência, propor a presente

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE OBRIGAÇÃO DE
FAZER**

Atuação	Florianópolis	Edição Especial - Prêmio Milton Leite da Costa	p. 215 - 238	2009/2010
---------	---------------	--	--------------	-----------

com pedido de TUTELA ANTECIPADA, em face do

ESTADO DE SANTA CATARINA, pessoa jurídica de direito público interno, com endereço na SC 401, KM 5 n. 4600, Centro Administrativo do Governo do Estado de Santa Catarina, Florianópolis-SC;

o que faz com fundamento nos seguintes elementos de fato e de direito:

1 O DANO DE ÂMBITO REGIONAL

O Centro Educacional Regional São Lucas é um dos 3 (três) Centros Educacionais Regionais existentes em todo o Sistema Socioeducativo Catarinense. Sua edificação data de 1974 e, atualmente, dispõe de 78 (setenta e oito) vagas, distribuídas em 6 (seis) níveis, **que acolhem adolescentes autores de ato infracional de todo o Estado de Santa Catarina**, aos quais tenha sido aplicada a medida socioeducativa de internação.

Pela listagem anexa (doc. 3), vê-se que o referido Centro de Internação acolhe hoje cerca de 28 (vinte e oito) adolescentes desta Comarca, 28 (vinte e oito) adolescentes das demais Comarcas do Estado e, apenas, 1 (um) de São José.

A Lei n. 7.347/1985, que disciplina a Ação Civil Pública, dita a seguinte regra de competência:

Art. 2º As ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa.

Parágrafo único A propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto.

O referencial para apontar a competência do juízo para o processamento e julgamento da Ação Civil Pública, então, é o local do dano.

Na lição de José Marcelo Menezes Vigliar, “a competência, na tutela dos interesses transindividuais, é sempre absoluta e se identifica com o lugar da lesão, ou ameaça a lesão de interesses transindividuais”.¹

Entretanto, a redação atribuída pela Lei n. 7.347/1985, ao estabelecer a competência territorial do local onde ocorrer o dano, não elucidou de forma precisa as diversas possibilidades de conflitos de competência, pois as peculiaridades dos direitos transindividuais admitem que nem sempre o dano se restrinja a um só local. Restou, pois, genérica demais a regra de competência para o julgamento das ações que tivessem por escopo a proteção dos direitos difusos e coletivos albergados pela Ação Civil Pública.²

Dessa forma, o legislador viu-se obrigado a aprimorar a regra do foro para a Ação Civil Pública, por meio do artigo 93, incs. I e II, do Código de Defesa do Consumidor, que assim dispõe:

Art. 93. Ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a justiça local:

I - no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local;

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

Cabe lembrar que o artigo 21 da Lei da Ação Civil Pública estabelece que o Código de Defesa do Consumidor atuará de forma subsidiária, razão pela qual é aplicável o disposto no artigo 93 da mencionada legislação à Lei n. 7.347/1985 e, conseqüentemente, ao caso em tela. No mais, o Código de Defesa do Consumidor, por força dos artigos 90, 110 e 117, é aplicável a toda e qualquer ação que objetive tutelar interesse difuso ou coletivo.

Assim, o juízo competente para conhecimento da presente ação, cuja causa de pedir é um dano regional, eis que pelo próprio nome da entidade aqui tratada – Centro Educacional Regional São Lucas – atende

1 VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Tutela Jurisdicional Coletiva*. São Paulo: Atlas, 1999. p. 164.

2 PAULA, Alexandre Sturion de; BELLINETTI, Luiz Fernando. *A interpretação das normas que determinam a competência para o julgamento das ações coletivas. uma análise das propostas existentes sobre o tema*. Disponível em <http://www.conpedi.org/manuel/arquivos/anais/bh/alexandre_sturion_de_paula.pdf>. Acesso em: 11 jan 2009.

adolescentes de todo o Estado, é o da Capital do Estado.

Não se pode afirmar, pois, que o dano limita-se à Comarca de São José, por lá estar sediado o referido Centro de Internação. As consequências da falta de estrutura de segurança e sanitária atingem a dignidade humana de todos os adolescentes lá internados, além de seus familiares e funcionários, aqueles, como já dito, oriundos de todo o Estado de Santa Catarina.

Não restam dúvidas, portanto, que o juízo da Comarca da Capital é o competente para o processamento e o julgamento do feito, nos termos do art. 93, inc. II, do Código de Defesa do Consumidor.

Ainda que assim não fosse, a competência deste juízo justifica-se por força do art. 95 do Estatuto, segundo o qual as entidades governamentais de atendimento são fiscalizadas pelo Poder Judiciário, pelo Ministério Público e pelo Conselho Tutelar.

Em complemento, o art. 146, § 2º, usa o verbo “poderá” (ao invés de “deverá”) ao se referir à possibilidade de deprecar a execução medida de internação. Assim, optando o juízo que aplicou a medida em não deprecar a execução ao local onde se sediar a entidade, mantém ele (o juízo) a obrigação de zelar pelo bom desenvolvimento do cumprimento da medida, aí incluindo as obrigações das entidades (art. 94 do ECA³) e os direitos dos internados (art. 124 do ECA⁴).

Portanto, seja para tutelar a segurança e a dignidade dos adolescentes oriundos desta Comarca, seja pela regra do dano regional, é este juízo da Capital o competente para a presente ação.

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

I - observar os direitos e garantias de que são titulares os adolescentes;

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

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

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

V - ser tratado com respeito e dignidade;

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

X - habitar alojamento em condições adequadas de higiene e salubridade;

2 A TOTAL AUSÊNCIA DE INFRAESTRUTURA DO CER SÃO LUCAS

A edificação do CER São Lucas vem sendo acompanhada pelo Ministério Público ao longo dos anos.

No ano de 2009, diversas solicitações de adequação do Corpo de Bombeiros e da Vigilância Sanitária, reuniões - entre elas, três com o Departamento de Justiça e Cidadania (Doc. 04/06) -, bem como numerosas vistorias foram realizadas com o objetivo de melhorar a infraestrutura do local.

Observa-se que, durante os encontros com o Departamento de Justiça e Cidadania (DJUC), em 19 de agosto de 2009, o próprio departamento sugeriu a demolição do local, ante o elevado número de inadequações e considerou a construção de um novo CER a atitude mais proveitosa.

Já na solenidade realizada em 25 de agosto, a equipe técnica do DJUC listou 23 prioridades para a melhoria do CER São Lucas, quais sejam (Doc. 06):

- 1- supervisão continuada da entidade;
- 2- preenchimento das vagas ociosas do cargo de psicólogos;
- 3- supervisão específica para a equipe de psicólogos;
- 4- separação imediata dos adolescentes com internação definitiva e os contidos provisoriamente;
- 5- separação dos adolescentes pela gravidade do ato praticado - art. 113 ECA;
- 6- abolição de triagem;
- 7- disponibilização de cursos e implementação de atividades paralelas;
- 8- contratação de instrutores, médicos, professores de educação física, etc.;
- 9- aprimoramento de aspectos sociológicos e culturais dos adolescentes, tais como higiene e aparência;

10- realização de trabalhos preventivos de doenças infecto-contagiosas;

11- providências imediatas quanto aos funcionários que praticaram qualquer tipo de violência contra os adolescentes;

12- melhorias de infraestrutura URGENTES, principalmente na rede de esgoto e de saneamento básico;

13- aquisição de veículos novos;

14- instalação de internet, bem como de aparelhamento compatível com as necessidades do CER - computadores, impressoras e fotocopiadoras;

15- respeito ao sigilo profissional;

16- sala exclusiva para arquivos com chaves limitadas;

17- acompanhamento psicológico para os funcionários do CER;

18- desenvolvimento de Plano de Segurança da Instituição;

19- melhorias de muros, cercas e cuidados com a vegetação dos terrenos laterais;

20- formação profissional continuada para todos os funcionários;

21- capacitação da gerência em relações humanas e em gestão pública (necessidade URGENTE);

22- reunião semanal com equipe técnica; e

23- implementação de gestão participativa.

Contudo, na vistoria realizada no dia 8 de janeiro de 2010, constatou-se que o ambiente da referida instituição só piorou (Doc. 8).

Por solicitação da 10ª Promotoria de Justiça da Capital, a Vigilância Sanitária Estadual e Municipal vistoriou as instalações do Centro Educacional para verificação das condições sanitárias do referido ambiente.

No Relatório de Inspeção Sanitária n. 13129407887/10 (Doc. 01), de 11 de janeiro de 2010, a Diretoria de Vigilância Sanitária descreveu, em cinco laudas, numerosas irregularidades que colocam em risco a saúde dos adolescentes em medida socioeducativa e concluiu:

O Centro Educacional São Lucas apresenta **péssimas condições higiênico sanitárias**. É preciso que se estabeleça, normas, critérios e fluxos para adesão, operacionalização e implementação de ações e serviços que promovam a saúde dos adolescentes, oferecendo abordagem educativa, integral, humanizada e de qualidade, pois **o que foi constatado in loco fere os princípios da dignidade humana**. Não existem medidas de promoção à saúde, nem de prevenção e cuidados específicos, bem como medidas de proteção específica, como distribuição de preservativos, vacinação contra hepatite, influenza, tétano, rubéola e outras doenças, nem controle de agravos transmissíveis, como hepatites virais, hanseníase e tuberculose. A de se considerar, ainda, a desassistência com relação à saúde bucal dos adolescentes. Foi constatado, segundo informações colhidas, que as equipes de saúde do SUS não adentram ao Complexo e as ações de saúde se resumem a situações de urgência/emergência deflagradas através do encaminhamento de alguns adolescentes à rede do SUS. **Trata-se de uma situação alarmante onde recomenda-se a interdição do local por ferir os preceitos dos Direitos Humanos e nele o Estatuto da Criança e do Adolescente, além das diretrizes da Legislação Vigente** (sem grifo no original).

Do mesmo modo, em visita realizada pelo Corpo de Bombeiros Militar de Santa Catarina foram verificadas as mais diversas irregularidades (Doc. 02), tais como:

3. IRREGULARIDADES EXISTENTES NOS SISTEMAS INSTALADOS

3.1 SISTEMAS PREVENTIVO POR EXTINTORES

3.1.1 Foi constatado que os **extintores** de água gás e PQS kg do nível III, IV,V e portaria encontram-se com teste hidrostático **vencido e despressurizado** e deverão passar por manutenção.

3.1.2 É necessário Instalar extintores de PQS 4 kg na sala da culinária, biblioteca, triagem, com sinalização (seta e círculo), conforme orientação do vistoriador .

3.1.3 Foi observado que **vários extintores não estão fixados** conforme determinação NSC1/CB. Deve-se instalar os extintores em um local visível e de fácil acesso, na altura entre 1,00m e 1,70m em relação ao piso acabado, com referida sinalização (seta e círculo).

3.1.4 É preciso apresentar o teste dos cilindros após a manutenção dos extintores.

3.2 GÁS CENTRAL CANALIZADO

3.2.1 Foi verificado que existe um (1) botijão de GLP com capacidade para 13 kg de gás no refeitório do nível II, na cozinha geral e na monitoria do nível V substituindo as mangueiras, o qual deverá ser eliminado ou instalado em abrigo de alvenaria, conforme preveem as NSC1/CB.

3.2.2 No abrigo de gás da copa, deverá ser colocado estrado de madeira e substituídas as mangueiras vencidas.

3.2.3 Na Central de Gás Canalizado, deverá ser colocado estrado de madeira sob os botijões.

3.2.4 Deverá ser realizado teste de estanquidade na canalização do gás e manutenção no fogão industrial da cozinha geral.

3.2.5 É necessário apresentar o referido teste de canalização a esse SAT/CB.

3.2.6 Providenciar a instalação das AVPS (Aberturas de Ventilação Permanentes) nas dependências que possuem aparelho de queima.

3.3 ILUMINAÇÃO DE EMERGÊNCIA

3.3.1 Devido às características da edificação, verificou-se a **necessidade de instalação de Luminária de Emergência do tipo Bloco-Autônomo**, pois, em caso de emergência, os ocupantes **precisam identificar obstáculos no caminho de fuga e localizar as saídas**. Para isso, é necessário um nível de iluminação mínimo nos corredores.

3.4 FIAÇÃO EXPOSTA

3.4.1 **Toda fiação elétrica exposta** deverá ser protegida por eletroduto do tipo anti-chama para proporcionar segurança às pessoas na secretaria, na psicologia e nas monitorias do nível.

3.4.2 É necessário podar árvore junto à casa de alta tensão, próximo à rede de entrada do centro educacional São Lucas.

3.4.3 É preciso recolocar e fixar a tampa da caixa de distribuição de energia.

3.5 SINALIZAÇÃO PARA ABANDONO DO LOCAL

3.5.1 Deve-se instalar **placa indicativa de saída nos corredores a fim de proporcionar segurança no deslocamento das pessoas na evacuação do local**.

4- NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO ÀS ATUAIS

NORMAS

4.1 Por definição das Normas de Segurança Contra Incêndio do Corpo de Bombeiro Militar de Santa Catarina, a edificação em pauta **deverá ser dotada dos seguintes sistemas preventivos**: sinalização para abandono do local; sistema preventivo por extintores; iluminação de emergência; saída de emergência; central de gás canalizado; sistema de proteção contra descargas atmosféricas, e sistema de alarme.

O relatório em tela (Doc. 02) ainda ressalta que a edificação encontra-se em situação irregular perante o Corpo de Bombeiro desde 1986 e que o responsável pela obra deve adequar-se às normas para a segurança individual e coletiva das pessoas e dos bens que lá se encontram.

Diante das irregularidades constatadas, que evidenciam o grave risco vivenciado pelos adolescentes privados de liberdade, bem como dos funcionários da instituição e dos familiares dos adolescentes que os visitam, esgotadas as vias extrajudiciais e tendo em vista os elementos colhidos conforme documentos que seguem, o Ministério Público propõe a presente Ação Civil Pública.

De modo algum as recentes notícias veiculadas na mídia – de que o Estado pretende, enfim, construir um novo Centro de Internação e/ou reformar (Doc. 9) o aqui referido – ofuscam a presente ação, já que informações com esse teor vêm sendo divulgadas ao longo dos anos, sem que nenhuma atitude concreta, consistente em reformas no Centro Educacional São Lucas, que deveriam ter sido adotadas pelo Estado, tivesse ocorrido.

Da mesma forma, também é repetitivo e impalpável o discurso de que um novo Centro de Internação será construído. Veja-se que em 14/10/2008, isso para não se citar documentos mais antigos com as mesmas promessas, nos autos de uma Ação que já tramitava desde 2001, o Secretário de Estado da Justiça e Cidadania já dizia:

Inicialmente foram colocadas as dificuldades relacionadas à execução da medida em tela, esclarecendo o senhor Secretário que existe um valor considerável para ser liberado pela Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República, mas que ainda não foi liberado em função do período eleitoral. (Doc. 10)

3 FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

A Constituição Federal outorga ao cidadão brasileiro uma série de direitos, dentre os quais, os chamados fundamentais, estão o da educação, vida, saúde, dignidade, segurança, integridade física e moral (art. 5º, CF).

Como direito básico e fundamental, a Constituição Federal, em seu art. 6º, *caput*, estabelece que “são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

A criança e o adolescente, em especial, são amparados pelo direito de cidadania e, principalmente, pelo princípio maior, insculpido no dispositivo 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente, a doutrina da proteção integral.

Assim, o art. 227 da CF, ao mencionar os direitos sociais da criança e adolescente, disciplina taxativamente:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, **com absoluta prioridade**, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

[...] § 3º - O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

[...] V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade; [...] (sem grifo no original).

Ao permitir que adolescentes sejam inseridos em locais inadequados e repleto de irregularidades que comprometem seu sadio desenvolvimento, como é o caso do Centro Educacional São Lucas, o Estado está contrariando o princípio constitucional contemplado no art. 1º, inc. III, da Constituição: a dignidade da pessoa humana.

Cumprе ressaltar que, nos termos do art. 5º, incs. III e XLIX, da Constituição de 1988, é dever do Estado assegurar a integridade física

e moral daqueles que estão sob sua custódia.

Além disso, a violação desses direitos fundamentais mostra-se ainda mais grave pelo fato de ser cometida contra adolescentes, os quais estão em condição de especial proteção.

O Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece claramente que “a criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis”. (art. 15, ECA).

No mesmo sentido, o disposto do art. 18 do referido diploma legal: “é dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor”.

No tocante ao adolescente privado de liberdade, o Estatuto dispõe, especificamente, em seu art. 124, que possui o direito, entre outros, de ser tratado com respeito e dignidade, ter acesso aos objetos necessários à higiene e ao asseio pessoal e de **habitar alojamento em condições adequadas de higiene e salubridade**.

Estabelece, também, que “é dever do Estado zelar pela integridade física e mental dos internos, cabendo-lhe adotar as medidas adequadas de contenção e segurança” (art. 125, ECA).

No mais, o Estatuto da Criança e do Adolescente impõe diversas obrigações às entidades de internação, das quais se destacam as seguintes:

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

I - observar os direitos e garantias de que são titulares os adolescentes;

II - não restringir nenhum direito que não tenha sido objeto de restrição na decisão de internação;

III - oferecer atendimento personalizado, em pequenas unidades e grupos reduzidos;

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

[...] VII - **oferecer instalações físicas em condições adequadas de habitabilidade, higiene, salubridade e segu-**

rança e os objetos necessários à higiene pessoal:

VIII - oferecer vestuário e alimentação suficientes e adequados à faixa etária dos adolescentes atendidos;

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

[...] XVI - comunicar às autoridades competentes todos os casos de adolescentes portadores de moléstias infecto-contagiosas; [...] (sem grifo no original).

Restou claro, portanto, pelas informações dos autos e pela fundamentação supra, que essas medidas adequadas de segurança, assim como de higiene e habitação asseguradas legalmente aos adolescentes privados de liberdade não estão sendo respeitadas, já que o Centro Educacional Regional São Lucas não conta com a estrutura apropriada para o acolhimento dessas pessoas.

Cabe destacar, ainda, que o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), desenvolvido pelo CONANDA, que objetiva o estabelecimento de uma política pública destinada à inclusão do adolescente em conflito com a lei, orienta a utilização dos seguintes parâmetros arquitetônicos para unidades de atendimento que realizam internação, como, por exemplo, o CER São Lucas:

[...] 4) utilizar, na cobertura, material adequado de acordo com as peculiaridades de cada região, prevendo a conveniente ventilação e proteção, adotando esquemas técnicos especiais que atendam às condições climáticas regionais.

5) considerar que a dinâmica do atendimento socioeducativo se desenvolve tendo como suporte ações administrativas e técnico-pedagógicas de educação, de saúde integral, de direitos sexuais, de direitos à visitação familiar, de direitos à maternidade, de esporte, de cultura, de lazer, de profissionalização, integrando adolescente, família e comunidade;

6) privilegiar uma maior segurança externa e possibilitar a concepção de espaços internos que permitam o melhor desenvolvimento das atividades socioeducativas, respeitados os critérios preconizado no artigo 123 do ECA;

7) observar o número de até quarenta adolescentes em cada Unidade de atendimento, conforme determinação da Resolução de n.º 46/96 do CONANDA, sendo constituída de espaços residenciais (módulos) com capacidade não superior a quinze. E em caso de existência de mais de uma Unidade no mesmo terreno estas não ultrapassarão

a noventa adolescentes na sua totalidade;

8) observar que os quartos existentes nas residências (módulos) sejam de no máximo três adolescentes;

[...] 11) construir refeitórios, no caso de mais de uma Unidade no terreno, na área de uso comum de forma integrada; sendo que poderá ser edificado mais de um ambiente para ser utilizado como refeitório, de forma a permitir o atendimento simultâneo dos adolescentes de cada Unidade;

[...] 13) prever a existência de áreas verdes e a aplicação da psicodinâmica das cores, visando à humanização do ambiente, bem como estimular a criatividade, perspectiva de futuro e dinamização no aprendizado;

14) considerar o “pé-direito” mínimo de 3,00m, resguardadas as especificidades de cada ambiente, e, no caso da verticalização das edificações limitar ao máximo de dois pavimentos;

15) prever nos casos de construção de Unidades de atendimento socioeducativo regionalizado as mesmas definições expressas para a internação; e

16) prever Unidades de atendimento socioeducativo de internação, obedecida a rigorosa separação por critérios de idade, compleição física e gravidade da infração (Doc. 08).

Cabe ressaltar que a edificação da instituição em voga, conforme mencionado no relatório de Inspeção Sanitária n. 13129407887/10 (Doc. 01), dificulta a comunicação dos pavilhões e da administração, a evacuação rápida do local em caso de alguma emergência, bem como o atendimento eficaz do corpo de bombeiros, policiais e paramédicos.

Frisa-se, por oportuno, que todo o sistema de esgoto do prédio São Lucas, cuja edificação data de 1974, está saturado. A estrutura é antiga e insuficiente. Observa-se, ainda, que o modelo de construção adotado é incompatível com as necessidades de um Centro Educacional Regional.

Assim, é evidente que a construção não oferece instalações físicas em condições adequadas de habitabilidade, higiene, salubridade e segurança, conforme preconizado no Estatuto da Criança e do Adolescente em seu art. 94, inciso VII.

Além da legislação já mencionada, a atual situação da referida instituição, decorrente da inércia do Estado, infringe o disposto nas

Normas de Segurança contra Incêndios (*Decreto Estadual n. 4.909 de 18/10/1994*).

O art. 601 do Decreto Estadual n. 4.909/1984 dispõe o que segue:

Art. 601 - As edificações e os estabelecimentos, licenciados ou construídos antes da vigência destas Normas, deverão atender às exigências nelas contidas, respeitadas as condições estruturais e arquitetônicas das mesmas, podendo, a critério do Corpo de Bombeiros, as exigências comprovadamente inexequíveis serem reduzidas ou dispensadas em consequência, substituídas por outros meios de segurança.

Diz, ainda, a referida legislação em seu artigo 19 do Anexo Único:

Art. 19 - Nas edificações **PÚBLICAS**:

I - Independente do número de pavimentos ou da área total construída, será exigido Sistema Preventivo por Extintores;

II - Com 4 ou mais pavimentos ou área total construída, igual ou superior a 750 m², será exigido Sistema Hidráulico Preventivo;

III - Que façam uso de aparelhos técnicos de queima deverão dispor de Gás Centralizado;

IV - Com 4 ou mais pavimentos ou área total construída, igual ou superior a 750 m², deverão dispor de instalação de Pára-Raios;

V - Serão exigidas Saídas de Emergência;

VI - Com área total construída igual ou superior a 750 m², será exigido Sistema de Alarme, Iluminação de Emergência e Sinalização para Abandono do Local;

VII - Com mais de 20 m de altura deverão dispor de pontos para Ancoragem de Cabos.

[...]

A Lei Complementar Estadual n. 60/2000, que institui o Código de Obras e Edificações de Florianópolis, dispõe em seus arts. 236 e 237 que:

Art. 236 As edificações deverão ser providas de instalações e equipamentos de proteção contra incêndio aprovadas pelo Corpo de Bombeiros.
Art. 237 As instalações e equipamentos contra incêndio deverão ser mantidos em excelente estado de conservação e funcionamento

Conforme último relatório do Corpo de Bombeiros (Doc. 02), de 21 de janeiro de 2010, a edificação não atende aos requisitos mínimos de segurança contra incêndio, razão pela qual sua edificação foi descrita como irregular. Destaca-se que o último projeto preventivo contra incêndio aprovado pelo Corpo de Bombeiros data de 3 de outubro de 1986 e que o CER São Lucas não possui atestado de “habite-se” ou de funcionamento.

No que diz respeito às normativas da Vigilância Sanitária, infringe o disposto na Lei Estadual n. 6320/1983, a qual dispõe, no art. 12, que “toda pessoa deve zelar no sentido de por ação ou omissão, não causar dano à saúde de terceiros, cumprindo as normas ou regras habituais de sua profissão ou ofício, bem como as prescrições da autoridade de saúde”.

A referida legislação estadual, que dispõe sobre normas gerais de saúde, estabelece como penalidade:

Art. 61: A pessoa comete infração de natureza sanitária e está incursa nas penas discriminadas a seguir, quando:

[...] XXV – não cumpre as exigências sanitárias relativas a imóveis quer seja proprietário, ou detenha legalmente a sua posse:

Pena – advertência, interdição, e/ou multa:

[...] XXXIV – inobserva as exigências de normas legais pertinentes a construções, reconstruções, reformas, loteamentos, abastecimento domiciliário de água, esgoto domiciliar, habitações em geral, coletivas ou isoladas, hortas, jardins e terrenos baldios, escolas locais de trabalho em geral, locais de divertimentos coletivos e de reuniões, necrotérios, velórios e cemitérios, estâbulos e cocheiras, saneamento urbano e rural em todas as suas formas, controle dos ruídos e seus incômodos, bem como tudo que contrarie a legislação sanitária referente a imóveis em geral e sua utilização:

Pena – advertência, e/ou multa, interdição parcial ou total, temporária ou definitiva do estabelecimento ou atividade.

Desse modo, é evidente a necessidade da interdição do local – atitude recomendada pela Secretaria de Estado da Saúde, por meio da Diretoria de Vigilância Sanitária, após a realização de vistoria no Centro Educacional São Lucas no dia 8 de janeiro de 2010 (Doc. 01).

Assim, diante da atual situação do CER São Lucas, da inércia do Estado e da legislação supra, infere-se que a interdição é a medida

necessária para que seja alcançado o pedido da presente ação.

Portanto, expressa é a necessidade de sanar as inúmeras irregularidades, apontadas tanto pela Vigilância Sanitária como pelo Corpo de Bombeiros, sob pena de dano de difícil reparação aos adolescentes e funcionários que por lá podem passar, razão pela qual deve o Estado de Santa Catarina ser compelido ao cumprimento de OBRIGAÇÃO DE FAZER consistente na adequação das irregularidades apontadas.

4 O RESPEITO À TRIPARTIÇÃO DE PODERES E À DISCRICIONARIEDADE DO EXECUTIVO

Cumpra esclarecer que a presente ação não visa a provocar a ingerência indevida do Judiciário quanto aos atos discricionários da Administração Pública, mas tão somente preservar a dignidade e os direitos dos adolescentes que se encontram no CER, adequando-o às normas do Corpo de Bombeiros e da Vigilância Sanitária.

Sobre o princípio da Separação dos Poderes, ensina José Afonso da Silva:

Hoje, o princípio não configura mais aquela rigidez de outrora. A ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação de poderes e novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo e executivo e destes com o judiciário, tanto que atualmente se prefere falar em 'colaboração de poderes' [...]. A 'harmonia entre os poderes' verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados⁵

5 SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 109/110.

Dessa forma, antes que se levante corriqueiro argumento de defesa, não se pretende invadir a esfera discricionária do Poder Executivo. Busca-se apenas o cumprimento das normas básicas de segurança e higiene, sem as quais não se pode falar em direito de vida com dignidade.

5 A ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA

O artigo 212 do ECA determina que, para a defesa dos direitos e interesses protegidos pelo estatuto, são admissíveis todas as espécies de ações pertinentes.

Na mesma linha, o artigo 213 diz que, na ação que tenha por objeto a obrigação de fazer, o Juiz concederá tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente (ao adimplemento).

O referido dispositivo há de ser conjugado com o artigo 6º, segundo o qual, na interpretação do Estatuto, levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e os deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

No mais, tratando-se de Ação Civil Pública, é importante observar que o art. 19 da Lei n. 7.347/1985 permite a aplicação do Código de Processo Civil (CPC) ao caso em questão.

Art. 19. Aplica-se à ação civil pública, prevista nesta Lei, o Código de Processo Civil, aprovado pela Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, naquilo em que não contrarie suas disposições.

Nos termos do art. 461 do Código de Processo Civil:

Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará as providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

Giza-se que o CPC não se limitou a estabelecer a satisfação específica da obrigação de fazer. Preocupou-se, também, em garantir a

realização da prestação em tempo adequado, mesmo antes da sentença, tendo em vista a efetividade da tutela jurisdicional.

Dita o artigo 461 do Código de Processo Civil, que dispõe em seu parágrafo 3º:

§ 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 mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

São requisitos da antecipação da tutela o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. O *fumus boni iuris* consiste na verossimilhança do direito invocado pela parte, ou seja, a pretensão deduzida em juízo apresenta-se plausível no momento em que é realizada uma análise superficial da lide. O *periculum in mora* verifica-se quando a ausência da medida de proteção imediata do direito pode acarretar um dano irreparável ou de difícil reparação, caso o pedido do autor venha a ser acolhido no julgamento definitivo do feito, de modo que a sentença favorável pode perder a sua utilidade.

No presente caso, o *fumus boni iuris* evidencia-se frente a toda fundamentação já esposada e à documentação acostada, dando conta das irregularidades do CER São Lucas em relação à Vigilância Sanitária e ao Corpo de Bombeiros.

Ademais, as medidas ora requeridas não podem ficar à disposição da vontade do administrador, ao qual não é permitido deixar de atender às determinações vinculadas. Longe de serem meramente discricionárias, as normatizações de natureza sanitária derivam de legislação estadual (Lei n. 6.320/1983) e à administração pública não é permitido agir a não ser sob o império da lei.

Diante da inércia do Estado que, mesmo provocado administrativamente, nada de concreto fez, impõe-se a adoção de providência liminar.

Presente, também, o *periculum in mora*, que se revela na insustentabilidade da situação atual, pois os adolescentes podem sofrer danos irreparáveis a sua formação, saúde e integridade física e psicológica, em razão dos gravames ao seu estado de saúde (alguns deles já enfermos, o que agrava ainda mais o quadro), da possibilidade de óbitos, frente a

eventuais casos de infecção, entre outras inúmeras situações advindas da falta de segurança e higiene do ambiente em questão, somado à falta de infraestrutura para receber os adolescentes.

Fato notório a estimular o deferimento de tutela de urgência ocorreu em caso análogo na Penitenciária de Itajaí⁶, que restou interditada tendo em vista a inexistência de condições estruturais exigidas pela vigilância sanitária.

Dessa forma, é imperativo que se concedam as medidas liminares pleiteadas, sob pena de danos de difícil reparação e graves prejuízos aos adolescentes internados e que virem a ser internados no CER São Lucas, bem como a seus parentes e aos servidores daquela instituição.

Não se desconhece a excepcionalidade da medida de interdição, inclusive já afirmada pelo Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

[...] somente aceitável quando inviável o pronto e eficaz equacionamento das irregularidades, mostrando-se abusiva quando perfeitamente solucionáveis as lacunas evidenciadas pela falta de salubridade, tendo o Estado o dever de repará-las. Imprescindível, por isso, que a decisão esteja contornada pelo bom senso, razoabilidade e conveniência, especialmente quando existem outras alternativas que possibilitam a resolução dos problemas verificados⁷

No presente feito, muitas foram as tratativas com o ente estatal. No entanto, nada foi solucionado, o que agrava a situação do local, considerando a excepcionalidade e a real necessidade da intervenção no Centro Educacional São Lucas.

Inviável conceber que o São Lucas possa permanecer em funcionamento pleno na atual situação em que se encontra, mormente se for considerado seu histórico de fugas ocorridas nos últimos meses.

Desde fevereiro do corrente ano, as fugas são noticiadas de modo corriqueiro na mídia (Doc. 07). No último dia 6, o Jornal Santa Catarina expôs que “em uma semana, pelo menos 26 jovens infratores escaparam do internato”. Ainda, conforme relatado pelo Diário Catarinense “de

6 Emb. Declaração n. 2007.012048-2, de Blumenau. Relator: Paulo Roberto Camargo Costa. Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal. Data Decisão: 23.09.2007

7 RIZZATTO NUNES. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2ª Edição reformulada. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 741.

acordo com reclamações de monitores do São Lucas o número de fugas chegou a 3,5 por semana, ou cerca de 14 por mês”.

6 DA MULTA DIÁRIA CONTRA O AGENTE ADMINISTRATIVO RESPONSÁVEL PELOS ATOS CONCRETOS DE CUMPRIMENTO DA DECISÃO JUDICIAL

A multa cominatória é uma das formas para a garantia da efetivação da decisão, de acordo com o art. 84, §3º e §4º, 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 do 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.

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do § 3º ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito. (sem grifo no original).

Todavia, como o demandado é ente estatal, a multa, ao final, acabaria recaindo sobre todos os contribuintes, o que não atende os interesses coletivos. Nesses casos, o mais adequado é que a multa, por eventual descumprimento da decisão judicial, recaia sobre o administrador, no caso dos autos o Governador do Estado, pois o objetivo primordial é a busca da efetividade e a adequação da tutela.

Sobre o tema, Rizzatto Nunes bem doutrina:

A lei permite que, em vez da tutela específica requerida, o magistrado determine providências que possam assegurar o resultado prático equivalente ao do adimplemento. [...]

Veja-se que o §5º expressamente permite que o magistrado determine as medidas necessárias, quaisquer que sejam elas. O dispositivo do §5º é meramente exemplificativo,

o que fica claro pelo esquema da preposição, que diz “medidas necessárias”, ou seja, toda e qualquer medida que for necessária e “tais como...”, isto é, exemplificativamente, busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra.⁸

7 DOS REQUERIMENTOS

Pelo exposto, o Ministério Público requer:

a) o recebimento da presente ação, com a concessão de **tutela de urgência**, *inaudita altera parte*, e posterior julgamento de procedência da ação para compelir o ESTADO DE SANTA CATARINA ao cumprimento de OBRIGAÇÃO DE FAZER, respeitadas as ordens de precariedade apontadas pelo Corpo de Bombeiros e pela Vigilância Sanitária, consistentes:

a.1. na interdição do **Níveis 1 e 4** do Centro Educacional São Lucas e imediata realização das adequações das irregularidades apontadas pela Vigilância Sanitária e Corpo de Bombeiros, no prazo de 60 dias, a contar da data da interdição do local, sem prejuízo de processo licitatório, se for o caso;

a.2. em seguida, findo o prazo estabelecido para os reparos nos Níveis 1 e 4, a interdição dos **Níveis 5 e 6** do Centro Educacional São Lucas para realização das adequações das irregularidades apontadas pela Vigilância Sanitária e pelo Corpo de Bombeiros, no prazo de 60 dias, a contar da data da interdição do local, sem prejuízo de processo licitatório, se for o caso;

a.3. transcorrendo o prazo estabelecido para a adequação dos Níveis 5 e 6, a interdição dos **Níveis 2 e 3** do Centro Educacional São Lucas para realização das adequações das irregularidades apontadas pela Vigilância Sanitária e pelo Corpo de Bombeiros, no prazo de 60 dias, a contar da data da interdição do local, sem prejuízo de processo licitatório, se for o caso;

8 RIZZATTO NUNES. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 2ª Edição reformulada. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 741.

a.4. por fim, passados os 180 dias concedidos para as adequações dos Níveis, a adequação das demais irregularidades apontadas pela Vigilância Sanitária e Corpo de Bombeiros, no prazo de 90 dias, sem prejuízo de processo licitatório, se for o caso;

b) a interdição do Centro Educacional São Lucas, se ultrapassado qualquer dos prazos referidos nos itens acima;

c) a citação do réu por mandado, para, querendo, contestar o presente feito, sob pena de revelia;

d) intimação do Corpo de Bombeiros, da Vigilância Estadual e da Vigilância Municipal de São José, para que tenham ciência da decisão e fiscalizem o cumprimento da execução das adequações;

e) em razão do disposto no § 5º do artigo 84, CDC, que sejam determinadas providências judiciais que assegurem a concessão da tutela específica, além da determinação mandamental de adimplemento, sob pena de configuração de crime de desobediência;

f) com a concessão da tutela antecipada e cominação de multa diária pessoal por descumprimento, a intimação, por mandado, do demandado, na pessoa do Governador do Estado, Leonel Arcangelo Pavan, informando-o do seu respectivo teor, para que não se furte ao cumprimento das determinações judiciais, autorizando, desde já, em sendo necessário, a aplicação do disposto nos arts. 172, §2º, 227 e 228, do mesmo diploma legal;

g) a produção de prova oral, documental e pericial, principalmente:

e.1. a realização de nova vistoria pelo Corpo de Bombeiros e pela Vigilância Sanitária;

e.2. a realização de estudo biológico por perito habilitado, com o objetivo de avaliar a contaminação do solo do CER São Lucas, tendo em vista a precariedade do sistema de esgoto do local;

h) **confirmada a medida liminar requerida**, a integral procedência do pedido exordial, com a cominação de multa diária pessoal, no caso de descumprimento, revertida para o Fundo Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente de Florianópolis (art. 214, ECA);

i) a condenação do Executado ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, conforme expressa previsão dos artigos 19 da Lei n. 7347/1985 c/c art. 20 do Código de Processo Civil, os quais deverão ser encaminhados ao Fundo Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente de Florianópolis (art. 214, ECA);

j) o cumprimento do disposto no art. 94 da Lei 8.078/1990⁹.

Atribui-se à causa o valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

Florianópolis, 16 de abril de 2010.

Thiago Carriço de Oliveira

Promotor de Justiça

Analú Librelato Longo

Promotora de Justiça

Rol de documentos

Doc. 01 – Relatório de Inspeção Sanitária n. 13129407887/10;

Doc. 02 – Relatório de Indeferimento de Vistoria de Manutenção do Corpo de Bombeiros;

Doc. 03 – Ofício n. 374/SCA/10 – Listagem de Adolescentes Internados;

Doc. 04 – Relatório de Reunião com o Departamento de Justiça e Cidadania – 14.07.2009;

⁹ Proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor.

Doc. 05 - Relatório de Reunião com o Departamento de Justiça e Cidadania
- 19.08.2009;

Doc. 06 - Relatório de Reunião com o Departamento de Justiça e Cidadania
- 25.08.2009;

Doc. 07 - Notícias relacionadas às recentes fugas do CER São Lucas;

Doc. 08 - Fotos de Janeiro de 2010;

Doc. 09 - Notícias relacionadas às reformas no São Lucas;

Doc. 10 - Cópia do Termo de Audiências dos Autos n. 023.01.034861-4

VI PRÊMIO MILTON LEITE DA COSTA - 2010
 Categoria A: Peça Processual - 3º lugar

Fábio de Souza Trajano

Procurador de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina

EXCELENTÍSSIMO SENHOR JUIZ DE DIREITO DA.....
 DA COMARCA DA

Tratando-se de tributo indireto, a exemplo do ICMS, a legitimidade ativa para a ação de repetição de indébito pertence, em regra, ao contribuinte de fato. **Permitir o ressarcimento do imposto por aquele que não arcou com o respectivo ônus financeiro caracteriza enriquecimento ilícito desse último.** (o destaque não consta no original)¹.

¹ STJ. REsp 1087562/BA, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/12/2009, DJe 10/02/2010.

Atuação	Florianópolis	Edição Especial - Prêmio Milton Leite da Costa 2009/2010	p. 239 - 262	2011
---------	---------------	--	--------------	------

Ainda me esforce, não vejo nenhuma (nenhuma!) razão para a angústia da autora. Considero impossível que a gigantesca empresa tenha problemas de solvência em face do numerário aqui retido. Menos crível – **divago à procura de justificativa para tanta ansiedade** – que o escritório que patrocina a causa, encabeçando um dos mais renomados tributaristas do país, tenha também carência financeira extrema. (o destaque não consta no original).²

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA, com fundamento nos artigos 3º, incisos I e IV; 5º, *caput*, e inciso XXXII; 127; 129, inciso III; 170, inc. V, todos da Constituição da República; no artigo 1º, inciso II; 5º, *caput*, e demais dispositivos da Lei n. 7.347/1985; no Código de Defesa do consumidor (Lei n. 8.078/1990), nos artigos 81, parágrafo único, e seus incisos, art. 4º, incisos I e III, art. 6º, incisos II, IV, V, VI, VII e VIII, art. 51, incisos IV e XIII; na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei n. 8.625/1993); no artigo 82, inciso VII, alínea *b* da Lei Orgânica Estadual do Ministério Público (Lei Complementar n. 197, de 13 de julho de 2000), e, ainda, sobretudo com fulcro no Inquérito Civil n., que segue em anexo e ao qual será feita menção pelo número de folhas, vem à presença de Vossa Excelência propor a presente

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA, de obrigação,
com pedido de TUTELA ANTECIPADA,**

em desfavor de, inscrita no CNPJ sob o n. ,
com sede na, nesta Capital, CEP ,
pelos fatos e fundamentos a seguir expostos.

² Trecho de decisão judicial proferida nos autos, relacionada ao pedido de levantamento judicial do valor total depositado.

1 DOS FATOS

O Ministério Público do Estado de Santa Catarina, por sua Promotoria de Justiça, instaurou o Inquérito Civil n....., com o objetivo de investigar o destino dado aos valores depositados judicialmente pela na Ação Cautelar Preparatória n., que tramita na da Comarca da, referentes ao crédito discutido nos autos da Ação Declaratória n., já transitada em julgado em 27 de novembro de 2009 (fls. 76), na qual foi declarada a não incidência de ICMS sobre os serviços denominados de “valor adicionado”, tendo em vista que tais valores foram efetivamente cobrados dos consumidores em suas faturas telefônicas (fls. 77/97).

Requisitadas informações do Governo do Estado (fls. 08), foi encaminhado material que comprova a cobrança dos valores referentes ao ICMS sobre os serviços denominados de “valor adicionado” dos consumidores em fatura telefônicas (fls.10/33), e, mais ainda, que mesmo após o trânsito em julgado da decisão, a continua cobrando de seus consumidores tais valores e depositando judicialmente (fls. 34/39 e 57/60), o que causa estranheza, já que são indevidos e a demandada tem ciência disso, pois tomou conhecimento do trânsito em julgado da decisão e pleiteia o alvará de levantamento dos valores depositados em juízo.

Apenas para elucidar a questão e o montante dos valores em discussão, destaca-se que somente no mês de janeiro de 2010, após o trânsito em julgado da decisão, houve arrecadação de R\$ 1.035.848,66 (um milhão, trinta e cinco mil, oitocentos e quarenta e oito reais e sessenta e seis centavos) e em fevereiro de 2010 mais R\$ 1.049.757,16 (um milhão, quarenta e nove mil setecentos e cinquenta e sete reais e dezesseis centavos) a título de ICMS cobrado indevidamente dos consumidores e depositados em juízo para posterior saque (fls.34-35 e 67-60).

Em 21 de novembro de 2008, o valor dos depósitos importava em R\$ 97.581.337,75 (noventa e sete milhões, quinhentos e oitenta e um mil, trezentos e trinta e sete reais e setenta e cinco centavos), conforme informação do setor competente do Tribunal de Justiça (fls. 100-101).

Ora, o beneficiário da decisão da ação declaratória da não incidência do ICMS sobre os serviços de valor adicionado é o consumidor.

Consequentemente, em seu trânsito em julgado não deveria mais haver a cobrança de tais valores e o crédito depositado judicialmente, pertencente à universalidade de consumidores e não às autoras, ser restituído aos consumidores.

Qualquer entendimento contrário autoriza que, futuramente, seja motivo de comemoração pelos fornecedores a inclusão pelo Estado de um novo imposto que se entende indevido. Bastaria, em tal caso, contestar judicialmente o débito e aguardar, paciente e comodamente (*in casu* 11 anos), a decisão judicial definitiva, já com a perspectiva de que os valores, cobrados indevidamente dos pobres e vulneráveis consumidores, entrarão nos cofres da empresa posteriormente, apesar de não ter saído deles. Seria, com certeza, mais um verso para ser acrescentado à música “Que país é este”, do Legião Urbana, além de flagrante violação dos princípios Republicanos, da Cidadania, da Igualdade, da Justiça e da Solidariedade, todos princípios estruturantes da Constituição Federal e ligados umbilicalmente à proteção do consumidor.

Salienta-se que o Ministério Público (fls. 49/51) informou o Juíz dos autos n. do trâmite do Inquérito Civil que segue em anexo e peticionou nos autos para que o alvará de levantamento dos depósitos judiciais pela ficasse suspenso, o que foi deferido pelo Juízo nos seguintes termos (fls. 55):

Acato o requerimento ministerial, ainda que de maneira atípica (fls. 497). O Promotor de Justiça, com efeito, trouxe razões preocupantes quanto ao levantamento do numerário, ponderando que, indireto o tributo, os depósitos havidos teriam resultado de pagamentos feitos pelos contribuintes de fato. Dessa maneira, pode-se cogitar de ofensa (ainda que acobertada) à restrição do art. 166 do CTN, que restringe o direito de repetição de tal modalidade de tributo àquele que efetivamente realiza o desembolso. A prudência na linha do que defendi algumas vezes nestes autos impõe que se postergue a avaliação do requerimento de alvará à nova manifestação ministerial. Demais, muito pouco provável que a gigantesca autora enfrente dano em face da ausência do dinheiro (que permanece sendo remunerado). Por isso, abro vista a Sua Excelência, por 15 dias, posteriormente voltando os autos para reanálise.

Da decisão houve interposição de Agravo, com denegação da tutela antecipada (fls. 61/65), com destaque ao trecho a seguir:

[...] De outro vértice, tampouco compreendo evidenciada a relevância do pleito, visto que, conquanto verbere a aplicação do disposto no art. 166 do Código Tributário Nacional sob o argumento de que a demanda transitada em julgado não possui natureza de repetição de indébito, e, sim, declaratória, a xxxxxxxx. em nenhum momento afastou a tese de que o valor depositado em subconta judicial teria sido, em verdade, custeado pelos usuários do sistema de telecomunicações.

Deste modo, há, sim, possibilidade de que seja ela parte ilegítima para reaver o montante, merecendo destaque que nos autos do Inquérito Civil nº xxxxxxxxxxxx, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina constatou que os valores depositados foram exigidos dos assinantes do sistema e, **pasme-se, continuariam a ser exigidos ainda hodiernamente, conquanto a agravante já estivesse ciente do definitivo êxito na declaração de inexigibilidade do tributo, expediente que somente no mês de janeiro de 2010, resultou na inadequada obtenção do significativo valor de R\$ 1.035.848,66 (hum milhão, trinta e cinco mil, oitocentos e quarenta e oito reais e sessenta e seis centavos - fls. 497/499).**

A curiosa afirmação não foi sequer versada pela xxxxxxxxxxxx. em suas razões recursais, o que situa sua talvez ilegítima pretensão no plano, quiçá, da deliberada ilicitude.

Conquanto caiba à Câmara especializada o exame aprofundado do meritum recursal, nesta quadra processual não vislumbro a relevância de argumentos, essencial ao atendimento da pretensão, motivo pelo qual compreendo inadequada a concessão da tutela antecipada. [...] (o destaque e a supressão de dados não faz parte do original).

A insistência da demandada em continuar recolhendo o tributo indevido dos consumidores e a persistência em efetuar o levantamento dos valores depositados em Juízo demonstram a temeridade de os valores acabarem não chegando às mãos de quem verdadeiramente pertencem por direito: a universalidade de consumidores.

Ressalta-se, finalmente, que será encaminhada cópia da presente inicial ao Relator do Agravo de Instrumento mencionado e ao Juiz da ação n.

2 DO DIREITO

2.1 A defesa do Consumidor como Direito Fundamental

A Constituição da República, ao cuidar dos direitos e garantias fundamentais, estabeleceu, no art. 5º, inciso XXXII, que o “Estado promoverá na forma da lei a defesa do consumidor”. No art. 48 do Ato das Disposições Transitórias estabeleceu que o Congresso Nacional deveria elaborar em 120 dias o Código de Defesa do Consumidor.

A defesa do consumidor afigura-se, pois, direito e garantia fundamental. No art. 170, inciso V, da Constituição da República está previsto como princípio da Ordem Econômica a Defesa do Consumidor. Se a Ordem Econômica tem de assegurar a todos existência digna (CR, art. 170), conforme os ditames da justiça social, a defesa do consumidor, por conseguinte, é um dos princípios para alcançar tais objetivos.

Tem o Estado, portanto, o dever de promover esse direito na forma da lei, atividade essa determinada expressamente pela Constituição da República para a sua realização. Impõe-se, por conseguinte, ao legislador ordinário e ao Poder Judiciário, conectar-se a esse direito fundamental, de modo a particularizar efetivamente a proteção constitucional por meio de elaboração e aplicação de normas jurídicas consentâneas com a defesa do consumidor, como DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL.

BRUNO NUBENS BARBOSA MIRAGEM³, com propriedade, realça a importância dos direitos fundamentais, *in verbis*:

Assim, o direito do consumidor, enquanto direito subjetivo, tem sede constitucional e caracteriza-se ontologicamente como direito humano fundamental, tomado o sujeito titular do direito na sua compreensão finalista, vinculada a uma dimensão própria da pessoa humana e de sua necessidade de consumo. Essa compreensão do fenômeno, todavia, só é possível de tomarmos a figura do consumidor, em sua perspectiva existencial, como um sujeito próprio com necessidades fundamentais.

Daí por que necessário tomarem-se as determinações legais de uma política nacional das relações de consumo (arts. 4º

3 O Direito do Consumidor como Direito Fundamental. Revista de Direito do Consumidor, vol. 43. p. 111-132.

e 5º, do CDC) como uma política de defesa dos direitos da própria pessoa, uma vez tutelando – no âmbito próprio das relações de consumo – bens jurídicos universais, como a dignidade, a vida, a saúde e segurança. (...) Nesse sentido, o ser humano consumidor será, antes de tudo, tomado como pessoa humana, tendo esta uma dimensão juridicamente protegida no que diz na sua condição de vulnerabilidade em dada relação – a relação de consumo.

[...]

E o Código de Defesa do Consumidor, como iniciativa legislativa de realização daquele direito humano fundamental, uma prestação legislativa do Estado por expressa determinação constitucional, deve ser observado, inclusive no seu caráter expresso de lei de ordem pública, nessa mesma perspectiva, que determina – necessariamente – a ótima efetivação dos seus preceitos protetivos e promocionais.

De fato, a previsão constitucional da defesa do consumidor, como direito humano fundamental, o coloca em posição de destaque na ordem jurídica pátria, verdadeiro parâmetro hermenêutico, reafirmando e consagrando a dignidade da pessoa humana como premissa maior do Estado de direito democrático (CR, art. 1º, inc. III).

Enfim, a defesa do consumidor é um dos valores para o pleno desenvolvimento da personalidade humana e para o exercício da atividade profissional.

Portanto, a necessidade de obediência ou de respeito aos direitos humanos fundamentais, entre os quais nele se insere a defesa do consumidor, constitui alicerce indispensável à construção de um autêntico Estado de Direito Democrático, dignos que são de maior proteção constitucional por meio da sua inclusão no elenco das cláusulas pétreas (CR, art. 60, §4º).

E, para regulamentar o preceito constitucional da defesa do consumidor, veio a lume o Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal 8.078/1990), o qual estabelece regras de ordem pública e de interesse social (art. 1º) de proteção das relações jurídicas de consumo e do próprio consumidor.

Nesse sentido, sendo a defesa do consumidor um direito e garantia fundamental a ser promovido pelo Estado (art. 5º, inc. XXXII, CF), deve o Estado-Juiz realizar positivamente a tutela dos consumidores, no

presente caso, a fim de que haja a prestação protetiva dos consumidores que pagaram às autoras o ICMS declarado indevido, e determinar a devolução dos valores a todos os consumidores.

Cláudia Lima Marques⁴, realça a importância da busca da eficácia prática aos novos direitos fundamentais do indivíduo, *in verbis*:

Tendo em vista a evolução do direito, como um instrumento de mudança social, os direitos previstos no texto constitucional, tanto os direitos políticos (os chamados direitos fundamentais de 1ª geração) quanto os direitos econômicos e sociais (direitos fundamentais de 2ª e 3ª gerações), passam a ter uma eficácia “positiva”. Se tradicionalmente estas previsões constitucionais possuíam um efeito meramente “negativo”, no sentido de proibir o Estado de certas atitudes diante dos cidadãos, agora tais previsões ganham uma nova força “positiva”, no sentido de obrigar o Estado a tomar certas atitudes, inclusive a intervenção na atividade privada para proteger determinado grupo difuso de indivíduos, como os consumidores. Daí a tendência do legislador moderno, que procura garantir a eficácia prática dos novos direitos fundamentais do indivíduo, dentre eles os direitos econômicos, através da inclusão destes “objetivos constitucionais” em normas ordinárias de direito privado, como é o caso do próprio Código de Defesa do Consumidor.

Desenvolvidas tais considerações, impõe-se analisar, na sequência, o caráter principiológico do Código de Defesa do Consumidor.

2.1.1 Princípios do CDC aplicáveis

A defesa do consumidor é norma de ordem pública e de interesse social, conforme estatuído na Constituição Federal e na Lei n. 8.078/1990:

Art. 1º O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.

Sendo a harmonização nas relações de consumo um dos objetivos, conforme estabelecido no caput do art. 4º. O Código de Defesa do Consumidor prima pela harmonia nas relações de consumo, transparência e boa-fé. Senão, vejamos:

4 MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4 ed. São paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 513.

Art. 4º A Política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito a sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria de sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia nas relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:

[...]

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

[...]

VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo [...];

A defesa do consumidor, mais, foi inserida dentre os princípios da Ordem Econômica, consoante disposto no inciso V do artigo 170. A relevância de tal inserção traduz-se, pois, na categoria em que o legislador quis fixar as relações do consumo na esfera constitucional federal, conferindo-lhe disposição principiológica própria.

Consoante a expressa previsão do legislador constituinte à execução fiel aos princípios vetores da ordem constitucional, dentre eles o aclamado direito do consumidor, além de ser esse direito individual de expressão coletiva, não há de se negar a nítida importância axiológica e deontológica que a defesa do consumidor traz consigo para a instituição de um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício de direitos fundamentais que convirjam ao ápice da dignidade da pessoa humana.

2.2 Dos Direitos Básicos dos Consumidores

O Código de Defesa dos Consumidores elenca como direitos básicos dos consumidores:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

IV – a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos e 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;

[...]

O art. 22 do Código dispõe que as empresas concessionárias são obrigadas a fornecer serviços adequados:

Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Ademais, o art. 39, inciso V, do CDC, dispõe que:

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

[...]

V - exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva;

[...]

Como se vê, a prática abusiva retratada nesta inicial é evidente.

Primeiro, em razão do pedido de alvará para levantamento judicial dos valores depositados em Juízo, que não pertencem à demandada, mas, sim, à universalidade de consumidores que pagaram o ICMS em suas faturas telefônicas.

Segundo, continuou cobrando indevidamente os valores dos consumidores e depositando em Juízo, mesmo após o trânsito em julgado da decisão que declarou a não incidência de ICMS sobre os serviços denominados de “valor adicionado”, **o que, em apenas dois meses, importou em R\$ 2.085.605,82** (dois milhões, oitenta e cinco mil, seiscentos e cinco reais e oitenta e dois centavos).

E não venha a demandada afirmar que recolheu e depositou os

valores em Juízo por equívoco, já que não há dúvidas quanto à ciência do trânsito em julgado da decisão, principalmente pelos insistentes pedidos de urgência peticionados nos autos da Ação Cautelar Preparatória n. para levantamento do dinheiro depositado (fls. 40/45).

A propósito, destaca-se o seguinte trecho da decisão judicial ao analisar o pedido de levantamento dos valores:

Ainda que me esforce, não vejo menhuma (nenhuma!) razão para a angústia da autora. Considero impossível que a gigantesca empresa tenha problemas de solvência em face do numerário aqui retido. Menos crível – **divago à procura de justificativa para tanta ansiedade** – que o escritório que patrocina a causa, encabeçando um dos mais renomados tributaristas do país, tenha também carência financeira extrema....Aliás, como disse há pouco para um dos procuradores da autora, em 17 anos como juiz **nunca vi tamanha apreensão para a obtenção de um alvará** – nem mesmo naquelas franciscanas ações de alimentos ou previdenciárias nos diversos rincões deste Estado onde atuei vi fenômeno equivalente (fls. 48). (o destaque não está no original).

É muito óbvio que a ansiedade para sacar todo o valor depositado, o mais rápido possível, decorre, justamente, da preocupação em evitar que ele seja destinado a quem é de direito, ou seja, ao contribuinte de fato, como, aliás, se tem notícias, extra-oficiais, de que tenha conseguido o mesmo em outras Unidades de Federação, ocasionando manifesto prejuízo aos consumidores.

Outrossim, se o caso foi tratado com tanta urgência, não se compreende a razão dos valores continuarem a ser recolhidos dos consumidores, mesmo após o trânsito em julgado da decisão do Supremo Tribunal Federal. Em outras palavras: **máxima urgência e prioridade para sacar os valores; ausência de urgência e prioridade para cessar a cobrança dos valores indevidos.** Que lógica perversa impingida aos pobres e vulneráveis consumidores!!

Por outro lado, nos causa muita estranheza de, no pedido de reconsideração da decisão do juiz (fls. 43/44), que determinava a realização de oitiva do Estado antes da decisão sobre a liberação dos valores depositados, nos autos n., a demandada salientar a urgência de dispor dos valores ainda no ano de 2009, sob a justificativa dos **“impactos positivos que tal valor poderá trazer aos resultados da**

empresa num ano de notória crise mundial”, já que tais valores acabariam não integralizando seu patrimônio se devidamente restituído aos consumidores.

2.2.1 O contribuinte de fato e o direito ao recebimento dos valores

Com relação à restituição ser devida aos consumidores e não à demandada, ressalta-se que a matéria não comporta maiores discussões, de acordo com recente julgado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que deixa claro a legitimidade para pleitear a sustação e a restituição do tributo do contribuinte de fato, inclusive em face do Estado.

ICMS. LEGITIMIDADE DO CONTRIBUINTE DE FATO PARA PLEITEAR A SUSTAÇÃO DO PAGAMENTO E A RESTITUIÇÃO DO TRIBUTO PAGO INDEVIDAMENTE. ENTENDIMENTO DOMINANTE NESTE TRIBUNAL E NA CORTE SUPERIOR. LEGITIMIDADE ATIVA. DEMANDA DE POTÊNCIA. SÚMULA 21 DO GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO. INCIDÊNCIA DO TRIBUTO TÃO-SOMENTE SOBRE OS VALORES REFERENTES À ENERGIA ELÉTRICA CONSUMIDA E À DEMANDA DE POTÊNCIA EFETIVAMENTE UTILIZADA, INDEPENDENTEMENTE DO QUANTITATIVO CONTRATADO.

A celeuma que reinava sobre a possibilidade, ou não, de a demanda de potência integrar a base de cálculo do ICMS foi resolvida pela Súmula 21 do Grupo de Câmaras de Direito Público desta Corte. Por força do verbete sumular, ficou estabelecido que ‘incide ICMS tão-somente sobre os VALORES referentes à energia elétrica consumida (kWh) e à demanda de potência efetivamente utilizada (Kw), aferidas nos respectivos medidores, independentemente do quantitativo contratado’.

RECURSO E REEXAME NECESSÁRIO DESPROVIDOS.⁵

Cita-se, ainda, trecho da ementa de outra recente decisão do nosso Tribunal sobre a legitimidade dos consumidores para pleitear sustação de cobrança de imposto que entende indevido, cobrado em fatura de concessionária de serviço público:

5 TJSC. Apelação Cível n. 2009.035475-9, de Ituporanga Relator: Paulo Henrique Moritz Martins da Silva. Órgão Julgador: Primeira Câmara de Direito Público Data: 21/01/2010.

[...] Se o consumidor final da energia elétrica (contribuinte de fato) é quem desembolsa os VALORES concernentes ao ICMS, tem ele legitimidade ativa para buscar a sustação da cobrança eventualmente indevida do tributo incidente sobre a demanda reservada de potência.⁶[...]

Do corpo de decisão, em razão da sua importância, extrai-se:

[...] Efetivamente o ICMS é um imposto indireto cujo encargo, em regra, é repassado ao consumidor, que é o contribuinte de fato do tributo. **Não há dúvida de que quem, na prática, desembolsa valores concernentes ao ICMS é o contribuinte de fato, ou seja, o consumidor final da energia elétrica.** No caso dos autos, a autora demonstrou pelos documentos de fls. 26/30, que está arcando com o valor do ICMS sobre a demanda reservada de potência, bem como que foi ela quem quitou o valor deste tributo sobre o encargo emergencial, sendo, pois, a autora a consumidora final e diretamente verdadeira contribuinte de fato. Não comprovou, o Estado, que os valores suportados pela autora, embora possam efetivamente ter sido repassados aos seus clientes, hajam sido creditados para fins de compensação tributária. [...] [grifo nosso]

Nessa linha de raciocínio, conclui-se que, se o consumidor tem direito a pleitear do Estado a sustação da cobrança e a restituição do imposto pago por intermédio de concessionária de serviço público e já houve decisão judicial definitiva da ilegalidade do imposto, resta aos consumidores a restituição dos valores que estão depositados em juízo e à demandada a sustação imediata da cobrança do imposto declarado indevido.

A jurisprudência do STJ trilha no mesmo sentido, conforme recente decisão colacionada abaixo:

[...] 4. Tratando-se de tributo indireto, a exemplo do ICMS, a legitimidade ativa para a ação de repetição de indébito pertence, em regra, ao contribuinte de fato. Permitir o ressarcimento do imposto por aquele que não arcou com o respectivo ônus financeiro caracteriza enriquecimento ilícito desse último. Para que a empresa possa pleitear a restituição, deve preencher os requisitos do art. 166 do CTN, quais sejam, comprovar que assumiu o encargo financeiro do tributo ou que, transferindo-o a terceiro, possua autorização expressa para tanto. Precedentes⁷. [...]

6 TJSC. Apelação Cível n. 2008.056485-2, de Balneário Camboriú. Relator: Jaime Ramos Órgão Julgador: Quarta Câmara de Direito Público Data: 08/01/2010.

7 STJ. REsp 1087562/BA, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/12/2009, DJe 10/02/2010.

Entende-se que os valores depositados judicialmente, assim como a restituição do indébito, pertencem aos consumidores contribuintes de fato, e não é permitido o levantamento do dinheiro pela demandada, pois não foi ela quem arcou com o ônus financeiro do tributo, sob pena de caracterização de enriquecimento ilícito.

2.3 Da devolução dos valores cobrados em dobro após o trânsito em julgado da decisão do STF

Ainda, conforme demonstrado às fls. 34-35 e 57-60, mesmo após o trânsito em julgado da decisão na qual foi declarada a não incidência de ICMS sobre os serviços denominados de “valor adicionado”, em 27 de novembro de 2009 (fls. 76), a demandada continua cobrando tais valores dos consumidores.

Assim, a devolução dos valores cobrados após o trânsito em julgado deve ser em dobro, conforme disposto no parágrafo único do artigo 42.

Diz o art. 42, parágrafo único, do CDC:

Parágrafo único – O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável.

Salienta-se que, por óbvio, não se trata de engano justificável, ademais, basta, para repetição do indébito, a suficiência da culpa, à qual não é necessária a má-fé, só exigível no Código Civil, embora a má-fé esteja presente no caso em análise.

Este é o ensinamento do Ministro do STJ Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin⁸:

[...] No Código Civil, só a má-fé permite a aplicação da sanção. Na legislação especial, tanto a má-fé permite a aplicação da sanção, como a culpa (imprudência, negligência e imperícia) dão ensejo à punição.[...]

8 GRINOVER, Ada Pellegrini, et alli. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995. p. 265.

Arruda Alvim, Thereza Alvim, Eduardo Arruda Alvim e James Martins⁹, comentando o referido dispositivo, acrescentam:

[...] Trata-se de dispositivo mais rígido do que o artigo 1.531, do Código Civil, que só impõe ao credor o dever de pagar ao devedor o que recebeu indevidamente em dobro, se demandar dívida já paga (no todo ou em parte), sem ressalvar as quantias recebidas, ao passo que se pedir a mais do que for devido, segundo tal dispositivo do Código Civil, ficará obrigado apenas a pagar o equivalente do que dele exigir.[...]

No mesmo sentido, é também o entendimento de Luiz Antonio Rizzatto Nunes¹⁰:

[...] Para a configuração do direito à repetição do indébito em dobro por parte do consumidor, é necessário o preenchimento de dois requisitos objetivos:

- a) cobrança indevida;
- b) pagamento pelo consumidor do valor indevidamente cobrado.

[...] E a norma, ao final da redação, dá ainda uma saída ao credor para que ele tente não repetir o dobro do cobrado e recebido indevidamente: dispõe que o credor não responde em caso de “engano justificável”.

Antes de mais nada, diga-se que, se for aceito algum engano justificável na cobrança indevida, ainda assim remanesce, obviamente, o direito de o consumidor repetir o valor singelo, acrescido de correção monetária e juros legais.

A prova da justificativa para o engano é, também, por evidência, ônus do credor. E, em nossa opinião, somente poderá ser apresentada:

- a) se não houve por parte do consumidor cobrança extrajudicial do valor a repetir.

Se existiu cobrança amigável, o credor deveria ter pago de volta pelo menos o valor singelo corrigido e acrescido de juros de mora legais.

Se não o fez, não poderá, depois, ir a juízo alegando engano justificável. Nenhuma “justificação” é possível se ele resistir em devolver amigavelmente o que recebeu de forma indevida.

- b) se, não tendo havido cobrança amigável e ao ser citado

9 Código do Consumidor Comentado, RT, 2ª ed. p. 224.

10 Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. São Paulo:Saraiva, 2000. p. 510/511.

no processo, o credor deposita incontinenti o valor cobrado, ainda que no *quantum* singelo.

É que não pode o credor alegar engano justificável se antes não devolver a quantia singela acrescida de correção monetária e juros.

Se resistiu pelo todo, não pode argumentar com engano, uma vez que, com a instauração do feito judicial, tornou-se plenamente ciente do problema havido.

Superados esses obstáculos preliminares, caberá ao credor provar o engano de maneira cabal.[...]

O nosso Tribunal, aliás, já decidiu pela obrigação da instituição financeira em restituir em dobro os valores cobrados indevidamente dos consumidores, independentemente de má fé. Senão, veja-se:

REPETIÇÃO DE INDÉBITO - CONDIÇÕES CONTRATUAIS ESTABELECIDAS UNILATERALMENTE PELA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA - INDUÇÃO EM ERRO - COMPROVAÇÃO DESNECESSÁRIA - ART. 965 DO CC - COBRANÇA INDEVIDA - OBRIGAÇÃO DE RESTITUIR ART. 964 DO CC - RESTITUIÇÃO EM DOBRO - INTELIGÊNCIA DO ART. 42 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

A repetição de indébito tem respaldo na teoria do enriquecimento sem causa, apresentando-se como sanção da regra de que não é permitido a ninguém enriquecer injustamente às custas de outrem.

Muito embora determine o art. 965 do CC que “ ao que voluntariamente pagou o indevido incumbe a prova de tê-lo feito por erro”, é notório que nos contratos de mútuo não é propiciado ao consumidor qualquer discussão sobre as cláusulas e condições contratuais, sendo-lhe simplesmente imposta a adesão ao pacto, o que induz o consumidor em erro e retira o caráter de voluntariedade do contrato.

Comprovando-se a vantagem indevida por parte da instituição financeira e, em contrapartida, o empobrecimento do consumidor, não se pode olvidar a possibilidade de revisão das cláusulas contratuais tida por abusivas, com a conseqüente repetição do indébito, consoante o dispositivo do art. 964 do CC.

Aplicando-se às instituições financeiras as disposições do Código Consumerista, a repetição em dobro do indébito é medida de rigor, ex vi do art. 42 do CDC¹¹.

11 TJSC - Apelação Cível n. 02.000162-7, Rio do Sul, Rel. Des. Fernando Carioni, j. Em 30/04/02.

Da mesma forma, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Repetição do indébito. Devolução em dobro. Alienação fiduciária.

Deve ser restituída em dobro a quantia cobrada a mais em razão de cláusulas contratuais nulas, constantes de contrato de financiamento para aquisição de veículo com garantia de alienação fiduciária. Art. 42 do CDC.

Recurso conhecido em parte e provido¹².

ADMINISTRATIVO. TAXA DE ESGOTO. TARIFA COBRADA INDEVIDAMENTE. INEXISTÊNCIA DE REDE COLETORA. DEVOLUÇÃO EM DOBRO. ART. 42, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CDC. PRECEDENTES.

1. A norma do parágrafo único do art. 42 do CDC tem o nítido objetivo de conferir à devolução em dobro função pedagógica e inibidora de condutas lesivas ao consumidor.

2. Constatada, por perícia, a inexistência de rede de esgotamento sanitário, a repetição em dobro dos pagamentos efetuados a título de tarifa de esgoto é medida que se impõe.

3. Nem a cobrança indevida resultou de fato alheio à esfera de controle do fornecedor nem se verifica boa-fé quando, a despeito da constatação do expert, a empresa insiste em defender a cobrança, sem prejuízo de não haver-se desincumbido do ônus de comprovar a inexistência de má-fé ou de culpa.

4. Precedentes: REsp 263.229/SP, Rel. Min. José Delgado, DJU de 09.04.01, REsp 650.791/RJ, DJU de 20.04.06, AgRg no Ag 507.312/RJ, Rel. Min. Humberto Martins, DJU de 11.09.06 e Ag 777.344/RJ, Rel.

Min. Denise Arruda, DJU de 16.02.07.

5. Recurso especial provido.

(REsp 817.733/RJ, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 15.05.2007, DJ 25.05.2007 p. 393)

Do voto do Relator, Ministro Castro Meira, extrai-se:

De início, imperioso salientar que a pretensão recursal não esbarra no óbice da Súmula 7/STJ. O reexame das conclusões do acórdão impugnado prescinde do revolve-

12 STJ - RESP 328338/MG, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU de 30/06/03. p. 00253.

mento de prova.

A controvérsia dos autos é unicamente de direito. Consiste em determinar o que se entende por “engano justificável” capaz de afastar a repetição em dobro de pagamento indevido realizado pelo consumidor.

O Tribunal de origem concluiu que, a despeito de a CEDAE não prestar os serviços de esgoto, a recorrente somente teria direito à restituição simples do que pagou indevidamente. Afastou a devolução em dobro do art. 42, parágrafo único, do CDC ao argumento de a questão de fundo não se encontrar inteiramente pacificada na jurisprudência, o que caracterizaria o chamado “engano justificável”.

Merece reparos o aresto impugnado. O dispositivo legal tido por vulnerado tem a seguinte redação:

“Art. 42. (...)

Parágrafo único. O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável” (grifo nosso).

A norma em exame assegura ao consumidor vitimado por cobrança indevida o direito à repetição em dobro do que pagou, salvo engano justificável do fornecedor. Verifica-se, na regra, o nítido objetivo de conferir à devolução em dobro função pedagógica e inibidora de condutas lesivas ao consumidor.

Duas correntes doutrinárias dividem-se no tocante à caracterização do “engano justificável” que ressalva a incidência da punição do parágrafo único do art. 42 do CDC.

A concepção subjetiva defende que a devolução em dobro do pagamento indevido se afasta nos casos em que o fornecedor do serviço demonstrar a ausência de má-fé ou, ao menos, a inexistência de culpa. Esse ponto de vista é perfilhado pelo Ministro Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin, quando ensina:

“Se o engano é justificável, não cabe a repetição.

No Código Civil, só a má-fé permite a aplicação da sanção. Na legislação especial, tanto a má-fé como a culpa (imprudência, negligência e imperícia) dão ensejo à punição.

O engano é justificável exatamente quando não decorre de dolo ou de culpa. É aquele que, não obstante todas as cautelas razoáveis exercidas pelo fornecedor-credor, manifesta-se” (In “Código brasileiro de defesa do consu-

midor: comentado pelos autores do anteprojeto". 8ª Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, págs. 396-397).

Já os filiados à corrente objetiva sustentam que o "engano justificável" se traduz num fator externo alheio à esfera de controle do fornecedor, não bastando a inexistência de má-fé, de dolo ou de culpa. Nesse sentido, eis a lição de Cláudia Lima Marques:

"Em nossa opinião não basta que inexista má-fé, dolo ou mesmo ausência de culpa do fornecedor (negligência, imperícia ou imprudência). Deve ter ocorrido um fator externo à esfera de controle do fornecedor (caso fortuito ou força maior) para que o engano (engano contratual, diga-se de passagem) seja justificável" (In "Contratos no Código de Defesa do Consumidor". 4ª Ed. São Paulo: RT, 2002, pág. 1.051).

Adotada qualquer dessas teorias, a solução do caso concreto, entretanto, será a mesma. Nenhum dos posicionamentos afasta a repetição em dobro apenas pelo fato de existir controvérsia jurisprudencial sobre a legitimidade da cobrança, como asseverou a Corte a quo: ou a quantia objeto da repetição é indevida, como na hipótese dos autos reconheceu o aresto recorrido, ou é devida.

Assim, ainda que não seja comprovada a má-fé existente na cobrança indevida dos valores, mesmo após o trânsito em julgado da decisão, o que nem de longe parece ser o caso, resta evidente que a aplicação do disposto no parágrafo único do artigo 42 não exige a comprovação da má-fé do fornecedor. Basta apenas que tenha havido cobrança indevida, o que está amplamente comprovado no Inquérito em anexo.

Quanto à configuração da má-fe, vale destacar, novamente, a surpresa do Relator ao apreciar o Agravo n., ao tomar conhecimento de que os valores continuavam sendo cobrados após o trânsito em julgado da decisão, usando, inclusive, a expressão "pasmese" (fls. 64), o que, certamente, é o sentimento de todos com tamanha desfaçatez.

3 DA TUTELA ANTECIPADA

Dispõe o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 84, § 3º:

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.

A relevância do fundamento da demanda decorre diretamente do fato de haver decisão transitada em julgado nos autos n., a qual declara a não incidência do ICMS nos serviços de valor adicionado, de modo que não há maiores questionamentos sobre o fato de que os valores pagos devem ser devolvidos ao contribuinte, sob pena de enriquecimento ilícito. Outrossim, agrava-se a situação com a continuação da cobrança de tais valores dos consumidores e, ainda, em razão dos fortes esforços empreendidos por parte da demandada para levantar os valores depositados (o que ficou demonstrado na decisão judicial de fl. 55 e no agravo de instrumento interposto da decisão de fls. 61/65)

O *periculum in mora* reside na necessidade de se obstar, o quanto antes, os prejuízos advindos da cobrança indevida de valores a título de ICMS sobre serviços de valor adicionado, já que declarado não incidente e a demandada insiste em inserir nas contas telefônicas dos seus consumidores, além da necessidade de se obstar o levantamento dos valores depositados em Juízo pela demandada para que sejam restituídos a quem são de direito.

Sem dúvida, há fundado receio de que continuará ocorrendo o dano antes do julgamento da lide, no qual se reconhecerá que os consumidores não podem ser prejudicados por essa prática abusiva.

Por outro lado, a devolução dos valores apenas após o trânsito em julgado da ação dificultaria sobremaneira a efetividade da decisão, porquanto muitos consumidores que ainda possuem vínculo contratual com a demandada e que pagaram o imposto indevido rescindirão o contrato. Haverá, assim, a necessidade de habilitação nos autos para recebimento dos valores, o que, por certo, diminuiria a abrangência da decisão judicial.

Dessa forma, afigura-se perfeitamente cabível e juridicamente

viável a antecipação dos efeitos da tutela, porquanto se fazem presentes seus requisitos autorizadores.

4 DOS REQUERIMENTOS

Pelo exposto, requer o Ministério Público do Estado de Santa Catarina que a presente ação seja recebida em caráter difuso, coletivo e individual homogêneo, a fim de atender aos interesses de todos os consumidores – pessoas físicas e jurídicas –, que foram e estão sendo compelidos ao pagamento do ICMS sobre os serviços de valor adicionado de forma indevida.

Assim requer que Vossa Excelência, considerando os argumentos expendidos, conceda a TUTELA ANTECIPADA a fim de determinar:

1) a vinculação dos valores vinculados aos autos n. à presente Ação Civil Pública;

2) a suspensão imediata da cobrança de ICMS sobre os serviços denominados de “valor adicionado”, em todo Estado de Santa Catarina, sob pena de multa mensal de R\$ 1.049.757,16 (um milhão quarenta e nove mil setecentos e cinquenta e sete reais e dezesseis centavos), que corresponde ao valor arrecadado indevidamente apenas no mês de fevereiro de 2010 (fls. 67-60);

3) a devolução em dobro aos consumidores, sejam pessoas físicas ou jurídicas, das cobranças indevidas de ICMS sobre serviço de valor adicionado efetuadas após o trânsito em julgado da decisão no STF, ou seja, após o dia 27 de novembro de 2009 (fl. 76), com juros e correção monetária, em forma de crédito na fatura do 2º mês subsequente à decisão liminar;

3.1) a autorização para utilização de 50% do valor acima mencionado da conta judicial e que o 50% restante seja suportado pelos cofres da demandada, por corresponder ao dobro do valor, sob pena de multa no valor de R\$ 1.049.757,16;

3.2) a comunicação a todos os consumidores da devolução dos valores, com expressa referência à presente Ação Civil Pública, mediante

explicação que deverá acompanhar a mesma fatura;

3.3) a comprovação ao Juízo do fiel cumprimento da decisão liminar;

4) a restituição dos valores depositados em Juízo antes do trânsito em julgado da decisão no STF de forma simples, com juros e correção monetária respectivos, aos consumidores, sejam pessoas físicas ou jurídicas, por intermédio de concessão de crédito nas faturas telefônicas, e a determinação das seguintes providências como garantia do cumprimento adequado e efetivo da ordem judicial, na forma do art. 83 e 84, § 5º, do Código de Defesa do Consumidor:

4.1) apresentar planilha com nome, telefone e número do contrato dos consumidores lesados que ainda possuem contrato com a demandada;

4.2) condicionar a liberação dos valores depositados à comprovação de que serão utilizados, integralmente, para concessão do crédito aos consumidores objeto do pedido acima;

4.3) nomear um perito para acompanhamento do adequado cumprimento da ordem judicial, com plenos poderes para bem executar seu mister e informar o Juízo, periodicamente, sobre as diligências adotadas e encaminhar, ao final, um relatório detalhado e circunstanciado do trabalho realizado;

4.4) fixar um prazo de 60 dias, após a designação do perito indicado acima, para a concessão do crédito aos consumidores objeto do pedido n. 4.

4.5) comunicar a todos os consumidores sobre a devolução dos valores, com expressa referência à presente Ação Civil Pública, mediante explicação que deverá acompanhar a mesma fatura;

5) comunicar a liminar ao Juíz da Ação Declaratória n., da Ação Cautelar Preparatória n. e ao Relator do Agravo de Instrumento n., tendo em vista a conseqüente perda do objeto do pedido de levantamento dos valores depositados em decorrência da decisão judicial;

6) para a garantia do cumprimento da TUTELA ANTECIPADA, fixar a multa no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) por consumidor lesado, sujeito à atualização monetária, revertida para o Fundo de Re-

constituição dos Bens Lesados do Estado de Santa Catarina (art. 13, da Lei n. 7.347/1985);

7) que em observância ao disposto no § 5º do artigo 84, CDC, sejam determinadas outras providências judiciais que assegurem a concessão da tutela específica, além da determinação mandamental de adimplemento, sob pena de configuração de crime de desobediência;

8) se concedida a TUTELA ANTECIPADA, a intimação da demandada, informando-as de seu respectivo teor;

9) a citação da na pessoa de seus representantes legais a fim de que, advertidos acerca dos efeitos da revelia, a teor do artigo 285, última parte, do Código de Processo Civil, apresentem, querendo, resposta ao pedido ora deduzido, no prazo de 15 (quinze) dias;

A procedência da presente ação para:

a) confirmar o pedido deduzido em sede de tutela antecipada, que torna definitiva a decisão que o concedeu ou concedendo-o na hipótese de tal pretensão ainda não ter sido alcançada;

b) condenar o réu a indenizar, genericamente, todos os prejuízos causados aos consumidores, nos termos do art. 95, do CDC, com reversão do produto da indenização para o Fundo para Reconstituição dos Bens Lesados do Estado de Santa Catarina, consoante o disposto no art. 100, parágrafo único, do CDC;

c) a condenação do réu ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios;

d) a dispensa do pagamento de custas, emolumentos e outros encargos, desde logo, a teor do artigo 18 da Lei n. 7.347/1985 e do artigo 87 do CDC;

e) a inversão do ônus da prova, a teor do art. 6º, inc. VIII, do Código de Defesa do Consumidor;

f) que sejam as intimações feitas pessoalmente, mediante entrega dos autos, com vista, a Promotoria de Justiça da Capital, em face do disposto nos artigos § 2º, do CPC, e 41, inc. IV, da Lei n. 8.625/1993;

g) a publicação de edital da liminar e sentença condenatória em jornais de circulação estadual às expensas da demandada para que os consumidores prejudicados tenham ciência e possam se habilitar no processo, sob pena de pagamento de multa de R\$ 500,00 (quinhentos reais).

Por fim, protesta por provar o alegado por todos os meios de prova admitidos em direito, especialmente pela juntada de documentos, e por tudo mais que se fizer necessário à cabal demonstração dos fatos articulados na presente inicial.

Dá-se à causa o valor de R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais).

Florianópolis, 29 de março de 2010.

Promotor de Justiça

VI PRÊMIO MILTON LEITE DA COSTA - 2010
Categoria A: Peça Processual - 3º lugar

Marcia Aguiar Arend

Promotora de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina

AUTOS N. 064.10.008808-6

APURAÇÃO DE INFRAÇÃO ADMINISTRATI-
VA ÀS NORMAS DE PROTEÇÃO À CRIANÇA
OU AO ADOLESCENTE

REQUERENTE: JUÍZO DA INFÂNCIA E JU-
VENTUDE DA COMARCA DE SÃO JOSÉ

Manifestação do Ministério Público

EXCELENTÍSSIMA SENHORA DOUTORA JUÍZA DE DIREITO
DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DA COMARCA DE SÃO
JOSÉ:

Atuação	Florianópolis	Edição Especial - Prêmio Milton Leite da Costa 2009/2010	p. 263 - 286	2011
---------	---------------	--	--------------	------

O Ministério Público, por sua Promotora de Justiça signatária, no uso de suas atribuições constitucionais, e especialmente na defesa do princípio republicano estruturador do Estado Democrático de Direito e no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, ambos insculpidos no art. 1º da Carta Fundamental, e, ainda, no art. 191 e seguintes do ECA, comparece a estes autos que visam a apurar a prática de infrações às normas de proteção à criança ou ao adolescente para assim se manifestar.

Este procedimento destina-se, objetivamente, a apurar irregularidades e infrações em entidade governamental, especificamente ocorridas no CENTRO EDUCACIONAL REGIONAL SÃO LUCAS – CER São Lucas.

Convém resgatar a história da citada instituição governamental para que se possa conhecer e compreender a extensão da barbárie que os autos revelam.

1 A HISTÓRIA DO CER SÃO LUCAS

O CER São Lucas tinha 30 (trinta) anos de tradição menorista-¹quando a atual legislação infanto-juveni²³ substituiu o extinto Código de Menores. Conhecido no Estado inteiro como o “cadeião” dos “menores delinquentes da mais alta periculosidade” de Santa Catarina, o CER São Lucas foi uma das muitas unidades de contenção brasileiras que permaneceu quase duas décadas excluída da regência estatutária, pautada na doutrina da proteção integral, e atrelada à extinta doutrina da situação irregular.

O estigma reproduzido pela imprensa, o repúdio social e o esquecimento estatal sinalizavam o desprezo pela clientela adolescente.

1 MENORISMO é como se denomina o modelo ditado pelo extinto Código de Menores de 1927 (Código Mello Matos), atualizado em 1979.

2 ¹

3 Lei Federal n. 8069/1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente – regulamentadora do artigo 227, incisos e §§ da Constituição da República de 1988.

O prédio não recebia manutenção. A disciplina interna era ditada aleatoriamente pelos monitores e pautada só na contenção e no isolamento. A gerência, vinculada a cargo de confiança, portanto, de índole meramente política e eleitoral, era ocupada por indivíduos dos partidos da situação e o corpo técnico e funcional absolutamente deficitário para a constante superlotação.

A “alta periculosidade” da clientela era alardeada pela mídia, que tinha, e ainda tem, na referenciada instituição governamental uma inesgotável fonte de notícias, sensacionalismos e especulações. Afinal, rebeliões, fugas, apreensões de armas, drogas, celulares e espetos não constituem problemas para a reflexão das crises da nossa precária república, mas engordam o cardápio de absurdos com os quais os sistemas de notícias replicam as vendas e seus lucros. É que a violência tem mesmo forte potencial sedutor: é um excelente artigo em termos de recepção no mercado consumidor da informação.

Os arquivos institucionais registram óbitos (aparentemente) suicidas por enforcamento, numa média de 2 (dois) ao ano, o último ocorrido em janeiro de 2007.

A sociedade civil, incitada pela mídia, criticava governo e gestão pelas fugas de elementos tão perigosos e exigia medidas de contenção mais rigorosas: muros mais altos, paredes mais grossas, trancas mais reforçadas.

Os adolescentes infratores de todo o Estado tinham pavor do São Lucas e relatavam, corriqueiramente, que a comida era ruim, os alojamentos eram úmidos, sujos e frios, os banheiros eram entupidos, os catres estavam sem colchão e os monitores eram agressivos.

No ano de 2007, o senhor Ronaldo Benedet, então Secretário Estadual de Segurança Pública e Defesa do Cidadão de Santa Catarina e, assim, o gestor máximo do sistema socioeducativo de alta complexidade no Estado, ante os episódios de violência interna no Centro Educacional São Lucas, reconheceu o esgotamento constitucional, legal e operacional, do modelo de serviço prestado aos internos. Exercendo a prerrogativa autorizada pelo **artigo 227, caput da Constituição Federal e ratificada pelo artigo 4º, caput, do Estatuto da Criança e do Adolescente**, entendeu, ao reconhecer a própria deficiência do serviço prestado pelo governo, que era imperiosa a nomeação de pessoa apta, com perfil,

formação pedagógica e experiência em educação, para assumir a gerência. Admitiu, ao que pareceu, que era inadiável a transformação do CER São Lucas numa entidade comprometida com a aplicação das medidas socioeducativas preconizadas na Lei Federal e decorrentes dos princípios constitucionais.

Ao ato de nomeação de Margarete Sandrini, educadora indicada pelo Centro Cultural Escrava Anastácia, seguiu-se a contratação, por concurso público, de monitores e técnicos, ação que, à primeira vista, regularizou o quadro funcional da casa.

Entretanto, tudo não passou de um aparente compromisso de transformação: os vícios sistêmicos da estrutura não foram estirpados e bem cedo se descobriu que o concurso público para a contratação de monitores foi para ACTs, o que resultou na clara resistência da maioria da monitoria quanto às mudanças que pareciam estar por ocorrer.

Apesar da resistência interna e da repercussão sensacionalista promovida pela mídia, a nova gerente e os profissionais técnicos somaram forças para enfrentar o desafio de transformar aquela unidade, até então envolta na opacidade das próprias transgressões, em acolhimento da doutrina da proteção integral no cotidiano da “casa”.

Podemos mesmo dizer que, contabilizadas quatro décadas de tradição menorista e quase duas de atraso em relação à ordem jurídica, constitucional e legislativa, o CE São Lucas deu início, na metade de 2007, à concretização da sua identidade como unidade socioeducativa, comprometida com a observância da Constituição de 1988 e com o Estatuto (vigente desde 1990), já sob a égide orientativa do SINASE, instituído em 2006 em nível federal.

Era mais que hora de mudar. Difícil era saber por onde começar. A recuperação mínima das instalações, a limpeza interna e externa, o reequipamento da cozinha, a reativação da escola e a improvisação de oficinas foram os passos objetivos iniciais. A humanização daí decorrente paulatinamente acalmou a tensão de crise e aplacou a conduta hostil dos adolescentes.

Transcorridos dois anos, o prédio foi reformado (pinturas, limpeza de fossas, banheiros, espaços externos, desratizações e dedetizações para eliminação de pragas). A cozinha foi reequipada. As condições de habitabilidade dos alojamentos foram regularizadas quanto ao forne-

cimento de colchões, cobertas e lençóis.

A escolarização foi retomada e frequentada por todos. As oficinas de profissionalização, ativadas de improviso no ano de 2007, foram regularizadas e operacionalizadas em 2008.

Seguindo recomendação do Ministério Público, os gestores autorizaram e viabilizaram posse e uso de eletroeletrônicos (às expensas das famílias) nos quartos e racionalizaram o longo período de isolamento noturno, remanejando a disciplina interna e fixando horários coerentes para o recolhimento aos quartos (22h) e para a ordem de silêncio (23h).

Com adesão e acompanhamento das equipes técnicas, foram implementadas atividades externas⁴³. Alojamentos coletivos foram paulatinamente organizados e passaram a acomodar os adolescentes cujo comportamento e fase da execução da medida permitisse convivência pacífica⁵⁴.

A frequência de fugas e a entrada de drogas e de celulares foi significativamente reduzida entre novembro de 2007 e abril de 2009. Também, cessaram os eventos críticos (rebeliões), os complexos (queimas de colchões) e a apreensão de armas.

As equipes técnicas, constituídas por expressivo número de profissionais recém-admitidos por concurso público naquele ano de 2007, atuavam em ritmo de parceria e de entendimento com a gerente, também recém-empossada.

Foram trabalhados e elaborados o Projeto Político Pedagógico, um novo regimento interno e normas disciplinares alinhadas com as diretrizes do SINASE. Além disso, foi incrementado e fortalecido o

4 Fundamento legal: artigo 121, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente: “Será permitida a realização de atividades externas, a critério da equipe técnica, salvo expressa determinação judicial em contrário”. No SINASE, ver item 6: “Parâmetros da Gestão Pedagógica no Atendimento Socioeducativo”, subitem 6.3.1.5. Específico às entidades e/ou programas que executam a internação provisória e a medida socioeducativa de internação: [...] 4) estabelecer uma progressividade para a realização de atividades externas dos adolescentes (exceto internação provisória)[...]”. (Disponível em : http://www.presidencia.gov.br/estrutura_presidencia/sedh/.arquivos/.spdca/sinase_integra1.pdf. Acesso em 20 abr 2010).

5 ⁴Detalhamento SINASE sobre unidades arquitetônicas padronizadas (p. 69): “[...] 9) observar na criação dos diversos ambientes da Unidade os seguintes detalhamentos: a) *na fase inicial de acolhimento* podem ser projetados dois módulos de moradia, preferencialmente com quartos individuais, separados com barreira física ou visual; b) *nas fases intermediária e conclusiva do atendimento* poderão ser projetados quartos individuais ou coletivos (de no máximo três adolescentes) não havendo necessidade de barreira física e visual nos atendimentos[...].”

atendimento técnico multidisciplinar, elaborados e remetidos às respectivas Comarcas relatórios periódicos para fins de revisão e eventual substituição da medida privativa de liberdade.

Conhecendo seus direitos, os adolescentes passaram a interagir com o Ministério Público e a indagar sobre o andamento processual da execução das suas medidas socioeducativas.

A ação positiva deu bons frutos, mas não arrefeceu a resistência cultural, fomentada no meio externo pela imprensa e no ambiente institucional pelos monitores.

As dificuldades em estabelecer o novo foram erodindo as transformações positivas tão recentemente iniciadas. Assim, novos projetos, como visitas íntimas e capacitação continuada da equipe, acabaram obstados pelo clima conflitual que foi sendo ressuscitado.

As dificuldades que sobrevieram são frutos não só da ignorância, quanto às garantias constitucionais, às normas legais estatutárias e às orientações do SINASE. O novo estava encontrando a resistência sociocultural do velho e prevalente paradigma, especialmente focado no adolescente em conflito com a lei como delinquente que merece punição.

Os múltiplos e constantes enfrentamentos com a monitoria e sua exploração midiática, somados aos efeitos doentios pela institucionalização, progressivamente desgastaram os técnicos, servidores e a gerente, multiplicaram desavenças e esvaziaram o implemento efetivo do PPP, do Regimento Interno e da ordem disciplinar regulamentada.

As atividades externas foram exploradas pela imprensa sensacionalista como ilegais e a pressão sobre os técnicos resultaram, por fim, em enfrentamentos sérios (equipes *versus* gerente), o que culminou na suspensão da ação pedagógica legal, legítima e recomendada expressamente pelo SINASE.

As oficinas artísticas, emergencialmente conduzidas por monitores com talentos específicos, geraram protestos sindicais e acabaram interrompidas.

A lotação de instrutores para profissionalização pela Secretaria de Estado da Educação, dever legal atribuído por natureza àquela e concedida no ano letivo de 2008, não se repetiu em 2009, o que implicou sua desativação desde o ano passado até o momento.

A desavença entre técnicos e a gerente provocou isolamento de parte a parte. Com isso, as equipes multidisciplinares foram se isolando. O vínculo da clientela centralizou-se na pessoa da gestora e o espírito de corpo desintegrou-se.

Os profissionais técnicos começaram a se afastar por meio de licenças ou de transferências internas; o quadro técnico esvaziou e os profissionais que permaneceram na unidade, sobrecarregados e isolados, perderam o entusiasmo do começo.

A manutenção do prédio, a reposição de sanitários, os mobiliários, os equipamentos e as instalações elétricas e sanitárias não prosseguiram regularmente depois da primeira reforma, como necessário; já ao final do ano de 2009, era observável falta de conservação dos gramados, banheiros e fossas, déficit na reposição de lâmpadas em ambientes de uso comum, corredores e até nos quartos; sem pintura periódica para conservação, as paredes voltaram a apresentar aspecto desagradável e sujo. Os ambientes de uso comum e até os quartos retornaram paulatinamente à deplorável condição anterior.

Maldosa e sensacionalista, a mídia eletrônica (principalmente) fazia destacar qualquer festejo ou lazer oferecido aos internos, apontado pelos meios de comunicação como “mordomia” espúria “descaracterizadora da finalidade retributiva” (*sic*), facilitação “assistencialista”, privilégio a “marginais” sem merecimento.

A rotulação anacrônica de “menores delinquentes de alta periculosidade” ditava que o São Lucas era um lugar de segregação e castigo, cujas “funções prioritárias seriam: proteger cidadãos de bem e garantir a segurança pública externa”. O discurso invertido era sempre explorado nas manchetes; qualquer tentativa de contradiscurso era ignorada ou subvalorizada.

O maior foco interno de resistência foi e continua sendo o corpo de monitores, cujo papel socioeducativo tem sido historicamente subsumido pelo acultramento herdado do modelo menorista, o que implica, por consequência, na continuidade do desmando e da crueldade, licenciosidade implícita gerada pela rejeição macrossocial à clientela visada.

Mal capacitados e fortemente comprometidos com as expectativas invertidas de proteção da sociedade e do patrimônio, e não do adolescente estigmatizado por sua conduta transgressora e desviante,

os servidores da monitoria, vítimas de singular e tradicional alienação somada à ignorância da Constituição, da lei e da sua real função, prosseguiram fazendo o que sempre fizeram: disciplinamento indiscriminado; castigos físicos; práticas cruéis compatíveis com tortura e tratamento cruel e desumano.

A reiterada certeza no silêncio dos adolescentes, obtida pela infligência do medo de represálias e torturas, reforçada por doentia rotulação, estigmas e pelo histórico desvalor com os internos – fomentada pela imprensa sensacionalista e pela agressiva persecução policial aos adolescentes – impôs a eles o exercício do sofrimento silente.

Reiteradamente esclarecidos sobre seus direitos e garantias, foram os que melhor resistiram à crise interna, os que mais aprenderam com o processo institucional, tanto que alguns começaram a noticiar agressões e humilhações, ameaças e contínuas punições cruéis. Mesmo pressionados, retaliados e perseguidos, houve os que não se calaram.

É de supor que o silêncio imposto pelo medo de vendetas seja, ainda, prevalente e majoritário; mas foi pelas vozes desses adolescentes que se revelaram as práticas desumanas da parte dos monitores, o que autorizou medidas judiciais e, assim, estimulou novas falas e outras medidas.

Não temos dúvida de que o silêncio nutre o arbítrio. E, quando o que está escondido é descoberto, pode-se estabelecer o revigorecimento ético e solidário entre as pessoas e as instituições.

Cumpra agora detalhar as situações e os fatos que chegaram ao conhecimento desta Promotoria de Justiça, bem como os resultados obtidos e as providências adotadas.

A) 5 de abril de 2009: agressão com “porretes” e exposição a vexame (tortura)

B) 7 de abril de 2009 : agressões física pelos monitores GERALDO TORRES DO NASCIMENTO e EVONIR DAL PIZZOL

O adolescente G.M., interno na unidade socioeducativa CER São Lucas, relatou ao MM. Juiz Francisco José Rodrigues de Oliveira

Neto, titular da Vara da Infância da Capital (SC), agressão física pelos monitores GERALDO TORRES DO NASCIMENTO e EVONIR DAL PIZZOL. Em atenção à notícia, a Promotora de Justiça VANESSA WENDHAUSEN CAVALLAZZI GOMES, então em exercício na Promotoria da Capital (SC), com atribuição funcional compatível, realizou visita de fiscalização àquela casa no dia 9 de abril de 2009 e constatou lesões visíveis nos adolescentes G.M. e T.M.V., que foram encaminhados para exame de corpo delicto.

A gravidade dos fatos fez com que a própria Promotora de Justiça registrasse ocorrência na 2ª Delegacia de Polícia de São José, o que originou, assim, o Inquérito Policial n. 183/09 (**atualmente ação penal n. 064.09.011022-0, em trâmite na 2ª Vara Criminal de São José**). Os laudos comprobatórios da materialidade das lesões, prova inserta na ação penal, e o relato de várias testemunhas embasaram o ajuizamento também da **Ação Civil Pública junto à Vara Especializada, o que resultou no deferimento de tutela antecipada para fins de afastamento funcional dos dois monitores e na determinação judicial.**

As vítimas relataram na fase policial, com relevante coerência e riqueza de detalhes, os sofrimentos que lhes foram impostos, de forma deliberada e cruel, pelos indiciados. Do Termo de Declaração subscrito pelo adolescente T.M.V., vale destacar:

(...) no CER/São Lucas foi agredido fisicamente pelos monitores GERALDO e EVONIR, no dia 05/04/2009, pelas 14:00 horas; (...) chegaram os referidos monitores dizendo que havia sumido uma colher, sendo que o declarante afirma que foi uma desculpa para que houvesse a agressão (...) “eles mandaram a gente cagar a colher”; que “eles mandaram a gente se ajoelhar em frente ao vaso sanitário do quarto e colocar as nossas mãos lá dentro e procurar a colher, sendo que alguns dos vasos sanitários estavam com fezes dentro” (...) que, só puderam lavar as mãos à noite; que, em todo momento, os dois monitores agrediam o declarante e seus colegas com porrete; (...) os dois monitores mandaram que o declarante e os outros adolescentes ficassem totalmente nus, dentro da jega (quarto), os dois monitores ficaram no corredor, (...) iam chamando um adolescente por vez; que, cada um tinha que se ajoelhar no chão do corredor e era agredido fisicamente pelos dois monitores com um porrete (...) (fl. 16 do IP original - grifei).

Do termo firmado pelo adolescente G.M., colhe-se relato coerente com a descrição fática da outra vítima, com destaque:

(...) no dia 05/04/2009, pelas 14:00 horas, os monitores GERALDO e EVONIR chegaram na Triagem acusando o declarante e os outros adolescentes ali presentes de terem afanado uma colher (...); que, “daí eles começaram a dar uma geral e bater em todo mundo”; que os dois monitores portavam um pedaço de pau na mão; que EVONIR gritava: “você não querem me dizer onde está a colher, não digam, mas eu vou quebrar vocês de pau”; (...) foram abrindo as portas dos quartos e passaram a agredir os adolescentes, primeiro agrediram o declarante e o T.M.V.; que “os dois bateram na gente, cada um batia um pouco depois eles trocavam”; que, o porrete em questão era um pedaço de cabo de pá; (...); que, o EVONIR mandou que o declarante desentupisse o vaso sanitário do quarto, com a caneca que o declarante utilizava para tomar café; que o declarante desentupiu o vaso sanitário entupido com fezes utilizando a própria caneca (...) depois o declarante lavou a caneca com água e detergente (sem esponja) e o EVONIR obrigou o declarante a tomar café naquela mesma caneca; (...) enquanto o declarante desentupia o vaso, os monitores lhe agrediram fisicamente com porrete, tapas na nuca; que “na hora em que eu estava tirando fezes com a caneca eles batiam na minha mão, e a caneca cheia de fezes virava em cima do meu corpo, me sujando; (...) eles colocaram o declarante dentro de uma cela, e iam na porta, de vez em quando, abriam a “guela”, que é uma entrada na porta na altura dos olhos, e zombavam falando ao declarante: “e aí, cagadinho, tá bom aí, com cheiro de cocô!” (...) o declarante estava sujo e só pode se lavar depois da janta, sendo que jantou ainda sujo (...)” (fls. 19-20 – grifei).

Sinalizando publicamente a falta de preparo e animosidade em desfavor dos internos, o monitor GERALDO TORRES DO NASCIMENTO falou sobre os fatos à imprensa, segundo o texto jornalístico: “(...) **não nega que em certas ocasiões tem de usar a força, principalmente quando os internos não querem ir para os quartos. ‘Eles nos respondem e nos enfrentam’, justificou**”.

Providência: **Ajuizamento de Ação Civil Pública a fim de aplicar medida disciplinar administrativa e constituir obrigação de fazer e tutela antecipada em face do ESTADO DE SANTA CATARINA; de RONALDO BENEDET, Secretário da Segurança Pública e Defesa do Cidadão do Estado; de GERALDO DO NASCIMENTO TORRES e de EVONIR DAL PIZZOL, os dois últimos monitores do CER São Lucas, por prática de tortura contra dois adolescentes, com deferimento de tutela antecipada para o imediato afastamento dos monitores das**

suas funções e determinação ao segundo para instauração de processo administrativo no prazo de 5 (cinco) dias e conclusão nos 90 (noventa) dias subsequentes.

RESULTADO: Descumprido e esgotado o prazo para a conclusão do processo.

C) 17 de junho de 2009: notícia de exibição de ofendículos e agressão com gás de pimenta

A pedido dos adolescentes lotados no alojamento (“nível”, no jargão da instituição) 03, a Promotora da Infância da Comarca, Dra. LEDA HERMANN, compareceu àquela instituição e reuniu-se com o grupo de adolescentes, em total privacidade (sem monitores, guarda ou gerente), a partir das 18h, na sala da monitoria.

Esclarecidos os adolescentes sobre seus direitos, garantido-se o anonimato individual, eles passaram a narrar informalmente os fatos adiante detalhados.

Os adolescentes A.C. e W.E.F.S. noticiaram ofensa à sua integridade física pelo monitor GILSON, que usou spray de pimenta, substância que causa irritação nos olhos e é comumente utilizada pela polícia nas abordagens que exijam contenção ou por particulares como meio de autodefesa. A ofensa ocorrera na noite do domingo anterior, ou seja, em 14 de junho de 2009.

Já recolhidos ao quarto que compartilham naquelas dependências, iniciaram discussão, elevando inadvertidamente o tom de voz. Em virtude disso, o monitor GILSON, de serviço naquela data, adentrou bruscamente ao cômodo e borrifou spray de pimenta nos olhos dos dois, causando-lhes forte irritação e desconforto.

Os adolescentes vitimados afirmaram que não estava ocorrendo agressão física contra o monitor e que se tratava de discussão banal. Reconheceram que estavam, de fato, falando alto demais e reclamando, todavia a atitude do monitor foi considerada desnecessária e abusiva, não apenas pelos dois como pelo restante do grupo, que confirmou o relato e asseverou que o efeito do gás de pimenta foi sentido também por outros, devido à quantidade excessiva da substância que ficou no ar.

O grupo afirmou unanimemente que os monitores GILSON, APOLO, MILTON e DÁRIO exibiam com frequência diária, para intimidar e ameaçar os adolescentes, frascos de spray de pimenta, sacando parcialmente as embalagens dos bolsos, e que os monitores GILSON e DÁRIO igualmente ostentavam máquinas de choque elétrico, exibidas de forma semelhante, também com propósitos intimidatórios.

Quanto a APOLO, lotado em outro alojamento, comparecia àquele espaço regularmente, a pedido dos colegas, brandindo um cacete e proferindo ameaças verbais, quase sempre à hora do recolhimento para dormir. Os adolescentes noticiaram, também, que o castigo indiscriminado, denominado “medida coletiva de quarto”, lhes fora imposto pelos monitores por quase 3 (três) semanas consecutivas, e que estariam sem banho de sol até o dia da reunião.

No mesmo dia, encerrada a reunião com os internos, foram perquiridos informalmente os monitores CARLOS, APOLO e MILTON, que admitiram parcialmente a conduta. Advertidos sobre a ilegalidade da “medida coletiva de quarto”, inconstitucional, ilegal e proibida, inclusive em âmbito institucional, aduziram desconhecimento da norma regimental e confessaram aplicação recente desse abuso, posto ter sido encontrado, na sala da monitoria, um torrão de maconha cuja propriedade não havia sido assumida por nenhum dos internos⁶⁶.

D) 20 de novembro de 2009: ameaça com arma de fogo por monitor contra adolescente dentro da unidade

A cultura da truculência e a imposição arbitrária do poder, por parte dos monitores, calam a voz dos adolescentes agredidos pela força do medo. Assim é que, embora a narrativa contida no item supra houvesse gerado representação ministerial fundamentada nos artigos 94, 95, 96, 97 e seguintes do Estatuto da Criança e do Adolescente, endereçado ao Juízo especializado da Comarca de São José, o protocolo efetivo da peça não chegou a ocorrer na época (junho de 2009), por falta de elementos de prova, já que os adolescentes não ousaram reafirmar

⁶⁶ Nos questionamentos subsequentes, o foco de interesse central que restou evidenciado foi a penalização disciplinar como recurso de coibição ao ingresso constante de maconha no nível. A excessiva preocupação punitiva dos monitores convergiu às denúncias de abuso dos adolescentes, cujo inteiro teor foi resguardado pela signatária em atenção ao temor de represálias manifestado pelos internos.

as notícias em Juízo.

Ademais, sobressaltados com a visita do Ministério Público, os ofensores cessaram as condutas e deram sumiço aos instrumentos de ameaça, conforme narrado posteriormente pelos próprios adolescentes, o que inviabilizou medida de busca e apreensão. Mas o recrudesimento da violência ativa e a certeza do desvalor social imputado às vítimas resultaram em recidiva de conduta por parte de JAISSON APOLO MARTINS ESPINDOLA.

Em **11 de dezembro de 2009** compareceu ao gabinete da 4ª Promotoria de São José, da Infância e Juventude, a, então, gerente da unidade CER São Lucas, Margarete Sandrini, a qual relatou que, no dia 20 de novembro daquele ano, fora procurada pelo monitor JAISSON APOLO MARTINS ESPINDOLA (um dos nominados autores das ofensas perpetradas ao grupo do alojamento ou “nível” 03), que reclamou dos adolescentes M.J.M.C. e J.N.S., internos alocados no “nível 05” por “conversarem” (*sic*) com os adolescentes alocados no “seu nível”, ou seja, naquele onde estava lotado em serviço (nível 02), no corredor onde ficam as salas de aula, monitorado por câmera de segurança.

Ao conferir o conteúdo da fita filmada na mesma manhã pela câmera de segurança, a gestora visualizou no vídeo a imagem de APOLO, passando pelo meio de três adolescentes e, em seguida, sacando subitamente da cintura arma de fogo, que aponta para o adolescente J.N.S., em inequívoca conduta ameaçadora. Em sequência, o monitor guarda na cintura a arma, sai de cena e, em seguida, retorna, apontando o dedo em riste para os adolescentes (cópia em DVD anexa).

E) 2 de março de 2010: inspeção ministerial no “nível” 05

Visita de inspeção ministerial ao CER São Lucas em 2 de março de 2009, especialmente ao alojamento (“nível”) 05 – ou “nível de proteção” – que abriga adolescentes ameaçados de vendeta ou de morte por outros internos, na qual foram constatadas várias irregularidades GRAVES, com pelo menos duas internações de adolescentes em quadro psicótico, um deles, RMKA, com incapacidade mental reconhecida por sentença da MM. Juíza Andréia Régis Vaz, reiterada por outro julgado datado de 30.11.2009, cuja retirada do sistema partiu de ato judicial lavrado pelo Juíza da Infância e Juventude da Comarca de São José (SC),

que ora também subscreve este pedido, para encaminhamento inicial ao Instituto Psiquiátrico - IPQ, em face do quadro de surto iminente.

F) 8 de setembro de 2009 e 31 de março de 2010 - facilitação de fugas - dois episódios constatados

Episódio 1: em visita de inspeção ministerial, realizada em 8 de maio de 2009, a partir de 20h30min, constatou-se a evasão de 10 (dez) adolescentes recolhidos naquela casa, ocupantes do “nível” 02, de maior contenção na unidade.

Estavam em serviço os monitores RAFAEL PEREIRA MARÇAL e DOUGLAS JOSÉ SOUZA, que relataram ter havido tentativa de fuga por um dos internos naquela manhã, motivo pelo qual os adolescentes vinham sendo mantidos sob contenção rigorosa, trancados nos quartos individuais.

Na tarde do mesmo dia, os dois monitores resolveram realizar trabalho emergencial de escoamento de um vaso sanitário com a ajuda de 3 (três) internos. Enquanto os dois monitores e dois dos adolescentes retiravam o conteúdo do vaso, depositando-o em baldes, o terceiro adolescente carregava os baldes cheios para despejo no lado externo, passando repetidamente em frente à sala da monitoria (destrancada por defeito da fechadura, danificada há meses, segundo os monitores) e transitando pelo corredor dos quartos.

Ocorre que as chaves dos cubículos encontravam-se guardadas numa gaveta (também destrancada) de um móvel, na sala da monitoria, e é provável que os internos já tivessem observado o fácil acesso a elas.

Aproveitando-se do trânsito livre de supervisão pela sala de monitoria e corredor dos quartos, o terceiro adolescente subtraiu o molho de chaves e abriu os quartos de um dos lados do corredor. Os adolescentes saíram e, de posse das chaves, abriram os demais cubículos, evadindo-se dez deles. Apenas dois dos adolescentes daquele alojamento recusaram-se a aderir à fuga.

Segundo os monitores, ao tentar deter os internos, foram por eles rendidos com estoques extraídos das alças dos baldes. Os fatos se deram por volta das 18h.

Até a chegada da Representante do Ministério Público, 3 (três)

dos adolescentes evadidos já haviam sido recapturados pela autoridade policial.

Salienta-se que a operação de limpeza e escoamento de dejetos foi imprudente, faltosa e reprovável, por vários e graves motivos:

a) recrutar adolescentes internos para auxiliar em tarefa insalubre, a qual nem os monitores deveriam ser submetidos, revela falha nos níveis de gestão de 2º e 1º escalão, responsáveis pela manutenção continuada das instalações e pela provisão respectiva dos necessários recursos humanos;

b) atribuir a um dos adolescentes, num dia que já registrara uma tentativa de evasão pela manhã, o carreamento dos dejetos para fora, com passagens sucessivas, nas idas e vindas, pela sala da monitoria (destrancada), onde guardavam o molho das chaves, numa gaveta (também destrancada), sem qualquer supervisão e fora do campo de visão dos monitores; e

c) guardar o molho de chaves dos alojamentos em dependência e gaveta destrancadas, quando deveriam ter sido mantidas sob posse pessoal de um dos monitores, cuja conduta deve ser muito bem investigada em sua motivação e subjetividade para afastar possível facilitação dolosa.

Dentre as providências elencadas no Termo de Inspeção, a mais relevante era a instauração de sindicância para apuração da conduta funcional faltosa dos monitores, que, no mínimo, culposamente, facilitaram a fuga maciça daquele dia, pois deixaram sem supervisão toda a população e permitiram livre e repetitivo trânsito de um deles por todo o corredor dos quartos, com evidente risco de ingresso do menino à destrancada sala da monitoria e, por consequência, ao molho de chaves.

A facilitação daquele dia foi especialmente grave pela tentativa de fuga anterior; pelo trânsito de um dos meninos em percurso facilitador de subtração das chaves e pela falta de supervisão visual do corredor dos adolescentes em isolamento celular, medida que sempre gera tensão em ambientes de contenção. Mas a facilidade do acesso e da subtração das chaves era contínua, já que o molho ficava numa gaveta sem chave, dentro de sala sem fechadura bem debaixo dos olhos dos meninos que, por óbvio, só esperavam a ocasião adequada para subtraí-las e escapar.

Episódio 2: em 30 de março de 2010, a partir das 16h, os alojamentos passaram a ser percorridos por Vossa Excelência, acompanhada pela Advogada Daniela Felix Teixeira (Vice Presidente da Organização Advogados Sem Fronteiras - ASF-Brasil) e pela Promotora de Justiça Leda Hermann.

A delicada tarefa do grupo, também composto pelo Diretor do Departamento de Justiça e Cidadania (DJUC), Sr. **Itamar Bressan Benini**, órgão ligado diretamente à Secretaria Estadual de Segurança Pública e Defesa do Cidadão de Santa Catarina (SSPSC) e, ainda, por profissionais técnicas, era cientificar a clientela sobre iminentes mudanças na gestão direta da casa.

O grupo finalizava as visitas quando foi noticiada a fuga de 10 adolescentes do alojamento II e, de ofício e de imediato, foi verbalmente instaurada pela Magistrada procedimento judicial a ser depois formalizado para investigação de possível facilitação por funcionários, uma vez que não houve arrombamento, escalada ou rendição dos monitores em serviço.

A Polícia Militar apresentou à portaria, dez minutos depois, o primeiro adolescente reapreendido, perquirido lá mesmo, enquanto os outros dois, reapreendidos após, também pela PM nas cercanias, foram recolhidos na unidade e apresentados em Juízo no dia subsequente.

As providências tomadas na ocasião foram: instauração de ofício para apuração dos fatos e eventual facilitação de fuga por parte dos monitores, com a realização de oitiva de um adolescente na mesma data e na própria unidade e dos demais em audiência judicial realizada no dia seguinte, no fórum de São José, a partir das 14h.

G) 31 de março de 2010: espancamento dos adolescentes reapreendidos - lesões constatadas

Quando de sua reapreensão pela PMSC, ocorrida em 31 de março de 2010 para a visita já referida, dois desses adolescentes, A. e F., apresentavam visíveis lesões corporais compatíveis com espancamento. Houve a determinação para a apresentação em Juízo no dia seguinte, 1º de abril, incluídos os outros dois, que não apresentavam marcas visíveis.

Na audiência foram ouvidos todos os adolescentes. A perseguição policial, narrada por F., causou impacto. Narrou que a PM disparou a arma em sua direção e, depois de prendê-lo, o agrediu a socos provocando as lesões evidenciadas.

A narrativa de A. foi coerente com a de F., ambos visivelmente lesionados. O adolescente de constituição mais frágil e com 14 anos de idade apresentava grandes hematomas e arranhões por todo o rosto, em metade do tórax e nas costas.

A narrativa de três dos adolescentes ouvidos refere facilitação para a evasão.

Providências encaminhadas: realização de exame de corpo-delito, no mesmo processo indicado em item anterior, naquela mesma data. Ainda aguarda-se laudo do Instituto Geral de Perícias (IGP/IML).

H) 5 e 11 de abril de 2010: espancamentos do adolescente C.A.R., por dois monitores e policial militar

Em **13 de abril de 2010**, foi agendado atendimento, a pedido, do adolescente C.A.R., 17 anos, interno da CER São Lucas, cuja medida socioeducativa de internação, foi aplicada na Comarca de Brusque (SC) e deprecada para cumprimento na comarca de São José⁷, em virtude da localização da unidade de internação.

O inopinado empossamento do monitor VENÍCIO PEREIRA MACHADO NETO ao cargo de Gerente do CER São Lucas, **por nomeação** do atual Secretário de Estado da Segurança Pública, **Delegado ANDRÉ RICARDO DA SILVEIRA**, sem prévia conversação com a clientela da casa, já submetida à tensão da mudança de gestão em curso, tornou necessária a presença da Representante do Ministério Público na unidade socioeducativa.

Naquela casa, já no princípio da noite, a Promotora de Justiça obteve prévia referência técnica da Assistente Social que o vinha acompanhando desde seu ingresso e entrevistou o menino em total privacidade. C., embora visivelmente amedrontado, fez o relato seguinte:

- sob internação desde outubro de 2009, obteve licença para saí-

⁷ Como refere o artigo 147, parágrafo 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

da temporária, com parecer técnico favorável, por ocasião do feriado de Páscoa. Retornou, como determinado, no domingo, dia 4 de abril deste ano, ao entardecer. Admitiu que, faltando à disciplina da casa, introduziu um pacote que continha pequena quantidade de maconha e dois celulares, que deu um jeito de jogar no telhado antes da revista.

De volta ao alojamento, foi conduzido uma vez mais à portaria da instituição, arrastado pelo pescoço e aos supetões escadaria acima, pelo monitor TIAGO, que trabalha lotado no “nível 05”.

Já na entrada da instituição, o Soldado PM Antonio José de Oliveira, de serviço naquele dia, com o concurso do tal monitor TIAGO, obrigou que ficasse nu e ambos lhe aplicaram uma surra como castigo pela falta cometida. Depois, foi levado à Central de Polícia de São José para registro de ocorrência em seu desfavor.

O policial civil de plantão constatou as lesões e expediu guia de exame de corpo delicto, que remeteu ao CER São Lucas. Na segunda feira, dia 5, a assistente social tomou ciência dos fatos, e registrou a negativa do adolescente em registrar BO pela agressão.

Dia 7, quarta, foi submetido a exame de corpo-delito no IML. O laudo, embora requerido, ainda não foi recebido. Por apresentar histórico positivo, foi exarada recomendação técnica para substituição da internação por medida menos gravosa, a semiliberdade, e este foi o vezo para efetiva proteção de sua integridade física. Tanto mais que, no domingo anterior, 11 de abril, teve os dentes da frente quebrados por um soco desferido pelo monitor ALEXANDRE PAULI, cuja permanência na entidade representa altíssimo risco.

Na mesma noite, em audiência realizada por Vossa Excelência e diante da emergência da situação, foram ouvidos o adolescente e a profissional técnica, e como consequência restou substituída a medida. Para evitar maiores riscos, o adolescente dormiu na Central de Polícia aquela noite e foi conduzido pela Comissária da Infância e Juventude de São José à casa de semi-liberdade de Itajaí, em face da proximidade com o local de residência da mãe, atualmente morando na cidade de Camboriú. A Comissária relatou em peça escrita não ter conseguido recuperar os pertences, embora reclamados; consta que os monitores responsáveis afirmaram não existir nada na casa que fosse de sua propriedade, sequer peças de roupa.

2 DESCRIÇÃO DA SITUAÇÃO ATUAL

Conforme se verifica no relato fático apresentado, retrocessos de toda ordem ameaçam a segurança e a integridade física da clientela, por desídia e desinformação do Estado gestor, o que exige providências severas por outras esferas de poder e agências de proteção.

Abuso, desídia, barbárie e dor constituem a história do CER São Lucas. O processo de transição foi interrompido. Tudo conduz ao retorno da violência patrocinada pelos agentes da instituição de modo direto e indiretamente pela administração superior.

A gestão socioeducativa de alta complexidade catarinense, vinthenariamente atrasada, equivocada e mal conduzida, para começar, por ter sido vinculada à Secretaria de Estado sem perfil nem vocação, segue a mesma trilha. E a ação socioeducativa, agregada ao sistema prisional, apenas encarcera a clientela juvenil para o sistema prisional dos maiores de idade.

Tanto é assim que a capacitação do quadro funcional é feita pela Academia de Polícia ACADEPOL, da Polícia Civil de Santa Catarina, o que desvirtua conteúdos e, principalmente quanto aos monitores, formação, tornando-os agentes de repressão e não de socialização.

O distanciamento entre a direção da instituição e os adolescentes chancelam a violência e a ausência de projetos pedagógicos. Os técnicos, os funcionários administrativos e os monitores manifestam medo dos adolescentes, o que contribui para o reiterado uso de algemas, marca-passo e constância de isolamento celular.

É necessário lembrar que o SINASE preceitua, com clareza, que a segurança deve ser conduzida no entorno e que é dever da Polícia Militar. Porém, **no interior das unidades a prioridade é a interface socializadora e educativa**. Ao revés, no CER São Lucas os internos são submetidos ao isolamento constante nos cubículos, sob chave, para prevenir fugas, obsessão popular, midiática e funcional, colidindo e desvirtuando da política de segurança.

O fato é que os monitores se colocam como titulares da tarefa disciplinadora: a punição padrão é a tal “medida de quarto”, a definição de faltas é casual e a punição não obedece norma regimental, nem o direito

à defesa ou à prévia definição normativa, tudo em prol da prevalência do arbítrio e da desumanidade na disciplina. Assim, no espaço cercado pelos muros, fora do olhar da vizinhança, encontram-se porretes, cacetes, sprays de pimenta, máquinas de choque, espancamentos, vexames, fome, frio, sujeira, algemas, falta de sol, nudez coletiva, segregação, formas diferentes de fazer o que já fizeram os inquisidores, os feitores de escravos, os torturadores da ditadura militar, a privação de dignidade e o tratamento desumano e cruel.

Na reunião realizada dia 30 de março deste ano, o diretor Itamar Bressan Benini comunicou a decisão de instalar uma gestão colegiada, formada por quatro profissionais técnicas (psicóloga, psicopedagoga e duas assistentes sociais), que realizariam estudo e diagnóstico para futura indicação.

Os boatos de corredor referiam dois nomes especialmente rejeitados pelos internos: os monitores **VENÍCIO MACHADO PEREIRA NETO** e/ou Sandro, ambos mencionados como violentos e abusadores pela população adolescente.

O Diretor do DJUC, Itamar Bressan Benini, garantiu, tanto a Vossa Excelência quanto à Promotora da Infância de São José, Dra. Leda Hermann, que os boatos eram falsos e que, no dia seguinte, seria assegurado ao Poder Judiciário e ao Ministério Público desta Comarca que a gerência não seria ocupada pelos cogitados monitores.

E, mesmo assim, o novo Secretário de Estado da Segurança Pública e Defesa do Cidadão, Delegado **André Ricardo da Silveira Neto**, nomeou para a gerência da unidade justamente o temido monitor **VENICIO MACHADO PEREIRA NETO**, empossado em 13 de abril de 2010.

Não resta dúvida a respeito do menoscabo à clientela da instituição, tanto ao Judiciário quanto ao Ministério Público e os próprios co-gestores, Secretário Executivo de Justiça e Cidadania, Sr. Justiniano Pedroso, Diretor do DJUC, Itamar Bressan Benini, sem falar da equipe de transição, técnicos e servidores da casa. O contumaz desrespeito aos adolescentes prevaleceu com a simples nomeação desse novo gerente.

A situação caótica ensejou a visita e a inspeção ocorrida no dia 22 de abril, realizada pelo Poder Judiciário, por intermédio dos Juízes Corregedor-Geral de Justiça e deste Juízo da Infância de São José. E

qual foi a constatação? O gerente não estava presente; os adolescentes estavam trancafiados nos cubículos e alguns dos internos apresentavam lesões corporais visíveis a olho nu. Em suma, a violação reiterada dos direitos humanos, que ainda não havia sido de todo afastada do CER São Lucas, recrudesciu.

O saldo positivo que deve ser urgentemente honrado foi a confiança amealhada junto à clientela. Toda a caminhada jurídica de reação e visibilidade dos maus tratos e do arbítrio dos monitores foi trilhada a partir de iniciativas inéditas de adolescentes em noticiar abusos, o que permitiu, assim, a atuação do Ministério Público e do Judiciário.

Homens do governo estadual, portanto, servidores da sociedade ocupantes de cargos públicos, omitiram-se, como gestores, diante da crueldade e preferiram a imprensa que ao explorar o medo urbano da violência que atormenta a sociedade, pode lhes garantir o prestígio pela maquiagem da eficiência carcerária obtida às custas da violação de direitos e do extermínio das civilidades.

Agora, segundo consta dos autos, os adolescentes voltaram às mãos arbitrárias de um servidor, de quem aprenderam a temer quando de suas passagens pelo sistema, um inimigo, pois o Gerente do estabelecimento é, para eles, o cara que bate, que “dá medida”, que os trancafia 24h por dia nos cubículos, que não conhece seus direitos legais, nem o SINASE, nem a Constituição. Essa pessoa vai aos jornais mostrar o sucateamento da casa, mas esquece de dizer que a verba pública é manejada somente nas instâncias superiores de gestão e que nem um centavo chega à gestão de ponta. Além disso, permite a exposição da imagem, inclusive do rosto de meninos em jornais sensacionalistas da região, em irreverente prática de crime e de atos de improbidade, na medida em que não cumprem princípios ou leis. E o Secretário de Estado, que ordena “fuga zero”! A que preço? E o Secretário Executivo? Silente omissão. E o Diretor do Departamento de Justiça e Cidadania? Desautorizado e submisso.

O CER São Lucas pode mesmo ser compreendido como o ícone de um sistema estadual e que, ao ser investigado, como acabou sendo possível a partir da iniciativa deste ínclito Juízo, permitiu reconhecer-se toda a sorte de barbáries chancelada por ele mesmo, seja por inépcia, por ignorância, por preconceito ou por submissão à mídia demonizadora, que estigmatiza a clientela juvenil. Autoridades exercentes de cargos

públicos e com mandatos eleitorais decidiram dar ao encarceramento de jovens, na sofisticação da invisibilidade planejada, um verdadeiro regime de exceção, pois, atrás dos muros, tinham certeza do desaparecimento da Constituição. Tinham e têm certeza da desintegração da lei. Os muros facultam a desumanidade entre humanos.

Aliás, por oportuno, vale transcrever parte do Discurso proferido no evento de inauguração do Centro Socioeducativo de Cariacica (ES), em 12 de maio de 2009, pelo Secretário-Adjunto da Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República (SEDH/PR), Rogério Sottili:

(...) O ano de 2006 tornou-se um marco histórico para os direitos humanos e para a proteção dos direitos dos adolescentes na sociedade brasileira. Naquele ano, o Governo Federal instituiu o SINASE - Sistema Nacional de Atendimento Sócio-Educativo. Construção de muitas mãos e mentes comprometidas, o SINASE significou uma importante transformação no modo de tratar os direitos dos adolescentes brasileiros que pelos motivos mais variados se encontram em situação de conflito com a lei. Refletindo o modelo humanista do Estatuto da Criança e do Adolescente, e inspirado ainda pelos compromissos assumidos internacionalmente pelo Brasil, o SINASE propõe, antes de tudo, um novo modo de olhar nossos jovens. Um olhar que tem nos direitos humanos o centro de sua intervenção. Ao contrário de “menores”, eles passam a ser devidamente reconhecidos como sujeitos de direito, isto é: como atores que recriam a realidade e que têm o devido direito de serem ouvidos e de exigir de todos - Estado e sociedade - respeito, dignidade e participação social em caráter prioritário. As ações do programa “Medida Certa” incluem, entre outras iniciativas, a construção, reforma e equipagem das unidades de internação - substituindo o antigo modelo prisional por um novo arquitetônico alinhado com o propósito pedagógico da medida sócio-educativa, que jamais deve ser confundida com uma pena . Prevêem, ainda, a expansão do número de ações em meio aberto nos municípios a partir de 50 mil habitantes, bem como apoio às defensorias e redes de defesa legal dos adolescentes, entre outras iniciativas. Desde 2006, quando o SINASE foi aprovado, 54 unidades de atendimento sócio-educativas já foram adaptadas aos novos padrões do sistema, adaptações estas que foram garantidas com recursos do governo federal da ordem de R\$ 70 milhões de reais. Entre estas, 29 são unidades novas, construídas inteiramente a partir do modelo SINASE.

Com a implantação da Agenda Social, o objetivo é que mais 23 unidades sejam construídas e outras 20 sejam adaptadas até 2010, implicando um aporte extra de mais 199 milhões de reais do Governo Federal – um orçamento jamais investido por nosso país nesta área. No total, de 2006 a 2010, 97 edificações próprias para os fins almejados pelo sistema sócio-educativo, com dignidade e respeito aos jovens, terão sido edificadas. Um marco para afirmação dos direitos humanos dos adolescentes brasileiros. Nos últimos três anos, temos realizado frutíferas parcerias com o Espírito Santo, o que já implicou, ao longo deste período, o repasse de recursos da ordem de R\$ 6 milhões para o Estado. Temos hoje, aqui no Espírito Santo, 8 municípios com financiamento para a execução das ações em meio aberto. (...) Em primeiro lugar, é preciso levar à sociedade a mensagem de que a opção pela medida de privação de liberdade deve constituir-se uma excepcionalidade, e não a regra para o tratamento das situações nas quais jovens entram em conflito com a lei. Devemos trabalhar, ainda, para que dentro de instalações físicas adequadas, como esta que inauguramos agora, o processo de sócio-educação efetivamente se concretize, e para que o princípio da brevidade seja o fundamento do processo garantidor dos direitos dos adolescentes. Devemos ter sempre a consciência de que o encarceramento, por si só, traduz apenas o caráter retributivo, ou vingativo, da pena. Este não é o objetivo de uma medida sócioeducativa. Medida sócio-educativa, repito, não é e jamais deverá ser considerada uma pena. A liberdade não se aprende pelo encarceramento. Assim, a privação desta liberdade, quando imprescindível, deve constituir-se em pequeno recorte na trajetória do adolescente. Um tempo breve” .

Diante de todo o exposto e, com fundamento nos artigos 191 e seguintes do Estatuto da Criança e do Adolescente, manifesta-se o Ministério Público pela decretação liminar de afastamento de **VENICIO MACHADO PEREIRA NETO**, novo dirigente (gerente) do CER São Lucas, com a consequente comunicação à autoridade hierarquicamente superior a este servidor, marcando-lhe o prazo de 3 dias para a substituição, nos termos do art. 192, § 2º, do ECA.

Pugna, também, pela citação de Venício para, no prazo de dez dias, oferecer resposta escrita, à qual pode juntar documentos e indicar as provas a produzir. E, após, se for necessário, a designação de audiência de instrução, com a devida intimação das partes.

Requer, ao final,

a) o afastamento definitivo do dirigente da entidade;

b) a interdição total do estabelecimento pela reiteração da barbárie que nele se repete; e

c) a determinação judicial que exija a prestação de contas por parte da Secretaria de Segurança Pública dos recursos já disponibilizados para o Estado de Santa Catarina por parte do Governo Federal, com os recursos do SINASE, para a construção da nova unidade para a aplicação de medidas socioeducativas.

São José, 28 de maio de 2010.

Márcia Aguiar Arend

Promotora de Justiça

VI PRÊMIO MILTON LEITE DA COSTA - 2010
 Categoria A: Peça Processual - 3º lugar

Sidney Eloy Dalabrida

Promotor de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE
 DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA
 CATARINA**

MINISTÉRIO PÚBLICO DE SANTA CATARINA, por seu Promotor de Justiça, no exercício de suas atribuições legais, com fundamento no art. 5º, inc. LXIX, da Constituição Federal, conjugado com o art. 1º, *caput*, da Lei n. 12.016/2009, vem perante esse Egrégio Tribunal de Justiça, impetrar

**MANDADO DE SEGURANÇA CRIMINAL
 COM PEDIDO DE LIMINAR**

contra ato manifestamente ilegal e visivelmente teratológico do MM. Juiz de Direito da Justiça Militar do Estado de Santa Catarina, Dr. XXXXX, titular da Auditoria da Justiça Militar do Estado de Santa Catarina, fazendo-o consubstanciado nas razões de fato e de direito a seguir alinhadas.

Atuação	Florianópolis	Edição Especial - Prêmio Milton Leite da Costa	p. 287 - 298	2009/2010
---------	---------------	--	--------------	-----------

1 DA MANIFESTA ILEGALIDADE E TERATOLOGIA DO ATO JUDICIAL

O Conselho Permanente de Justiça, por unanimidade, julgou procedente a ação penal proposta pelo Ministério Público contra o policial militar XXXXXXXX, condenando-o à pena de **“01 (um) ano de detenção, por infração ao artigo 163 do CPM, sem o benefício da suspensão condicional da execução da pena – sursis, face o impedimento previsto no art. 88, II, do CPM, permitindo-se ao réu recorrer em liberdade.”** (fls. 692 – grifos não constam do original).

A Egrégia Terceira Câmara Criminal, por unanimidade, negou provimento ao recurso interposto pela defesa, mantendo incólume a decisão guerreada (fls. 69/76).

O venerável acórdão transitou em julgado para as partes em 17 de fevereiro de 2010 (certidão de fls. 85).

Baixados os autos à Auditoria Militar, antes que houvesse a execução da decisão, com a conseqüente expedição do mandado de prisão contra o apenado, requereu a defesa a concessão de *sursis* (fls. 87), ao qual a autoridade impetrada, em 22 de abril 2010, proferiu a seguinte decisão:

(...) 2. Como bem ressaltado pelo procurador do apenado, o crime em comento impede a suspensão condicional da pena. Entretanto, não se pode olvidar que, tendo sido ele reformado por incapacidade física, o principal desiderato da pena fica prejudicado. De nenhuma valia terá recolher o apenado agora, por um ano, tão-somente para que sirva de exemplo à tropa. 3. À vista do exposto, concedo o *sursis*, pelo prazo de 02 (dois) anos (...).

Com total desprezo às regras que regem a execução penal, e a atividade fiscalizatória do Ministério Público, não se procedeu à devida e pronta intimação desse órgão acerca da aludida decisão.

No dia 20 de maio de 2010, sem que o Ministério Público fosse cientificado da decisão concessiva do *sursis*, determinou o MM. Juiz: “Considerando ter sido o réu reformado, remetam-se os autos à Comarca de Capivari de Baixo para fiscalização da suspensão condicional da pena.” (fls. 95).

Somente em 2 de junho de 2010 (fls. 96v.), quando já passados

mais de 40 (quarenta) dias da prolação da decisão, foram os autos encaminhados a este órgão do Ministério Público.

Em que pese o reconhecido brilho das manifestações do douto prolator da decisão reprochada, *data venia*, a decisão atacada, além de teratológica, retrata um indisfarçável abuso de poder.

Não se ignora que, relativamente à suspensão condicional da pena, goza o Juiz da execução do direito de especificar as condições para seu cumprimento, quando não determinadas no *decisum* ou mesmo em virtude da superveniência de fatores que indiquem a necessidade de alteração das condições previamente estabelecidas. Cabível também é a concessão do *sursis*, nos casos em que o Juiz ou o Tribunal não se pronunciem a respeito nas hipóteses de condenação à pena privativa de liberdade não superior a 2 anos. Ainda nos casos de concessão do *sursis*, nada obsta a sua revogação, até porque o texto legal é expresso em admiti-lo sob vários fundamentos. Em todas essas hipóteses, não há como se falar em afronta à coisa julgada, na medida em que a execução da pena imposta na condenação penal caracteriza-se como uma relação jurídica continuada entre o Estado e o condenado.

Por outro lado, ofende a coisa julgada, sendo juridicamente insustentável a decisão prolatada pelo Juiz durante a execução da pena, que concedeu *sursis*, quando, por ocasião da sentença condenatória (já transitada em julgado), havia sido denegado. Uma vez preclusas todas as vias impugnativas, a denegação do *sursis* por ocasião da sentença condenatória tornou-se inalterável e adquiriu a qualidade da imutabilidade.

A propósito, preleciona JULIO FABBRINI MIRABETE:

Transitada em julgado a sentença sem que se tenha especificado essas condições, cabe ao juiz da execução, de ofício ou mediante provocação, especificá-las, decidindo, inclusive, pelo *sursis* simples ou especial. Não há que se falar em coisa julgada, já que esta atinge apenas a parte da concessão ou não do benefício, não suas condições, que podem ser alteradas durante a própria execução (art. 158, §2º, do CP).¹

Em outra passagem, tratando da hipótese em que se concedeu equivocadamente o *sursis*, de forma enfática, destaca:

Deve-se entender que a concessão do *sursis* é matéria jurisdicional, já que se reconhece um direito subjetivo do

¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal*, São Paulo: Atlas. p. 389.

condenado, fazendo coisa julgada material, por não dispor expressamente a lei sobre a possibilidade de se casar ou se tornar sem efeito o benefício, quando irregularmente concedido.²

Em caso que guarda certa similitude com o aqui versado, já decidiu o nosso Egrégio Tribunal de Justiça:

Recurso de Agravo. Réu condenado por crime doloso à pena superior a um ano de reclusão, que não excede a quatro. Substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos. Decisão transitada em julgado. Concessão de *sursis* no juízo da execução, a requerimento do réu. Coisa julgada. Impossibilidade de alteração. Provimento para anular a decisão. Inadmissível que o juiz da execução conceda o *sursis* quando a decisão condenatória optou, legalmente, pela substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (art. 44 c/c 77, III, CP). É defeso ao juiz da execução rescindir coisa julgada, alterando questão deliberada na decisão definitiva.³

O Colendo Superior Tribunal de Justiça decidiu:

Compete ao Juiz ou Tribunal, motivadamente, pronunciar-se sobre o *sursis*, deferindo-o ou não sempre que a pena privativa da liberdade situar-se dentro dos limites em que ele é cabível. A fatos ocorridos após a vigência das Leis 7.209 e 7.210 de 1984, não se admite que o Juiz conceda a suspensão condicional 'sem condições especiais', tendo em vista o que está expressamente previsto nas aludidas leis. Todavia, se o Juiz se omite em especificar as condições na sentença, cabe ao réu ou ao Ministério Público opor embargos de declaração, mas se a decisão transitou em julgado, nada impede que, provocado ou de ofício, o Juízo da Execução especifique as condições. Aí não se pode falar em ofensa à coisa julgada, pois esta diz respeito à concessão do *sursis* e não às condições, as quais podem ser alteradas no curso da execução da pena.⁴

No caso *sub examine*, denegou o MM. Juiz o *sursis* por ocasião da decisão condenatória e, mesmo depois de esgotadas as vias impugnativas, durante a execução da condenação, voltou atrás e proferiu nova decisão sobre o mesmo tema – *sursis*, subvertendo-se, assim, o princípio

2 MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**, São Paulo: Atlas, p. 527.

3 Recurso de Agravo n. 2005.010638-3, de Lages. Rel. Des. Maurílio Moreira Leite – grifos não constam do original.

4 RE n. 15.368-0-SP. Rel. Min. Jesus Costa Lima.

constitucional da segurança jurídica.

A propósito, ao analisar o tema da modificabilidade das decisões judiciais, em caso que se tratava de simples preclusão *pro judicato* e não, como nestes autos, de ofensa à coisa julgada, assim se expressou o Min. Felix Ficher: **“Aceitar esse tipo de atitude do Juízo significaria abrir as portas ao tumulto processual e à insegurança jurídica.”**⁵

E não se ignora o importante papel do Judiciário na concretização das normas e a sua capacidade para criação do próprio Direito, inerente à função jurisdicional, até porque, como professa o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, **“O Direito é uma coisa essencialmente viva. Está ele destinado a reger homens, isto é, seres que se movem, pensam, agem, mudam, se modificam.”**⁶

É claro que não se advoga aqui a subserviência cega à letra da lei, qualquer que seja o seu conteúdo. Parafraçando FERRAJOLI, a sujeição do Juiz à lei já não é de fato, como no velho paradigma juspositivista, sujeição à letra da lei, qualquer que seja o seu significado, mas sim sujeição à lei somente enquanto for válida, ou seja, coerente com a Constituição. E a validade já não é, no modelo constitucionalista-garantista, um dogma ligado à existência formal da lei, mas uma qualidade contingente ligada à coerência — mais ou menos opinável e sempre submetida à valoração do juiz — dos seus significados com a Constituição. Daí deriva que a interpretação judicial da lei é também sempre um juízo sobre a própria lei, relativamente à qual o juiz tem o dever e a responsabilidade de escolher somente os significados válidos, isto é, compatíveis com as normas constitucionais substanciais e com os direitos fundamentais por elas estabelecidos.⁷

Contudo, o que não se pode admitir é que o sistema penal e processual penal comum e militar, com suas regras e seus princípios, sejam simplesmente desprezados em nome de um subjetivismo que, escape a qualquer controle, converte-se em arbítrio, ferindo de morte a segurança jurídica, princípio básico de um Estado Democrático de Direito.

Além de toda a arbitrariedade decorrente do desrespeito ao instituto da coisa julgada, avulta acrescentar que a decisão reprochada

5 HC n. 42.000MS (2005/0027661-0).

6 RECURSO ESPECIAL n. 140.665 (97/0049926-0) – MG.

7 FERRAJOLI, Luigi. “O Direito como sistema de garantias”. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades (org.). **O novo em Direito e Política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 90-91.

ignorou completamente a vedação legal expressa no Código Penal Militar, o que, aliás, havia sido expressamente reconhecido pela própria autoridade impetrada, bem como por este Egrégio Tribunal de Justiça, ao negar provimento ao recurso interposto pela defesa.

Com efeito, de acordo com o art. 88, inc. II, *a*, do Código Penal Militar, “A suspensão condicional da pena não se aplica: I (...) II - em tempo de paz: a) por crime (...) de insubordinação (...).”

O Código de Processo Penal Militar, por sua vez, ao tratar dos crimes que impedem o *sursis*, estabelece: “Art. 617. A suspensão condicional da pena não se aplica: I - (...). II - em tempo de paz: a) por crime (...) de insubordinação (...).”

Decidiu o nosso Egrégio Tribunal de Justiça:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME MILITAR. DESRESPEITO A SUPERIOR. MILICIANO QUE, DESCONTENTE POR NÃO TER SIDO ESCALADO PARA OPERAÇÃO POLICIAL, DESRESPEITA SUPERIOR HIERÁRQUICO, PROFERINDO PALAVRAS GROSSEIRAS E GESTICULANDO OBSCENIDADES. RECURSO DA DEFESA. PRELIMINAR. CERCEAMENTO DE DEFESA. REALIZAÇÃO DE EXAME DE INSANIDADE MENTAL. AUSÊNCIA DE DÚVIDA EM RELAÇÃO À INTEGRIDADE MENTAL DO SENTENCIADO. PERÍCIA PRESCINDÍVEL. MÉRITO. ALMEJADA ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE DESACATO. INVIABILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS DEVIDAMENTE LASTREADAS NO CONJUNTO PROBATÓRIO ANGARIADO. INTENÇÃO DO AGENTE DE DESMERECEER SEU SUPERIOR EVIDENCIADA. USO DE MEDICAMENTOS QUE É INSUFICIENTE PARA EXCLUIR A RESPONSABILIDADE PENAL. CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA. POSTULADA CONCESSÃO DE SURSIS. IMPOSSIBILIDADE. EXPRESSA VEDAÇÃO LEGAL. EXEGESE DO ART. 88. INC. II, “B”, DO CÓDIGO PENAL MILITAR E ART. 617, INC. II, “B”, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR.⁸

PROCESSUAL E PENAL MILITAR - DESRESPEITO A SUPERIOR - ELEMENTARES CARACTERIZADORAS DO TIPO - DEPOIMENTOS HARMONIOSOS QUE AFASTAM INJUSTA AGRESSÃO MORAL - CONDENAÇÃO MANTIDA - DESCLASSIFICAÇÃO PARA DESACATO A SUPERIOR - IMPOSSIBILIDADE DE REFORMATIO IN

8 Apelação Criminal n. 2008.003327-8, da Capital. Relator: Desembargador Substituto Tulio Pinheiro.

PEJUS - CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DA SUSPENSÃO
CONDICIONAL DA PENA - VEDAÇÃO LEGAL ARTIGO
617, II, B, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR
- RECURSO DESPROVIDO.⁹

Em caso análogo, o Superior Tribunal Militar proclamou:

DESRESPEITO A SUPERIOR. CONDUTA TÍPICA. *SUR-SIS*. INCOMPATIBILIDADE. Militar que se intromete em fatos fora da sua alçada e, ao ser admoestado pelo Oficial de Serviço, passa a tecer comentários desairosos, em voz alta, com ameaça de agressão física, procurando desmerecer a autoridade do superior hierárquico, na presença de outros militares, o que constitui postura incompatível para com os princípios de hierarquia e disciplina. Por expressa vedação legal contida nos artigos 88, inciso II, alíneas “a” e “b”, do CPM e 617, inciso II, alínea “b”, do CPPM, não se concede o benefício da suspensão condicional da pena aos sentenciados pelo delito previsto no art. 160 do CPM. Recurso improvido. Decisão unânime.¹⁰

Portanto, a vedação à concessão do *sursis* ao apenado **XXXXXXX** decorre de dispositivo legal expresso, exatamente aquele invocado na decisão penal condenatória transitada em julgada.

Não há de objetar-se, em abono à inusitada decisão, que a singularidade do caso reclama uma decisão que exige o afastamento de disposições legais em vigor.

Com efeito, tem sido recorrente neste Juízo a invocação do princípio da proporcionalidade para justificar o afastamento de disposições legais em vigor. Através de uma aplicação totalmente avessa ao seu *prius* lógico, tem-se recorrido frequentemente ao aludido princípio para, em última análise, transformar uma convicção pessoal em lei, com total subversão à legalidade constitucional. O princípio da proporcionalidade exige cientificidade e técnica em sua aplicação, com a demonstração concreta do atendimento de todos os seus subprincípios (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

No presente caso, de qualquer modo, a decisão hostilizada afrontou de modo visceral o próprio princípio da proporcionalidade em sua perspectiva positiva, na medida em que se traduz em ato estatal que promove de modo deficiente a proteção de um direito fundamental de

⁹ Apelação Criminal n. 2006.006101-3, da Capital/Auditoria Militar. Rel. Des. Amaral e Silva - sem destaques no original.

¹⁰ Apelação 2005.01.050114-2. Rel. Henrique Marini e Souza (sem grifos no original).

todos: a segurança pública. É que o princípio da proporcionalidade, como se sabe, não admite mais uma leitura unilateral, como se fosse apenas uma garantia contra os excessos do poder punitivo. Dito de outro modo, não se esgota na proibição de excesso, pois já está vinculado igualmente a um dever de proteção do Estado contra agressões ao direito de terceiros e da própria sociedade. Com a superação do modelo clássico de garantismo negativo, a vulneração do princípio da proporcionalidade ocorre, também, por frustração do dever de proteção ao direito à segurança pública.

No entanto, evidentemente, nem o garantismo jurídico-penal ou o princípio da proporcionalidade admitem que o afastamento de regras jurídicas em vigor ocorram ao sabor de simples conveniência, sem que se tenha em vista o atendimento de princípios constitucionais superiores. E nesse caso, não há qualquer princípio constitucional que permita a prolação de uma decisão *contra legem*.

A decisão do MM. Juiz da Auditoria da Justiça Militar de Santa Catarina, *data venia*, aberrava completamente da lógica e é marcada por um decisionismo subjetivo que afeta a própria ideia de justiça, a qual implica em segurança quanto à possibilidade de aplicação de regras e princípios constitucionais. O ato judicial ofendeu princípios de estatura constitucional, como a legalidade, a segurança e a proporcionalidade, bem como a própria especialidade do direito penal militar.

A prevalecer essa espécie de práxis judicial, instaurar-se-á uma verdadeira anarquia jurídica no âmbito da Justiça Especializada, com o indesejável comprometimento da estabilidade das relações jurídico-processuais.

No caso em tela, nada justifica o apelo a esse princípio, invocado pela defesa no requerimento para concessão do *sursis*. Se é certo que, em casos excepcionais, pode constituir-se em fundamento para corrigir distorções legais que afrontem valores constitucionais, é inegável que não se trata de uma fórmula mágica, capaz de derrogar normas vigentes ao sabor de conveniências episódicas.

Como adverte Suzana de Toledo Barros, embora o princípio possua dignidade constitucional, **“o manejo indevido do princípio também pode levar a injustiças”**.¹¹

11 Todedo de Barros, Suzana. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2003. p. 219.

Através de um contorcionismo jurídico que subverte totalmente a compreensão jurídico-dogmática do princípio da proporcionalidade, para firmar sua tese, invocou a defesa dispositivos legais que sequer possuem aplicação no caso presente, posto que o apenado não foi condenado pelo delito do art. 160, 298 ou 301 do Cód. Penal Militar, mas sim pelo art. 163 do mesmo diploma repressivo. De qualquer modo, a referida tese, mesmo em relação aos aludidos crimes, tem sido sistematicamente repelida por este e. Tribunal de Justiça, consoante demonstram as decisões cujas ementas foram anteriormente transcritas.

No caso presente, *data maxima venia*, o douto prolator da inusitada decisão não só ignorou o princípio da especialidade do direito penal militar, o que é elementar e que fundamenta todo o tratamento jurídico-penal militar, como também decidiu frontalmente *contra legem*, subvertendo todos os princípios jurídicos que gravitam em torno da matéria.

Acrescente-se, ainda, a manifesta im procedência do argumento lançado no *decisum* para justificar a concessão de *sursis* que anteriormente havia sido denegado. Colhe-se da decisão: “De nenhuma valia terá recolher o apenado agora, por um ano, tão-somente para que sirva de exemplo à tropa.” (fls. 91).

A legislação penal militar, ao vedar o *sursis* para o crime de insubordinação e a outras infrações penais, não faz qualquer referência à necessidade de que a restrição vise a servir de exemplo à tropa. Trata-se de mais uma “criação jurídica” da douta defesa que acabou recebendo o batismo deste Juízo. Determinadas infrações penais, por sua natureza, na medida em que representam um atentado aos princípios básicos da instituição militar (hierarquia e disciplina), receberam um tratamento jurídico-penal mais gravoso que os demais – e esse foi o único fundamento. Não fosse assim, não teria sentido algum a vedação para os crimes contra a segurança nacional ou de deserção, também previstos no mesmo dispositivo legal.

Mais insubsistente ainda é a alegação de que a denegação do *sursis* não mais se justifica porque o apenado foi reformado – fato que nada modifica o *status quo ante*. Tanto é assim que, mesmo após a reforma, caso venha a praticar uma infração penal, o militar está sujeito ao Código Penal Militar, nos termos do art. 9º, inc. III, do Código Penal Militar.

Como se pode ver, a olhos desarmados, seja qual for a angulação empregada, chega-se a inafastável conclusão de que o benefício

concedido ao apenado constitui uma medida sem qualquer cobertura principiológica, que subverte a lei penal e a processual penal militar e abala sensivelmente a segurança jurídica.

É recorrente a lição de MAURO CAPPELLETTI:

O bom juiz pode ser criativo dinâmico e ‘ativista’ e como tal manifestar-se”; no entanto, não pode agir “com as formas e as modalidades do legislador, pois, a meu entender, se assim agisse, deixaria simplesmente de ser juiz (...) O juiz não pode ser um criador completamente livre de vínculos¹²

Afinal, do contrário, “*Onde irá a certeza do direito se cada Juiz se arvorar de legislador?*”¹³

2 DO CABIMENTO DA VIA PROCESSUAL ELEITA

Conforme consagrado magistério de HELY LOPES MEIRELLES:

O mandado de segurança, como a lei regulamentar o considera, é ação civil de rito sumário especial, destinada a afastar ofensa a direito subjetivo individual ou coletivo, privado ou público, através de ordem coercitiva ou impeditiva da ilegalidade, ordem, esta, a ser cumprida especificamente pela autoridade coatora, em atendimento da notificação judicial.¹⁴

Da mesma toada, temos a lição de JOSÉ DA SILVA PACHECO, para quem o mandado de segurança constitui uma: “ordem para remover os óbices ou sustar seus efeitos a fim de fluir a paz, com o tranqüilo gozo de direitos subjetivos”¹⁵

De acordo com o disposto no art. 516, alínea *m*, do Cód. de Proc. Penal Militar, da decisão que conceder o *sursis* é cabível recurso em sentido estrito que, no entanto, à luz do parágrafo único, do mesmo dispositivo legal, **não terá efeito suspensivo.**

Consoante comprova o material cognitivo anexo, embora não

12 CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores**. Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

13 Revista dos Tribunais, 604/43.

14 MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança**, 29. ed., São Paulo: Malheiros, 2006. p. 31

15 PACHECO, José da Silva. **O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas**. 4. ed., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

tenha sido sequer intimado regularmente da decisão proferida, providência que ocorreu apenas após nova decisão de remessa dos autos a outra Comarca, assim que foi cientificado, o órgão do Ministério Público interpôs tempestivo recurso em sentido estrito (documento anexo).

Embora é sabido que, como regra geral, não seja cabível mandado de segurança contra ato judicial, a jurisprudência admite o manejo do remédio heróico quando a decisão prolatada pela autoridade apontada como coatora se apresentar manifestamente ilegal ou teratológica, bem como desafiar recurso que não possua efeito suspensivo.

No presente caso, é possível constatar *primo ictu oculi*, através da farta prova pré-constituída anexa, que a decisão proferida pela autoridade coatora não se reveste de juridicidade, é manifestamente ilegal, de natureza teratológica, e retrata um indisfarçável abuso de poder, o que vulnera, assim, direito líquido e certo do Ministério Público e da sociedade à legal execução da pena imposta ao apenado.

3 DO PEDIDO LIMINAR

Presentes se encontram os pressupostos para a concessão do *mandamus* em caráter liminar.

É inequívoca a presença do *fumus boni iuris*, consistente na já demonstrada absoluta impossibilidade jurídica de concessão de *sursis* ao apenado **XXXXXXX**, diante de expressa vedação legal constante do Cód. Penal e Cód. de Proc. Penal Militar, bem como e, principalmente, pela total desconsideração do instituto da coisa julgada, com afronta flagrante ao princípio da segurança jurídica.

De outro vértice, o *periculum in mora* decorre naturalmente do não cumprimento da pena imposta ao apenado, confirmada por este Egrégio Tribunal de Justiça, e dos danos irreparáveis daí decorrentes. Fácil é entrever que a não concessão da medida liminar implicará no não cumprimento da reprimenda imposta e, caso seja necessário aguardar o desfecho do recurso em sentido estrito interposto, certamente a decisão será inútil, tendo em vista o tempo transcorrido e o término da pena.

Por essas razões, impõe-se o deferimento *initio litis* da medida.

4 DOS REQUERIMENTOS

Face aos fundamentos expostos, o Ministério Público requer a esse Egrégio Tribunal de Justiça as seguintes providências:

a) concessão, *initio litis*, de liminar para conferir efeito suspensivo ao recurso em sentido estrito tempestivamente interposto contra a decisão que, ao arrepio da lei e ignorando o instituto da coisa julgada, concedeu *sursis* ao apenado **XXXXXXXX**;

b) notificação da douta autoridade apontada como coatora para que preste, no prazo legal, as informações que julgar necessárias;

c) citação do apenado **XXXXXXXX**, para que integre o feito como litisconsorte passivo necessário, nos termos do art. 24 da Lei n. 12.016/2009;

d) intimação do Ministério Público, na pessoa do Procurador-Geral de Justiça, para que se manifeste sobre o presente pedido; e

e) ao final, a concessão em caráter definitivo da ordem, para confirmar a liminar concedida, atribuindo-se efeito suspensivo ao recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público em face da decisão prolatada pela autoridade coatora que, contra expressa disposição legal e em desrespeito à coisa julgada, concedeu *sursis* ao apenado **XXXXXXXX**.

Dá-se à causa o valor de R\$ 1.000,00 (um mil reais), para efeitos meramente fiscais.

Nestes termos,

Pede deferimento.

Florianópolis, 10 de junho de 2010.

XXXXXXXXXXXXXXXXXX

Promotor de Justiça

III PRÊMIO MILTON LEITE DA COSTA - 2010
 Categoria B: Artigo - 1º lugar

LEI MARIA DA PENHA (LEI N. 11.340/2006): UM CONVITE À ILHA DESCONHECIDA

Davi Do Espírito Santo

*Promotor De Justiça Do Ministério Público De Santa Catarina
 Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI*

Marilene do Espírito Santo

*Advogada
 Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI*

1 INTRODUÇÃO

Em *O Conto da Ilha Desconhecida*, José Saramago¹ fala de um homem que bateu à *porta dos pedidos*² de certo rei para lhe solicitar um barco. O rei, que estava ocupado recebendo presentes dos seus súditos à *porta dos obséquios*³, não o atendeu de plano. O costume era que o rei desse ordem ao primeiro-secretário para atender aos petiçãoários, e este ao segundo-secretário, que por sua vez transmitia a incumbência ao terceiro-secretário, que mandava o primeiro-ajudante, o qual mandava o segundo-ajudante, e assim por diante, até chegar na mulher da limpeza. Mas o homem não quis tratar com a mulher da limpeza; queria que o rei pessoalmente fosse atendê-lo à *porta dos pedidos*. A sua espera acabou causando constrangimento ao rei, pois, como na *porta dos pedidos*, segundo o costume, somente um súdito poderia ser atendido de cada

1 SARAMAGO, José. *O Conto da Ilha Desconhecida*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

2 *Porta dos pedidos*, neste conto, é o local onde o rei deveria atender aos pedidos do povo.

3 *Porta dos obséquios*, isto é, o local onde o rei recebia dádivas dos seus administrados.

Atuação	Florianópolis	Edição Especial - Prêmio Milton Leite da Costa 2009/2010	p. 299 - 318	2011
---------	---------------	--	--------------	------

vez, a perspectiva era de que, com o afluxo de pessoas àquele lugar, se formariam filas de peticionários; logo não tardariam a ocorrer protestos públicos e, conseqüentemente, o rei receberia menos presentes na *porta dos obséquios*. O rei ponderou, levando em conta as possíveis perdas, e, afinal, desceu à *porta dos pedidos*. Sentou-se desconfortavelmente na cadeira de palha da mulher da limpeza, abriu a porta e dirigiu-se ao homem: Que queres? “Dá-me um barco”, pediu o homem. E segue-se o diálogo quase teatral. **Rei:** Para que queres um barco, pode-se saber? **Homem:** Para ir à procura da ilha desconhecida. **Rei:** Que ilha desconhecida? **Homem:** A ilha desconhecida. **Rei:** Disparate, já não há ilhas desconhecidas, estão todas nos mapas. **Homem:** Nos mapas só estão as ilhas conhecidas. **Rei:** E que ilha desconhecida é essa que queres ir à procura? **Homem:** Se eu te pudesse dizer, então não seria desconhecida. **Rei:** Quem te contou sobre ela? **Homem:** Ninguém. **Rei:** Então porque teimas em dizer que ela existe? **Homem:** Simplesmente porque é impossível que não exista uma ilha desconhecida. Depois disso, o homem insistente acaba ganhando o barco e o conto segue: o homem vai em busca da ilha desconhecida, tendo como primeira tripulante da nau a mulher da limpeza...

Duas as atitudes estão evidentes no conto, diante do significante “ilha desconhecida”. Do diálogo, destacam-se estas duas frases, respectivamente do rei e do homem:

“(...) já não há ilhas desconhecidas”; e

“(...) é impossível que não exista uma ilha desconhecida”.

São afirmações antagônicas e significativas. O rei, símbolo do Poder (poder-se-ia dizer “Estado”), acha que tudo está nos mapas. O homem comum inserido no seu mundo cotidiano, desconhecido do rei (do Poder), vê “além dos mapas”, cogita a possibilidade de *descobrir*, de conhecer a ilha *desconhecida*.

O rei (Poder Político) é monumentalmente cego às possibilidades do novo e às necessidades da vida cotidiana do povo. Tem-se sempre a impressão de que o Poder Político é ignorante, o último a saber aquilo que o povo, na sua humildade, já sabe.

A Lei Maria da Penha é uma Lei de possibilidades ainda *desconhecidas*. É um texto, um mapa, um indicativo, um projeto de normatividade. É no dia-a-dia e não no Congresso Nacional que se dá sentido à Lei. As

práticas discursivas do Poder, como as do rei do conto de Saramago, seguem a lógica própria do saber-poder. Por isso, as metáforas da *porta dos obséquios* (isto é, a “abertura” do rei para as dádivas a ele) e da *porta dos pedidos* (da “abertura” às necessidades do povo) são perfeitas. O Poder Político é tramado com um saber binário: pela ponderação entre “o que se dá” e “o que se ganha”. O saber (conhecer) dos súditos é dado por insistência, persistência, necessidade e luta. Leis não são atos de benevolência ou de sensibilidade deste ou daquele legislador ou governante. Não são dádivas do rei aos súditos; são conquistas, como o barco do homem do conto. A Lei Maria da Penha (no seu verdadeiro sentido) é uma conquista ainda a se realizar.

Neste ensaio, propõe-se o *descobrimento* (ou *desencobrimento*)⁴ de pontos-chave da Programação Criminalizante da Lei Maria da Penha e de dois de seus aspectos relevantes no âmbito da Criminalização Secundária: a Seletividade Policizante e a Seletividade Vitimizante.

Almeja-se um exercício de *verdade*, mas não no sentido tradicional de *veritas*. Verdade, neste trabalho, tem o sentido de *demonstração discursiva (apo-phansis)*, isto é, o ato de “pôr à vista” (**apophaino**: de **apo**-preposição que indica origem, unida ao verbo **phaino**, “fazer brilhar”, “fazer visível”, “fazer aparecer”, “fazer perceptível”, “fazer conhecer”, “apontar”, “denunciar”, etc).⁵

4 Segue-se, aqui, o conceito de verdade, tão bem retratado pelo filósofo Hans-Georg Gadamer, a partir da retomada do significado da palavra grega ἀλήθεια (aletheia) traduzida normalmente por veritas em latim para esboçar uma saída não canônica ao problema hermenêutico, mediante a descoberta de instâncias portadoras de verdade, nas questões decisivas da vida, que não sejam as demarcadas pelos limites da especialização científica e da investigação metodológica (cf. GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método II: complementos e índice. Tradução de Enio Paulo Giachini; revisão da tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. 3ª. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2007. p. 59). O substantivo ἀλήθεια é formado a partir da aglutinação do prefixo ἀ- (privativo) com a raiz ληθ (cujo significado de base é “dissimulado”, “oculto”). Por isso, o seu antônimo é λήθης, “esquecimento”, e seu adjetivo correspondente é ἀληθής, que significa “manifesto”, “franco”, “não escondido”. (Cf. PEREIRA, Isidro. Dicionário Greco-Português e Português-Grego. 6ª. Ed. Porto: Livraria Apostolado da Imprensa, 1984). Assim, “O enunciado verdadeiro significa: ele descobre o ente em si mesmo. Ele enuncia, indica, “deixa ver” (ἀπόφανσις) o ente em seu ser e estar descoberto. O ser-verdadeiro (verdade) do enunciado deve ser entendido no sentido de ser-descobridor. A verdade não possui, portanto, a estrutura de uma concordância entre conhecimento e objeto, no sentido de uma adequação entre um ente (sujeito) e um outro ente (objeto)”. (HEIDEGGER, Martin. Ser e Tempo. Tradução revisada e apresentação de Márcia Sá Cavalcante Schuback; posfácio de Emmanuel Carneiro Leão. 3ª. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2008. p. 289).

5 “O sentido do discurso é deixar e fazer com que o desocultado se apresente, se revele. Alguém apresenta algo, que desse modo está ali comunicado ao outro, do mesmo modo que está para este primeiro. Assim fala Aristóteles: Um juízo é verdadeiro quando deixa e propõe uma reunião daquilo que está reunido na coisa; um juízo é falso quando deixa e propõe uma reunião no discurso daquilo que não está reunido na coisa. A verdade do discurso, portanto, determina-se como adequação

Este é o objetivo deste artigo: *dar a conhecer, por às claras* aspectos (desdobramentos) usualmente ocultos da Programação Criminalizante da Lei n. 11.340/2006 no âmbito da Criminalização Secundária.

2 LEI N. 11.340/2006: OUTRAS PERSPECTIVAS

2.1 Programação punitiva: noções iniciais

A Lei n. 11.340/2006 é uma modalidade programadora de normatividade: uma *programação punitiva*, que é uma proposta de exercício específico de *controle social*.

As *punições*, assim como as *gratificações*, constituem sinais característicos de toda comunidade humana e são instrumentos de controle comportamental de seus integrantes, tanto para a realização das condutas reconhecidas pelo grupo como positivas (desejadas) quanto para que sejam desestimulados os comportamentos negativamente valorados⁶ (são, portanto, técnicas de controle social, que podem se manifestar *informal* ou *formalmente*).

O *Poder Sancionador* (coercitivo) é um dos rostos do *Poder Político do Estado*. Este, segundo Osvaldo Melo, “é a faculdade, respaldada por mecanismos de coação, de regulamentar e controlar a conduta social”.⁷

O Poder Político Estatal é *coercitivo* e se manifesta numa relação entre os poderes públicos e os cidadãos. “O Estado tem como um de seus objetivos o de possuir o monopólio da coerção na Sociedade, com o fim de constituir-se no Poder soberano da mesma.”⁸ A coercitividade penal se exerce por meio da *Punição Penal*, também denominada “Pena” ou “Sanção”, que “é a ação e efeito sancionatório que pretende responder a outra conduta.”⁹

do discurso à coisa, isto é, como adequação do deixar e propor, pelo discurso, a coisa proposta” (GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método II: complementos e índice. p. 60).

6 WARAT, Luis Alberto. Introdução Geral do Direito: I - interpretação da lei - temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1994. p. 169.

7 MELO, Osvaldo Ferreira. Dicionário de direito político. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 143.

8 CRUZ, Paulo Márcio. Política, Poder, Ideologia & Estado Contemporâneo. 3ª. ed. rev. atual. e amp. Curitiba: Juruá, 2002. p. 80.

9 ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal. Rio

Toda *punição*, no Estado de Direito, deve acontecer de modo *formal*, dentro de certos parâmetros expressos antecipadamente em lei (legalidade material) e pelo cumprimento de determinados ritos juridicamente predeterminados (legalidade processual). Por ser um exercício de Poder do Estado, a punição deve “se dar *no Estado*”, como uma manifestação *institucional*.

Assim, a partir dos elementos acima se pode chegar ao seguinte conceito específico de Poder estatal de punir: *Poder Punitivo* é o Poder Político do Estado, exercido *mediante punições formais e institucionalizadas*, com a finalidade de obter obediência a um comando e a um modelo de organização política (controle social punitivo).¹⁰

O Poder Punitivo é um Poder que age seletivamente. Segundo o seu próprio discurso legitimador, ele recai sobre aqueles que praticam uma infração descrita em um tipo penal incriminador. Esse fenômeno é denominado “*Criminalização*”. De uma forma geral, a Criminalização recai sobre todos os cidadãos, de forma primária, como uma programação legislativa prévia, mediante a descrição de condutas e cominação de penas. Basicamente, essa Criminalização, denominada Primária, é “o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas.”¹¹ A *Criminalização Primária* é um ato *formal* e *programático*. É *formal* porque tem previsão legal; é *programático* porque deve ser cumprido como uma rotina, posteriormente, por Agências que não são as mesmas que formularam a programação.

Agências são entes ativos do processo seletivo de criminalização. Podem ser políticas, judiciais, policiais, penitenciárias, de comunicação social, de reprodução ideológica ou internacionais.¹² A *Criminalização Primária* resulta de um ato de Agências políticas (legislativas), enquanto que a sua programação é destinada à aplicação do Direito Penal pelas Agências executivas (policiais, judiciais, penitenciárias). Há um papel preponderante das Agências políticas na produção do Direito Penal e

de Janeiro: Revan, 2003. p. 43.

10 Cf. ESPÍRITO SANTO, Davi do. Ministério Público e Acusação: uma aproximação a partir da Hermenêutica Constitucional. Dissertação (Mestrado) – Curso de Pós-graduação stricto sensu em Ciência Jurídica - CPCJ, Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí(SC), 2010. p. 23.

11 ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal, p. 43; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral. 3. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2001. p. 60.

12 Sobre essas agências vide: ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal. p. 60-61.

Processual Penal, na Criminalização Primária, assim como há um papel decisivo das Agências executivas na Criminalização Secundária.

A Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006), por exemplo, foi produzida num contexto político, por uma Agência política: o Congresso Nacional. Outras Agências também, embora não participando diretamente do processo legislativo, foram decisivas na sua edição: as Agências internacionais, como, por exemplo, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão da Organização dos Estados Americanos (OEA), que exerceu, especificamente no caso do crime que vitimou Maria da Penha Maia Fernandes (que dá nome à Lei), pressão sobre o governo brasileiro para dar cumprimento à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (o Pacto de San Jose da Costa Rica), ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992 (Agência internacional); os órgãos de imprensa que antes e ao tempo da tramitação deram espaço na mídia para o tema “violência doméstica contra a mulher” (Agências de comunicação); as universidades que promoveram debates e seminários sobre o tema nos mais variados cursos (Agências de reprodução ideológica); etc.¹³

Criminalização Secundária é a ação punitiva exercida sobre pessoas de forma concreta, legitimada por procedimentos estabelecidos mediante regras de natureza processual.¹⁴ A Criminalização Secundária pode dar-se:

a) *conforme o estereótipo*, quando está ligada a critérios pré-concebidos de classificação social (o ilícito cometido pode ser relacionado ao papel desempenhado pelo infrator);

b) *por comportamento grotesco ou trágico*, quando ocorre a seleção em virtude da singularidade comportamental do infrator;

c) *em razão da falta de cobertura*, quando o infrator se achava praticamente invulnerável ao Poder Punitivo, mas num embate pelo poder hegemônico teve a sua vulnerabilidade rompida.¹⁵

Relativamente à Lei n. 11.340/2006 a Criminalização se dá, em

13 Sobre a combinação de fatores que desencadearam o processo legislativo que redundou na Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006), vide: CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência Doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) comentada artigo por artigo*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 21-26.

14 ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal*. p. 43.

15 ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal*. p. 49.

regra, conforme o estereótipo do agressor doméstico das classes sociais menos favorecidas. Excepcionalmente poderá ocorrer *por comportamento grotesco ou trágico*, quando se tratar de crimes violentos intrafamiliares (homicídios passionais, lesões corporais de natureza grave, etc.); e, mais raramente, recairá sobre agressor doméstico das classes sociais mais abastadas, por *falta de cobertura* (denúncias por vinganças pessoais ou ciúmes, intrigas com vizinhos, etc.).

Vê-se, pois, que o Sistema Penal atua por *Seletividade*, ao fazer recair o controle social punitivo institucionalizado (Criminalização Secundária) tendencialmente sobre um reduzido número de pessoas ou sobre certas categorias de pessoas, num processo de estigmatização social, às quais são submetidas à sua coação, mediante imposição de penas.¹⁶ A Criminalização Secundária incidirá na direta proporção da *Situação de Vulnerabilidade* da pessoa sobre quem ela incide. Quer dizer, há, relativamente a algumas pessoas, um risco maior de serem criminalizadas secundariamente do que outras, de serem atingidas concretamente pelas Agências executivas do Sistema Penal. A situação de vulnerabilidade será mais baixa ou mais alta, conforme a sua correspondência ao estereótipo do criminalizado for maior ou menor.¹⁷ Apenas extraordinariamente ocorrerá a Criminalização por *comportamento grotesco ou trágico* ou em *razão da falta de cobertura*.

A par da Seletividade natural de todo processo de Criminalização, que se exerce sobre as categorias de pessoas acima definidas, deve-se atentar para dois outros tipos de Seletividade que estão relacionados aos crimes praticados com violência doméstica ou no âmbito familiar contra a mulher: a *Seletividade Policizante* e a *Seletividade Vitimizante*.

Quanto à primeira, relaciona-se aos processos de seleção, treinamento e condicionamento institucional, a que são submetidos os operadores das Agências executivas do Sistema Penal.¹⁸ No caso da Lei Maria da Penha, este é um ponto delicado. Que espécie de superestrutura tem sido colocada a serviço desse processo? Como se interpõe o

16 ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal. p. 43.

17 ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal. p. 49-50.

18 ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal. p. 56.

Poder Político na escolha e treinamento de agentes policiais civis, policiais militares, escrivães de polícia, delegados de polícia, promotores, juízes, agentes penitenciários, que vão atuar no campo criminalizador secundário quando se tratar de violência doméstica? Há estrutura para a realização desse trabalho e os mecanismos que minimizam a competição com outras agências executivas estão atuantes? No que as Delegacias de Proteção à mulher, na prática, se diferenciam das demais Agências executivas policiais do Estado? Buscam, como as demais, a “entrega” do caso à Justiça (outra Agência), ou há “a visão que enxerga através” das funções usuais de Agência policial? São questões importantes ao impulsionamento do progresso do Estado Constitucional de Direito.

No que tange à segunda, a *Seleção Vitimizante*, o assunto é ainda mais delicado e merece estudo mais detido. Há duas facetas de Seleção Vitimizante: a *Primária* e a *Secundária*.¹⁹ A primeira diz respeito à eleição de certo recorte do conflito, como no caso da Lei Maria da Penha, que *renormatizou* as infrações dolosas violentas (homicídio, lesões corporais e a contravenção de vias de fato) contra a mulher, no ambiente doméstico ou praticadas no âmbito ou em razão das relações familiares. A segunda refere-se à tendência de se vitimizar novamente *in concreto*, pela ineficiência do Estado no trato dos conflitos domésticos ou familiares.

Esses dois aspectos serão abordados nos itens a seguir.

2.2 Seletividade Policizante

A *Seletividade Policizante* está relacionada à *estrutura burocrática tentacular do Estado*²⁰ e ao modo como ela é erguida e tramada no campo punitivo. Diz-se “Policizante” não como uma referência *em sentido estrito* às Agências policiais (polícia militar e civil), mas em *sentido lato*,

19 ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal*. p. 53-54.

20 O Prof. Cesar Luiz Pasold arrola essa estrutura tentacular como uma das características, do ponto de vista descritivo, do Estado Contemporâneo: “(...) de modo geral, o Estado Contemporâneo tem assumido uma estrutura tentacular que é objeto de estudos, constatações e propostas dos cientistas que têm a ‘burocracia como centro de atenção’, como evidencia HEADY. As superestruturas são montadas para exercício ampliado das funções estatais, ocorrendo hipertrofias em graduações variadas, na medida em que são examinados diversos Estados.” (PASOLD, Cesar Luiz. *Função Social do Estado Contemporâneo*. 3º. ed. ver. atual. e amp. Florianópolis: OAB/SC Diploma Legal, 2003. p. 60).

a todas as Agências executivas no seu conjunto (policiais, judiciais e penitenciárias). Nessa estrutura burocrática, habita um *Estado de Polícia* no interior de todo *Estado de Direito*.

O estado de direito é concebido como o que submete todos os habitantes e opõe-se ao estado de polícia, onde todos os habitantes estão subordinados ao poder daqueles que mandam. O princípio do estado de direito é atacado, por um alado, como ideologia que mascara a realidade de um aparato de poder a serviço da classe hegemônica e defendido, por outro, como uma realidade bucólica com alguns defeitos conjunturais. Considerando a dinâmica da passagem do estado de polícia ao estado de direito, é possível sustentar uma posição dialética: não há estados de direito reais (históricos) perfeitos, mas apenas estados de direito que contêm (mais ou menos eficientemente) os estados de polícia neles enclausurados.²¹

Há um fenômeno que ocorre, de forma mais ou menos intensa nos Estados de Direito Contemporâneos: o processo de *fossilização* das Agências executivas do Sistema Penal. A *fossilização* ocorre em duas etapas contínuas e complementares: a da *separação* e a do *isolamento*.

De uma maneira geral, o sistema também se vale de uma seleção de pessoas os setores mais humildes e, ao invés de sujeitá-los a um processo de criminalização, submete-os a um processo de fossilização. Este condicionamento, ainda muito pouco estudado, é, todavia, gravíssimo. Utiliza-se de um grupo de pessoas de baixa condição social, que perde o seu grupo de identificação originário e o leva à adoção de permanentes atitudes de desconfiança, que se corrompa, e essa corrupção o obrigue a uma solidariedade incondicional para com o grupo artificial e se veja submetido a um regime quase militar; e, conseqüentemente, à arbitrariedade em relação às condições e estabilidade laborativa, serve como “bode expiatório” para os excessos do sistema, e, por fim, torna-se mais exposto à violência física que esse mesmo sistema cria.²²

Esse fenômeno fica evidente também no segmento judicial, no qual se completa o ciclo de condicionamentos do Sistema.

Em outro nível, o sistema penal procura compartilhar essa mentalização com os segmentos de magistrados, Ministério Público e funcionários

21 ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal*. p. 41.

22 ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. p. 76.

judiciais. Selecciona-os dentre as classes médias, não muito elevadas, e lhes cria expectativas e metas sociais da classe média alta que, enquanto as conduz a não criar problemas no trabalho e a não inovar para não os ter, cria-lhes uma falsa sensação de poder, que os leva a identificar-se com a função (sua própria identidade resulta comprometida) e os isola até da linguagem dos setores criminalizados e fossilizados (pertencentes às classes mais humildes), de maneira a evitar qualquer comunicação que venha a sensibilizá-los demasiadamente com a sua dor. Este processo de condicionamento é o que denominamos *burocratização* do segmento judicial.²³

No que se refere à violência doméstica, a *burocratização* e a *fossilização* desses dois segmentos impede que se veja a questão em sua principal dimensão: a *necessidade de estabilização do núcleo familiar*. Os operadores das Agências executivas, como se dividem em escalas produtivas de serviço, em fases bem definidas (investigação policial, investigação judicial e execução da sanção) continuam “tratando” o problema de violência doméstica e familiar contra a mulher na *linha de produção* usual dos demais delitos. Até conseguem *ver ao longe* que há algo de diferente, a ser explorado e desvendado. Leem isso em alguns dispositivos “parapenais” da Lei Maria da Penha, nas chamadas “medidas protetivas”. Todavia, como esses setores estão *fossilizados*, fixados no *modus operandi* do Sistema Penal, “separados” artificialmente do cotidiano dos conflitos, não são capazes de desvencilhar-se das suas condicionantes. Nem mesmo o fato dos operadores das Agências (homens e mulheres de carne e osso²⁴) enfrentarem problemas semelhantes em seus lares parece fazer sentido. Esse processo de *fossilização*, dessarte, “é altamente nocivo para a saúde física e psíquica daqueles que participam de seus segmentos e daqueles que sobrem os seus efeitos.”²⁵

23 ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral. p. 77.

24 A racionalidade de “operadores de agências” imposta pelo Sistema Penal os desprioriza. O pretexto da razão pura lhes retira a possibilidade de sentir ou de pensar com o coração. Como bem registrou Unamuno: “O homem – diz-se – é um animal racional. Não sei porque é que se lhe não tem chamado animal afetivo ou sentimental. E talvez até que o que mais o diferencie dos outros animais seja o sentimento e não a razão. Mais vezes eu tenho visto um gato raciocinar do que a rir ou a chorar. Talvez chore ou ria por dentro, mas também por dentro, talvez o caranguejo resolva equações do segundo grau.” (UNAMUNO, Miguel de. Do Sentimento Trágico da Vida. Tradução de Cruz Malpique; revisão de Alda Couto. Lisboa: Relógio D’Água Editores, 2007. p. 12. Título original: Del Sentimiento Trágico de la Vida).

25 ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral. p. 77.

Ocorre também uma compartimentalização de ações dos setores burocráticos que os aliena do resultado final. Há um programa legal incriminador que precisa ser cumprido e cada órgão (setor) é responsável por uma etapa bem definida. Nenhum deles é responsável isoladamente pelo desfecho dos *casos* que lhes são incumbidos por atribuição legal. Essa é uma desconexão funcional do Sistema Penal; há um círculo específico de “conhecimento do caso” em cada esfera burocrática, mas não há o “saber do todo”, o qual permanece resguardado no vazio, no mistério da autoridade estatal.

Essa burocracia engendra um discurso do mesmo modo como, ainda num círculo, o discurso apresenta-se como o lugar que instaurará a dominação, a sujeição (não o sujeito), o poder: o sistema se realimenta, figura esta tanto mais nítida quanto hoje, extinta a monarquia na máscara pela qual Hegel a via, o poder advém diretamente da burocracia e a burocracia é legitimada pelo poder.

O discurso burocrático, no entanto – na medida exata em que é o lugar da alienação – sente que deve escamotear de sua fala a questão do poder. É isso o que faz: a ausência da questão daquilo que instaura esse poder, a questão do sujeito. Como o poder, o discurso burocrático é anônimo, sem rosto, sem marca.²⁶

Opera-se o *apagamento* do sujeito *no* e *pelo* discurso burocrático. Como nos demais processos criminalizantes, a Seletividade do Sistema Penal, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, trabalha justamente nesse *espaço vazio*, no *apagamento da consciência* dos operadores das Agências de criminalização secundária. Todo agressor e toda mulher agredida passam a corresponder a um arquétipo despersonalizado, no qual pouco importa as histórias individuais. Assim, cada “caso” é igual a outro “caso”. Têm-se “casos”, não pessoas.

2.3 Seletividade Vitimizante

Outro fenômeno atado ao Sistema Penal é a *Seletividade Vitimizante*. Para explicar esse conceito e seus desdobramentos, deve-se também partir da noção de Poder, em suas manifestações usuais: coerção, persuasão e retribuição.

26 COELHO NETTO, J. Teixeira. Semiótica, informação e comunicação. 7ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2007. p. 98-99.

O *Poder Coercitivo* consiste na capacidade de obter obediência mediante a privação ou ameaça de privação da vida, da integridade, da liberdade ou O *Poder Persuasivo* consiste na capacidade de obter obediência mediante a unificação das preferências e prioridades, convencendo os que têm que obedecer da justeza, correção e bondade do modelo de ordem projetado. A ideologia é instrumento deste tipo de poder.

O dito *Poder Retributivo* atua para obtenção de obediência mediante o estabelecimento de uma relação de intercâmbio. O que obedece o faz em troca de algo que receberá daquele que manda. Este tipo de poder se baseia numa relação de utilidade mútua entre o que manda e o que obedece.²⁷

Nas relações domésticas ou familiares, encontramos essas formas de exercício de Poder inseridas no cotidiano. Isto ocorria *antes* da edição da Lei Maria da Penha e também ocorre *depois*. Já se conhece o suficiente do Direito Penal para saber que a presença abstrata de dispositivos incriminadores de conduta num ordenamento jurídico têm valor simbólico. Por isso, *in abstracto*, nada mudou nas relações de poder domésticas e familiares depois dessa Lei.

O paradoxal processo cultural contemporâneo assegura, discursivamente, igualdade entre a mulher e o homem e, ao mesmo tempo, contradiscursivamente, mantém o paradigma da desigualdade de gênero, pela *dominação* do masculino sobre o feminino. Essa dominação é exercida mediante um poder de fato, como nas demais relações humanas. “Na sociedade há sempre pessoas que exercem poder mais ou menos arbitrário sobre outras, seja de forma brutal e violenta, seja de forma sutil e encoberta”.²⁸ Vale dizer que o que se busca com uma Lei penal é reprimir uma forma de conduta violenta dominadora, um exercício de Poder abusivo em qualquer das suas roupagens.

Para conter simbolicamente o Poder Coercitivo abusivo são criminalizadas condutas como roubos, torturas, estupros, etc.; contra o Poder Persuasivo abusivo, editam-se leis de proteção ao consumidor (punindo publicidade abusiva ou enganosa) ou de caráter ideológico

27 CRUZ, Paulo Márcio. *Política, Poder, Ideologia & Estado Contemporâneo*. p. 80.

28 ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. p. 53.

(criminalizando o uso de suástica); contra o Poder Retributivo, usam-se regras punitivas contra a parte “mais forte” (crimes contra a relação de trabalho ou abusos de incapazes, etc.). A Punição nada mais é do que a ação e o efeito sancionatório, que representa um Poder Político e jurídico, que pretende dar uma *resposta* a uma outra conduta (ação ou omissão), que constitui um Poder de fato abusivo: o Poder de subjugar. Esse Poder de subjugar é um Poder *desnormatizador*, o qual quando predomina, torna-se necessário que sejam assegurados os direitos do subjogado, da vítima, *redefinindo-se juridicamente a situação conflitiva*.

A Lei n. 11.340/2006 veio com o objetivo de conter um Poder anormalmente exercido sobre as mulheres nas relações domésticas ou familiares para redefinir juridicamente uma situação conflitiva específica.

Por isso, sua ementa diz que:

Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.

E no seu texto são definidas as formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, *in verbis*:

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercia-

lizar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.²⁹

Pois bem, a Agência política “Congresso Nacional”, sob a pressão de outras Agências políticas, de comunicação, internacionais (observe-se a menção à *Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres* e à *Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher*) etc., tratou de habilitar providência cautelar específica no Código de Processo Penal (a possibilidade de decretação de prisão preventiva, art. 313, inc. IV); de agravar sanções no Código Penal (a criação de modalidade qualificada de crime de lesões corporais, art. 129, § 9º; e a previsão de uma nova causa agravante genérica, art. 61, inc. II, f); de impor obrigação peculiar na Lei de Execução Penal (o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação art. 152, parágrafo único); e de embaraçar a disponibilidade da vítima sobre o *jus puniendi*, na Lei n. 9.099/1995 (ao proibir a incidência dos institutos da *transação penal* e *suspensão condicional do processo*).

A percepção acerca da *violência doméstica* como conduta *anormal* situou-a fora do socialmente aceitável ou tolerável, e, conseqüentemente, a Agência política respondeu com uma *renormatização* da situação conflitiva.

Renormatização é a edição de uma nova norma ou um novo conjunto de normas que, embora sem resolver a situação de conflito, estabelecem simbolicamente um Poder Coercitivo Estatal específico reativo ao Poder abusivo. O Estado formaliza, desse modo, uma Programação

29 BRASIL. Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal etc. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 23 set. 2009.

Criminalizante, num ato declarativo: uma Lei. Foi o que ocorreu com a edição da Lei 11.340/2006.

Deste modo são tranqüilizadas as pessoas que reivindicam o reconhecimento de seus direitos lesionados em meio a essas situações conflitivas, cujos explicáveis impulsos vindicativos passam a ser canalizáveis para a realimentação do sistema penal, estimulando-se que a opinião pública se identifique com eles, e procurando que todos aqueles que suportam ofensas análogas se satisfaçam com o reconhecimento de seu novo status (vítimas). Desta maneira, a situação *desnormalizada se renormatiza* (saí do centro da atenção pública).³⁰

Esse recurso denomina-se *Vitimização Primária* (do qual deriva a expressão *Seletividade Vitimizante*), que se funda num mito: o de que *renormatizar é resolver*.³¹

A segunda faceta da *Seletividade Vitimizante* é determinada pela maior vulnerabilidade de certas categorias de pessoas a uma segunda vitimização. As Agências de execução não são capazes de *sempre e efetivamente* proteger as vítimas do Poder abusivo. A ineficiência destas Agências em proporcionar segurança às vítimas do exercício arbitrário do Poder criará uma lacuna de Poder repressor, que pode ser preenchida lícita ou ilícitamente. As classes mais abastadas, por exemplo, protegem-se dos infratores patrimoniais mediante *mecanismos de proteção não estatais* (contratação de serviços e sistemas segurança privada), custeados com recursos financeiros próprios. Além disso, o próprio Poder Público dá “preferência” à manutenção de serviços públicos de segurança nos “bairros residenciais nobres”.

Os próprios serviços de segurança pública, ante a maior capacidade de reivindicação comunicacional dessas classes, tende a centrar a vigilância nas zonas de altíssima rentabilidade das cidades onde, por outro lado, é mais fácil detectar a presença daqueles que carregam os estigmas do estereótipo. Neste campo, a regra parece ser que o risco vitimizante se distribui na razão inversa do poder social das pessoas: *as agências outorgam maior segurança a quem detém maior poder*.³²

30 ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. p. 53.

31 ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. p. 54.

32 ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. p. 54.

A *Seletividade Vitimizante Secundária* ocorre, dessarte, como um reflexo da própria ineficiência do Estado em sustentar um tratamento efetivo e igualitário a todas as potenciais vítimas (subjugadas) de exercícios de Poder abusivos. Infere-se que essa *segunda vitimização* se dá pela incapacidade do Estado em proporcionar segurança às vítimas de fatos criminalizados primariamente (isto é, os que foram vitimizados primariamente).

Aqui reside outro ponto nevrálgico da Lei Maria da Penha. Nela foram definidas *medidas de caráter penal* mais gravosas do que as incidentes numa situação que não configura conflito doméstico ou familiar e foram cominadas, como suas coadjuvantes processuais, outras *providências de natureza para-penal*, as denominadas *medidas protetivas de urgência* (Lei n. 11.340/2006, artigos 18 a 24).

Relativamente ao agressor, o artigo 22 da mencionada Lei determina que a Agência judicial poderá determinar medidas coercitivas *nominadas e inominadas*.

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003;

II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:

a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

c) freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;

V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

Com a tomada de tais medidas, cria-se espaço para a *Vitimização*

Secundária da mulher pelo próprio ofensor, com o agravamento dos conflitos e ensejo de novas e mais severas agressões. As medidas previstas na Lei (imaginando-se que o réu permaneça em liberdade) são de evidente *valor simbólico*. Mesmo que o Estado tivesse sobra de recursos financeiros e humanos à disposição de suas Agências de execução, não haveria forma de controlar o cumprimento das medidas judicialmente impostas, pois ele depende fundamentalmente de dois fatores: o medo do infrator de um eventual decreto de prisão preventiva e a sua boa vontade em cumprir a ordem judicial. O controle, que é feito informalmente, não é empecilho para uma aproximação violenta do infrator da vítima nem a prática de novos atos violentos (ameaças, lesões corporais, homicídio, etc.), como se demonstra *in concreto*, no dia-a-dia, nos Juizados de Proteção à Mulher.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este ensaio começou com um conto de José Saramago, no qual um homem pediu ao rei um barco, para ir à procura da ilha desconhecida. Para o rei, esse assunto resolvia-se numa declaração simples “(...) já não há ilhas desconhecidas”; já o homem dizia “(...) é impossível que não exista uma ilha desconhecida”. O rei disfarçava o riso “como se tivesse na sua frente um louco varrido, dos que têm a mania de navegações. A quem não seria bom contrariar (...)”³³; o homem estava determinado e acabou ganhando o barco e de quebra a sua primeira tripulante: a mulher da limpeza, que aderira a ele e a sua busca quixotesca pela ilha desconhecida.

Falou-se das possibilidades desconhecidas da Lei Maria da Penha, da necessidade de um discurso para desocultá-las, de uma demonstração discursiva, apofântica. Passou-se, então, à busca de um desvelamento de sentido do Poder que se exerce com base na mencionada Lei, a partir de alguns conceitos criminológicos elementares. Como numa nau em que se sai à busca do desconhecido, antes de içar ferros, partiu-se ao estudo do barco (suas restrições, limitações) e do mar (sua imensidão inexplorada).

33 SARAMAGO, José. *O Conto da Ilha Desconhecida*. p. 17.

Assim, relativamente à Lei Maria da Penha, desenharam-se duas indagações quanto a sua Seletividade: a Policizante e a Vitimizante. A primeira olha para as Agências executivas do Sistema Penal, mediante a focalização de duas de suas características: a burocracia e a fossilização; a segunda concentra na mulher: a vítima “duas vezes”.

Não foram feitas *prescrições*, mas tão-somente *descrições*. É porque não se tem mapa para chegar à ilha desconhecida (o homem do conto havia dito isso e até o rei disso sabia). Entretanto, ao desvelar “o não visto” e ao desvendar os olhos para perceber os condicionamentos políticos das novas e velhas significações, se adquire o poder de observar diferentemente. Trata-se, sobretudo, de uma postura hermenêutica: uma abertura para *superação*, que é pré-requisito para iniciar a “navegação”.

Navegar é preciso. Porém, para navegar é preciso “ver”. Todavia, se for para enxergar (alguns dos) problemas do Sistema Penal sem que se queira olhar para o mundo concreto e sem que se deseje estabelecer um contradiscurso forte e reivindicante de novas posturas, será melhor então nem abrir os olhos.

Mas, se a busca for por uma saída à monótona monocromia do conhecido, para uma fuga do estabelecido desde-já-e-sempre-inexoravelmente, fica o convite para “embarcar” num novo sentido da Lei Maria da Penha: NA *Ilha Desconhecida*.

“Depois, mal o sol acabou de nascer, o homem e a mulher, foram pintar na proa do barco, de um lado e do outro, em letras brancas, o nome que ainda faltava dar à caravela. Pela hora do meio-dia, com a maré, *A Ilha Desconhecida* fez-se enfim ao mar, à procura de si mesma.”³⁴

34 SARAMAGO, José. O Conto da Ilha Desconhecida. p. 62.

4 REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Trad. da 1ª. ed. brasileira coordenada e revista por Alfredo Bossi; revisão da tradução e tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti. 5ª. ed. rev. e ampl. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. Trad. Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cascais. 6ª. ed. Brasília: UNB, 1994.

BRASIL. Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal etc. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 23 set. 2009.

CRUZ, Paulo Márcio. **Política, Poder, Ideologia & Estado Contemporâneo**. 3. ed. rev. atual. e amp. Curitiba: Juruá, 2002. p. 80.

COELHO NETTO, J. Teixeira. **Semiótica, informação e comunicação**. 7ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2007.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) comentada artigo por artigo**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ESPÍRITO SANTO, Davi do. **Ministério Público e Acusação: uma aproximação a partir da Hermenêutica Constitucional**. Dissertação (Mestrado) – Curso de Pós-graduação *stricto sensu* em Ciência Jurídica - CPCJ, Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí(SC), 2010. 153 p.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**; tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.

_____. **Verdade e Método II: complementos e índice**. Tradução de Enio Paulo Giachini; revisão da tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. 3ª. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2007.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**; tradução revisada e apresentação de Márcia Sá Cavalcante Schuback; posfácio de Emmanuel Carneiro Leão. 3ª ed. Petrópolis: Vozes em co-edição com Editora Universitária São Francisco, Bragança Paulista, 2008.

MELO, Osvaldo Ferreira. **Dicionário de direito político**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 3^a. ed. rev. atual. e amp. Florianópolis: OAB/SC, 2003.

PEREIRA, Isidro. **Dicionário Greco-Português e Português-Grego**. 6^a. ed. Porto: Livraria Apostolado da Imprensa, 1984.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito I**: Interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994.

SARAMAGO, José. **O Conto da Ilha Desconhecida**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

UNAMUNO, Miguel de. **Do Sentimento Trágico da Vida**. Tradução de Cruz Malpique; revisão de Alda Couto. Lisboa: Relógio D'Água Editores, 2007. Título original: Del Sentimiento Trágico de la Vida (1913).

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: Parte Geral. 3^a. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2001.

_____. **Direito Penal Brasileiro**: Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

de bens, pelo uso da força.

III PRÊMIO MILTON LEITE DA COSTA - 2010
 Categoria B: Artigo - 2º lugar

O PROBLEMA DO CONFLITO DE PRINCÍPIOS E A PROPOSTA DE SOLUÇÃO DE ALEXY: APROXIMAÇÕES EPISTÊMICAS E PRÁTICO-JURÍDICAS À MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE E À PRISÃO CAUTELAR

Isaac Sabbá Guimarães

*Promotor de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina
 Doutorando pela UNIVALI*

1 INTRODUÇÃO

A pretensão de substantivação das liberdades e demais interesses do homem que vai inscrita nas normas fundamentais, positivadas em documentos político-jurídicos em momentos conflituosos (definidos como revoluções – constitucionais –, cujo objetivo é dar um novo arranjo ao Estado, reestruturando-o politicamente, em suas instituições e contemplando os interesses do homem depreendidos dialeticamente nas relações entre o povo e a *auctoritas*), é, também, foco para conflitos numa outra e superveniente dimensão. Melhor explicando: podemos dizer que os conflitos que demandam a positivação constitucional de certas posições político-jurídicas, antes de encontrarem a solução definitiva no fechamento do ciclo

Atuação	Florianópolis	Edição Especial - Prêmio Milton Leite da Costa 2009/2010	p. 319 - 346	2011
---------	---------------	--	--------------	------

revolucionário-constitucional (como talvez entendessem, numa primeira etapa da história constitucional moderna – a do movimento intelectual anterior à onda de constitucionalização de fins do século XVIII –, os juracionistas e, posteriormente, os exegetas), configuram, apenas, uma das séries de ondas de conflitos, que se estendem indefinida e ininterruptamente ao longo da vida do Direito. Os direitos de liberdade, *v.g.*, depreendidos de uma natureza humana e, portanto, inerentes a todos os homens, atemporal e universalmente, não são tão irredutíveis como pensavam os politólogos e jurisfilósofos oitocentistas. O *idearium* de um Benjamin Constant, para quem a liberdade só encontrava limites estabelecidos pela lei, não perscrutava aí as dificuldades operacionais de seu campo prático, cuja teia problemática tendeu a tornar-se mais densa a cada avanço da humanidade (científico, técnico, etc.).¹ E basta, para que tomemos contato com os problemas dessa categoria, pensarmos nas esferas conceituais do direito à intimidade e à preservação da imagem e a da liberdade de imprensa; ou da segurança pública (com o objetivo de proteger a vida, a integridade física e a propriedade dos cidadãos) e as garantias de índole constitucional-processual. Tal como a evolução das ondas, em que há sempre a crista de uma parecendo engolir a que se desfaz nas areias, os conflitos de normas fundamentais sucedem-se uns aos outros e requerem posições mediadoras de política jurídica que, contudo, se relativizam à dimensão conceitual das normas fundamentais e não podem comprometer seu núcleo duro.

A solução para o problema da hermenêutica constitucional não pode, portanto, abarcar a ideia de que as normas definidoras de direitos fundamentais têm valor absoluto. A vasta dimensão ontológica do princípio da dignidade da pessoa humana, apenas para citar aquele a

1 É bastante conhecido seu ensaio “De la liberté des anciens comparée a celle des modernes”, no qual escreve que a liberdade dos modernos é “[...] o direito a não ser submetido a não ser às leis, não poder ser detido, nem preso, nem morto, nem maltratado de maneira alguma pelo feito da vontade arbitrária de um ou de muitos indivíduos: é o direito de proclamar sua opinião, de escolher sua ocupação, de exercê-la, e de dispor de sua propriedade, e ainda de abusar se quiser, de ir e vir a qualquer parte sem necessidade de obter permissão, nem de prestar contas a ninguém de seus motivos ou de seus passos: é o direito de reunir-se com outros indivíduos, seja para deliberar sobre seus interesses, seja para preencher os dias ou as horas da maneira mais consentânea com suas inclinações e caprichos: é, enfim, o direito de todos de influir na administração do governo, ou na nomeação de alguns ou de todos os funcionários, seja por representações, por petições ou por consultas, que a autoridade está mais ou menos obrigada a tomar em consideração”. *Apud* JULIOS CAMPUZANO, Alfonso de. *La dinámica de la libertad: tras las huellas del liberalismo*. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1997. p. 78-79. Fizemos aqui uma tradução livre do texto.

que frequentemente o operador jurídico recorre para tentar harmonizar certas normas fundamentais em entrelaço, não deve ser entendido como um *supraprincípio*, que se sobrepõe hierarquicamente aos demais, sem padecer de relativização: as exigências político-jurídicas para o concertamento da sociedade de um Estado democrático de direito, partem, é claro, de um ideal de dignidade da pessoa humana, mas não o empregam com toda sua força ideológica no campo prático-social, porque uma tal aplicabilidade pressuporia uma humanidade homogênea, sem dissensos ou conflitos e sem perigos. A alternativa que resta tem de partir de uma racionalidade jurídica mediadora, em que os discursos sobre direitos fundamentais são analisados com a finalidade de descobrir-lhes valores éticos orientadores para a dissolução problemática concreta. Essa vertente hermenêutica, que renuncia a qualquer prévia posição hermética em torno das valorações, portanto, só é posta em operação, por um lado, nas situações críticas², e, por outro lado, tendo-se como premissa de que nenhum dos direitos fundamentais possui valor absoluto. A teoria dos direitos fundamentais de Alexy parte dessa metódica. Reconhece o caráter relativo dos direitos fundamentais e, demonstrando a ocorrência de conflitos entre eles, procura uma solução discursiva mediadora, empregando a máxima da proporcionalidade.

O presente artigo pretende avançar sobre o problema dos conflitos entre normas do direito fundamental, tendo como eixo axial a teoria dos direitos fundamentais de Alexy. Para tanto, deverá, num primeiro momento, estabelecer os alicerces da teoria do constitucionalista alemão, e, posteriormente, fazer aproximações epistemológicas ao problema do conflito de normas. Ao final, já será possível descrever em linhas gerais a proposta de Alexy para a dissolução da problemática dos conflitos de normas, que é seu equacionamento através da máxima da proporcionalidade. É nesse ponto que trataremos de uma das questões paradigmáticas de nosso tribunal constitucional, que é o enfrentamento dos limites da prisão cautelar. A pesquisa bibliográfica servirá para dar arrimo, através do método dedutivo, à formulação de nossa posição quanto à questão problemática referida ao conflito de direitos fundamentais.

2 Assim por nós entendidas aquelas em que ocorrem colisões de direitos fundamentais.

2 TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ALEXY E O CONCEITO DE NORMA DE DIREITO FUNDAMENTAL

Os direitos fundamentais podem ser abordados de múltiplas maneiras e parece-nos inolvidável o fato de que começaram a existir através da perspectiva filosófica, quando se definiram aqueles direitos inerentes a uma natureza humana e que, portanto, fazem parte do direito natural³; no entanto, podem ser estudados e compreendidos segundo os métodos da história, que pretende demonstrar seu surgimento; ou da sociologia, que elabora leis a partir dos exames empíricos sobre a função dos direitos no sistema social; isso apenas para citar três formas de abordagem do tema. Contudo, Alexy adverte que seu intuito não é outro senão o de estabelecer uma teoria jurídica geral dos direitos fundamentais, tendo como um dos objetivos “[...] a reabilitação da tantas vezes criticada axiologia dos direitos fundamentais”⁴, abrindo, com isso, uma brecha para que divisemos seu modo de entender a estrutura geral do Direito.

Na verdade, a vertente do positivismo científico que tenta esconder das ciências sociais, por um lado, o conhecimento comum, a *doxa*, e, por outro, qualquer rasgo de conhecimento com características de ética, moral ou outra fonte alheia aos métodos estabelecidos segundo uma epistemologia própria, como pretendia Weber⁵, e que no Direito se notabilizará pelo juspositivismo kelseniano, que refuta as influências *metajurídicas*, não consegue explicar de maneira convincente a prevalência da *Grundnorm* como norma hipotética justificadora de todas as demais do *corpus iuris*. Porque as posições político-jurídicas assumidas pela *auctoritas* ao longo das experiências jurídicas (jurídico-legislativas e jurídico-jurisdicionais) são hauridas, *tout court*, do vasto universo de fenômenos humanos e não do puro e simples decisionismo. Da mesma forma, *v.g.*, os direitos de liberdade, antes de serem compreendidos pela razão humana como fato natural, são decorrentes das experiências

3 Sobre a perspectiva filosófica ou jusnaturalista, cf. ANDRADE, José Vieira. Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina, 1987. p. 11-15.

4 ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Tradução para o espanhol de Ernesto Garzón Valdés. 1. reimpressão. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 25. Título original: Theorie der Grundrecht. Doravante, as citações deste autor terão nossa tradução para o Português.

5 Sobre a matéria e, especificamente, sobre o cariz axiológico da norma, cf. MELO, Osvaldo Ferreira de. Fundamentos da política jurídica. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris/CPGD-UFSC, 1994. p. 122-128.

socioculturais e, portanto, tornam-se direitos datados dentro de um sistema histórico, sem que para tal se possa excluir as influências de diversos conhecimentos, inclusive os axiológicos, que se entrecruzam num determinado *hic et nunc* histórico. Quando concretizados como direitos fundamentais, estão sujeitos a uma carga valorativa no momento pragmático-jurídico, que por nenhuma forma elide seu étimo justificante; basta que se pense na hermenêutica mais simples, que parte da semântica dos termos jurídicos, e aí já localizaremos, nos jogos de linguagem desenvolvidos pelo intérprete, algum traço ético.

Alexy, no entanto, alerta que a sua teoria não deixa de ser dogmática – calcada nos pressupostos da dogmática jurídica – e, portanto, pretende estabelecer as bases para a compreensão dos direitos fundamentais. A dogmática jurídica, da qual se arranca o constitucionalista os pressupostos para suas investigações, apresenta três dimensões: a analítica, a empírica e a normativa. Na dimensão analítica, “[...] trata-se da consideração sistêmico-conceptual do direito válido”, abrangendo desde os conceitos fundamentais (conceito de norma, *v.g.*), “[...] passando pela construção jurídica [...] até a investigação da estrutura do sistema jurídico [...] e da fundamentação sobre a base de direitos fundamentais.”⁶ Já a dimensão empírica apresenta dois significados: “primeiro, com relação ao conhecimento do direito positivamente válido e, segundo, com relação à utilização de premissas empíricas na argumentação jurídica.”⁷ Nessa dimensão tende-se a estabelecer um prognóstico da práxis judicial, ultrapassando, dessa forma, os conceitos de direito e de validade do positivismo jurídico. Por fim, na dimensão normativa vai-se para além das constatações acerca do direito positivo válido, para alcançar a orientação e a crítica da práxis jurídica, especialmente da práxis jurisprudencial⁸. Estabelecendo esses vetores, Alexy referirá que a teoria pretendida é integrativa (das três dimensões da dogmática jurídica), enfatizando, no entanto, a dimensão analítica, em que investiga as estruturas dos direitos fundamentais, em seu conceito, influência no sistema jurídico e fundamentação. Explica:

A via para uma adequada teoria integrativa conduz-se através de uma teoria estrutural dos direitos fundamentais. Uma teoria estrutural – enquanto parte de uma teoria

6 ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales, cit. p. 30.

7 *Ibidem, ibidem.*

8 *Ibidem*, p. 32.

integrativa – é uma teoria primariamente analítica. É uma teoria primária e não puramente analítica, porque investiga estrutura tais como a dos conceitos de direitos fundamentais, da influência dos direitos fundamentais no sistema jurídico e da fundamentação dos direitos fundamentais, tendo em consideração as tarefas práticas de uma teoria integrativa.⁹

Portanto, ao colocar em relevo o aspecto eminentemente prático da ciência jurídica, Alexy procura dar à sua tese um viés empírico-analítico, que permitirá, por um lado, investigar os fundamentos conceituais dos direitos fundamentais e, por outro lado, adentrar o âmbito da pragmática jurídico-constitucional, aquela que é operada pelos tribunais ao darem concreção às regras e aos princípios fundamentais. Mas sua metódica requer que seja antes estabelecido o conceito de norma de Direito Constitucional.

Ao tratar dessa categoria, Kelsen refere-nos que com o vocábulo *norma* “[...] quer-se significar que algo *deve* ser ou acontecer, especialmente que um homem se *deve* conduzir de determinada maneira.”¹⁰ Mas explica que a acepção de norma inclui não só o comando de dever dirigido ao homem, mas, também, a permissão e a atribuição de competência, ou poder, para agir de certa maneira¹¹. A norma, expondo esquematicamente, encerra um dever-ser (*Sollen*) dirigido a um ser (*Sein*). Mas o normativismo formalista do modelo kelseniano reduz a norma a estruturas lógico-formais, extraindo de seu conteúdo os aspectos fáticos e valorativos. Por outras palavras, os elementos *metajurídicos*, como os valores axiológicos, serão estranhos ao seu conceito de norma. Já Alexy procura evitar o reducionismo juspositivista, através de um conceito semântico de norma, segundo o qual há distinção entre *norma de direito fundamental* e *direito fundamental* – a primeira uma ideia mais ampla do que a segunda; assim como, também, há diferença entre *norma* e *enunciado normativo*, uma vez que aquela categoria deve encerrar um caráter deontico.

Assim, partindo da distinção entre *norma* e *enunciado normativo*, poder-se-á dizer que o enunciado expressa uma norma de conteúdo deontico (um mandado, uma obrigação, um dever, uma permissão,

9 ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales, cit. p. 39.

10 KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado Editora, 1984. p. 21. Título original: Reine Rechtslehre.

11 *Ibidem*, p. 22.

etc.). De maneira a que se chegue à conclusão de que “Uma norma é o significado de um enunciado normativo.”¹² Ou, segundo entendemos, o *enunciado normativo* é o instrumento linguístico que compreende significante e significado, entendendo-se aquela categoria linguística como “[...] um *relatum*” cuja definição não se pode separar da de significado¹³; ao passo que essa categoria, “como representação psíquica da ‘coisa’”, conterà em si os aspectos psicológicos e ideológicos, apenas mediados através de significantes¹⁴; já por isso, não será desarrazoado pensar-se que o significado poderá vir à compreensão do intérprete através de diversos significantes; ou, transpondo isso para a teoria semântica de norma, uma *norma de direito fundamental* poderá ser expressa por vários *enunciados normativos*.

A norma (na sua acepção mais ampla, que concerne aos âmbitos ético, moral, religioso, etc.), para ser entendida como um *dever-ser* que é, ou seja, contendo uma determinação vinculante, tem de trazer ínsita a ideia de validade. Por outras palavras, deve ser considerada, em seu campo conceitual, a capacidade de fazer-se cumprir o *dever-ser* nela expresso. Normas sociais defasadas no tempo histórico-cultural ou deslocadas do ambiente sociocultural de origem, *v.g.*, não vinculam, nem mesmo se tornam exigíveis e nem seu desatendimento imporá a consequência da censura moral. No que concerne especificamente ao mundo jurídico, a ideia de validade vai aderida à imposição da norma por autoridade autorizada – a *auctoritas* instituída, com competências específicas – para o efeito. Mas o conceito semântico de norma que Alexy defende é indiferente às teorias de validade (sociológicas, éticas, jurídicas)¹⁵ e preocupa-se fundamentalmente com a adjetivação da norma como *norma de direito fundamental*.

A partir disso, Alexy irá sustentar a existência de dois tipos de normas de direito fundamental: a norma jusfundamental, que está diretamente estatuída na Constituição, e que existe segundo uma referência a sua positivização; e a norma adscrita, que não é simplesmente aquela atestada pela jurisprudência, mas sim a norma à qual se pode dar uma

12 ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales, cit., p. 51.

13 BARTHES, Roland. Elementos de semiologia. 16. ed. Tradução de Izidoro Blikstein. São Paulo: Cultrix. p. 50. Título original: *Éléments de sémiologie*.

14 *Ibidem*, p. 46.

15 ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales, cit. p. 59.

fundamentação jusfundamental correta¹⁶. No entanto, a teoria de Alexy ultrapassa a exposição tipológica das normas de direito fundamental e avança numa teoria da estrutura das normas.

2.1 Classificação das normas constitucionais

Alexy propõe a classificação bipartida das normas de direito fundamental em princípios e regras e alerta que a distinção se faz necessária para o estabelecimento de um “marco de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais [...]”¹⁷. Após referir sobre as imprecisões em torno dos termos, passa a delimitar suas características. Antes de tudo, refere que regras e princípios “podem ser formulados com a ajuda das expressões deônticas básicas do mandado, a permissão e a proibição”; para além de que princípios e regras são “razões para juízos concretos de dever-ser”. Diante dessas constatações, o autor passa a investigar critérios para a distinção das duas modalidades de normas, partindo daquele que trata do grau de generalidade da norma, pelo qual chega à conclusão de que as regras possuem menor grau de generalidade e que o inverso ocorre com os princípios. É possível, disso, estruturar uma tese que diferenciará regras de princípios segundo um juízo qualitativo. Em todo caso, deixa-se entredita a vinculação entre ambas as modalidades.

2.2 Conceito de regras e princípios

Segundo Alexy, “[...] as *regras* são normas que só podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então há de fazer-se exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. Portanto, as regras contêm *determinações* no âmbito do fático e juridicamente possível.”¹⁸. Já quanto aos princípios, refere o constitucionalista que “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes”. Podem ser tidos, portanto, como mandados de otimização¹⁹.

16 *Ibidem*, p. 71

17 *ibidem*, p. 81.

18 *Ibidem*, p. 87.

19 *Ibidem*, p. 86.

3 CONFLITOS DE NORMAS

Se se perspectiva a Constituição como elemento de formação e coordenação de todo o *corpus iuris* do Estado, então necessária e obrigatoriamente ter-se-á de considerar dois aspectos fulcrais para sua caracterização: de um lado, a força vinculativa representada pela validade histórico-político-jurídica do conjunto de direitos fundamentais nela catalogados; de outro lado, o descortino de um sistema de estruturação que, por isso mesmo, deve ser coerente e harmonioso.

Com efeito, a Constituição é não apenas expressão formal de determinado *hic et nunc* histórico-político-jurídico de um Estado, mas um complexo conjunto de regras e princípios (que são as normas de direito fundamental), que têm a pretensão de vigência. Por outras palavras, a Constituição, tal como ocorre com as leis em geral, determina um *dever-ser* irrecusável e peremptório no plano das concreções jurídicas, já que, através dessa pretensão de vigência, ela ordena e conforma a realidade social e política do Estado²⁰. Nessa característica da Constituição, encontramos sua força vinculativa. No entanto, a aplicação das normas de direito fundamental, com suas funções ordenadora e conformadora, não pode ser levada a cabo sem a consideração do aspecto sistêmico das normas encerradas na Constituição. É por isso que Hesse, ao tratar da interpretação constitucional, refere aí interferir o princípio da unidade da Constituição, segundo o qual “A relação e interdependência existentes entre os diferentes elementos da Constituição obrigam a não contemplar, em nenhum caso, só a norma isolada, mas sempre no conjunto em que deve ser situada”. E, mais adiante, arremata: “[...] as normas constitucionais devem ser interpretadas de tal maneira que se evitem contradições com outras normas constitucionais.”²¹ A isso devemos denominar de princípio da concordância prática.

O princípio da unidade da Constituição também nos permite avançar noutro sentido: o de que a Constituição não prescreve a prevalência ou a hierarquia de normas, de modo que podemos considerá-las todas estabelecidas num mesmo plano. Se é assim, a

20 Cf. HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. 2ª ed. Seleção, tradução e introdução de Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992. p. 57 e ss.

21 *Ibidem*, p. 45.

aplicação de determinado princípio ou regra deverá ultrapassar o problema das colisões, por isso sendo impraticável a interpretação da norma isolada.

3.1 O problema do conflito de regras e de princípios

O conflito ocorre quando se apresenta como possível a aplicação – a substantivação no plano prático-jurídico – de mais de uma norma de direito fundamental que, no entanto, tendem a soluções contraditórias para uma mesma questão problemática. Assim, se pensarmos no princípio da segurança pública, que é descrito em mais de um enunciado normativo, mas que no art. 144, CR, depreendemos que se trata de responsabilidade do Estado “[...] para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio [...]”, chegaremos à conclusão de que tal tarefa, em inumeráveis situações concretizada por qualquer das modalidades de prisão processual, colidirá com os princípios que tendem para a otimização da liberdade do cidadão, dentre os quais o princípio da presunção da inocência (art. 5º, inc. LVII, CR). Mas as colisões, como refere Alexy²², são verificáveis tanto com o manejo de regras quanto de princípios e, sob esse aspecto, ambas modalidades de normas de direito fundamental não se diferenciam. Mas qual o critério distintivo?

Em verdade, regras e princípios diferenciam-se na forma de como solucionar os conflitos. Enquanto o conflito de regras permitirá a introdução de regra de exceção, ou pela derrogação da regra antiga pela nova, ou pela aplicação da regra especial em supressão da regra geral, reconduzindo o problema ao conceito de validade jurídica²³, a colisão de princípios resolve-se de outra forma, uma vez que já não mais estará em causa a validade. Explica Alexy que, enquanto “Os conflitos de regras são tratados na dimensão da validade; a colisão de princípios – como só podem entrar em colisão princípios válidos – tem lugar mais para além da dimensão da validade, na dimensão do peso.”²⁴ Por outras palavras, na colisão de princípios, não se discute a validade (como elementos estruturantes e de otimização de direitos

22 Op. cit., p. 87.

23 *Ibidem*, p. 88.

24 *Ibidem*, p. 89.

fundamentais, os princípios não contêm determinações definitivas, mas apenas ordens que tendem para o implemento de situações jurídicas, por isso e por causa de seu alto grau de generalidade, e não se submetem a alterações como normalmente se veem necessárias na outra categoria de normas da Lei Fundamental, que, como quaisquer regras, podem tornar-se defasadas), mas a importância que cada norma contraposta representa para o caso problemático concreto, no qual deve a divergência resolver-se, sempre, casuisticamente. Expliquemos melhor uma ideia geral de princípio.

3.2 Considerações acerca do manejo de princípios

Como já demos a entender, os princípios são antes representações com forte carga ideativa de direitos fundamentais e que tendem para sua otimização, com mandamentos definitivos e de menor grau de generalidade. Nesse sentido, os princípios possuem uma função ordenadora, que se presta a conformar relações político-constitucionais. Mas, para além disso, refere Miranda que os princípios “[...] exercem também uma acção mediata tanto num plano integrativo e construtivo como num plano essencialmente prospectivo”. Arrematando seu entendimento, o constitucionalista português explica que

A acção mediata dos princípios consiste, em primeiro lugar, em funcionarem como critérios de interpretação e de integração, pois são eles que dão coerência geral do sistema. [...] Servem, depois, os princípios de elementos de construção e qualificação: os conceitos básicos de estruturação do sistema constitucional aparecem estreitamente conexos com os princípios ou através da prescrição de princípios.²⁵

Dessa forma, os princípios tanto possuem uma carga de valor constitucional autônoma (sem dúvida, adensada pelas forças ideológicas produzidas pelos discursos políticos, jurídicos e econômicos a cada momento histórico), como reforçam o âmbito conceitual dos direitos fundamentais através de suas funções ordenadora e de integração no momento interpretativo e de constituição das normas adscritas. Por isso, o entendimento de Alexy no sentido de que os princípios são não apenas “razões para as regras”, mas “juízos concretos de dever-ser”.

25 MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 434.

Assim, voltando ao exemplo anterior, dispõe a Constituição (art. 144) que o princípio da segurança pública é “[...] dever do Estado, direito e responsabilidade de todos [...]”, e visa “[...] a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio [...]”, exercida através de órgãos das polícias e dos bombeiros militares; não nos parece desarrazoado, no entanto, afirmar que a ideia de segurança pública não se esgota nas atribuições constitucionais conferidas às polícias, uma vez que, para certos casos, pode haver necessidade do sacrifício do bem jurídico-constitucional da liberdade física imposto a quem se imputa prática de crime; e tal assertiva – da segurança pública concretizada através da prisão processual – converge em apoio à regra de inafiançabilidade de certos crimes de maior potencial ofensivo (art. 5º, inc. XLIII, CR) e da jurisdicionalização da determinação do ato coercitivo e de seu controle (art. 5º, incs. LIII, LXI, LVIII, CR). Dessa forma, é possível dizer que as prisões processuais, de forma genérica previstas na Constituição, estão arrimadas no princípio da segurança pública e que essa tarefa não fica sob a exclusiva incumbência das polícias.

3.3 O cariz de relatividade dos mandados deônticos inserto nos princípios

Como a teoria dos direitos fundamentais de Alexy não trata apenas da estrutura formal da Constituição, mas de seu aspecto relacionado com a substantivação dos direitos – que pretende, dessa forma, estabelecer posições dogmático-jurídicas para as operações no plano prático-jurídico –, abordando, portanto, o plano das concretizações jusfundamentais pela experiência jurídico-jurisdicional, e necessariamente inclui na órbita problemática a interpretação das normas. É quando se evidencia, por um lado, que os enunciados normativos apresentam registros semânticos abertos, carentes de uma melhor delimitação conceitual para sua aplicabilidade nos casos concretos; e, por outro lado, que essa vagueza conceitual permite a ocorrência de colisão de princípios. Alexy inclina-se a reconhecer que a situação problemática daí decorrente só pode ser resolvida através da operação argumentativa que determina a prevalência de um princípio sobre o outro. Incide no equacionamento a máxima da proporcionalidade.

4 MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE

Normalmente se diz que o princípio da proporcionalidade está inserido no próprio *logos* do Direito Penal e basta refletirmos sobre os fins da pena para que cheguemos à conclusão de que tanto seu caráter retributivo quanto seus traços preventivo-geral e preventivo-especial requerem um juízo de proporcionalidade. Mas também haverá traços desse princípio no Direito Administrativo, especialmente quando em conflito interesses de graus e categorias diversos e os de caráter público. Talvez vejamo-lo como princípio-matriz para a solução de conflitos de interesses jurídicos em todos os ramos do Direito Público, inclusive no Direito Constitucional²⁶. Não sem razão, Pedrollo, arrimado em Raquel Stumm, afirma que “Como subprincípio do Estado de Direito, a proporcionalidade abrange toda a atuação estatal, sendo derivada de um imperativo substancial do Estado de Direito, que impõe o exercício moderado do poder.”²⁷ Em arremate, refere: “Também atende ao princípio da unidade da Constituição, harmonizando os interesses diversos ali presentes, sem o sacrifício unilateral de um em benefício de outro.”²⁸

A proporcionalidade é também tratada por Alexy, que concebe como elemento dogmático recorrente à solução do problema da colisão de princípios. Contudo, o constitucionalista, referindo que o conceito dessa categoria não coincide com aquele que emprega para princípio, prefere denominar de máxima da proporcionalidade. Tentemos seguir as pegadas.

26 Ao tratar da matéria, Häberle refere que “O princípio da proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeit*), que deriva originariamente do Direito de polícia e do Direito administrativo, agora já adquiriu uma relevância constitucional: de acordo com a doutrina dominante, esse princípio também vincula o legislador e possui, por esse motivo, uma relevância direta para as questões que surgem em relação ao artigo 19º, inc. 2, Lei Fundamental.” Por outras palavras, indica a inserção do princípio nos ramos do direito público (HÄBERLE, Peter. *La libertad fundamental en el Estado constitucional*. Tradução do italiano para espanhol de Carlos Ramos. Peru: Pontificia Universidad del Peru, 1997. p. 127. Título original: *Le libertà fondamentali nello stato costituzionale*).

27 PEDROLLO, Gustavo Fontana. *Proporcionalidade e sistema jurídico em Robert Alexy*. In DOBROWOLSKI, Silvio (organizador). *A constituição no mundo globalizado*. Florianópolis: Diploma Legal, 2000. p. 162.

28 *Ibidem, ibidem*.

4.1 Conceito de proporcionalidade e suas etapas operacionais

A ideia fundamental em que se radica a proporcionalidade é a de equilíbrio. Ao equacionar-se, portanto, o problema jusfundamental de colisão de princípios por meio dessa máxima, o operador jurídico tenderá a conformar a norma segundo um juízo não de validade dos princípios em jogo, mas de preferência de um deles. Sempre, como já deixamos dito, de maneira a otimizar um direito fundamental em causa. A máxima da proporcionalidade, portanto, intervém no plano prático-jurídico para dar arrimo a uma norma *normada* casuística e concreta.

Para que seja operada, a máxima divide-se em três “máximas parciais”: a da adequação, a da necessidade e a da proporcionalidade *stricto sensu*. A máxima da adequação levada a cabo na equação dos princípios colidentes requer que seja reconhecido no discurso argumentativo o princípio logicamente mais adequado à otimização do direito fundamental posto em causa. É claro que a ponderação que aí se faz não leva a um único resultado correto, mas isso não implica reconhecer que se trata de um procedimento inviável.

A máxima da necessidade relaciona-se com a escolha do meio mais benigno para a otimização fática de um direito fundamental. Acerca dessa máxima, refere Pedrollo que ela “decorre do fato de que um princípio impõe sua otimização fática (eficácia), o que contudo deve, necessariamente, ser operado de forma a que afete o menos possível outros princípios válidos e com iguais pretensões de realização.”²⁹

Já a máxima da ponderação em sentido estrito é o postulado da ponderação propriamente dito. Seu emprego no processo de argumentação lógica implica na utilização de recursos discursivos não diretamente vinculados à ponderação. Refere Alexy que “[...] podem ser utilizados todos os argumentos possíveis na argumentação jusfundamental”, como os argumentos dogmáticos, pré-judiciais, práticos e empíricos em geral, e para a fundamentação de um enunciado de preferência condicionado ou para a fundamentação da regra correspondente pode recorrer-se à vontade do legislador constitucional, às consequências negativas de uma determinação alternativa de preferência, às decisões anteriores, etc.³⁰ Daí verifica-se a possibilidade de maior controle racional para a

29 PEDROLLO, Gustavo Fontana, op. cit. p. 176-177.

30 ALEXY, Robert, op. cit. p. 159.

formulação de um enunciado normativo de preferência. É essa a base para que Alexy formule uma lei de ponderação para a efetiva operação da máxima de ponderação dos princípios: “quanto maior é o grau da não satisfação ou de afetação de um princípio, tão maior tem que ser a importância da satisfação do outro.”³¹

Se, como facilmente se infere, o procedimento de ponderação não leva a uma solução definitiva para os conflitos, na medida em que se considere o sistema jurídico-constitucional um sistema aberto, ao menos, é possível, por um lado, reforçar a teoria da argumentação jurídica como forma de mitigar os riscos do puro decisionismo do velho modelo hermenêutico, radicado na simples subsunção do fato à norma; e, por outro lado, possibilitar uma dinâmica interpretativa que se pretenda consentânea com cada *hic et nunc* histórico-social.

4.2 O problema da falibilidade dos juízos de valores nas operações de proporcionalidade

A crítica normalmente atribuída à teoria argumentativa de Alexy referida à falta de critério material para a escolha do princípio que deve preponderar num caso de concreta colisão de princípios desconsidera, antes de mais, o fato de que, em etapa antecedente ao problema jusfundamental, quando se planificam os princípios ao nível abstrato, todos os princípios devem ser considerados igualmente válidos e insuscetíveis de hierarquização, porque conotam não com uma ordem de valores (por isso, não decorrentes de prévio juízo de valor), mas, direta ou indiretamente, com o homem como ser ontológico (passa-se de forma diversa o problema de catalogação de bens e interesses do homem com dignidade constitucional, que se relacionam a uma escala de valores axiológicos). Além do mais, a eleição de um princípio jusfundamental como prevalecente em relação a outro, por operação jurídico-jurisdicional de normatização concreta e casuista – a decisão judicial –, não ocorre segundo os ditames kelsenianos de pureza do Direito, mas, inapelavelmente, segundo a noção de que o mundo jurídico é permeável em relação ao conhecimento e à experiência comuns – a *doxa* – e sofre, pois, as mais diversas influências, éticas, sociológicas, filosóficas, políticas, etc. Mas na medida em que o Magistrado enxerga o mundo para além da fria

³¹ *Ibidem*, p. 161.

e calculada operação racional de interpretação e entende necessária a mediação discursiva efetivada com prudência, pela aplicação da máxima da proporcionalidade, naturalmente sofrerá o influxo de diversos fatores que ingressam nos jogos de linguagem jurídica³². Assim, *v.g.*, a maior consciência sobre direitos humanos numa comunidade, causada pela atividade de grupos de pressão ou por programas de agremiações políticas e pela própria atividade político-social em torno da matéria, muito provavelmente ingressará nos jogos de linguagem jurídica; assim como o descontrole sobre a criminalidade em razão das deficiências da segurança pública pode permear a operação de argumentação jurídica. Embora tais fatores possam sujeitar o operador jurídico a erros por causa, *v.g.*, da ampliação da circunstância de vinculação à questão problemática determinada são indicativos minimamente seguros do que está a ocorrer no meio social, o que causa uma interseção no mundo prático-jurídico. Há, obviamente, a possibilidade de falhas – e as há com frequência –, mas se considerarmos que a argumentação jurídica é

32 Apropriamo-nos aqui da categoria filosófica de Wittgenstein e sobre a qual tratamos em: SABBÁ GUIMARÃES, Isaac. Aspectos sobre a intencionalidade do direito a partir de uma aproximação às regras dos jogos de linguagem de Wittgenstein. *Revista dos Tribunais*, v. 862, p. 69-92, 2007. Em outro artigo, referimos sobre o sistema wittgensteiniano: “O sistema wittgensteiniano é aberto, deixando, apenas, à amostra as dificuldades do uso da linguagem: à medida que se pensa numa dissolução, encontra-se uma nova via problemática e assim sucessivamente, como se estivéssemos a percorrer um longo corredor com inúmeras portas a serem abertas, sem que cheguemos, no entanto, a um destino final. Isto, só por si, é uma forma sutil que o filósofo encontrou para expressar a falibilidade da comunicação humana; a imperfeição da linguagem escrita e falada; e a riqueza polissêmica nas fórmulas a que reduzimos nossa pretensão de comunicar algo a um interlocutor. É lógico que existem instrumentos lingüísticos aptos a mitigar as dificuldades de comunicação, *v.g.* quando a estabelecemos dentro de jogos de linguagem, com regras conhecidas pelos interlocutores. Assim, se a comunicação entre um pedreiro e um jurista é incompreensível na medida em que um interlocutor não domina as regras conhecidas pelo outro, no diálogo que se opera entre juristas haverá já um princípio razoável de inteligibilidade. E apenas isso: o conhecimento das regras não é garantia de que se estabeleça uma comunicação perfeita, pois que as palavras, ou o agrupamento delas em razão da semelhança de função que desempenham na linguagem (formando o que Wittgenstein chamou de semelhanças de família), se associam a novos sentidos (se falarmos de boa-fé, na comunicação jurídica, o termo variará de extensão semântica consoante o jogo de linguagem em causa; e a boa-fé será avaliada, *v.g.*, segundo a maior ou menor capacidade de comportamento ético da pessoa *sub examen* numa ação); de forma que os jogos de linguagem não se sujeitem a uma fixidez de parâmetros, mas, ao invés, vão aderindo a outras circunstâncias da comunicação humana (inclusive sócio-lingüísticas).” (SABBÁ GUIMARÃES, Isaac. *Compreensão da vontade do direito: um problema da filosofia da linguagem*. *Revista Atuação*, n. 15. p. 135-141 (cit. p. 137-138), jul./dez. 2009. Queremos aqui referir que a mediação discursiva levada a cabo pelo operador do direito deverá desenvolver-se através de jogos de linguagem (jurídica), nos quais as regras de inteligibilidade são estruturadas em famílias linguísticas. Assim, e agora tratando de nosso tema, para se procurar o sentido do princípio da presunção da inocência, *v.g.*, teremos de associar a expressão a outras que convergem para o mesmo sentido, como não culpa, não condenação, não punição etc.

Cf., principalmente, WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tratado lógico-filosófico*. Investigações filosóficas. 3. ed. Tradução e prefácio de M. S. Lourenço. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

um horizonte aberto, então, sempre haverá a possibilidade para novas operações retificadoras.

4.3 A liberdade e o princípio de segurança pública

Recentes julgados de nossa Corte Constitucional têm colocado em causa a constitucionalidade da regra contida no art. 44 da Lei n. 11.343/2006, que determina a inafiançabilidade e a vedação da liberdade provisória para quem estiver incurso numa das modalidades de tráfico de drogas e de crimes equiparados (arts. 33, *caput*, § 1º e 34 a 37), a partir de uma lógica de argumentação jurídica que põe em confronto princípios constitucionais e a mencionada regra legal. Melhor explicando, joga-se, nesse discurso jurídico, com a contraposição dos princípios que favorecem a liberdade física (dignidade da pessoa humana, presunção da inocência e devido processo legal) à regra definidora da prisão cautelar.

Mas o exame da constitucionalidade da regra contida no art. 44 não pode, a nosso ver, radicar-se pura e simplesmente na interpretação daqueles princípios, como se houvesse flagrante desequilíbrio na situação jurídico-legal, porque há suporte constitucional – caracterizado por regras e princípios – não só para uma política criminal mais severa em relação ao crime de tráfico de drogas, mas, também, para a prisão cautelar. Isso determinará uma incursão mais profunda na questão problemática e possibilitará mais de uma linha discursiva.

4.3.1 Proibição de liberdade provisória como regra abstrata e a priori

Em decisão sobre *habeas corpus*, com pedido de medida cautelar (HC 100.959 – TO)³³, o Min. Celso de Mello escrutina o decreto judicial que manteve a segregação, arrimado na gravidade do crime e na possibilidade de o paciente voltar a delinquir, e trouxe à sua argumentação entendimentos jurisprudenciais já consolidados em nossa Corte Constitucional. De antemão, o relator salienta que “[...] a gravidade em abstrato do crime não basta para justificar, só por si, a privação

³³ Parte: A.P.F. Autoridade coatora: Relator do HC n. 147.579, STJ. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento: 08/10/2009. Publicação: DJe-194. Divulg.: 14/10/2009. Public.: 15/10/2009.

cautelar da liberdade individual do paciente”, e junta com a afirmação de que “O Supremo Tribunal Federal tem advertido que a natureza da infração penal não se revela circunstância apta, só por si, para justificar a privação cautelar do *status libertatis* daquele que sofre a persecução criminal instaurada pelo Estado.” Há, nesse sentido, inúmeros julgados (RTJ 172/184, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; RTJ 182/601-602, Rel. p/ o acórdão Min. Sepúlveda Pertence; RHC 71.954/PA, Rel. Min. Sepúlveda Pertence).

A propósito, o relator destaca dois julgados que se enfeixam com seu entendimento:

A gravidade do crime imputado, um dos malsinados crimes hediondos (Lei 8.072/90), não basta à justificação da prisão preventiva, que tem natureza cautelar, no interesse do desenvolvimento e do resultado do processo, e só se legitima quando a tanto se mostrar necessária [...] (RHC 71.954/PA, Rel. Min. Sepúlveda Pertence).

E:

A ACUSAÇÃO PENAL POR CRIME HEDIONDO NÃO JUSTIFICA A PRIVAÇÃO ARBITRÁRIA DA LIBERDADE DO RÉU.

A prerrogativa jurídica da liberdade – que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) – não pode ser ofendida por atos arbitrários do Poder Público, mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, eis que, até que sobrevenha sentença condenatória irrecorrível (CF, art. 5º, LVII), não se revela possível presumir a culpabilidade do réu, qualquer que seja a natureza da infração penal que lhe tenha sido imputada. (RTJ 187/933-934, Rel. Min. Celso de Mello).

Em segundo lugar, ainda no julgado do HC 100.959 – TO, o Min. Celso de Mello repele a possibilidade de o decreto de prisão fundamentar-se na conjectura de que, em liberdade, o criminoso voltará a delinquir. Lembra, a esse propósito, que

A prisão preventiva, para legitimar-se em face de nosso sistema jurídico, impõe – além da satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP (prova da existência material do crime e presença de indícios suficientes de autoria) – que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação de liberdade do indiciado ou do réu.

Volta à antiga máxima (muitas vezes repetida equivocadamente, sem se levar em consideração a natureza da prisão cautelar) de que a prisão preventiva não pode ser utilizada como instrumento de punição antecipada do indiciado ou do réu; ao princípio da presunção da inocência; e enfatiza que, sem “indicação de fatos concretos – de que o ora paciente, em liberdade, poderia delinquir ou frustrar, ilicitamente, a regular instrução processual” –, a prisão cautelar não tem cabimento.

Por fim, o Ministro do STF coloca em causa a constitucionalidade do art. 44, referindo:

Essa vedação apriorística de concessão de liberdade provisória, reiterada no art. 44 da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas), não pode ser admitida, eis que se revela manifestamente incompatível com a presunção da inocência e a garantia do *due process*, dentre outros princípios consagrados pela Constituição da República, independentemente da gravidade objetiva do delito.

E arremata, citando julgado de lavra do Min. Eros Grau:

A vedação da liberdade provisória ao preso em flagrante por tráfico de entorpecentes, veiculada pelo art. 44 da Lei 11.343/2006, é expressiva de afronta aos princípios da presunção de inocência, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana (arts. 1º, III, e 5º, LIV e LVII, da Constituição do Brasil). [...] A inconstitucionalidade do preceito legal me parece inquestionável. (HC 100.872-MC/MG. Rel. Min. Eros Grau).

Trata-se, como se vê, de uma decisão polêmica, que merece análise mais aturada. Tentemo-la.

4.3.2 Da prisão preventiva

Se se pensar na redução do *status libertatis* por meio da decretação da prisão preventiva, a argumentação expendida por Celso de Mello tem certo cabimento. Por outras palavras, admitimo-la, a princípio, quando estivermos diante da situação de decretação da prisão preventiva, mas não em relação a outras modalidades de prisão. Expliquemos.

Por óbvio, a tão-só gravidade do ilícito penal não será suficiente para um prévio juízo de necessidade, adequação e proporcionalidade da segregação (aqui, há uma premissa de que o princípio da proporcionalidade é também empregue no processo penal); haverá, pois, a

necessidade de conjugarem-se os pressupostos legais da prisão preventiva, descritos no art. 312, CPP. Também está claro que seu objetivo – garantir a ordem pública ou econômica, ou para a conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal – não pode arrimar-se em preconceitos, em conjecturas, nem mesmo na forte probabilidade de condenação, sob pena de infringirem-se algumas das garantias constitucionais de índole processual, inclusive o princípio da presunção da inocência. Mas, por outro lado, ao condicionar o decreto de prisão a argumentos com “base empírica idônea” e na “indicação de fatos concretos”, o posicionamento do Ministro do STF merece atenção. Primeiro, porque os termos utilizados não nos parecem adequados, de modo que não há, *v.g.*, como formular um juízo empírico sobre o que pode constituir um *vir a ser*, que depende essencialmente do aspecto volitivo do criminoso. Como prognosticar, de forma empiricamente segura, que o criminoso representará perigo para a ordem pública, com potencialidade de frustrar a aplicação da lei penal ou a instrução criminal? Em segundo lugar, dependendo do jogo de linguagem em que os termos são inseridos, aquelas condicionantes podem restringir ou facilitar o recurso ao expediente da prisão preventiva. Melhor explicando, para uma determinada argumentação jurídica, só constituirá uma “base empírica idônea” para a decretação da prisão preventiva a vida pregressa do criminoso multi-reincidente; ou, por outro lado, para uma diversa linha de argumentação, a prisão poderá ser recomendada se houver indicativos concretos de que o criminoso é capaz de articular-se numa organização, comandando-a e tendo acesso a outras extensões criminosas. Queremos com isso demonstrar que ambos indicativos cristalizados na jurisprudência de nossa mais alta Corte não passam de conceitos que se submetem a valorações de cariz político-jurídico (e, portanto, reparáveis em qualquer momento, porque diretamente relacionados à formação do Magistrado, inclusive politicamente); e, dentro da linha semântica de argumentação, prestam-se a uma ampla gama de formulações jurídicas, que não são autoexclusivas, nem hierarquicamente estratificadas. O que resta?

Para nós, o juízo de conveniência para a decretação da prisão preventiva deve, essencialmente, ser formulado pelo Juiz da causa. É ele quem pode mensurar, com maior grau de acerto, os indicativos da adequação, da necessidade e da proporcionalidade *stricto sensu*. Enquanto que às instâncias superiores, na falta de critérios objetivos para

a revisão do *decisum* (e enquanto não os houver), caberá o exercício do controle da legalidade e da constitucionalidade do ato judicial.

4.3.3 Do controle da constitucionalidade da prisão cautelar

É claro que quando se fala em termos de controle da constitucionalidade de uma decretação de prisão preventiva, necessariamente haverá a necessidade de aferição da observância das normas de direito fundamental (que compreendem, naquele sentido falado por Alexy, regras e princípios) na decisão judicial. É quando invariavelmente surgem as colisões (aparentes ou não) de princípios, que devem ser equacionadas pela mediação discursiva de política jurídica, utilizando-se, para tanto, da máxima da proporcionalidade. No citado voto do Ministro Celso de Mello (item III.3.1), há referência de que o decreto de prisão preventiva pode importar numa punição antecipada do indiciado ou réu, o que põe em causa, portanto, o princípio da presunção da inocência; e, por outro lado, aquele Magistrado da Corte Constitucional tende a reconhecer, num âmbito muito mais amplo, já extrapolando o exame de caso concreto, a inconstitucionalidade do art. 44 da Lei n. 11.343/2006, e refere, com base em precedente decisão de lavra do Ministro Eros Grau, que, para além de colidir com o princípio da presunção da inocência, a regra legal afrontaria o *due process of law* e o princípio da dignidade da pessoa humana. Entendemos, no entanto, que a situação jurídica não pode ser equacionada de maneira tão definitiva e peremptória. Vejamos.

Em primeiro lugar, não se pode valorar de forma absoluta os princípios, nem mesmo estabelecer-lhes uma ordem hierárquica por motivos já bastante conhecidos: a absolutização, por um lado, implicaria na impraticabilidade das normas de direito fundamental, já que em vez de harmonizarem-se os conteúdos ideológicos de normas, haveria sempre o confronto e o caráter de exclusão recíproca; de forma que o princípio da segurança pública (ínsito à Constituição material do Estado moderno) e o da presunção da inocência sempre e irremediavelmente entrariam em colisão, o que impediria qualquer espécie de prisão cautelar. Por outro lado, a hierarquização dos princípios de direito fundamental por operações de política jurídica – que estabelecem, portanto, graus de importância para os princípios – causaria empecilhos à substantivação e à otimização de certos fins de Direito Constitucional; além do que esse

seria um processo que correria os riscos de arbitrariedade e de ideologização, incompatíveis com a estrutura do Estado democrático de direito material; assim, tanto a priorização do princípio da segurança pública em relação ao princípio da presunção da inocência, como o inverso, impediriam uma correta apreciação dos fins da justiça (criminal).

Se os princípios, como normas de direito fundamental, que prescrevem “mandados de otimização”, não são absolutos, que contornos definidores devemos dar à presunção da inocência e à dignidade da pessoa humana? Parece-nos que, diante da impossibilidade de conceitos estanques, prontos e acabados, devemos procurar um valor semântico para ambos os princípios, através da prática discursiva da argumentação jurídica. Assim, antes de mais, e no que concerne ao princípio da presunção da inocência, temos de considerar que a presunção “(...) não deverá ser – como efetivamente não foi – absolutizada, pois caso tal situação se verificasse, poderíamos ser conduzidos à inconstitucionalização de toda a instrução criminal”³⁴. Além do mais, o princípio da presunção da inocência, como norma de Direito Constitucional, tende a otimizar um tratamento especial ao indiciado ou réu, diferenciado daquele que se deve destinar ao condenado por sentença penal definitiva. Daí que, *a priori*, tal princípio não colida, sempre e necessariamente, com as medidas cautelares destinadas a indiciados e réus, como a prisão preventiva. Ao tratar da questão, a processualista portuguesa Alexandra Vilela refere: “(...) ao afirmamos que o arguido é presumido inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação (...), não pretendemos significar que qualquer freio colocado à sua liberdade individual se revela contrário ao princípio constitucional da presunção de inocência, enquanto modo de tratamento a outorgar ao arguido”³⁵. Isso porque, por um lado, se a presunção da inocência impede que os efeitos ordinários de uma condenação sejam atribuíveis por antecipação a quem esteja submetido à prisão cautelar, sua extensão ideológica, por outro lado, não pode afetar um outro princípio igualmente inscrito na Constituição dos Estados modernos, que é o da segurança pública, sob pena de tornar inviável sua concretização ou otimização através do processo penal.

Fala-se, ademais, que a regra proibitiva de liberdade provisória contida no art. 44 atenta não só contra o princípio da presunção da

34 VILELA, Alexandra. Considerações acerca da presunção da inocência em direito processual penal. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 16.

35 *Ibidem*, p. 84.

inocência, como, também, contra o princípio da dignidade da pessoa humana, erigido à condição de supraprincípio, sobrepondo-se a todos os demais, guiando os direitos fundamentais. Tão simples assim? Obviamente, não.

O princípio da dignidade da pessoa humana, tal como o da presunção da inocência, pode – e deve – ser conotado com todos os demais princípios de Direito Constitucional de índole processual penal, mas sua extensão ideológica não pode desenvolver-se para além da elipse, sob pena de negar-se a si próprio. Ou, ainda em termos esquemáticos, se a ideia de dignidade da pessoa humana se desenvolve ao longo da linha elíptica, naturalmente deve voltar ao ponto de partida e não ultrapassar dessa configuração. Em termos exemplificativos, se se tentar absolutizar o princípio da dignidade da pessoa humana, como um vetor a cortar a figura elíptica, o próprio núcleo ideativo do princípio será invalidado; de maneira que, se negada a possibilidade de prisão preventiva para o criminoso, negada estará, *v.g.*, a dignidade da pessoa humana do cidadão sujeito aos potenciais riscos causados por aquele criminoso em liberdade.

Por fim, temos de considerar que o controle de constitucionalidade das decisões judiciais de prisão cautelar não pode pôr de lado outras regras inscritas na Constituição, que se enformam ao quadro de possibilidade da medida constritiva. Assim, o art. 5º, inc. XLIII, inaugurando uma política criminal mais severa, dispõe que o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins deve ser categorizado como crime inafiançável (se não se permite fiança, com maior razão a proibição da outra modalidade de liberdade provisória); já o inciso LXI refere que a prisão decorrerá do flagrante delito ou “por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente” (como é o caso da decisão que decreta a prisão preventiva, modalidade que deve ser entendida implícita na regra de Direito Constitucional); por fim, o inciso LXVI abre a possibilidade para a liberdade provisória, com ou sem fiança, desde que admitida em lei (ou seja, a questão é remetida à solução legal; no caso em análise, a solução deve partir da aplicação do art. 44 que, por sua vez, se inscreve dentro dos marcos político-criminais estabelecidos no art. 5º, inc. XLIII, da Constituição).

Então, pode-se de pronto inquirir o art. 44 de inconstitucional? Não nos parece. Nem também uma outra vertente jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E LAVAGEM DE DINHEIRO. RELAXAMENTO DA PRISÃO EM FLAGRANTE. NULIDADE DA LAVRATURA DO AUTO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO VÍNCULO ASSOCIATIVO ENTRE O PACIENTE E A CORRÉ. NECESSIDADE DE EXAME DILATADO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA PARA DIRIMIR A QUESTÃO.

1. Por demandar o reexame aprofundado do contexto coligido no curso do procedimento criminal e por não restar evidente de uma análise perfunctória dos elementos probatórios, o habeas corpus não é o instrumento adequado para dirimir questão atinente à negativa de autoria ou atipicidade do delito em tese cometido por preso em flagrante.

LAVRATURA DO AUTO DE PRISÃO. ARGUIÇÃO DE IRREGULARIDADES NA SUA REALIZAÇÃO. PEÇA PRODUZIDA NOS DITAMES DOS ARTS. 304 E 306 DO CPP. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

Se o auto de prisão em flagrante foi lavrado conforme o ordenamento processual penal, não há que se falar em nulidade do ato simplesmente por eventual atraso na comunicação da detenção a familiar indicado pelo paciente, que, ademais, dispensou a presença de advogado e teve todos os direitos constitucionalmente garantidos.

EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. QUESTÃO NÃO APRECIADA PELO TRIBUNAL IMPETRADO. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

1. A questão relacionada ao excesso de prazo para o encerramento da instrução criminal, por não ter sido debatida pelo Tribunal de Origem, não pode ser apreciada nesta Corte Superior, sob pena de incidir-se na indevida supressão de instância.

LIBERDADE PROVISÓRIA. VEDAÇÃO LEGAL. OBEDIÊNCIA AOS ART. 5º, INC. LXVI, DA CF/88 E 44 DA LEI 11.343/2006. PRECEDENTES. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E CONSTITUCIONAL. COAÇÃO NÃO DEMONSTRADA.

1. Não caracterizado constrangimento ilegal a manutenção da negativa de concessão de liberdade provisória ao flagrado no cometimento em tese do delito de tráfico de entorpecentes praticado na vigência da Lei 11.343/2006, notadamente em se considerando o disposto no art. 44 da citada lei especial, que expressamente proíbe a soltura

clausulado nesse caso, mesmo após a edição e entrada em vigor da Lei 11.464/2007 (precedentes do STF e da Quinta Turma do STJ).

2. Condições pessoais favoráveis são irrelevantes para a concessão da liberdade provisória, se presentes na hipótese outros elementos determinantes à manutenção da prisão processual.

3. Writ conhecido em parte, e neste ponto, denegado (Habeas corpus n.º 107.564-SP (2008/0118309-2). Relator: Min. Jorge Mussi. Impetrante: Merhy Daychoum e outro. paciente: K.A.A. Julgado em 23.06.2009).

Diga-se, aliás, que na medida em que se deixa de considerar o amparo constitucional das medidas de coação, como a da prisão preventiva, em qualquer de suas modalidades, cria-se um entendimento não só defasado em relação ao princípio da segurança pública, como se estabelece uma norma jurídico-jurisdicional – a decisão judicial – *contra legem*. E mais. Uma decisão com este teor normativo ou uma lei que contrariasse o disposto no art. 5º, inc. XLIII, CR, seria inquinada de inconstitucional. Nesse sentido, pronunciou-se o STF:

HABEAS CORPUS. 1. PRISÃO EM FLAGRANTE POR TRÁFICO DE DROGAS. LIBERDADE PROVISÓRIA: INADMISSIBILIDADE. 2. PEDIDO FORMULADO PARA QUE OS PACIENTES TENHAM O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE: IMPOSSIBILIDADE. SENTENÇA CONDENATÓRIA QUE ASSENTOU ESTAREM PRESENTES, NO CASO, OS PRESSUPOSTOS PARA DECRETAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR.

1. A proibição de liberdade provisória, nos casos de crimes hediondos e equiparados, decorre da própria inafiançabilidade imposta pela Constituição da República à legislação ordinária (Constituição da República, art. 5º, inc. XLIII): Precedentes.

[...]

Inconstitucional seria a legislação ordinária que dispusesse diversamente, tendo como afiançáveis delitos que a Constituição da República determina sejam inafiançáveis.

Desnecessidade de se reconhecer a inconstitucionalidade da Lei n. 11.464/07, que, ao retirar a expressão ‘e liberdade provisória’ do art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.072/90, limitou-se a uma alteração textual: a proibição da liberdade provisória decorre da vedação de fiança, não da expressão suprimida, a qual, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal, constituía redundância (Habeas corpus 97.883-5 Minas

Gerais. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Paciente: K.J.S.M. e outros. Advogado: Defensoria Pública da União. Coator: Rel. do RHC n.º 24.090 do STJ. Julgado em 23.06.2009).

Em suma, a questão problemática hoje tratada pela Corte Constitucional não chega a ser equacionada de forma adequada. Primeiro, porque verdadeiramente não passa de um conflito aparente de princípios. O julgado que serviu de paradigma para nossa análise não estabelece um discurso argumentativo de contraposição de normas, mas, *tout court*, se desenvolve segundo a lógica de hierarquização de alguns princípios, sem, no entanto, os conotar com o restante quadro constitucional. Daí que a dignidade da pessoa humana e a presunção da inocência, princípios que otimizam o direito fundamental da liberdade física, aparecem sozinhos, como se outros não entrassem no discurso jurídico regulador da sociedade, como o relacionado com a segurança pública. Depois, porque o conflito de princípios – se é que pode ser criado à guisa de dar outra feição à norma jurídico-legal do mencionado art. 44 – poderá colocar em causa não a constitucionalidade do art. 44 (que, como demonstrado, tem suporte constitucional), mas sua eventual malversação, incidindo no abuso ou arbitrariedade da prisão. E, nesse caso, sim, diríamos ser possível a aplicação da máxima da proporcionalidade para solucionar, *v.g.*, a *quaestio* decorrente do excesso de prisão.

5 CONCLUSÕES

Há perfeita imbricação entre os direitos e garantias de liberdades individuais e as regras processuais penais, de modo que o estudioso poderá identificar no quadro constitucional direitos constitucionais de índole processual, ou direitos constitucionais processuais. O elevado grau de abstração das normas jurídico-constitucionais, contudo, impõe dificuldades ao intérprete e ao operador jurídico: os equacionamentos problemáticos para a concreção das normas no plano prático-jurídico deverão, antes de mais, mitigar os riscos de colisão ou de produção de normas jurídico-jurisdicionais inconstitucionais por meio de procedimento interpretativo de integração; em relação a isso, empregam-se os princípios de direito fundamental como normas de otimização.

Mas, na medida em que se observa a possibilidade de uma

mesma questão problemática ser tangenciada por normas de direito fundamental que indicam soluções distintas, ocorrem as colisões, que merecem tratamento específico por meio do procedimento da máxima da proporcionalidade.

É certo que a argumentação jurídica levada a efeito para dissolver a colisão de princípios não permite ao intérprete uma solução definitiva do problema, uma vez que o sistema jurídico-constitucional é aberto e não exclui o ingresso de variados níveis argumentativos. Nem, a nosso ver, exclui o discurso jurídico que procura atualizar a norma constitucional com o momento histórico-social. No entanto, os postulados da argumentação jurídica, ao pretenderem uma maior racionalidade para as decisões jurídicas, evitam os problemas do positivismo clássico, como o da pura subsunção do fato à norma. Nesse ponto, parece-nos que a interpretação que se tem feito de certos princípios de direito fundamental pelo STF incorre em equívocos desse gênero, que, no entanto, são absolutamente evitáveis.

O questionamento da constitucionalidade do art. 44 da Lei n. 11.343/2006 evitou colocar em ponderação os princípios que nitidamente arrimam a regra de proibição de liberdade provisória ali contida. Melhor explicando: ao perspectivar a questão problemática unicamente pela via do princípio da presunção da inocência, da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal, a Corte Constitucional deixou de lado, *tout court*, aqueles princípios que fundamentam as hipóteses de prisão cautelar em nosso sistema processual penal e que dão sustentação à mencionada regra legal. E aquele entendimento não parte, em verdade, de uma autêntica colisão de princípios, senão que arranca em direção à justificação de uma posição de política criminal. Contudo, a colisão pode verificar-se em variadas situações, *v.g.*, quando estiver em jogo o próprio princípio da legalidade – em relação a um caso concreto de prisão – e o princípio da presunção da inocência.

6 REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Tradução para o espanhol de Ernesto Garzón Valdés. 1. reimpressão. Madri: Centro de Estudios

Constitucionales, 1997. Título original: *Theorie der Grundrecht*.

ANDRADE, José Vieira. Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina, 1987.

BARTHES, Roland. Elementos de semiologia. 16. ed. Tradução de Izidoro Blikstein. São Paulo: Cultrix. Título original: *Éléments de sémiologie*.

HÄBERLE, Peter. La libertad fundamental en el Estado constitucional. Tradução do italiano para espanhol de Carlos Ramos. Peru: Pontificia Universidad del Peru, 1997. Título original: *Le libertà fondamentali nello stato costituzionale*.

HESSE, Konrad. Escritos de derecho constitucional. 2ª ed. Seleção, tradução e introdução de Pedro Cruz Villalón. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

JULIOS CAMPUZANO, Alfonso de. La dinámica de la libertad: tras las huellas del liberalismo. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1997.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado Editora, 1984. Título original: *Reine Rechtslehre*.

MELO, Osvaldo Ferreira de. Fundamentos da política jurídica. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris/CPGD-UFSC, 1994.

MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SABBÁ GUIMARÃES, Isaac. Aspectos sobre a intencionalidade do direito a partir de uma aproximação às regras dos jogos de linguagem de Wittgenstein. *Revista dos Tribunais*, v. 862, p. 69-92, 2007.

SABBÁ GUIMARÃES, Isaac. Compreensão da vontade do direito: um problema da filosofia da linguagem. *Revista Atuação*, n. 15, p. 135-141. Florianópolis: PGJ; ACMP, jul./dez. 2009.

PEDROLLO, Gustavo Fontana. Proporcionalidade e sistema jurídico em Robert Alexy. In DOBROWOLSKI, Sílvio (organizador). *A constituição no mundo globalizado*. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

VILELA, Alexandra. Considerações acerca da presunção da inocência em direito processual penal. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

WITTGENSTEIN, Ludwig. Tratado lógico-filosófico. Investigações filosóficas. 3. ed. Tradução e prefácio de M. S. Lourenço. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

III PRÊMIO MILTON LEITE DA COSTA - 2010
Categoria B: Artigo - 3º lugar

A INCONSTITUCIONALIDADE DA SÚMULA 381 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Fábio de Souza Trajano

Procurador de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto a análise da Súmula 381 do STJ e os valores da Constituição Federal aplicáveis ao caso.

Inicialmente, trata-se dos direitos fundamentais, destacando-se que, apesar de o Estado ser destinatário dos direitos fundamentais, os particulares também a eles estão vinculados, como ocorre em uma relação de consumo.

A relação existente entre os direitos fundamentais e o Estado será abordada na sequência, com ênfase à teoria dos direitos positivos em face do Estado na visão de Robert Alexy e de J. J. Gomes Canotilho.

Já a defesa do consumidor como direito e garantia fundamental será tratada em seguida, discorrendo-se sobre os motivos que levaram à sua inclusão no referido rol e suas consequências, como a consideração de que todas as normas do Código de Defesa do Consumidor são de ordem pública e de interesse social, e fazendo-se uma abordagem crítica da Súmula 381 do STJ, que proibiu o conhecimento de ofício do abuso das cláusulas nos contratos bancários.

Por fim, enumeram-se as considerações finais.

Atuação	Florianópolis	Edição Especial - Prêmio Milton Leite da Costa 2009/2010	p. 347 - 368	2011
---------	---------------	--	--------------	------

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ressalta-se, inicialmente, que os direitos fundamentais têm força vinculativa, conforme lição de Robert Alexy, que relaciona tal característica com a possibilidade de comprovação perante um Tribunal de sua violação, sendo, portanto, no dizer do referido autor, “justiciáveis”. Destaca Alexy, ainda, para demonstrar a força vinculativa dos direitos fundamentais, a disposição do art. 5º, § 1º, da CF, que tem o seguinte enunciado: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.¹

Segundo Ingo Sarlet, os direitos fundamentais, juntamente com os princípios fundamentais, integram o núcleo essencial da Constituição Federal vigente formal e material.²

Registre-se que os direitos fundamentais, conforme Eros Roberto Grau, são considerados princípios em sentido estrito e não diretrizes, assim como os princípios da ordem econômica previstos no art. 170, o disposto nos arts. 1.º, *caput* e incisos; 2.º; 4.º; e 5.º, *caput* e incisos, todos da Constituição Federal.³

Virgílio Afonso da Silva, ao tratar da constitucionalização do direito, relaciona a “irradiação” dos valores constitucionais aos outros ramos do direito e destaca que o principal ponto de tal irradiação é a vinculação das relações entre particulares a direitos fundamentais, o que é também chamado de efeitos horizontais dos direitos fundamentais.⁴

Nessa mesma linha, Claus Wilhelm Canaris salienta que apenas “o Estado é destinatário dos direitos fundamentais”; todavia, outros cidadãos também são atingidos, o que produz efeito aos direitos fundamentais, pelo menos indiretamente, porquanto “no campo jurídico-privado o Estado, ou a ordem jurídica, estão, em princípio, vinculados a proteger um cidadão perante outro”. Além disso, Canaris destaca que

1 ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 62-63.

2 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. rev., atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 61.

3 GRAU, EROS Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 140.

4 SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização dos direitos: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 18.

essa perspectiva, hoje, corresponde “à doutrina amplamente dominante”, na qual estão presentes decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão, como o direito de o filho conseguir da mãe informações sobre a identidade do pai biológico ou o reconhecimento da vinculação do fiador pelo contrato de fiança, sob o argumento de ter sido o próprio fiador que restringiu seu direito fundamental.⁵

Ainda para Claus Wilhelm Canaris, em relação à autovinculação das partes por contrato, a função dos direitos fundamentais de imperativo de tutela também se aplica, porquanto, embora a vinculação contratual esteja baseada na autonomia privada, “apenas adquire vigência no plano jurídico-positivo mediante um ‘reconhecimento’ por parte do Estado e da ordem jurídica, sendo, além disso, garantida por estes com sanções, que vão até a execução forçada”.⁶

A defesa do consumidor, como direito e garantia fundamental, conforme o art. 5º, inc. XXXII, da CF, é um exemplo da vinculação entre particulares de direitos fundamentais (Virgílio Afonso da Silva) ou de efeito entre particulares de direitos fundamentais (Claus Wilhelm Canaris), visto que em uma relação entre dois particulares, sem a interferência do Estado, devem ser observadas as normas de ordem pública e de interesse social previstas no Código de Defesa do Consumidor, como a relativização da autonomia da vontade, o que fulmina como nulas de pleno direito cláusulas abusivas.

Aliás, um óbice para a irradiação dos princípios constitucionais aos outros ramos do direito foi, segundo Virgílio Afonso da Silva, a “milénar tradição” de que o direito privado se rege pelo princípio da autonomia privada, sem estar submetido às normas de direito público,⁷ felizmente já superada, pois não há mais qualquer dúvida quanto à preponderância constitucional sobre o direito privado,⁸ o que representa, na verdade, uma visão republicana dos direitos fundamentais, em vez de uma perspectiva de cunho eminentemente liberal.

Após discorrer sobre aspectos gerais dos direitos fundamentais, aborda-se, na sequência, a relação existente entre os direitos fundamen-

5 CANARIS, Claus Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003. p. 58.

6 Idem. p. 71.

7 SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., p. 41.

8 Idem, p. 43.

tais e o Estado, tendo em conta a preocupação de que sejam efetivamente “levados a sério” e de que passem, na lição de Canotilho, de uma “*law in the books para uma law in action para uma ‘living constitution’*”,⁹ ou seja, integrem, pela atuação estatal, a vida das pessoas.

3 DIREITOS POSITIVOS EM FACE DO ESTADO NA VISÃO DE ROBERT ALEXY E DE J. J. GOMES CANOTILHO

Objetivando analisar a forma de atuação estatal para dar concreitude à defesa do consumidor como um direito e garantia fundamental, destaca-se a teoria dos direitos positivos em face do Estado na ótica de Robert Alexy e de J. J. Gomes Canotilho.

Conforme lições de Robert Alexy, “a base da teoria analítica dos direitos é uma tríplice divisão das posições que devem ser designadas como ‘direitos’ em (1) direitos a algo, (2) liberdades e (3) competências”.¹⁰

Tratar-se-á apenas das ações positivas, relacionadas a um dos objetos dos “direitos a algo” (o outro seria as ações negativas),¹¹ que é o que efetivamente importa para o presente trabalho.

Alexy divide as ações positivas que o cidadão tem contra o Estado em dois grupos: um relacionado a uma ação fática como objeto e outro a uma ação normativa como objeto.

Como exemplo do grupo relacionado à ação fática, Alexy destaca o direito do proprietário de escola privada a um benefício estatal por intermédio de subvenções, o direito a um mínimo existencial ou à pretensão individual para a criação de vagas na universidade, não importando que a satisfação da pretensão ocorra por meio de alguma forma jurídica, pois é indiferente para a satisfação do direito a forma em que ela ocorre.

Já direitos a ações positivas normativas relacionam-se a direitos a atos estatais de edição de normas. Por exemplo: edição de norma penal

9 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Lisboa: Almedina, 2003. p. 1.163.

10 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 193.

11 *Idem*, p. 195.

para a proteção de direitos fundamentais do nascituro ou proteção do titular de um direito fundamental à liberdade científica.

A “ideia guia”, segundo Alexy, de atribuição de direitos a prestações a dispositivos de direitos fundamentais é a seguinte: “Direitos fundamentais são posições que são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples”.¹² (...) “Enquanto direitos subjetivos, todos os direitos a prestações são relações triádicas entre um titular do direito fundamental, o Estado e uma ação estatal positiva”. Melhor esclarecendo, o referido autor afirma que, “se o titular de direito fundamental *a* tem um direito em face do Estado (s) a que o Estado realize a ação positiva *h*, então, o Estado tem, em relação a *a*, o dever de realizar *h*”, do que se conclui que, havendo uma relação constitucional de referido tipo, entre o titular de direito fundamental e o Estado, terá o titular do direito fundamental a competência para exigir judicialmente mencionado direito, citando, expressamente, o art. 4º, 1, da Constituição alemã.¹³

Canotilho, com o subtítulo “Proposta da noção de posição jurídico-prestacional”, trata das obrigações positivas do Estado, ensinando, em relação aos direitos sociais ou aos direitos a prestações em sentido restrito, como o direito ao trabalho, à saúde, à educação, à cultura, ao ambiente (à proteção do consumidor por parte do Estado), que o problema atual está em levá-los a sério. Não podem ser considerados como simples “aleluia jurídico”, cunhando a expressão de C. Schmitt, independentemente das dificuldades decorrentes de um tipo de direito “subjectivo” em que ausente a capacidade jurídica para obter a sua efetivação prática.¹⁴

Não se pode, na visão de Canotilho, citando lição de Alexy já destacada anteriormente, pela importância dos direitos fundamentais, deixar que a sua garantia, ou não garantia, seja “deixada a simples maiorias parlamentares”. Segundo ele, o cidadão encontra-se “numa posição jurídico-prestacional”, e que, no plano jurídico-dogmático, ocorre uma inversão do objeto do direito subjetivo, o qual passa de uma pretensão relacionada à omissão dos poderes públicos ante a esfera jurídica a uma

12 Idem, p. 446.

13 Idem, p. 445.

14 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2008. p. 51.

postulação de proibição de omissão, em que se impõe uma intervenção ativa de fornecimento de prestações.¹⁵

Com base, assim, nas lições de Alexy e Canotilho, conclui-se que o Estado está proibido de deixar de proteger o consumidor, por ser considerado um direito e uma garantia fundamental. Tendo em vista sua importância, impõe-se, por consequência, uma intervenção ativa para propiciar sua adequada e efetiva tutela e admite-se, inclusive, ação judicial para alcançar tal finalidade, por ser considerado um direito subjetivo do cidadão.¹⁶

Claudia Lima Marques e Bruno Miragem, tendo em vista a doutrina dos direitos fundamentais de Rober Alexy, identificaram o direito do consumidor como o que o referido autor denomina de “espécies de direito de proteção, pelos quais o titular do direito exerce-o frente ao Estado para que este o proteja da intervenção de terceiro”, concluindo:

Neste sentido o direito do consumidor se compõe, antes de tudo, em direito à proteção do Estado contra a intervenção de terceiros, de modo que a qualidade de consumidor lhe atribui determinados direitos oponíveis, em regra, aos entes privados, e, excepcionalmente, ao próprio Estado (p. ex., art. 22, CDC)¹⁷.

Ao compreender, assim, a obrigação de atuação do Estado-Executivo, Estado-Legislativo e Estado-Judiciário para a concretização de direitos fundamentais que exigem uma atuação positiva¹⁸, trata-se,

15 Idem, p. 52.

16 Nesse sentido ato editado pelo Ministério da Justiça, datado de 1988, determinando a fixação de etiquetas indicativas de preços em produtos expostos à venda, considerado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o RMS 23.732, em julgamento realizado em 17.11.2009, sendo destacado pelo Min. Gilmar Mendes, relator do acórdão, que “o ato do Ministro da Justiça não violou qualquer dispositivo constitucional”, mas, ao contrário, observou dois dispositivos da Constituição: o inc. XXXII do art. 5º, que diz que o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor; e o inc. V do art. 170, segundo o qual a ordem econômica deve observar os princípios de defesa do consumidor” (*Notícias STF*, 17 nov. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=116171&caixaBusca=N>>. Acesso em: 17 dez. 2009).

17 SAMPAIO, Aurisvaldo; CHAVES, Cristiano (org.). *Estudos de direito do consumidor: tutela coletiva* – Homenagem aos 20 anos da Lei da Ação Civil Pública. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2005. p. 136.

18 O MINISTRO Gilmar Mendes, baseado na teoria dos *status* de Georg Jellinek, especialmente no status positivo, que garante ao indivíduo capacidade jurídica para recorrer ao aparato estatal e utilizar as instituições estatais, ou seja, garante pretensões positivas (JELLINEK, Georg. *Apud* ALEX, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. p. 258), manifesta-se no mesmo sentido. (MENDES, Gilmar. Palestra - a dimensão da proteção constitucional do direito do consumidor. VI Congresso do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – A defesa do consumidor e a justiça – ética, equidade e riscos: desafios da próxima década. Informação verbal. Starfish Resort Hotel. Aracajú/SE, 29.04.2009.

na sequência, do direito do consumidor como um direito e garantia fundamental.

4 DEFESA DO CONSUMIDOR COMO DIREITO E GARANTIA FUNDAMENTAL

Em razão da importância do consumidor no contexto social, o constituinte entendeu por bem, pela primeira vez na história da República, incluir sua defesa como direito e garantia fundamental, assim como fez com outros temas relevantes, como o racismo, considerado crime inafiançável, o que gerou sérias consequências para o regime jurídico geral, e proclamou no art. 5º, inc. XXXII, da CF: “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.¹⁹

Segundo Claudia Lima Marques, promover exprime a noção de “assegurar afirmativamente que o Estado-Juiz, que o Estado-Executivo e o Estado-Legislativo realizem positivamente a defesa, a tutela dos interesses desses consumidores”. Estão, assim, todos os entes do Estado com a obrigação de uma prestação protetiva e de uma atuação positiva, conforme visto anteriormente. É considerado “direito subjetivo público geral” não apenas de proteção contra as atuações do Estado, mas também de ação efetiva “(protetiva, tutelar, afirmativa, de promoção) do Estado em favor dos consumidores (direito a alguma coisa, direito prestacional, direito econômico e social, direito fundamental de nova geração, em alemão, *Rechte auf positive Handlungen*)”.²⁰

Bruno Miragem e Claudia Lima Marques ensinam que o reconhecimento do direito do consumidor como direito e garantia fundamental, aliado ao seu enquadramento como um dos princípios da ordem econômica (art. 170, inc. V, CF/1988), e a determinação constitucional de elaboração de um Código de Defesa do Consumidor (art. 48 do ADCT) representam a reconstrução do direito privado brasileiro, diferenciando as relações entre iguais, de natureza puramente civil, e as relações comerciais daquelas estabelecidas entre o consumidor e um

19 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 12 dez. 2009.

20 BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: RT, 2008. p. 25.

profissional, outorgando-lhes o constituinte “um *status* diferente, este sim diretamente oriundo do mandamento de proteção desse sujeito especial, identificado pela Constituição Federal de 1988, o princípio da proteção do consumidor”.²¹

Vive-se, na verdade, um período de transição, em que o positivismo jurídico cede lugar à constitucionalização do Direito. Todas as normas jurídicas e decisões judiciais dependem de sua adequação aos valores consagrados no texto constitucional, conforme lição de Manuel Atienza ao responder a indagação de Claudia Rosane Roesler sobre o uso da expressão pós-positivismo.²²²³

Rizzato Nunes deixa clara a necessidade de o “intérprete, de o aplicador da lei e de o legislador infraconstitucional” tratarem certas pessoas reconhecidas pela Constituição Federal como hipossuficientes, “de maneira diferenciada, visando a busca de uma igualdade material”, como é o caso do consumidor, por sua vulnerabilidade.²⁴

Tal tratamento, na verdade, é apenas a aplicação de uma máxima reconhecida por todos os estudiosos do Direito consubstanciada no tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais, na medida dessa desigualdade.²⁵

Aristóteles já ensinava que “a concessão desigual aos iguais, e

21 SAMPAIO, Aurisvaldo; CHAVES, Cristiano (org.). *Estudos de direito do consumidor* cit., p. 124-125.

22 CRUZ, Paulo Márcio; ROESLER, Claudia Rosane. *Direito e argumentação no pensamento de Manuel Atienza*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 43-84.

23 Analisando a influência da Constituição Federal de 1988 no direito privado brasileiro e, por consequência, no direito do consumidor, destaca Claudia Lima Marques: “A Constituição Federal de 1988 serve, assim, de centro valorativo, centro sistemático-institucional e normativo também do direito privado (força normativa da Constituição), um novo direito privado brasileiro (garantido e moldado pela ordem pública constitucional, limitado e consubstanciado pelos direitos fundamentais aí recebidos), um direito privado coerente, com manutenção do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.78/90), em sua inteireza, mesmo depois da entrada em vigor de um Código Civil (Lei 10.406/92), que unificou as obrigações civis e comerciais e revogou grande parte do Código Comercial de 1850.” In BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 25.

24 NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. p. 32-33.

25 A respeito do assunto, ensina Norberto Bobbio: “[...] precisamente a fim de colocar indivíduos desiguais por nascimento nas mesmas condições de partida, pode ser necessário favorecer os mais pobres e desfavorecer os mais ricos, isto é, introduzir artificialmente, ou imperativamente, discriminações que de outro modo não existiriam, como ocorre, de resto em certas competições esportivas, nas quais se assegura aos concorrentes menos experientes uma certa vantagem em relação aos mais experientes. Desse modo, uma desigualdade torna-se um instrumento de igualdade pelo simples motivo de que corrige uma desigualdade anterior: a nova igualdade é o resultado da equiparação de duas desigualdades.”. (BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. 2 ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997. p. 32).

de diferenças aos semelhantes, é contrária à natureza, e nada que seja contrário à natureza pode ser bom".²⁶ Em outras palavras, e *contrario sensu*, um tratamento desigual aos desiguais seria natural.

4.1 Normas de ordem pública e de interesse social

Um desdobramento bastante significativo do direito do consumidor como direito e garantia fundamental, ou, melhor dizendo, utilizando-se da lição de Claudia Lima Marques, a inclusão de referido objetivo constitucional na legislação ordinária de direito privado²⁷, é o fato de as normas previstas no Código de Defesa do Consumidor – elaborado por determinação constitucional (art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias) – serem consideradas de ordem pública e de interesse social, conforme previsão do art. 1º do mencionado estatuto protetivo, o que significa, conforme José Geraldo Brito Filomeno, “que são inderrogáveis por vontade dos interessados em determinada relação de consumo”, ressaltando-se a possibilidade de “livre disposição de alguns interesses de caráter patrimonial, como, por exemplo, ao tratar o Código da convenção coletiva de consumo em seu art. 107”.²⁸

Normas de ordem pública representam valores “básicos e fundamentais de nossa ordem jurídica, são normas de direito privado, mas de forte interesse público, daí serem indisponíveis e inafastáveis através de contratos”, interessando mais “diretamente à sociedade que aos particulares”.

Por outro lado, a função social do Código de Defesa do Consumidor é representada pelo objetivo de proteger um grupo específico de indivíduos, em razão de sua vulnerabilidade diante das práticas abusivas do livre mercado, “com intervenção imperativa nas relações de direito privado, antes dominadas pelo dogma da autonomia da vontade. São normas de interesse social, cuja finalidade é impor uma nova conduta, transformar a própria realidade social”.²⁹

Fixadas essas importantes premissas, pode-se abordar, criticamen-

26 ARISTÓTELES. *Política*. Trad. Pedro Constantin Toles. São Paulo: Martin Claret, 2006. p. 239.

27 MARQUES, Claudia Lima. *Contratos...* cit., p. 513.

28 GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor* cit., p. 24.

29 MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários...* cit., p. 55.

te, a Súmula 381 do STJ a fim de contribuir para a reflexão e consolidação dos valores constitucionais mais importantes na vida das pessoas.

4.2 A Súmula 381 do Superior Tribunal de Justiça

Considerando a irradiação dos valores constitucionais por todos os ramos do direito, a obrigação de o Estado concretizar os direitos fundamentais por intermédio de ações positivas, a natureza de direito e garantia fundamental do direito do consumidor e o fato de as normas do Código de Defesa do Consumidor serem consideradas de ordem pública e de interesse social, a consequência, parece lógico, seria o Estado-Juiz conhecer as cláusulas abusivas dos contratos de consumo de ofício, consideradas, pelo art. 51 do CDC, nulas de pleno direito, independentemente de pedido do autor, até para afastar definitivamente tais cláusulas do mundo jurídico e concretizar um dos direitos básicos do consumidor mais importantes, previsto no art. 6º, inc. IV, do CDC.³⁰

Ocorre que o Superior Tribunal de Justiça, na Súmula 381, entendeu que, “nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas”, em manifesta oposição à doutrina consumerista³¹ e aos inúmeros precedentes dos Tribunais de várias Unidades da Federação e do próprio STJ,³² o que admite, assim, que as normas de ordem pública do Código de Defesa do Consumidor sejam interrogadas por vontade das partes ou, pelo menos, de uma das partes, no caso, o fornecedor.

Um dos argumentos contrários ao conhecimento de ofício que chama a atenção é do Ministro João Otávio de Noronha, que, ao apreciar o REsp 1.061.530,³³ salientou não caber ao Magistrado afastar-se de

30 BRASIL. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/l8078.htm>>. Acesso em: 10 dez. 2009: “Art. 6.º 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; (...)”.

31 Neste sentido Nelson Nery Jr., in GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor* cit., p. 560.

32 STJ, 4.ª T., AgRg no REsp 655.443, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 05.04.2005 – Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=655443&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em: 5 dez. 2009. No mesmo sentido, REsp 248.155-SP.

33 STJ, 2.ª Seção, REsp 1.061.530-RS, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 22.10.2008 – Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=1061530&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>>. Acesso em: 5 dez. 2009.

sua neutralidade na presidência do processo, o qual não deve, assim, “advogar no sentido de defender interesse algum no processo”. Destaca, ainda, que não cabe ao Juiz proteger parte alguma, mas apenas a lei, dando como exemplo a inversão do ônus da prova no caso do consumidor hipossuficiente. Em conclusão, afirma: “A este [juiz] cabe a tarefa de, diante do caso concreto, subsumir os fatos à norma e, mediante um juízo de valor, formular a regra jurídica aplicável ao caso”.

Ora, discorda-se, primeiramente, da observação de que não compete ao Juiz proteger parte alguma no processo. O Estado-Juiz não está afastado do cumprimento de um direito e de uma garantia fundamental de proteger, na forma da lei, o consumidor. Assim, se a lei, de ordem pública e de interesse social, diz que determinada cláusula contratual é abusiva, deve o Juiz, interpretando adequadamente a lei, tendo como norte os princípios estruturantes do texto constitucional³⁴ – tais como a proteção da dignidade da pessoa humana, o espírito republicano, a cidadania, a justiça e a liberdade –, conhecer de ofício a nulidade da respectiva cláusula contratual, e proteger, por consequência, o ente vulnerável, o débil.

Por outro lado, é importante registrar que o princípio prevalente, no caso, deveria ser o de proteção do consumidor em relação a princípios de natureza processual. O legislador ordinário, para dar concretude ou densidade a mencionado princípio, autorizado pelo art. 48 do ADCT, elaborou uma regra para deixar clara a impossibilidade de os envolvidos na relação de consumo disporem das normas previstas no Código de Defesa do Consumidor, além de obrigar o Estado a uma prestação protetiva e a uma obrigação positiva para aplicação concreta de seus preceitos.

34 Princípios estruturantes, segundo Canotilho, são aqueles “constitutivos e indicativos das ideias directivas básicas de toda a ordem constitucional”, ou “traves-mestras jurídico-constitucionais do estatuto jurídico do (sic) político”, enquadrando como tal, na ordem constitucional portuguesa, o princípio do Estado de Direito, o do democrático e o do republicano (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional...* cit., p. 1.173). Luís Roberto Barroso considera princípios fundamentais as mais importantes decisões políticas no âmbito do Estado, incluindo, além da forma, o regime, o sistema de governo e a organização do poder político, os objetivos fundamentais da República indicados pela Constituição e os princípios que a regem em suas relações internacionais. Dentre tais objetivos, destaca o princípio da dignidade da pessoa humana, por ter se tornado o centro axiológico da concepção brasileira de Estado democrático de direito e de uma ordem mundial pautada pelos direitos fundamentais, o que diverge, nesse particular, adequadamente, de Willis Guerra Filho, que enquadra a dignidade como princípio constitucional geral (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 374-375; e GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: RCS, 2007. p. 57).

A linha de pensamento adotada pelo Superior Tribunal de Justiça na mencionada súmula é típica do Estado liberal do século XIX, pois privilegiou-se o forte, aquele que agiu em afronta ao princípio da boa-fé objetiva, colimando apenas o lucro desmedido sem se preocupar com seu parceiro contratual, isto é, com absoluta falta de espírito de solidariedade e ética, valores que o Estado social tem a obrigação de impregnar na vida de todas as pessoas, inclusive com ações positivas, restringindo a possibilidade de os particulares regularem livremente suas relações negociais, conforme lição de Claudia Lima Marques:

Hoje a intervenção determinada pela própria Constituição diminui o espaço reservado para os particulares autorregularem livremente as suas relações negociais, isto é, limita a própria autonomia privada, diminuindo também o espaço de decisão do próprio Estado e de seus três Poderes, levados a legislar, executar e interpretar leis conforme as linhas ordenadas pela Constituição.³⁵

Konrad Hesse, ao definir o conteúdo e significado do Estado social, salienta que as modificações introduzidas pela sociedade industrial exigem do Estado uma atuação mais efetiva em espaços destinados à autorregulação. A fórmula do Estado de direito social, inserta na Constituição alemã, acolhe as inovações do “desenvolvimento moderno técnico, econômico e social em si, ela normaliza tarefas que resultam em vista desse desenvolvimento, e ela põe o cumprimento dessas tarefas sob os mandamentos do Estado de direito”. Segundo o mesmo autor, a “tecnicização e especialização crescente, a complicação das condições de vida na sociedade industrial moderna tornam necessárias intervenção, guia e configuração planificadora pelo Estado, sempre mais ampla”. São tarefas novas, desconhecidas até o momento, que aumentam a “dependência do particular das repercussões da atividade estatal”.³⁶

As modificações ao longo do tempo nas relações de consumo se encaixam perfeitamente como exemplo de necessidade de mudança no papel do Estado mencionado por Konrad Hesse, que deixa um papel passivo para exercer um papel ativo, interferindo nas relações entre particulares para fazer prevalecer as normas de ordem pública e de interesse social insertas no Código de Defesa do Consumidor e, acima de tudo, dando efetividade à proteção do consumidor como direito e

35 MARQUES, Claudia Lima. *Contratos...* cit., p. 514.

36 HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998. p. 173.

garantia fundamental.

Robert Alexy refere-se ao Estado de direito social, ressaltando que, quando existe um equilíbrio econômico, poucos problemas existem; todavia, quando tal equilíbrio não ocorre, os direitos fundamentais sociais pedem redistribuição, em duas formas fundamentais: oferecimento pelo Estado do mínimo necessário para a existência dos carecidos, por intermédio dos impostos ou outros tributos; e o que mais interessa, prestação direta de um para outro cidadão, esclarecendo:

A segunda forma da redistribuição social não sucede por tesouros públicos, que antes por impostos ou outros tributos foram enchidos, mas diretamente de um para outro cidadão. Assim, trata-se de uma redistribuição direta de um cidadão para outro cidadão, quando o dador de leis, para a proteção do inquilino, promulga prescrições que dificultam a rescisão ou limitam as possibilidades da elevação do aluguel.³⁷

Nas relações de consumo, a redistribuição social direta de um cidadão para outro cidadão aparece com muita intensidade, porquanto a legislação tem como premissa tutelar o consumidor, em razão de sua vulnerabilidade, reconhecida expressamente pelo art. 4º, inc. I, do CDC.

Dentre várias normas com tal característica, destacam-se a necessidade de conhecimento prévio e adequado das cláusulas contratuais para obrigar o consumidor (CDC, art. 46); a obrigação do destaque da cláusula contratual que limitar direito, o que permite sua imediata e fácil compreensão (CDC, art. 54, § 4º); a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas (CDC, art. 6º, inc. V); o direito de arrependimento para as compras efetuadas fora do estabelecimento comercial (CDC, art. 49); e, *finalmente*, o que mais nos interessa, a proteção do consumidor contra cláusulas abusivas (CDC, art. 6º, inc. IV), que fulminem como nulas de pleno direito as hipóteses contempladas no art. 51 do CDC.

Virgílio Afonso da Silva, reforçando a necessidade da redistribuição social direta, destaca que, especialmente em países democráticos, nem sempre é o Estado que oferece a maior ameaça aos particulares, mas, sim, outros particulares, notadamente aqueles com maior poder social ou econômico, e explica que os direitos fundamentais evoluíram

³⁷ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo* cit., p. 61.

de uma relação entre Estado e particulares para uma relação apenas entre particulares.³⁸

Paulo Bonavides salienta que a Constituição Federal é uma Constituição de Estado social, a qual necessita que os problemas constitucionais decorrentes do exercício de direitos subjetivos sejam examinados em conformidade com os conceitos decorrentes dessa modalidade de ordenamento. Traçando um paralelo com uma Constituição do Estado liberal, diz o referido autor ser essa uma Constituição antigoverno e antiestado, enquanto que a Constituição de Estado social é uma Constituição de valores refratários ao individualismo no direito e ao absolutismo no poder.³⁹

Para a compreensão do significado do constitucionalismo do Estado social brasileiro, Bonavides diz não ser possível fechar os olhos “à teoria dos direitos sociais fundamentais, ao princípio da igualdade, aos institutos sociais que garantem aqueles direitos e aquela liberdade e ao papel que doravante assume na guarda da Constituição o Supremo Tribunal Federal”.⁴⁰

Ingo Wolfgang Sarlet, na mesma linha, manifesta-se no sentido de que o “princípio fundamental do Estado social” encontrou guarida em nossa Constituição, apesar da inexistência de norma expressa em tal sentido, destacando, como decorrentes do Estado social, os princípios da proteção da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho, da construção de uma sociedade livre, justa e solidária e dos princípios fundamentais sociais.⁴¹

Os princípios da Revolução Francesa, consubstanciados na igualdade de todos, no liberalismo, nos quais cabe ao Estado “deixar fazer, deixar passar, deixar que as coisas transcorrem livremente” (*laissez-faire, laissez-passer*), não se coadunam com o atual momento da história.

Como admitir, por exemplo, a prevalência do princípio da autonomia da vontade diante de cláusulas contratuais manifestamente abusivas? Em relações de desigualdade de partes, o Estado tem o dever de atuar para a proteção do mais fraco. Igualdade e liberdade são incom-

38 SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização dos direitos* cit., p. 18.

39 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 371.

40 Idem, p. 373.

41 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais* cit., p. 71.

patíveis, na medida em que quanto mais se busca a igualdade, mais se renuncia à liberdade. Nas palavras ainda atuais do Padre Lacordaire,⁴² muito antes de Marx, citado em várias obras consumeristas: “Entre o forte e o fraco é a liberdade que escraviza e a lei que liberta”.⁴³

John Stuart Mill, em 1859, já advertia que a liberdade das pessoas deve ser limitada em ações que ocasionem prejuízos aos outros, o que exige, nos casos mais importantes, que a coletividade intervenha:

Atos de qualquer espécie que, sem causa justificável, produzem dano a outrem podem ser refreados pelos sentimentos desfavoráveis e, quando necessário, pela interferência ativa da coletividade, e, nos casos mais importantes, exigem mesmo tal. A liberdade do indivíduo deve ser, assim, em grande parte, limitada – ele não deve tornar-se prejudicial aos outros.⁴⁴

Propõe Bobbio que os valores “liberdade” e “igualdade” sejam considerados “indivisíveis e solidários entre si”, e salienta que a adversidade de princípios entre o liberalismo e o igualitarismo

não exclui a proposta de síntese teórica e soluções práticas de compromisso entre liberdade e igualdade, na medida em que esses dois valores fundamentais (juntamente com a ordem) de toda convivência civilizada são considerados como sendo não apenas antinômicos, mas também parcialmente complementares.⁴⁵

Voltando à análise crítica da Súmula 381 do STJ, salienta-se, conforme observado pela Ministra Fátima Nancy Andrighi, relatora do REsp 1.061.530, que o art. 168, parágrafo único, do CC determina que as nulidades do negócio jurídico devem ser pronunciadas pelo Juiz, isto é, de ofício, e destaca que, pela regra do art. 7º, *caput*, do CDC, o referido dispositivo tem inteira aplicação nas relações de consumo, porquanto os direitos previstos no estatuto protetivo não excluem outros decorrentes da legislação interna ordinária, o que é chamado de “diálogo das fontes”,

42 Jean-Baptiste-Henri Dominique Lacordaire foi um religioso dominicano, nascido em 2 de maio de 1802, em Recey-sur-Ource (Côte-d’Or, Borgonha), e falecido em 21 de novembro 1861, em Sorèze (Tarn). Foi padre, jornalista, educador, deputado e acadêmico, e considerado um precursor do catolicismo moderno e restaurador na França da Ordem dos Pregadores (Enciclopédia Wikipédia On-line. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org>>. Acesso em: 5 jul. 2009.

43 Padre Lacordaire, *apud* BONNATO, Cláudio. *Código de Defesa do Consumidor: cláusulas abusivas nas relações contratuais de consumo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 30.

44 MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Trad. Alberto da Rocha Barros. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1991. p. 91.

45 BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade* cit., p. 43.

o que exige uma interpretação das normas aplicáveis ao caso de forma “compatibilizadora”, “integrativa”.⁴⁶

Na verdade, a preferência externada pelos Ministros foi pelas regras processuais dispostas no art. 515 do CPC (*tantum devolutum quantum appellatum*)⁴⁷ e no art. 267, § 3º,⁴⁸ do CPC, em detrimento das regras de direito material e – o fundamental – dos valores mais importantes previstos na Constituição Federal.

Miguel Reale destaca uma mudança de paradigma ocorrida na década de 30 no Poder Judiciário, ao dar uma nova interpretação ao art. 924 do CC/1916⁴⁹, que tem inteira aplicação nos dias de hoje e não foi, sequer de longe, observado pela Súmula 381 do STJ.

Segundo o autor, os advogados, até a década de 30, inseriam no contrato cláusula que exigia o pagamento da multa por inteiro, independentemente do tempo do adimplemento do contrato. Ocorre que uma “pobre costureira” conseguiu pagar 20 prestações da compra de uma máquina de costura, deixando de pagar as duas últimas. O vendedor exigia a devolução da máquina e a multa por inteiro. “Ora, pela primeira

46 MARQUES, Claudia Lima. *Contratos...* cit., p. 519. A expressão “diálogo das fontes” é utilizada por Erik Jayme e adotada por Claudia Lima Marques.

47 STJ, 3.ª T., AgRg no REsp 782.895-SC, rel. Min. Sidney Beneti, j. 19.06.2008 – Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=782895&&b=ACOR&p=t rue&t=&l=10&i=1>>. Acesso em: 12 dez. 2009. Destaca-se do voto do Relator: “Assiste razão ao recorrente no que concerne à impossibilidade de o órgão julgador revisar as cláusulas contratuais consideradas abusivas, a despeito de irrisignação da parte interessada, tendo em vista a natureza patrimonial dos direitos envolvidos. Consoante pacífico entendimento no âmbito da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, o julgamento realizado de ofício pelo Tribunal ofende o princípio *tantum devolutum quantum appellatum* positivado no artigo 515 do Código de Processo Civil (CPC), uma vez que a Corte revisora exorbita na entrega da prestação jurisdicional, indo além do que foi impugnado nas razões recursais. Ressalvam-se, por óbvio, as restritas hipóteses em que tal atividade é autorizada.”

48 BRASIL. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil: Art. 267, § 3º: “O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. IV, V e VI; todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento”; Art. 267: “Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: (...) IV – quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo; V – quando o juiz acolher a alegação de preempção, litispêndência ou de coisa julgada; VI – quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual; (...)” – Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/L5869.htm>>. Acesso em: 12 dez. 2009.

49 BRASIL. Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Institui o Código Civil: Art. 924 - Quando se cumprir em parte a obrigação, poderá o juiz reduzir proporcionalmente a pena estipulada para o caso de mora, ou de inadimplemento. Atualmente a matéria é regulada pelo art. 413 do Código Civil de 2002, que tem seguinte redação: “A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.”

vez na história do direito brasileiro o Tribunal de Justiça de São Paulo declarou: ‘Alto lá! O contrato não pode prevalecer sobre a lei, sendo a ressalva contratual nula de pleno direito’⁵⁰.

Até aquele momento a cláusula contratual não havia sido questionada, pela compreensão de que o referido dispositivo legal era apenas dispositivo, concluiu Reale com o seguinte ensinamento:

O Tribunal de São Paulo, ao contrário, entendeu, e entendeu bem, que essa norma legal era de ordem pública, dirigida ao juiz para um juízo de equidade. Além disso, determinou que o bem fosse avaliado, cabendo à costureira parte do valor apurado, o que a lei veio depois a consagrar. Que acontecera? **Acontecera que o individualismo anterior cedera lugar à suma compreensão social e humanística do direito**, de tal modo que, em virtude dessa nova ética valorativa, o artigo da lei, sem alteração de uma vírgula, passou a significar algo de diverso, em consonância com os princípios de equidade.⁵¹ (destaque que não está no original).

Infelizmente, após tantos anos de evolução do direito, pela compreensão da Súmula 381 do STJ, o Estado-Juiz nada poderá fazer para privilegiar a aplicação da lei, de ordem pública e de interesse social, sobre uma cláusula contratual manifestamente abusiva em um contrato bancário, e depende, para reconhecer sua nulidade de pleno direito, conforme redação do art. 51 do CDC, de pedido expresso do autor.

Paulo de Tarso Brandão, em sua tese de doutorado, posteriormente convertida em livro, já defendia, pioneiramente, a aplicação da Constituição Federal para o manejo das ações constitucionais que envolvem os “novos” direitos, decorrentes da relação de participação estabelecida “entre o Estado e todos os integrantes da sociedade civil, da qual aquele é instrumento, seja numa perspectiva individual, seja coletiva”, denominados “direitos da cidadania”, a partir da criação do Estado contemporâneo e em constante processo de evolução, especialmente a partir do século XX,⁵² como ocorre com todas as ações envolvendo relações de consumo.

Os institutos clássicos do Código de Processo Civil não são há-

50 REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. rev. e reestr., 7. tir. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 125.

51 Idem, p. 125-126.

52 BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Ações constitucionais: “novos” direitos e acesso à justiça*. 2. ed. rev. e ampl. Florianópolis: OAB/SC, 2006. p. 21.

beis para dar efetividade aos “novos” direitos contemplados nas ações constitucionais, porquanto foram concebidos para tratar de interesses meramente individuais, típicos do Estado moderno. Paulo de Tarso propõe que as ações constitucionais pertençam ao âmbito da teoria política e não do processo civil.⁵³

Por tudo isso, conclui-se que a mencionada decisão violou a proteção do consumidor como direito e garantia fundamental, além dos princípios constitucionais estruturantes umbilicalmente a ele ligados, como o republicano, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a justiça e a solidariedade, valores da mais alta importância, que devem servir como farol e guia da atuação de todos os entes estatais, especialmente de nosso Tribunal da Cidadania.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após análise dos temas abordados e detida reflexão sobre eles, pode-se concluir que os direitos fundamentais têm força vinculativa e estão diretamente vinculados com a noção de Constituição e de Estado de Direito.

Vive-se uma nova fase no Direito, chamada de pós-positivismo ou de constitucionalização do Direito, com a irradiação dos valores constitucionais aos demais ramos da área.

Os direitos decorrentes das relações de consumo são um exemplo típico da modificação do papel do Estado e do Direito após a revolução industrial e o desenvolvimento tecnológico, o que exige uma atuação mais efetiva em espaços antes destinados à autonomia da vontade e à autorregulação, como uma das características do Estado social.

Apesar de o Estado ser destinatário dos direitos fundamentais, os particulares também a eles estão vinculados, como ocorre em uma relação de consumo.

O Estado tem a obrigação de uma intervenção positiva para dar concretude ao direito e à garantia fundamental de proteção do consumidor, admitindo-se, inclusive, a propositura de ação judicial para

53 Idem, p. 23.

postular uma proibição de omissão, por se considerar um direito do indivíduo diante do Estado.

As cláusulas contratuais abusivas devem ser conhecidas de ofício pelo Juiz, dando-se, assim, peso aos valores mais importantes previstos na Constituição Federal e ao direito material, em detrimento de institutos processuais.

A Súmula 381 do STJ padece do vício da inconstitucionalidade, pois adotou a linha de pensamento típica do Estado liberal do século XIX, privilegiando o forte, aquele que age afrontando o princípio da boa-fé objetiva, colimando apenas o lucro desmedido, sem se preocupar com seu parceiro contratual, isto é, com absoluta falta do espírito de solidariedade e ética, valores que o Estado social tem a obrigação de impregnar na vida de todas as pessoas, inclusive com ações positivas, restringindo a possibilidade de os particulares regularem livremente suas relações negociais.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006.

ARISTÓTELES. *Política*. Trad. Pedro Constantin Toles. São Paulo: Martin Claret, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: RT, 2008.

BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

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

BONNATO, Cláudio. *Código de Defesa do Consumidor: cláusulas abusivas nas relações contratuais de consumo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Ações constitucionais: “novos” direitos e acesso à justiça*. 2. ed. rev. e ampl. Florianópolis: OAB/SC, 2006.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 12 dez. 2009.

_____. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.dji.com.br/codigos/1916_lei_003071_cc/cc0916a0927.htm>. Acesso em 30 abr. 2010.

_____. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/L5869.htm>>. Acesso em: 12 dez. 2009.

_____. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/l8078.htm>>. Acesso em: 10 dez. 2009.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em 30 abr. 2010.

_____. Lei n. 10.504, de 8 de julho de 2002. Dispõe sobre a criação do Dia Nacional do Consumidor. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10504.htm. Acesso em: 15 nov. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 782.895/SC. 3.ª Turma. Relator: Min. Sidney Beneti. Data do julgamento: 19.06.2008. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=782895&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>. Acesso em: 12 dez. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 655.443. 4.ª Turma. Relator: Min. Fernando Gonçalves. Data do julgamento: 05.04.2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=655443&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em: 5 dez. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.061.530/RS. 2.ª Seção. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Data do julgamento: 22.10.2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=1061530&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>>. Acesso em: 5 dez. 2009.

CANARIS, Claus Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Lisboa: Almedina, 2003.

_____. *Estudos sobre direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2008.

CRUZ, Guilherme Ferreira da. *Princípios constitucionais das relações de consumo e dano moral: outra concepção*. São Paulo: RT, 2008 (Biblioteca de Direito do Consumidor – 34. Coord. Antonio Herman V. Benjamin e Claudia Lima Marques).

CRUZ, Paulo Márcio; ROESLER, Claudia Rosane. *Direito e argumentação no pensamento de Manuel Atienza*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck (20.^a ed. alemã). Porto Alegre: Fabris, 1998.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. São Paulo: RT, 2002.

_____; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: arts. 1º a 74*. São Paulo: RT, 2003.

MENDES, Gilmar. A dimensão da proteção constitucional do direito do consumidor (palestra). VI Congresso do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor: A defesa do consumidor e a justiça – Ética, equidade e riscos: desafios da próxima década. Informação verbal, Starfish Resort Hotel, Aracaju-SE, 29 abr. 2009.

MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Trad. Alberto da Rocha Barros. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1991.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2005.

REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. rev. e reestr., 7. tir. São Paulo: Saraiva, 2005.

SAMPAIO, Aurisvaldo; CHAVES, Cristiano (org.). *Estudos de direito do consumidor: tutela coletiva – Homenagem aos 20 anos da Lei da Ação Civil Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. rev., atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização dos direitos: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.