



Ministério Público de Sergipe

revista

do Ministério Público do Estado de Sergipe

ANO XVIII
2007/2008
Nº 21

ISSN 1806-2598

**REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO
DO ESTADO DE SERGIPE**

(O CONTEÚDO DOS TRABALHOS É DE INTEIRA RESPONSABILIDADE DOS AUTORES)

REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE

MARIA CRISTINA DA GAMA E SILVA FOZ MENDONÇA
PROCURADORA-GERAL DE JUSTIÇA

EDUARDO LIMA DE MATOS
DIRETOR DA ESMP/SE

CONSELHO EDITORIAL

EDUARDO LIMA DE MATOS
PRESIDENTE
ADÉLIA MOREIRA PESSOA
CARLOS AUGUSTO ALCÂNTARA MACHADO
JORGE MURILO SEIXAS DE SANTANA

Revista do Ministério Público do Estado de Sergipe, nº 21 (março de 2008)
Sergipe: Ministério Público, 1991-

ISSN 1806-2598

1. Direito - Periódicos. I. Sergipe. Ministério Público.
(060.1/8)

CDU. 34 (05)

End.: Praça Fausto Cardoso nº 327 Ed. Valter Franco - Centro - Aracaju/SE
Site: www.esmp.mp.se.gov.br
E-mail: escolasuperior@mp.se.gov.br

ANO XVIII - Nº 21 - 2007/2008

**QUADRO DE MEMBROS DO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE SERGIPE**

PROCURADORA-GERAL DE JUSTIÇA
Maria Cristina da Gama e Silva Foz Mendonça

CORREGEDORA-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO
Maria Creuza Brito de Figueiredo

SUPLENTE
Maria Helena Fernandes de Barros

COORDENADOR-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO
Rodomarques Nascimento

OUIDORIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO
Pedro Iroito Dória Leó

**SECRETÁRIO-GERAL DA PROCURADORIA
GERAL DE JUSTIÇA**
Orlando Rochadel Moreira

CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

PRESIDENTE

*Procuradora de Justiça MARIA CRISTINA DA GAMA
E SILVA FOZ MENDONÇA*

CORREGEDORA-GERAL

Procuradora de Justiça MARIA CREUZA BRITO DE FIGUEIREDO

MEMBROS

*Procurador de Justiça JOSÉ LUIZ MELO
Procuradora de Justiça MARIA LUIZA VIEIRA CRUZ
Procurador de Justiça LUIZ VALTER RIBEIRO ROSÁRIO*

SECRETÁRIO

Promotor de Justiça ORLANDO ROCHADEL MOREIRA

COLÉGIO DE PROCURADORES DE JUSTIÇA

PRESIDENTE

*Procuradora de Justiça MARIA CRISTINA DA GAMA
E SILVA FOZ MENDONÇA*

MEMBROS

*Procuradora de Justiça MARIA CREUZA BRITO DE
FIGUEIREDO
Corregedora - Geral
Procurador de Justiça RODOMARQUES NASCIMENTO
Coordenador - Geral
Procuradora de Justiça MARIA EUGÊNIA DA SILVA RIBEIRO
Procurador de Justiça PEDRO IROÍTO DÓRIA LEÓ
Procurador de Justiça MOACYR SOARES DA MOTTA
Procurador de Justiça JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA FILHO
Procuradora de Justiça MARIA LUIZA VIEIRA CRUZ
Procuradora de Justiça MARIA IZABEL SANTANA DE ABREU*

*Procuradora de Justiça MARIA HELENA FERNANDES
DE BARROS*
Procurador de Justiça LUIZ VALTER RIBEIRO ROSÁRIO
Procuradora de Justiça MARIA JOSELITA ALMEIDA BARBOSA
Procurador de Justiça JOSÉ LUIZ MELO
Procurador de Justiça JOSENIAS FRANÇA DO NASCIMENTO

**COMISSÕES PERMANENTES
ASSUNTOS ADMINISTRATIVOS**

MEMBROS

Procurador de Justiça LUIZ VALTER RIBEIRO ROSÁRIO
Procurador de Justiça RODOMARQUES NASCIMENTO
*Procuradora de Justiça MARIA HELENA FERNANDES
DE BARROS*

ASSUNTOS INSTITUCIONAIS

MEMBROS

Procurador de Justiça MOACYR SOARES DA MOTTA
Procurador de Justiça JOSÉ LUIZ MELO
Procurador de Justiça JOSENIAS FRANÇA DO NASCIMENTO

ASSESSORIA DA PROCURADORIA - GERAL

Promotores de Justiça
CARLOS AUGUSTO ALCÁNTARA MACHADO
MANOEL CABRAL MACHADO NETO

ASSESSORIA DA CORREGEDORIA-GERAL

Promotor de Justiça
JOSÉ ELIAS PINHO DE OLIVEIRA

ASSESSORIA DA COORDENADORIA-GERAL

Promotor de Justiça
CARLOS CEZAR SOUZA SOARES

**MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO QUE ATUAM NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PLENO**

Procuradora de Justiça:

MARIA CRISTINA DA GAMA E SILVA FOZ MENDONÇA

CÂMARAS CÍVEIS E CRIMINAL

Procuradores de Justiça:

MARIA EUGÊNIA DA SILVA RIBEIRO

PEDRO IROÍTO DÓRIA LEÓ

MOACYR SOARES DA MOTTA

JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA FILHO

MARIA LUIZA VIEIRA CRUZ

MARIA IZABEL SANTANA DE ABREU

MARIA HELENA FERNANDES DE BARROS

LUIZ VALTER RIBEIRO ROSÁRIO

MARIA JOSELITA ALMEIDA BARBOSA

JOSÉ LUIZ MELO

JOSENIAS FRANÇA DO NASCIMENTO

**CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DO
MINISTÉRIO PÚBLICO**

DIRETOR

***Promotora de Justiça* EUZA MARIA GENTIL MISSANO COSTA**

NÚCLEO DE APOIO ÀS ATIVIDADES CRIMINAIS

***Promotor de Justiça* CELSO LUÍS DÓRIA LEÓ**

NÚCLEO DE APOIO À INFÂNCIA E ADOLESCÊNCIA

***Promotora de Justiça* MARIA CONCEIÇÃO DE
FIGUEIREDO ROLLEMBERG MENDONÇA**

NÚCLEO DE DEFESA DA CIDADANIA

***Promotor de Justiça* EDUARDO ANTÔNIO SEABRA**

**NÚCLEO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS
DE JUSTIÇA DO RIO SÃO FRANCISCO**

Promotor de Justiça **EDUARDO LIMA DE MATOS**

NÚCLEO DOS DIREITOS À EDUCAÇÃO

Promotor de Justiça **ETÉLIO DE CARVALHO PRADO JÚNIOR**

NÚCLEO DOS DIREITOS À SAÚDE

Promotor de Justiça **JOSÉ RONY SILVA ALMEIDA**

**NÚCLEO DO MEIO AMBIENTE, URBANISMO, PATRIMÔNIO
SOCIAL E CULTURAL**

Promotor de Justiça **EDUARDO ANTÔNIO SEABRA**

NÚCLEO RECURSAL

Promotor de Justiça **MANOEL CABRAL MACHADO NETO**

**PROMOTORIAS DE JUSTIÇA DOS DIREITOS
DO CIDADÃO DE ARACAJU**

**PROMOTORIA DE JUSTIÇA COM FUNÇÕES RELATIVAS À DEFE-
SA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO E CURADORIA DA PREVIDÊNCIA
PÚBLICA DE SERGIPE**

Promotores de Justiça

EDUARDO BARRETO D'AVILA

ALEXANDRO SAMPAIO SANTANA

JOÃO RAIMUNDO MOREIRA GUIMARÃES

MAURA SILVA DE AQUINO

**PROMOTORIA DE JUSTIÇA ESPECIALIZADA EM DEFESA DO
MEIO AMBIENTE, URBANISMO, PATRIMÔNIO SOCIAL, CUL-
TURAL E CONTROLE E FISCALIZAÇÃO DO TERCEIRO SETOR**

Promotores de Justiça

ANA PAULA MACHADO MENESES

AUGUSTO CESAR LEITE DE RESENDE

GILTON FEITOSA CONCEIÇÃO

PROMOTORIA DE JUSTIÇA COM FUNÇÕES RELATIVAS À DEFESA DOS DIREITOS À EDUCAÇÃO E SAÚDE

Promotores de Justiça

MIRIAM TERESA CARDOSO MACHADO

LUIZ FAUSTO DIAS DE VALOIS SANTOS

PROMOTORIA DE JUSTIÇA COM FUNÇÕES RELATIVAS À DEFESA DOS DIREITOS À EDUCAÇÃO E SAÚDE

Promotores de Justiça

ORLANDO ROCHA DEL MOREIRA

LUÍS FAUSTO DIAS DE VALOIS SANTOS

PROMOTORIA DE JUSTIÇA ESPECIALIZADA EM DEFESA DO ACIDENTADO DO TRABALHO, IDOSO, DEFICIENTE E DIREITOS HUMANOS EM GERAL

Promotora de Justiça

BERENICE ANDRADE DE MELO

PROMOTORIA DE JUSTIÇA ESPECIALIZADA EM SERVIÇOS DE RELEVÂNCIA PÚBLICA, CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL E QUESTÕES AGRÁRIAS

Promotores de Justiça

DEIJANIRO JONAS FILHO

EDUARDO ANTÔNIO SEABRA

**PROGRAMA DE DEFESA COMUNITÁRIA E PROGRAMA DE
DEFESA DOS DIREITOS DOS IDOSOS E DAS PESSOAS
PORTADORAS DE NECESSIDADES ESPECIAIS**

*Procurador de Justiça MARIA CRISTINA DA GAMA E SILVA
FOZ MENDONÇA*

Promotora de Justiça BERENICE ANDRADE MELO

ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

DIRETOR

Promotor de Justiça EDUARDO LIMA DE MATOS

DIRETORA ADMINISTRATIVA E PEDAGÓGICA

Promotora de Justiça ADÉLIA MOREIRA PESSOA

CONSELHO ADMINISTRATIVO

PRESIDENTE

Promotor de Justiça EDUARDO LIMA DE MATOS

CONSELHEIROS

Promotor de Justiça JORGE MURILO SEIXAS DE SANTANA

Promotor de Justiça MANOEL CABRAL MACHADO NETO

Promotor de Justiça SANDRO LUIZ DA COSTA

COMARCAS DE ARACAJU

*1º Promotor de Justiça (1ª, 4ª, 7ª e 8ª Varas Cíveis)
CELSO LUÍS DÓRIA LEÓ*

*2º Promotor de Justiça (9ª, 10ª, 11ª e 13ª Varas Cíveis)
EDUARDO LIMA DE MATOS*

3º Promotor de Justiça (14ª, 15ª e 21ª Vara Cíveis)

GILTON FEITOSA CONCEIÇÃO

1º Promotor de Justiça da Curadoria de Família e Sucessões

(2ª Vara Cível)

MARIA CONCEIÇÃO DE FIGUEIREDO R. MENDONÇA

2º Promotor de Justiça da Curadoria de Família e Sucessões

(5ª Vara Cível)

ERNESTO ANÍZIO DE AZEVÊDO MELO

3º Promotor de Justiça da Curadoria de Família e Sucessões

(6ª Vara Cível)

WILTON ARAÚJO SANTOS

4º Promotor de Justiça da Curadoria de Família e Sucessões

(2ª Vara Cível)

MÁRCIA MENDES MATOS

5º Promotor de Justiça da Curadoria de Família e Sucessões

(6ª Vara Cível)

ALDO SOUZA ARAGÃO

1º Promotor de Justiça da Curadoria da Fazenda Pública

(3ª Vara Cível)

HENRIQUE RIBEIRO CARDOSO

2º Promotor de Justiça da Curadoria da Fazenda Pública

(12ª Vara Cível)

CARLOS AUGUSTO ALCÂNTARA MACHADO

3º Promotor de Justiça da Curadoria da Fazenda Pública

(18ª Vara Cível)

JORGE MURILO SEIXAS DE SANTANA

4º Promotor de Justiça da Curadoria da Fazenda Pública

(19ª Vara Cível)

MARCÍLIO DE SIQUEIRA PINTO

**5º Promotor de Justiça da Curadoria da Fazenda Pública
(20ª Vara Cível)**

MARIA EUGÊNIA DEDA

**6º Promotor de Justiça da Curadoria da Fazenda Pública
(18ª Vara Cível)**

JOSÉ ELIAS PINHO DE OLIVEIRA

**7º Promotor de Justiça da Curadoria da Fazenda Pública
(19ª Vara Cível)**

MAURA SILVA DE AQUINO

**8º Promotor de Justiça da Curadoria da Fazenda Pública
(3ª Vara Cível)**

NEWTON SILVEIRA DIAS JÚNIOR

**1º Promotor de Justiça da Curadoria da Infância e da Adolescência
(Juizado da Infância e Juventude) – 16ª Vara Cível**

MARIA LILIAN MENDES CARVALHO

**2º Promotor de Justiça da Curadoria da Infância e da Adolescência
(Juizado da Infância e Juventude) – 17ª Vara Cível**

SILVIO ROBERTO MATOS EUZÉBIO

1º Promotor de Justiça Distrital (1ª Vara de Assist. Jud.)

CARMEM LÚCIA BUARQUE DE GUSMÃO

2º Promotor de Justiça Distrital (2ª Vara de Assist. Jud.)

ANA CRISTINA ARAGÃO DE CARVALHO

3º Promotor de Justiça Distrital (3ª Vara de Assist. Jud.)

MARILENE PAES B. DE FIGUEIREDO

4º Promotor de Justiça Distrital (4ª Vara de Assist. Jud.)

EDJILDA RESENDE DE LIMA GUERRA

5º Promotor de Justiça Distrital (5ª Vara de Assist. Jud.)

PAULO VIEIRA MESSIAS

6º Promotor de Justiça Distrital (6ª Vara de Assist. Jud.)

ANA CLÁUDIA M. COSTA MORAES

7º Promotor de Justiça Distrital (7ª Vara de Assist. Jud.)

ANA GALGANE PAES

1º Promotor de Justiça Criminal (1ª Vara Criminal)

LUÍS ALBERTO MOURA ARAÚJO

3º Promotor de Justiça Criminal (3ª Vara Criminal)

FÉLIX CARBALLAL SILVA

4º Promotor de Justiça Criminal (4ª Vara Criminal)

PAULO LIMA DE SANTANA

6º Promotor de Justiça Criminal (2ª Vara Criminal)

AUGUSTO CÉSAR LOBÃO MOREIRA

Promotor de Justiça Criminal (9ª Vara Criminal)

GLÁUCIA QUEIROZ DE MORAIS

Promotor de Justiça Criminal (11ª Vara Criminal)

ANA CHRISTINA SOUZA BRANDI

1º Promotor de Justiça do Tribunal do Júri (5ª Vara Criminal)

DEIJANIRO JONAS FILHO

3º Promotor de Justiça do Tribunal do Júri (5ª Vara Criminal)

ROGÉRIO FERREIRA DA SILVA

2º Promotor de Justiça do Tribunal do Júri (8ª Vara Criminal)

JOSÉ RONY SILVA ALMEIDA

4º Promotor de Justiça do Tribunal do Júri - (8ª Vara Criminal)
ALONSO GOMES CAMPOS FILHO

Promotor de Justiça Militar (Auditoria Militar) – (6ª Vara Criminal)
JARBAS ADELINO SANTOS JÚNIOR

1º Promotor de Justiça das Execuções Criminais – (7ª Vara Criminal)
LUÍS CLÁUDIO ALMEIDA SANTOS

2º Promotor de Justiça das Execuções Criminais – (7ª Vara Criminal)
VERÔNICA DE OLIVEIRA LAZAR AMADO

Promotor de Justiça de Defesa do Consumidor
EUZA MARIA GENTIL MISSANO COSTA

1º Promotor de Justiça Especial Criminal
(1º JESP CRIMINAL)
JOÃO RAIMUNDO MOREIRA GUIMARÃES

2º Promotor de Justiça Especial Criminal
(2º JESP CRIMINAL)
JULIANA CHECUCCI CARBALLAL

Promotor de Justiça Especial
(JESP CÍVEL E CRIMINAL – SANTA MARIA)
ODIL SILVA OLIVEIRA

COMARCAS DO INTERIORE DE 2ª ENTRÂNCIA

ITABAIANA

Promotor de Justiça Criminal (Vara Criminal)

JOSÉ LUCAS DA SILVA GÓIS

1º Promotor de Justiça (Vara Cível)

ALLANA RACHEL MONTEIRO BATISTA SOARES COSTA

2º Promotor de Justiça (Vara Cível)

VIRGÍLIO DO VALE VIANA

Promotor de Justiça Especial Cível e Criminal de Itabaiana (JESP Cível e Criminal)

EMERSON OLIVEIRA ANDRADE

ESTÂNCIA

Promotor de Justiça Criminal (Vara Criminal)

ADRIANA RIBEIRO OLIVEIRA

1º Promotor de Justiça (Vara Cível)

GIMARCOS EVANGELISTA DE ALCÂNTARA

2º Promotor de Justiça (Vara Cível)

CARLA ROCHA BARRETO DE ALMEIDA

Promotor de Justiça Especial Cível e Criminal (JESP Cível e Criminal)

MARIA HELENA SANCHES LISBÔA VINHAS

LAGARTO

Promotor de Justiça Criminal (Vara Criminal)

ROOSEVELT BATISTA DE CARVALHO

1º Promotor de Justiça (Vara Cível)

ANTÔNIO CÉSAR LEITE DE CARVALHO

2º Promotor de Justiça (Vara Cível)
BELARMINO ALVES DOS ANJOS NETO

Promotor de Justiça Especial Cível e Criminal
(JESP Cível e Criminal)
CARLOS HENRIQUE SIQUEIRA RIBEIRO

PROPRIÁ

1º Promotor de Justiça
PETERSON ALMEIDA BARBOSA

2º Promotor de Justiça
JOÃO RODRIGUES NETO

BOQUIM

Promotor de Justiça
EDUARDO FRANKLIN M. DE OLIVEIRA

TOBIAS BARRETO

Promotor de Justiça
CARLOS CÉZAR SOUZA SOARES

NOSSA SENHORA DO SOCORRO

1º Promotor de Justiça Criminal (Vara Criminal)
CLÁUDIA DANIELA DE FREITAS SILVEIRA FRANCO

2º Promotor de Justiça Criminal (Vara Criminal)
CLÁUDIA DO AMARAL CALMON

1º Promotor de Justiça (Vara Cível)
LUÍS FAUSTO DIAS DE VALOIS SANTOS

2º Promotor de Justiça (Vara Cível)
MANOEL CABRAL MACHADO NETO

1º Promotor de Justiça Distrital (Vara de Assistência Judiciária)
FÁBIO VIEGAS MENDONÇA DE ARAÚJO

2º Promotor de Justiça Distrital (Vara de Assistência Judiciária)
SANDRO LUIZ DA COSTA

1º Promotor de Justiça Especial (JESP Cível e Criminal)
GICELE MARA CAVALCANTE D'ÁVILA FONTES

2º Promotor de Justiça Especial (JESP Cível e Criminal)
JULIVAL PIRES REBOUÇAS NETO

SÃO CRISTÓVÃO

Promotor de Justiça (Vara Cível)
FÁBIO PINHEIRO SILVA DE MENEZES

Promotor de Justiça Criminal (Vara Criminal)
ALEXANDRO SAMPAIO SANTANA

Promotor de Justiça Distrital (Vara de Assistência Judiciária)
LENILDE NASCIMENTO ARAUJO

**Promotor de Justiça Especial Cível e Criminal de São Cristóvão
(JESP Cível e Criminal)**
AUGUSTO CÉSAR LEITE DE RESENDE

CANINDÉ DO SÃO FRANCISCO

Promotor de Justiça
SUZY MARY DE CARVALHO VIEIRA

ITAPORANGA D'AJUDA

Promotor de Justiça
ARNALDO FIGUEIREDO SOBRAL

SIMÃO DIAS

Promotor de Justiça
RICARDO SOBRAL SOUZA

LARANJEIRAS

Promotor de Justiça
WALTER CÉSAR NUNES SILVA

COMARCAS DO INTERIOR DE 1ª ENTRÂNCIA

AQUIDABÃ

Promotor de Justiça

FRANCISCO JOSÉ DE OLIVEIRA GÓIS

ARAUÁ

Promotor de Justiça

MÔNICA MARIA HARDMAN DANTAS BERNARDES

BARRA DOS COQUEIROS

Promotor de Justiça

ANTÔNIO CARLOS NASCIMENTO SANTOS

CAMPO DO BRITO

Promotor de Justiça

FABIANA CARVALHO VIANA FRANCA

CAPELA

Promotor de Justiça

ANA LEILA COSTA GARCEZ

CARIRA

Promotor de Justiça

ADSON ALBERTO CARDOSO DE CARVALHO

CARMÓPOLIS

Promotor de Justiça

POLLYANA MARA CASTRO DE AGUIAR

CEDRO DE SÃO JOÃO

Promotor de Justiça

ANDERSON VIANA SOUZA

CRISTINÁPOLIS

Promotor de Justiça

ALEXANDRE ALBAGLI OLIVEIRA

FREI PAULO

Promotor de Justiça

ADEMILTON DE OLIVEIRA SANTOS

GARARU

Promotor de Justiça

MAURÍCIO GUSMÃO MAGALHÃES

ITABAIANINHA

Promotor de Justiça

TALITA CUNEGUNDES FERNANDES DA SILVA

JAPARATUBA

Promotor de Justiça

NILZIR SOARES VIEIRA JÚNIOR

MARUIM

Promotor de Justiça

CECÍLIA NOGUEIRA GUIMARÃES PELELLA

NEÓPOLIS

Promotora de Justiça

RENATO VIEIRA DANTAS BERNARDES

NOSSA SENHORA DAS DORES

Promotor de Justiça RENÊ ANTÔNIO ERBA

NOSSA SENHORA DA GLÓRIA

Promotor de Justiça

ALEX MAIA ESMERALDO DE OLIVEIRA

PACATUBA

Promotor de Justiça

PAULO JOSÉ FRANCISCO ALVES FILHO

POÇO VERDE

Promotor de Justiça

VAGO

POÇO REDONDO

Promotor de Justiça

EDYLENO ÍTALO SANTOS SODRÉ

PORTO DA FOLHA

Promotor de Justiça

ANA PAULA SOUZA VIANA

RIACHUELO

Promotor de Justiça

FLAVIANO ALMEIDA SANTOS

RIBEIRÓPOLIS

Promotor de Justiça

ETÉLIO DE CARVALHO PRADO JÚNIOR

UMBAÚBA

Promotor de Justiça

KARLA CHRISTIANY CRUZ LEITE

COMARCA DE ARACAJU/1ª ENTRÂNCIA

Promotor de Justiça Auxiliar

LÚCIO JOSÉ CARDOSO BARRETO LIMA

Promotor de Justiça Auxiliar

TATIANA SOUTO QUIRINO

Promotor de Justiça Auxiliar

MARIA RITA MACHADO FIGUEIRÊDO

Promotor de Justiça Auxiliar

ALESSANDRA PEDRAL DE SANTANA

Promotor de Justiça Auxiliar

CLÁUDIA VIRGÍNIA OLIVER DE SÁ

Promotor de Justiça Auxiliar

MÔNICA ANTUNES ROCHA RIGO DA SILVA

Promotor de Justiça Auxiliar

IURI MARCEL MENEZES BORGES

Promotor de Justiça Auxiliar

SOLANO LÚCIO DE OLIVEIRA SILVA

Promotor de Justiça Auxiliar

RAIMUNDO BISPO FILHO

Promotor de Justiça Auxiliar

JOELMA SOARES MACÊDO DE SANTANA

APOSENTADOS

Procuradores de Justiça

*CARLOS GOMES DE CARVALHO LEITE
DARCILO MELO COSTA
EDUARDO DE CABRAL MENEZES
FERNANDO FERREIRA DE MATOS
HELI SOARES HENRIQUES NASCIMENTO
JOSÉ COSTA CAVALCANTE
JOSÉ JORGE SANTOS MESQUITA
JOSÉ RENATO LIMA SAMPAIO
JUGURTA LIMA BARRETO*

Promotores de Justiça

*ADÉLIA MOREIRA PESSOA
ADERBAL OLIVEIRA
EDVALDO VIEIRA MESSIAS
ENID SANTOS OLIVEIRA
FLAMARION D'ÁVILA FONTES
HELENO ÁVILA DOS SANTOS SILVA
JOSÉ GILSON DOS SANTOS
JOSÉ MAGALHÃES DE SANTANA
LUIZ DANTAS TAVARES
MARIA ESTHER AZEVÊDO ANDRADE
MARILEIDE BATISTA DE MELO BARRETO
PATRÍCIO FERREIRA DE FARIAS
PEDRO VICTÓRIO DAUD
PORFÍRIO MARTINS FÉLIX
RAUL JOSÉ VIEIRA NETO
TEREZA CRISTINA DE FARO MELO
VALTER RIBEIRO DA SILVA
VICENTE CABRAL LEÃO
WALDEMAR PEIXOTO ARAÚJO*

APRESENTAÇÃO

O Ministério Público de Sergipe, através da Escola Superior, tem a satisfação de publicar mais um número de sua Revista. Aguardada pela comunidade jurídica, apresentamos o fruto da produção científica de talentosos colaboradores.

Este exemplar tem o especial designio de ressaltar a memória do aguerido Promotor de Justiça Valdir de Freitas Dantas pelo transcurso dos dez anos de sua morte. Sua companheira e amigos manifestam, emocionados, sua admiração e saudade, expressando o sentimento desta Instituição pela perda de um dos seus mais valorosos membros.

Divulgamos neste número os trabalhos premiados no concurso Melhores Arrazoados Jurídico e Forense, que, contemplando a categoria dos membros e dos servidores desta Casa, pretendeu estimular e difundir a reflexão sobre temas instigantes do Direito.

Trazemos também a debate acuradas análises expostas na seção doutrinária, bem como conferências apresentadas no II Congresso Nordestino de Direito de Família: Relações de Família na Sociedade Contemporânea, realizado nesta capital pela ESMP / SE e IBDFAM / SE.

Um parecer exarado em segunda instância e uma peça vestibular de ação civil pública, elaborados por membros deste Ministério Público, examinam questões jurídicas de relevo, enriquecendo a seção pertinente às peças processuais.

Os discursos proferidos nas reuniões solenes do Colégio de Procuradores de Justiça encerram este número da Revista.

Agradecemos aos que colaboraram para o lançamento de mais um exemplar de nossa Revista, acreditando que esta publicação possa estimular a reflexão e propiciar subsídio à atuação funcional.

Maria Cristina da Gama e Silva Foz Mendonça
Procuradora - Geral de Justiça

SUMÁRIO

1ª - PARTE: HOMENAGEM AO PROMOTOR DE JUSTIÇA VALDIR DE FREITAS DANTAS MORTO EM 19.03.1998.....	29
DEPOIMENTOS EM HOMENAGEM AO PROMOTOR DE JUSTIÇA VALDIR DE FREITAS DANTAS.....	35
 2ª - PARTE: PRÊMIO MELHOR ARRAZOADO JURÍDICO 2007, CATEGORIA MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SERGIPE	
1 - INCONSTITUCIONALIDADE E ANACRONISMO DE UMA POLÍTICA DE CONTROLE DE ZOONOSSES BASEADA NO EXTERMÍNIO DE ANIMAIS	49
Sandro Luiz da Costa	
2 - TUTELA CIVIL DA PONTE DO IMPERADOR.....	61
Augusto César Leite de Rezende	
 3ª - PARTE: PRÊMIO MELHOR ARRAZOADO JURÍDICO 2007, CATEGORIA SERVIDOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SERGIPE	
1 - A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA E O DIREITO PENAL BRASILEIRO	75
Franklin Delano Sampaio Siqueira Filho	
2 - DIREITO PENAL TRIBUTÁRIO: BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA.....	85
Ana Paula de Carvalho Moura	
 4ª - PARTE: PRÊMIO MELHOR ARRAZOADO FORENSE 2007	
1 - RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE NA EXECUÇÃO	

DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....	101
Adson Cardoso de Carvalho	
2 - INCONSTITUCIONALIDADE NA CONTRIBUIÇÃO AO FUNDO DE APOSENTADORIA.....	121
Alessandra Pedral de Santana	
3 - INCONSTITUCIONALIDADE DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA EM CRIME SEXUAL.....	131
Gilton Feitosa Conceição	
 5º - PARTE: ARTIGOS JURÍDICOS	
1 - ANOTAÇÕES SOBRE O PERFIL JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO	141
Carlos Augusto Alcântara Machado	
2 - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA DO ICMS: INCONSTITUCIONA- LIDADE OU MODERNIDADE?.....	155
Pedro Victório Daud	
3 - DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL: A TORMENTOSA CULPA.....	171
Adélia Moreira Pessoa	
4 - PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA.....	189
Paulo Lôbo	
5 - EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NO ÂMBITO DO DIREITO DE FAMÍLIA.....	211
Marcos Colares	
6 - O ESTATUTO DO CONSUMIDOR EM MUDANÇA PERMANENTE OU “AS ARTES DO SAPATEIRO REMENDÃO”	221
Mário Frota	

7. DESJUDICIALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTO DE INVENTÁRIO PELA LEI 11.441/07 (EM FAVOR DE HERDEIROS, CREDITORES E DEMAIS BENEFICIADOS PELA VONTADE PRIVADA).....	225
---	-----

Hércules Aghiarian

6ª - PARTE: PEÇAS PROCESSUAIS

1 - 2ª INSTÂNCIA

AGRAVO DE INSTRUMENTO - IMUNIDADE PARLAMENTAR	237
---	-----

José Luiz Melo

2 - 1ª INSTÂNCIA

AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINIS- TRATIVA	243
---	-----

Alonso Gomes Campos Filho

7ª - PARTE: DISCURSOS

1 - DISCURSO DE SAUDAÇÃO AO PROCURADOR DE JUSTIÇA EDUARDO DE CABRAL MENEZES.....	251
---	-----

José Carlos Oliveira Filho

2 - DISCURSO PROFERIDO PELO PROCURADOR DE JUSTIÇA EDUARDO DE CABRAL MENEZES.....	259
---	-----

Eduardo de Cabral Menezes

3 - DISCURSO DE SAUDAÇÃO AO PROCURADOR DE JUSTIÇA JOSENIAS FRANÇA DO NASCIMENTO.....	269
---	-----

José Luiz Melo

4 - DISCURSO DE POSSE COMO PROCURADOR DE JUSTIÇA JOSENIAS FRANÇA DO NASCIMENTO	275
---	-----

HOMENAGEM AO
PROMOTOR DE JUSTIÇA
VALDIR DE FREITAS DANTAS
MORTO EM 19.03.1998



“Aqueles que amamos nunca morrem, apenas partem antes de nós”
(AMADO NERVO)

Valdir de Freitas Dantas natural de Aracaju/SE, filho de José Dantas e Valdete de Freitas Dantas, tinha três irmãos. Casado com a Sra. Isaura Maria Querino Dantas, tendo desta união nascido três filhos: Renato Querino Dantas, Renoir Querino Dantas e Isadora Querino Dantas.

Cursou suas primeiras Letras no Instituto Santa Luzia, passando pelo Colégio Jackson de Figueiredo, fazendo seu curso médio na Escola Técnica Federal de Sergipe onde formou-se em Edificações e, diversificando ainda mais seus conhecimentos, dedicou-se aos estudos das Artes (Cinema, Teatro e Literatura) empenhando-se no estudo da Antropologia Cultural Brasileira.

Mesmo com imensas dificuldades para graduar-se em Direito na Universidade Federal de Sergipe, estudou com livros emprestados e doados por colegas, galgou ingresso por Concurso Público na honrosa carreira de Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado de Sergipe, onde desempenhou suas tarefas com dignidade e honradez. Como profissional do Direito, lecionou nos cursos de Administração e Contabilidade dos Colégios Senhor do Bonfim e Dom José Tomaz, pontificando como professor do Curso de Direito da Universidade Tiradentes, nas cadeiras de Direito Civil, Direito Penal e Processual Penal.

Era um entusiasta na defesa da sociedade. Combatia práticas nocivas como a corrupção e a improbidade administrativa, até o dia 19 de março de 1998, quando, covardemente, ceifaram-lhe a vida. Certamente foi interrompida uma das mais brilhantes carreiras de um profissional do Direito.

A emboscada que vitimou o Promotor de Justiça aconteceu no entroncamento da cidade de Cedro de São, em março de 1998. Ele investigava uma rede de corrupção envolvendo lideranças políticas da cidade.

Oportuno render um tributo ao seu trabalho e à sua imagem de profissional dedicado, zeloso e obstinado. Seu legado, em razão do exemplo de atuação, se traduz na contundente vontade do Ministério Público em atuar em favor da sociedade, na incessante busca de justiça.

Histórico dos Processos a que respondem os assassinos

RÉUS:

1. LUIZ DELFINO DE SOUZA – JULGADO EM 26.04.2001 – CONDENADO A 19 ANOS, 10 MESES E 15 DIAS.
2. NILTON FÉLIX – JULGADO EM 26.04.2001 – CONDENADO A 22 ANOS E 11 MESES.
3. JOSÉ HONÓRIO RODRIGUES NETO – JULGADO EM 22.11.2001 – CONDENADO A 20 ANOS.
4. RICARDO LUÍS SANTOS COSTA – JULGADO EM 22.11.2001 – CONDENADO A 20 ANOS.
5. RUI OLIVEIRA DOS ANJOS – JULGADO EM 22.11.2001 – ABSOLVIDO.
6. FRANCISCO MELO DE NOVAES – JULGADO EM 02.05.2002 – CONDENADO A 18 ANOS E 06 MESES. RESPONDE EM LIBERDADE.
7. KLÉBER GONÇALVES DE MELO – PROCESSO INICIALMENTE DESAFO-RADO PARA COMARCA DE ARACAJU/SE. FOI NOVAMENTE DESAFO-RADO E AGORA ESTÁ NA COMARCA DE JAPARATUBA, CONCLUSO DESDE 09.01.2008. AINDA NÃO HOUVE JULGAMENTO.
8. ENOCK PEDRO DA SILVA – JULGADO EM 30.03.2004, TENDO SIDO CONDENADO A 18 ANOS E 09 MESES.

ASCOM (MP/SE)

DEPOIMENTOS EM HOMENAGEM
AO PROMOTOR DE JUSTIÇA
VALDIR DE FREITAS DANTAS

PALAVRA DA ESPOSA DE VALDIR DE FREITAS DANTAS

Izaura Maria Querino Dantas*

Na condição de esposa, companheira e viúva do professor Valdir de Freitas Dantas, EX- PROMOTOR DE JUSTIÇA DE CEDRO DE SÃO JOÃO, violentamente sacrificado há pouco mais de um mês, no pleno exercício de suas funções institucionais, agradeço publicamente a todos que manifestam diariamente o seu apreço pela figura humana que foi o meu marido. Sobretudo, agradeço a DEUS, nosso Eterno Pai, por causa dos seus cuidados para comigo e meus filhos RENATO, RENOIR E ISADORA.

É Ele, o Eterno, que estando mais perto de nós do que imaginamos, quem me tem dado forças para reagir às circunstâncias difíceis de ver subtraída repentinamente a presença daquele que sempre foi onipresente no curto espaço de tempo em que compartilhamos nossas realizações e esperanças.

Valdir era uma pessoa simples, amorosa, corajosa, leal e dedicada. Consagrava-se ao que fazia com a paixão dos idealistas. Empenhava-se com seriedade às causas que abraçava. Era rigoroso sem ser inflexível. Não compactuava com o mal, viesse de onde viesse. Talvez por isso partiu cedo demais.

Uma das atividades de que mais gostava era exatamente ensinar. Falava de seus alunos e da disciplina que ministrava com o entusiasmo de um adolescente. Intelectual, culto e leitor voraz, era um apaixonado pelo Direito e pela Justiça, sabendo distingui-los e preferindo o lado desta última quando fosse impossível conciliá-las. Procurava tratar os discípulos como futuros colegas, respeitando-os, sem esquecer de cobrar as tarefas necessárias à formação de todos, reconhecendo que em cada estudante há um profissional definindo-se no dia-a-dia e mais cedo ou mais tarde os encontraria nos fóruns ou na vida. Era, portanto, um semeador nato, cuidando dos mais jovens como um lavrador cuida de suas plantas e aguarda os resultados da colheita que, nessas condições, é absolutamente certa.

As homenagens que recebo nesta noite em seu lugar são importantes, especialmente porque procedem de uma instituição que também pacientemente, acredita na lei da semeadura e da ceifa. Os idealizadores da UNIT certamente um dia tiveram um sonho hoje materializado, não apenas nos magníficos edifícios construídos, mas, sobretudo na matéria-prima de que se forja o cidadão: O SER HUMANO.

* Izaura Maria Querino Dantas – em homenagem prestada pela Universidade Tiradentes-UNIT, ao Professor Valdir de Freitas Dantas, em 7 de maio de 1998.

O reconhecimento dos méritos do PROFESSOR VALDIR manifestado nesta ocasião testemunha eloquentemente a respeito dos que fazem a Universidade Tiradentes, sua administração, seus professores e seus alunos. Ele também se considerava parte desse projeto vitorioso e, se aqui estivesse, seu reconhecimento seria traduzido através de significativas expressões de regozijo e reconhecimento que, como pessoa simples que sou, não consigo manifestar em todo o seu significado. Isto só ele sabia fazer e se assim o fosse, aqui estaria para exaltar a vida, a liberdade, a alegria e outros valores que não têm preço. Peço aos Senhores contentarem-se com a simplicidade destas minhas palavras que de longe não conseguem dizer tudo aquilo que ambas as homenagens representam para o homem, para o Promotor de Justiça, para o Professor e para o mais que companheiro Valdir.

Vivi e testemunhei com ele tempo suficiente para avaliar a convivência que tivemos. Foi no casamento que aconteceram as mais importantes experiências de minha vida com o marido Valdir. E nesta condição, de marido e companheiro, ele foi insuperável na medida em que suportou cada um dos desafios propostos a quem vive a dois. Nossos filhos, por seu lado, representam o legado vivo que ele sempre quis deixar. Serão criados como ele gostaria, seguindo o exemplo de vida que o pai transmitiu para nós, com dignidade.

Ann Landers, conhecida colunista dos mais conceituados jornais norte americanos, fez uma pesquisa junto aos seus milhares de leitores, perguntando: "Se pudesse começar tudo de novo, tornaria a casar com a mesma pessoa? Em dez dias, mais de 50 mil pessoas responderam, a maioria afirmando NÃO.

Meus ouvintes, o mais significativo testemunho que posso dar a qualquer dos meus interlocutores que desejam saber, de uma esposa agradecida e admiradora, qual a opinião que tem de seu marido é que eu FARIA TUDO NOVAMENTE JUNTO COM ELE. Casar-me-ia com ele; com ele teria os mesmos filhos; compartilharia com ele de seus ideais e esperanças de construir um mundo melhor e mais justo, mesmo com o risco da própria vida.

Muito obrigado pelo carinho e solidariedade que também vocês têm dado e por esta prova de que o amavam.

7 de maio de 1998.
Izaura Maria Querino Dantas

DEPOIMENTOS EM HOMENAGEM A VALDIR DE FREITAS DANTAS

Durante as nossas vidas muitas pessoas passam, dia após dia.

Porém, somente algumas pessoas ficarão em nossas vidas.

São as pessoas amigas, que levamos para sempre em nossos corações.

Alguns, pelo fato de terem cruzado os nossos caminhos, outras por terem nos dado atenção, ou por terem estado em momentos marcantes de vitórias, derrotas, sofrimento, fé...

E o que é ser amigo???

É confiar, refletir, ser solidário, é amar.

Os amigos de verdade marcam para sempre as nossas almas e espíritos.

Lembro-me, amigo Valdir, quanto na tarde do dia 18 de março de 1998, ligou para mim.

Naquele contato, pedia-me para ajudá-lo a sair da Comarca de Cedro de São João.

Dizia-me que seu ciclo junto àquela comunidade havia se encerrado.

Comprometi-me a lhe ajudar.

Quando então marcamos de nos encontrarmos na sexta-feira, em Aracaju, após chegarmos de nosso trabalho.

O destino fez que aquele fosse o último contato com o amigo Valdir, vítima de uma tragédia ocorrida no dia seguinte, o que enlutou a sociedade sergipana.

Valdir de Freitas Dantas defendia a comunidade em que residia.

Combatia a corrupção, a improbidade administrativa.

Defendia os interesses de crianças, adolescentes, idosos.

Defendia os interesses de todos e, com seu comportamento expansivo, a todos contagiava com sua alegria de viver.

A você amigo:

Sua amizade para nós tem um enorme valor e nada que possamos dizer pode ser tão especial ou mais significativo do que sua amizade e os exemplos que deixou.

Ficamos muito mais pobres sem a sua presença.

Pobres de alegria, de exemplos, porém seu passamento nos encorajou para os confrontos seguintes.

Aracaju, março de 2008.

Deijaniro Jonas Filho

Promotor de Justiça

Esta sua ausência do nosso rotineiro convívio, particularmente me incomoda, por vezes tira a minha paciência e me faz desacreditar na justiça, me faz pensar se valeu à pena tanta integridade, tanta honestidade, tanta perseverança, tanto, na busca de um ideal imaginário de justiça.

Nada deve ser mais destruidor nessa ausência que a total impossibilidade de estar junto aos amigos, aos familiares e aos entes mais queridos, não poder acompanhar todas as fases da vida dos filhos, estes que por vezes nos faz mudar alguns dos nossos mais perenes ideais de vida. Não poder ver realizados nossos sonhos, meticulosamente planejados e projetados para o futuro.

A saudade de quem fica cresce cada vez mais e às vezes se torna insuperável, não existindo fórmula mágica para sobrelevar o vazio deixado. Essa ausência nos faz apenas liberar a imaginação e permitir cavalgar até o infinito sob a ótica da fantasia e dos devaneios, para vislumbrar como seria o futuro, com base apenas nas lembranças do passado, esta sendo a única forma de conforto espiritual.

Colega Valdir de Freitas Dantas sua ausência se faz sentida em razão de você não ter a tudo tolerado, tolerância que é razão da causa de muitos erros e muitos perigos. Você manteve intacta a máxima de Mahatma Gandhi que diz “A dignidade pessoal e a honra não podem ser protegidas por outros. Devem ser zeladas pelo indivíduo em particular”.

Valdir, espero que sua batalha não tenha sido inútil, pois segundo Marcus Tullius Cícero “As lágrimas secam depressa, especialmente quando se trata das tristezas dos outros.” Espero, realmente, que as lágrimas do Ministério Público de Sergipe jamais evaporem.

Aracaju, março de 2008.
Rogério Ferreira da Silva
Promotor de Justiça.

Dez anos se passaram de ausência do colega Valdir, brutalmente assassinado, fruto, penso eu, da intolerância e da incompreensão que reinam entre os homens.

Lembro que, após o seu sepultamento, saímos do cemitério, eu e um grupo de colegas, em direção a Cedro de São João, movidos pela indignação e pela vontade ferrenha de elucidar tamanha sordidez.

A morte de Valdir pode ter vários significados, mas serve, sobretudo, para uma reflexão sobre a nossa existência, o que fazemos, para que vivemos e por que somos.

Coragem é a palavra que me vem a mente nesse instante... Coragem de enfrentar, de assumir, de tomar decisões.

Só restam a lembrança e o exemplo de um ser humano que não teve receio de enfrentar o bom combate. A homenagem que presto não é apenas a Valdir, mas a todos os demais colegas que não se curvam diante das dificuldades e dos poderosos.

Lisboa, 15 de fevereiro de 2008.

Verônica Lazar Amado
Promotora de Justiça

Fui agraciado com a honra de ter conhecido Valdir de Freitas Dantas no dia 28 de dezembro de 1992, juntamente com os colegas Deijaniro Jonas, Silvio Euzébio, Roosevelt Batista, Maria Helena e José Rony, quando empossados Promotores de Justiça do Estado de Sergipe. Valdir, homem honrado, pai de família daqueles da melhor espécie, era pródigo no conhecimento jurídico e austero no seu mister, foi covardemente assassinado pela sua intransigente atuação na defesa da sociedade.

Na trajetória funcional, ao tomar posse na Promotoria de Cedro de São João, no dia 29 de abril de 1997, deu continuação ao trabalho do Ministério Público de Sergipe de firme atuação na proteção ao patrimônio público, apurando em diversos inquéritos civis a prática de improbidades e condutas criminosas, levando-o a sinalizar para enérgicas providências judiciais. Por tal, os algozes, apostando na impunidade, no dia 19 de março de 1998, praticaram o arquitetado, frio, brutal e covarde crime de homicídio. Porém, esqueceram-se que a simples lembrança da morte do valoroso colega Valdir, multiplica o vigor de todos os Promotores de Justiça na luta contra o crime e plena aplicação da Lei. O COLEGA VALDIR IMORTALIZOU-SE, JAMAIS SERÁ ESQUECIDO POR TODOS NÓS.

Aracaju, 15 de janeiro de 2008.
Carlos Cezar Souza Soares
Promotor de Justiça.

“Bom colega e excelente amigo que tombou na busca de cumprir seu dever”.
Visto assim de solapo mais parece discurso protocolar ... Diz-se para todos que aqui já não se encontram.

Pois bem! Mesmo que assim alguns entendam, para Valdir é, sim, a pura verdade. No bom coleguismo soube muitíssimo fazer e cultivar, que é o mais difícil, a excelente amizade.

Profissional de mão cheia, não passou por aqui em vão. Veio, reservou seu espaço, marcou sua presença, deixou sua marca, fez dos colegas Amigos.

Se não sei melhor defini-lo, faço-o na boa prosa de Vinicius de Moraes que, ao buscar pela poesia um amigo, dele apenas exigiu:

“...

***não precisa ser homem, basta ser humano,
basta ter sentimentos, basta ter coração.”***

“...

***Deve ter um ideal e medo de perdê-lo e, no caso de assim não ser,
deve sentir o grande vácuo que isso deixa.”***

O meu amigo Valdir de Freitas Dantas foi isso. Um SER HUMANO de sentimentos e com ideais, que por eles lutou e só pela querença alheia tombou.

Fica aqui minha saudade.

Aracaju, março de 2008.
Eduardo Barreto D’Avila Fontes
Promotor de Justiça

O ADEUS AO AMIGO PROMOTOR DE JUSTIÇA VALDIR DE FREITAS DANTAS

Evilásio Correia de Araújo Filho*

Consternado com o seu brutal assassinato, consigo, só agora, escrever algumas palavras sobre o que aconteceu. São muitos os questionamentos que faço acerca dos motivos que ensejaram aquele animalesco gesto que lhe subtraiu a vida. Quanta ousadia dos criminosos que em plena luz do dia e há cerca de 500 metros do fórum da Comarca de Cedro, lhe emboscaram!

Naquela fatídica manhã do dia 19 de março de 1998, quando todos os funcionários (especialmente sua secretária Zizi) já não se continham pela sua excessiva demora em regressar das caminhadas matinais (havia saído às 06:00 horas da manhã, como de costume, e já eram mais ou menos 9:00 horas da manhã), quis o destino que eu fosse um dos primeiros a encontrar o seu corpo jogado ao lado da pista de rolamento que dá acesso a cidade, crivado de balas. Fora golpeado por projéteis de arma de fogo, logo ali, na principal via que dá acesso à Comarca.

Ao ver aquela cena macabra e observá-lo vestido, ainda, nos trajes de atleta (que teimava em ser!), de boné, tênis e “walkman”, relutava em acreditar no que via. Quem foi o monstro que fizera aquilo? Por quê? Não imagino respostas. Só os insanos (sim, os seus algozes!!!) são capazes de responder!

Não é demasia afirmar que é necessário encontrar esses criminosos e submetê-los ao crivo da lei, de forma exemplar, não só para evidenciar que o crime não compensa, mas, também, para evitar que a “moda pegue” e outros profissionais do direito sejam ameaçados e até mortos, simplesmente, porque estão cumprindo o seu dever funcional. O precedente é muito perigoso e toda magistratura e ministério público devem se unir para encontrar esses assassinos.

Promotor de Justiça atuante, professor universitário, amava o que fazia. Como ninguém, sabia usar o vernáculo pátrio e embelezava suas peças e arrazoados com vocábulos bem encaixados.

Não acreditava possuir inimigos. Tanto que fazia suas caminhadas de forma rotineira, nunca alterou sua forma de viver (embora tenha recebido conselhos para não se expor tanto). Não usava armas e não andava com segurança. Ouvi por várias vezes que seu compromisso era com o direito e todos deviam saber disso. Não tinha problemas pessoais com ninguém.

Não havia um júri que marcasse que ele não lembrasse dos seus alunos da cadeira de Direito Penal. Queria que todos fossem assistir. E não era para menos; era uma magistral aula de direito. Sabia como ninguém alterar a técnica

* Evilásio Correia de Araújo Filho - Juiz de Direito da Comarca de Cedro/SE; Cedro de São João(SE), 22 de março de 1998.

da linguagem jurídica com a meramente coloquial, possibilitando o pleno entendimento dos jurados leigos.

Infelizmente, amigo Valdir, sua forma atuante, não só no direito, como na sua vida cotidiana (exercia como ninguém a cidadania), incomodou alguém, que não queria saber de direito ou coisas “banais” desse tipo. Alguém muito audacioso, que sabia seus hábitos na Comarca e idealizou e concretizou um gesto tão descomunal.

Todos nós que o conhecíamos de perto estamos enlutados, tristes e já com muitas saudades. Não imagino realizar audiências sem a sua confortável presença, seu equilíbrio e sensatez. Não imagino que aquele ritual de abrir e fechar a porta do meu gabinete não mais se repetirá.

Lembro-me do carinho com que se referia aos seus amigos do ministério público, magistratura, advogados, alunos e serventuários. Não era de guardar elogios sobre o que os outros faziam de bom. Aliás, eu não preciso mencionar isso; todos sabem sobre o seu comportamento.

Estou aqui, nesta manhã de Domingo, escrevendo esse texto, alimentado pela forte emoção e num relance, ainda que por uma fração de segundo, quero imaginar que é tudo mentira: foi apenas um pesadelo. Mas a verdade teima em se cristalizar nos jornais, nas rádios e no semblante de todos.

Recordo-me da serventuária Nadja, extremamente humilde, mas dotada de muita experiência de vida. Perguntou-me, logo após o crime: “Doutor Evilásio, como foi difícil ver Dr. Valdir jogado naquele acostamento e pensar que levou anos para estudar, ser alguém na vida e justamente ele, estava ali, jogado na beira da estrada feito um cachorro!” É muito difícil responder as perguntas e entender determinadas atitudes humanas... aliás, não são humanas!

Deixa esposa e três filhos menores na orfandade (o maior deles com 11 anos e a menor com 5 anos). São crianças que vão crescer mirando-se no exemplo do pai, para ser gente na vida. Mas a lacuna no coração dessas crianças ninguém conseguirá preencher. Não perderam um procriador; perderam um pai, um amigo, um norte.

A briosa instituição do Ministério Público de Sergipe perdeu um dos filhos mais ilustres, um dos seus maiores valores. Um homem probo, humilde, trabalhador e amigo. Abre-se uma fenda que não será preenchida, jamais! Toda a sociedade sergipana perde com isso.

Caro Valdir, onde estiver tenha a certeza do eterno carinho, respeito e que seu exemplo de vida, pautada pela dignidade ao próximo, eu, seus amigos e admiradores, saberemos percorrer. Sua vida não foi em vão. ADEUS VALDIR!

22 de março de 1998.
Evilásio Correia de Araújo Filho
Juiz de Direito

Valdir Freitas Dantas foi um profissional dedicado que dispensava uma preocupação particular às causas sociais, mantendo as suas convicções sem tergiversar. Com o seu elevado espírito público prestou relevantes serviços nas Comarcas onde atuou.

Aracaju, março de 2008.

Diogenes Barreto

Juiz de Direito

Cada tempo é marcado num ritmo que lhe é peculiar. Porém o tempo parece não preocupar-se com isso e persiste em fazer com que as lembranças do passado permaneçam no presente e muitas vezes insistam em chegar ao futuro. O que seria do tempo dos seres humanos se não houvesse lembranças? Com certeza seria um tempo inútil. Nada melhor do que as lembranças límpidas, cristalinas de alguém especial que não abdicou da justiça por se sentir intimidado, que vestiu a camisa pela luta de uma sociedade mais justa e digna. Lisonjeada sinto em ter participado do tempo de alguém que soube viver o que Deus lhe concedeu com sabedoria, prudência, integridade e, além disso, alguém que percebia em cada ser humano as virtudes necessárias do valor de uma amizade.

Relembrando um dos pensamentos de Voltaire “as pessoas podem ser dispensáveis, mas um amigo é uma necessidade”, e, por isso, temos certeza que todo tempo que Valdir de Freitas Dantas, em sua missão, ofereceu a todos aqueles que procuravam por justiça não deixou de receber de dobro as dádivas necessárias para conviver harmoniosamente na eternidade.

Agora no repouso eterno, suas virtudes cardeais: a justiça, a temperança, a prudência e a força repousam na doce sensação da paz que não encontrou no tempo dos mortais, mas sim no tempo dos anjos.

Aracaju, março de 2008.

Tiany Cardoso Santos

Servidora do TJ/SE, à época na Comarca de Gararu

**PRÊMIO MELHOR ARRAZOADO
JURÍDICO 2007, CATEGORIA
MEMBRO DO MINISTÉRIO
PÚBLICO DE SERGIPE**

INCONSTITUCIONALIDADE E ANACRONISMO DE UMA POLÍTICA DE CONTROLE DE ZONÓSES BASEADA NO EXTERMÍNIO DE ANIMAIS*

Sandro Luiz da Costa**

Sumário: 1. Considerações preliminares – 2. Proteção legal da fauna – 3. Ponto controvertido – 4. Anacronismo da política de controle de zoonoses adotada no Brasil – 5. Incongruência Lógica – 6. Da Correta Interpretação da Questão – 7. Conclusão – 8. Bibliografia.

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Em Aracaju, até o final de 2005, o Centro de Controle de Zoonoses (CCZ), órgão subordinado à Secretaria Municipal da Saúde de Aracaju, estava sacrificando todos os animais capturados, fossem portadores de doenças incuráveis ou não, fundamentando tal conduta em orientação emanada do Ministério da Saúde e no artigo 127 da Lei Municipal 1.968/93, dispondo que: “Os animais encontrados soltos nas vias e nos logradouros públicos serão apreendidos, recolhidos em canis públicos e sacrificados após o prazo de 2 (dois) a 5 (cinco) dias a critério das autoridades de saúde competentes” (*sic*).

Os representantes do referido órgão municipal justificavam tal procedimento radical em virtude da constatação de um caso de raiva¹, ocorrido em maio de 2005, no município vizinho de Nossa Senhora do Socorro, de forma, que, para o bem da saúde pública, tal procedimento seria o mais eficiente no combate à propagação dos casos de raiva neste município, seguindo inclusive orientação do Ministério da Saúde:

Sobretudo em áreas endêmicas, impõe-se a necessidade da constituição de serviço de apreensão rotineira de cães errantes. É estimado que se deva recolher anualmente 20% da população canina estimada aos

* Vencedor do Concurso Melhor Arrazoado Jurídico 2007, categoria Membro do Ministério Público.

** Promotor de Justiça do Ministério Público de Sergipe, com atuação cumulativa nas Promotorias do Meio Ambiente de Aracaju, Nossa Senhora do Socorro e Diretor do Núcleo do Meio Ambiente do MPSE.

¹ “Encefalite viral aguda, transmitida por mamíferos, que apresenta dois ciclos principais de transmissão: urbano e silvestre. Reveste-se da maior importância epidemiológica por apresentar letalidade de 100%, além de ser uma doença passível de eliminação no seu ciclo urbano, por se dispor de medidas eficientes de prevenção, tanto em relação ao ser humano, quanto à fonte de infecção.

No ciclo urbano, as principais fontes de infecção são o cão e o gato”. Guia de Vigilância Epidemiológica. FUNASA. Ministério da Saúde. Vol. II. 5ª Ed. Brasília. Agosto de 2002.

canis públicos, onde devem permanecer por prazo não superior a 72 horas para serem resgatados por seus donos. Passado esse prazo, serão doados às instituições de ensino biomédico ou sacrificados. O sucesso no controle da raiva canina depende de uma cobertura vacinal de, no mínimo, 80%. A estratégia a ser adotada nas campanhas de vacinação em massa pode ser do tipo casa a casa, postos fixos ou mistos (casa a casa + postos fixos), a critério de cada município. (Guia de Vigilância Epidemiológica. FUNASA. Ministério da Saúde. Vol. II. 5º Ed. Brasília. Agosto de 2002).

Entretanto, tal justificativa apresentada pelo CCZ, observou-se, de acordo com provas produzidas no inquérito civil 71/2005², instaurado no Ministério Público de Sergipe, que não era realizada uma captura sistemática de animais, mas apenas daqueles em que as pessoas solicitassem a atuação do referido órgão.

2. PROTEÇÃO LEGAL DA FAUNA E PONTO CONTROVERTIDO

A Carta Magna, ao dispor em seu artigo 225 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”, especifica, em seu parágrafo primeiro, inciso VII, que para assegurar o meio ambiente incumbe ao Poder Público proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade, erigindo a fauna, destarte, como bem constitucionalmente protegido.

Também, nesta esteira de pensamento, os casos mais graves de ofen-

² Tal inquérito deu ensejo a uma ação civil pública, ainda em andamento, onde foi deferida tutela antecipada, mantida em grau recursal, proibindo-se tal conduta indiscriminada: “No caso em tela, baseando-me nas considerações acima exaradas, vislumbro a verossimilhança do alegado e prova inequívoca, autorizadores da pleiteada tutela antecipada, pelo que defiro o pedido de tutela antecipada para fins de determinar que o Réu se abstenha de sacrificar animais sadios, ou necessária a eutanásia, que sejam somente efetivadas em animais com doença incurável, devidamente comprovada documentalmente por laudo subscrito por dois veterinários, até julgamento final da lide, sob pena de multa correspondente a dois mil reais (R\$2.000,00), por cada animal abatido, na forma do artigo 11, da Lei 7.347/85, com o artigo 461, § 3º, do CPC”. Prolatada nos autos 200511901155, em 10/11/2005, pelo Juiz de Direito José dos Anjos.

O presente trabalho é baseado no texto da ação civil pública referida e esta foi elaborada com fundamento em trabalhos efetivados pelos Ministérios Públicos da Bahia e São Paulo, através dos Promotores de Justiça Luciano Santana (Salvador-BA) e Fernando Akaoui (São Vicente-SP), no combate aos maus-tratos contra animais.

sas à integridade física dos animais foram tipificados como infração criminal, conforme se observa do artigo 32 da Lei 9.605/1998: “ Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa”.

A própria Lei Orgânica do Município de Aracaju, diante da importância do assunto, dispõe em seu artigo 261 que:

Cabe ao Poder Municipal, entre outras atribuições:

VIII – **proteger a fauna** e a flora, vedadas as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem extinção de espécies **ou submetam os animais à crueldade**, fiscalizando a extorsão, a captura, a produção, o transporte, a comercialização e o consumo de seus espécimes e subprodutos.

3. PONTO CONTROVERTIDO

Das normas acima expostas, chega-se à simples conclusão de que a fauna é protegida não somente pela Constituição da República, mas também por normas infraconstitucionais, assim como o é a vida humana. Entretanto, sendo necessário o sacrifício daquela para a proteção desta, evidentemente sobressai-se esta – a vida humana, mas somente quando não restarem alternativas para a proteção desta, sob pena de desrespeito à Carta Magna e consequente violação aos direitos dos animais.

Observe-se que, no presente caso, a fundamentação da política de saúde pública municipal combatida, baseia-se na premissa de que não existem alternativas viáveis para controle da raiva e outras zoonoses (doenças transferidas pelos animais aos homens) que não seja a eliminação sistemática de todos os animais sem comprovação vacinal ou não reclamados levados ao CCZ, mesmo naqueles casos em que o animal esteja sadio ou seja portador de doença curável.

Vale dizer que o ponto controvertido na presente questão versa sobre a existência ou não de medidas alternativas eficientes de controle de zoonoses que não levem ao sacrifício preventivo dos animais capturados.

4. ANACRONISMO DA POLÍTICA DE CONTROLE DE ZOONOSSES ADOTADA NO BRASIL

Os métodos recomendados pelo Ministério da Saúde para prevenção da raiva (hidrofobia), conforme guia de Vigilância Epidemiológica, referido aci-

ma, baseiam-se nos seguintes aspectos:

8.4 Ações de Educação em Saúde

Orientar o processo educativo no programa de eliminação da raiva urbana e no de controle da raiva canina, tendo como ferramentas básicas a participação e a comunicação social, devendo ser necessariamente envolvidos serviços e profissionais de saúde, escolas, proprietários de animais de estimação e população em geral.

- **Estimular a posse responsável de animais;**
- **Desmistificar a castração dos animais de estimação;**
- **Estimular a imunização anti-rábica animal.**

8.5 Estratégias de Prevenção

O tratamento profilático de pessoas agredidas previne a ocorrência de novos casos.

Assim o tratamento adequado é de suma importância para a eliminação da raiva humana. Lembrar que pessoas sob risco devem tomar a vacina para evitar a doença.

A vacinação, periódica e rotineira de 80% dos cães e gatos, pode quebrar o elo da cadeia epidemiológica, impedindo que o vírus alcance a população, interrompendo assim o ciclo urbano da raiva.

A captura de animais e o envio de amostras ao laboratório ajudam no monitoramento da circulação do vírus.

A eliminação de 20% da população canina visa reduzir a circulação do vírus entre os cães errantes, já que dificilmente consegue-se vaciná-los, tornando-os fundamentais para a persistência da cadeia de transmissão (grifou-se).

Assim, vê-se claramente que há orientação expressa do Ministério da Saúde, conforme destacado acima, no sentido da eliminação sistemática de 20% da população canina como uma das formas de controle da raiva, acompanhada, principalmente, do controle de natalidade da população canina através da esterilização (castração), campanhas maciças de vacinação e política educativa de estimulação da posse com responsabilidade aos donos dos animais domésticos.

Vale ressaltar que de todas as zoonoses, a que tem mais preocupado os responsáveis pela saúde pública é a raiva, em função da alta letalidade desta doença, razão pela qual, segundo a política de saúde adotada e combatida, a

ameaça de tal doença justificaria tal procedimento de sacrifício dos animais capturados, mesmo sem comprovação de que estivessem contaminados.

No entanto, esta metodologia de saúde pública está ultrapassada, pois é baseada em entendimento dos anos 70 da Organização Mundial de Saúde (OMS), conforme se pode observar em seu 6º Informe Técnico de 1973¹, que previa como principal e efetiva forma de controle da raiva, a captura e eliminação de cães errantes.

Ocorre que, em 1992, a própria OMS, em seu 8º Informe Técnico⁴ (fls. 126/171), mudou de entendimento, e passou a recomendar como principais medidas de combate à raiva: o controle de natalidade, através da esterilização dos animais; a posse responsável por parte dos donos dos animais e a vacinação em massa da população canina, **passando a criticar expressamente o método de eliminação sistemática de animais, critério adotado pela ré, qualificando-os de ineficientes e onerosos.**

Tal mudança de metodologia por parte da OMS se baseou nos seguintes argumentos, conforme se depreende do 8º Informe Técnico referido:

A pesquisa realizada pela OMS entre 1981 e 1988, como parte do projeto AGFUND/OMS no combate à raiva humana e canina nos países em desenvolvimento, revelou que :

os programas de eliminação de cães, em que cães vadios são capturados e sacrificados por métodos humanitários, são **ineficazes e caros**.⁵

O Comitê também estudou as novas estratégias de controle de raiva canina, elaboradas pelo programa regional da OMS para eliminação da

¹ WHO Library Cataloguing in Publication Data. Geneva. 1973

WHO Expert Committee on Rabies: sixth report

WHO technical report series; 523. ISBN 9241205237

⁴ WHO Library Cataloguing in Publication Data. Geneva. 1992

WHO Expert Committee on Rabies: eighth report

WHO technical report series; 824. Rabies 2. Rabies vaccine I. Series (NLM Classification: WC 550)

ISBN 9241208244 - ISSN 0512-3054. Disponível nos autos e no endereço <http://www.who.int/>.

⁵ "Research carried out by WHO between 1981 and 1988 as part of the AGFUND/WHO project for the control of human and canine rabies in developing countries revealed that:

whether owned or not, very few dogs (generally less than 10-15% of the dog population) are able to avoid being caught;

dog removal programmes (in which stray dogs are captured and humanely killed) are ineffective, as well as costly;

vaccination coverage rates of 75% or higher can be attained, although this requires special efforts in mobilizing community participation, conducting health systems research and providing support services for vaccination campaigns". Op. cit. p. 30. capítulo 9.3.

raiva urbana na América Latina e pelo projeto interregional de controle da raiva humana e canina nos países em desenvolvimento [...] O Comitê levou em conta esses progressos ao formular suas recomendações e pediu urgência às autoridades responsáveis pelo controle da raiva e aos grupos de pesquisa, no sentido de anotar estas recomendações e revisar suas políticas e procedimentos com base nelas.⁶

Com base nos resultados obtidos nesses estudos, o Comitê recomendou a aplicação de políticas de combate à raiva muito diferentes das adotadas e colocadas em prática anteriormente pela maioria das autoridades e comunidades nacionais. **Não existe nenhuma prova de que a eliminação de cães tenha gerado um impacto significativo na densidade das populações caninas ou na propagação da raiva. A renovação das populações caninas é muito rápida e a taxa de sobrevivência delas sobrepõe facilmente à taxa de eliminação.**⁷

Neste sentido é importante ressaltar que o Projeto de Lei nº 1.376-C, de 2003, já aprovado na Câmara dos Deputados e em tramitação no Senado Federal, visando implementar esta política de controle de natalidade da população canina e felina em substituição ao método de sacrifício sistemático em utilização, fundamenta-se exatamente no 8º Informe Técnico da OMS, conforme se depreende da justificativa do referido projeto⁸, aprofundando e demonstrando a gravidade do problema em questão:

⁶ “The Committee also reviewed the new strategies for controlling canine rabies that had been developed by the WHO regional programme for the elimination of urban rabies in Latin America and the interregional project for human and canine rabies control in developing countries, which was supported by the Arab Gulf Programme for United Nations Development Organizations (AGFUND) and WHO. The Committee also noted that several consultations and regional conferences on these subjects had been held and a number of training seminars had been organized. These advances were taken into account by the Committee in formulating its recommendations. The Committee urged rabies control authorities and research groups to take note of these recommendations and to revise their policies and procedures accordingly. Further details on subjects summarized in the present report may be found in the WHO document *Guidelines for dog rabies control* (2) and in *Guidelines for dog population management* (3), prepared by WHO and the World Society for the Protection of Animals (WSPA)”. Op. cit. p. 1. Introdução, item 1.1. **Demonstrando ainda aqui a parceria existente entre a Sociedade Mundial de Proteção dos Animais (WSPA) e a Organização Mundial de Saúde (WHO) na elaboração destas políticas de saúde pública.**

⁷ “On the basis of the results obtained so far in these studies, the Committee recommended drastic changes in rabies control policies as compared with those previously adopted and practised by most national authorities and communities. There is no evidence that removal of dogs has ever had a significant impact on dog population densities or the spread of rabies. The population turnover of dogs may be so high that even the highest recorded removal rates (about 15% of the dog population) are easily compensated for by increased survival rates”. Op. cit. p. 58 item 9.4.

⁸ Disponível em <http://www.camara.gov.br>.

JUSTIFICATIVA

Ao manter o extermínio de cães e gatos saudáveis, o Poder Público está praticando uma equivocada e ultrapassada política de saúde pública que ainda segue as recomendações do 6º Informe Técnico da Organização Mundial de Saúde, datado de 1973 e em desuso na maior parte do mundo, que consistem na captura e sacrifício de animais errantes como método de controle populacional.

Entretanto, a Organização Mundial de Saúde, com base em pesquisa realizada entre os anos de 1981 e 1988 sobre raiva canina e humana nos países em desenvolvimento, concluiu ser caro e ineficaz o método de sacrifício no tocante ao vírus rábico e ao controle da população desses animais, preconizado em seu oitavo e último informe, datado de 1992:

A renovação das populações caninas é muito rápida e a taxa de sobrevivência delas se sobrepõe facilmente à taxa de eliminação (a mais elevada registrada até hoje gira em torno de 15% da população canina).

Segundo a Organização Pan-Americana de Saúde a vacinação sistemática de cães nas áreas de risco, o controle populacional, por meio da captura e esterilização, aliados à educação para a posse responsável de animais são as estratégias aceitas mundialmente.

Atualmente, já dispomos de conhecimento científico e epidemiológico suficiente para nos valermos de técnicas eficazes de controle populacional de animais. E não cabe à saúde pública atuar com critério leigo, se há critério técnico solucionando o problema. Não enfrentar a questão é desatender às normas de saúde pública, mesmo porque, o aumento do número de animais de rua, não vacinados e não assistidos, é fator facilitador da disseminação de doenças.

O povo deve ser conscientizado da necessidade de esterilizar os animais, ainda que domiciliados, para que se ponha fim à cruel e criminoso prática do abandono de filhotes indesejados, que contribui para o aumento de animais de rua e a sua conseqüente exposição a maus-tratos, além de incidir na norma punitiva do artigo 32 da Lei nº 9.605/98, que tipificou a conduta como crime ambiental.

O método atualmente empregado, além de ser oneroso para os cofres públicos, carece de ética e de eficácia, o que atenta contra os princípios da moralidade e da eficiência, estampados no caput do art. 37 da Constituição de 1988, de observância permanente e obrigatória para a Administração Pública.

Não há como negar que a procriação desordenada, da qual decorre a superpopulação de animais, é consequência não só da ineficaz política de saúde pública, mas também da omissão do Poder Público que se descarta de sua obrigação constitucional imposta de promover a educação ambiental e a conscientização do povo para a preservação do ambiente, como ordena o artigo 225, § 1º, inciso VI, que estimularia a assimilação de noções éticas sobre posse responsável de animais.

Registre-se que os Centros de Controle de Zoonoses valem-se de meios cruéis e agressivos para apreender e sacrificar animais, conforme denúncias encaminhadas ao Ministério Público e às entidades não governamentais, oriundas de todo o país, o que revela a maior gravidade de que se revestem os fatos, já que incumbe ao Poder Público vedar as práticas que submetem animais à crueldade, conforme mandamento constitucional firmado no artigo 225, § 1º, inciso VII, da atual Constituição.

As entidades de proteção aos animais não podem suprir a omissão do Poder Público, pois não podem realizar campanhas educativas e de esterilização em massa sem o apoio governamental.

Estas são as razões porque venho submeter à elevada consideração de Vossas Excelências o presente projeto de lei, solicitando o apoio e a aprovação do mesmo. Sala das Sessões, em 10 de junho de 2003. Dep. AFFONSO CAMARGO

Ressalte-se que a justificativa do referido projeto, que se encaixa como uma luva ao presente caso, e que em razão disso, adotamos suas razões integralmente como fundamento para a presente argumentação, chega a denominar como critério leigo e não técnico a eliminação sistemática de animais como método de controle de zoonoses, dado o grau de ineficiência ao combate da raiva, apresentando, por outro lado, soluções que, além de serem alternativas ao método de sacrifício generalizado, atentatório aos direitos constitucionais de tutela dos animais, são eficientes no combate à referida zoonose, sendo assim recomendáveis sua adoção pelo réu.

Não bastasse isso, o próprio Instituto Pasteur, excelência no tratamen-

to de raiva mundial, afirma em seu Manual Técnico nº 6, página 20 que:

A apreensão e a remoção de cães errantes e dos sem controle, desenvolvidas sem conotação epidemiológica, sem o conhecimento prévio da população e segundo técnicas agressivas cruéis, têm mostrado pouca eficiência no controle da raiva ou de outras zoonoses e de diferentes agravos, devido à resistência imediata que suscita e à reposição rápida de novos espécimes de origem desconhecida que, associadas à renovação natural da população canina na região, favorecem o incremento do grupo de suscetíveis.

Conforme já referido na justificativa do Projeto de Lei 1376-C/2003, o 8º Informe Técnico corrobora que, embora o seja por esta política de extermínio de cães errantes recomendada a eliminação de 20% da população canina como método de controle da raiva (sendo que a maior eliminação efetuada pelo Poder Público registrada efetivamente é de 15%), a taxa de renovação da população canina é bem superior à taxa de extermínio recomendada, o que se traduz na ineficiência do método de controle de raiva utilizado.

5. INCONGRUÊNCIA LÓGICA

Não bastassem os argumentos acima expostos, vê-se que em Aracaju esta política de sacrifícios é mais ineficiente ainda, vez que, os animais são capturados pelo CCZ apenas a pedido de populares, ou seja, não há captura ativa e sistemática dos animais, conforme recomenda a política de sacrifícios constante do manual de vigilância epidemiológica da FUNASA/MS.

De acordo com as estatísticas juntadas ao referido inquérito civil pelo próprio CCZ, denota-se que em 2005, dos 1.020 animais (gatos e cachorros) sacrificados, 93,83% foram entregues à CCZ pelos próprios donos e apenas 6,17% foram capturados nas ruas por solicitação de populares.

Esta estatística, embora alarmante do ponto de vista da quantidade de animais que tiveram suas vidas sacrificadas, é insignificante em relação ao número da população canina errante estimada no município pelo CCZ (mais de 40.000) representando os números acima que são capturados e sacrificados apenas 2,5% dos cães de rua, o que demonstra mais ainda a ineficiência deste método e o desatendimento aos procedimentos de saúde pública citados pelo Município de Aracaju como fundamento para o sacrifício dos animais que chegam ao CCZ.

Mais grave ainda: observa-se que dos animais sacrificados em 2005,

pelo CCZ, 145 foram submetidos, pós-morte, a exame para comprovação de raiva, sendo que todos os resultados foram negativos.

Ora, se a política municipal de zoonoses parte do argumento de que a captura e eliminação de 20% da população canina errante ou não-vacinada é ação indispensável para o controle da raiva, por que o Município de Aracaju está se conformando apenas em sacrificar os animais capturados à pedido ou aqueles entregues por seus donos àquele órgão, deixando de capturar e sacrificar cerca de 8.000 animais sem comprovação vacinal, no período relatado no inquérito civil referido?

Vale ressaltar que todas as políticas alternativas de combate à raiva (esterilização, campanhas de posse responsável, vacinação em massa) também são citadas no guia de vigilância epidemiológica da FUNASA como ações para o combate da referida zoonose; mas o Município de Aracaju, em vez de dar tal enfoque a essas medidas, preferiu optar pela eliminação sistemática dos animais, inclusive os sadios, como política pública de saúde.

6. DA CORRETA INTERPRETAÇÃO DA QUESTÃO

Dentro da análise sistemática da norma, o primeiro ponto de partida deve ser sempre a Constituição e o desta, na Constituição anterior, até que seja alcançada a norma hipotética fundamental, a qual não é posta, mas pressuposta.⁹

⁹ “Como já notamos, a norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é, em face desta, uma norma superior. Mas a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável. Tem de terminar numa norma que se pressupõe como a última e a mais elevada. Como norma mais elevada, ela tem de ser *pressuposta*, visto que não pode ser posta por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada. A sua validade já não pode ser derivada de uma norma mais elevada, o fundamento de sua validade já não pode ser posto em questão. Uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental (*Grundnorm*).

Fundamentamos a validade da Constituição do Estado existente no fato de ela ter surgido de conformidade com as determinações de uma Constituição do Estado anterior, pela via de uma alteração constitucional, constitucionalmente operada, o que, por sua vez, significa: de acordo com uma norma positiva estabelecida por uma autoridade jurídica. Assim se chega finalmente a uma Constituição do Estado que é historicamente a primeira, a qual já não surgiu por um processo idêntico e cuja validade, portanto, não pode ser reconduzida à de uma outra procedente de uma norma positiva fixada por uma autoridade jurídica, mas é uma Constituição do Estado que surgiu revolucionariamente, quer dizer, rompendo com uma Constituição anteriormente existente, ou, então, veio a surgir como validade para um domínio que anteriormente não era abrangido pelo domínio de validade de uma Constituição do Estado de uma ordem jurídica do Estado sobre ela apoiada.”. KEIJSER, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1991, p. 206-207 e 213.

Assim, há um escalonamento normativo, estando a Constituição no topo da pirâmide como fundamento de validação de todo o ordenamento jurídico, devendo ser todas as normas inferiores compatíveis com a norma maior sob pena não valerem:¹⁰

Entre uma norma de escalão superior e uma norma de escalão inferior, quer dizer, entre uma norma que determina a criação de uma outra e essa outra, não pode existir qualquer conflito, pois a norma do escalão inferior tem seu fundamento de validade na norma do escalão superior. Se uma norma é considerada como válida, tem de se considerar como estando em harmonia com uma norma do escalão superior.¹¹

Quando uma norma admitir interpretações constitucionais e inconstitucionais, cabe ao intérprete, ao determinar o alcance e sentido da norma, buscar o resultado que preserve a compatibilidade da norma com a Carta Magna.

Assim, pode se concluir que o artigo 127, da Lei Municipal 1968/93, somente poderá ser considerado constitucional se interpretado no sentido de que os animais capturados serão sacrificados apenas se forem portadores de doenças incuráveis e letais, dando-se assim o verdadeiro significado da expressão "eutanásia", sob pena da Lei Municipal, ao ser interpretada como norma permissiva da eliminação sistemática de animais sadios ou com doenças curáveis, como vem sendo realizado pelo CCZ, violar frontalmente a Constituição Federal.

7. CONCLUSÃO

A política de extermínio de 20% da população canina como método de controle de raiva é ultrapassada e inconstitucional porque: a) existem alternativas viáveis e atuais, recomendadas inclusive pela Organização Mundial de Saúde, Organização Pan-Americana de Saúde e Instituto Pasteur; b) O critério é ineficiente, em face da sobreposição da taxa de renovação da população canina, o que acarreta o aumento da possibilidade de ocorrência da doença.

¹⁰ "Não há proposição que se apoie sobre princípios mais claros que a que afirma que todo ato de uma autoridade delegada, contrário aos termos do mandato segundo o qual se exerce, é nulo. Portanto, nenhum ato legislativo contrário à Constituição pode ser válido. Negar isto equivaleria afirmar que o mandatário é superior ao mandante, que o servidor é mais que seu amo, que os representantes do povo são superiores ao próprio povo e que os homens que trabalham em virtude de determinados poderes podem fazer não só o que estes não permitem, como, inclusive, o que proíbem." HAMILTON, Alexander. *O Federalista: um comentário à Constituição Americana*. Rio de Janeiro: Nacional, de Direito, 1959, p. 314.

¹¹ Kelsen, Hans. Op. cit. p. 223.

Apenas quando forem realizadas campanhas maciças para o controle da natalidade, através da esterilização cirúrgica, método que, além de respeitar a proteção constitucional à fauna, implementa o princípio constitucional da eficiência em sua plenitude, é que a política pública de saúde estará efetivamente em consonância com a Constituição Federal, combatendo assim, a proliferação de raiva e outras zoonoses na população canina e felina, conforme prevê o projeto de Lei 1.376-C/2003, já referido.

A política de saúde pública recomendada pelo guia de vigilância epidemiológica da FUNASA não está sendo seguida rigorosamente pelo Município de Aracaju no combate à raiva, servindo apenas como falso argumento para o sacrifício dos animais que chegam ao Centro de Controle de Zoonoses.

Deve ser dada a correta interpretação constitucional ao artigo 127, da Lei Municipal 1.968/93, no sentido de que somente seja permitida a eutanásia dos animais capturados pelo CCZ, em casos comprovados previamente de doenças incuráveis e letais, sobe pena de violação à Constituição Federal.

8. BIBLIOGRAFIA

Animais de Estimação. São Paulo: Instituto Pasteur, 2000.

BRASIL. Fundação Nacional de Saúde. *Guia de Vigilância Epidemiológica*. Vol. II. 5ª Ed. Brasília: FUNASA, 2002.

HAMILTON, Alexander. *O Federalista: um comentário à Constituição Americana*. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1959.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

BRASIL. Projeto de Lei nº 1.376-C, de 2003. Relator. Dep. Affonso Camargo. Disponível em <http://www.camara.gov.br>.

REICHMANM, Maria de Lourde Aguiar Bonadia *et al.* *Controle de Populações de*. WHO Expert Committee on Rabies: sixth report. Geneva. 1973. Disponível em <http://www.who.int/>.

WHO Expert Committee on Rabies: eight report. Geneva. 1992. Disponível em <http://www.who.int/>.

SANTANA, Luciano Rocha. Maus tratos e crueldade contra animais nos Centros de Controle de Zoonoses: aspectos jurídicos e legitimidade ativa do Ministério Público para propor ação civil pública. Artigo Disponível em http://www.forumnacional.com.br/maus_tratos_CCz_de_Salvador.pdf.

TUTELA CIVIL DA PONTE DO IMPERADOR*

Augusto César Leite de Resende**

Sumário: 1. Considerações preliminares – 2. Direito fundamental e difuso do patrimônio cultural – 3. Valor histórico da Ponte do Imperador – 4. Responsabilidade civil por danos ao patrimônio cultural – 5. Conclusão – 6. Bibliografia.

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Na moderna visão holística do meio ambiente, o conceito de meio ambiente não mais se restringe ao seu aspecto natural, mas aí compreendendo o seus aspectos cultural, artificial e do trabalho. A noção de meio ambiente é mais ampla, não se resume ao solo, água, ar, flora e fauna, alcança também o ambiente de trabalho, os bens de valor cultural e o espaço urbano construído pelo homem, daí porque a doutrina classifica meio ambiente em natural, cultural, artificial e do trabalho, conforme classificação de Marcos Paulo de Souza Miranda:¹

Assim, podemos falar em:

- Meio Ambiente Natural ou Físico – formado pelo solo, recursos hídricos, ar, fauna, flora e demais elementos naturais responsáveis pelo equilíbrio dinâmico entre os seres vivos e o meio em que vivem, sendo objeto do art. 225, caput, e § 1º, da CF/88;

- Meio Ambiente do Trabalho – integrado pelo conjunto de bens, instrumentos e meios, de natureza material e imaterial, em face dos quais o ser humano exerce suas atividades laborais, recebendo tutela imediata do art. 200, VIII, da CF/88;

- Meio Ambiente Artificial – integrado pelo espaço urbano construído pelo homem, na forma de edificações (espaço urbano fechado) e equipa-

* Prêmio Menção Honrosa, pela originalidade e relevância do tema, no Concurso Melhor Arrazoado Jurídico, categoria Membro do Ministério Público

** Promotor de Justiça Especial de São Cristóvão/SE.

Professor de Ciência Política e Teoria do Estado na Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe
Pós-Graduando em Direito Público pela Universidade Sul de Santa Catarina

¹ Tutela do Patrimônio Cultural Brasileiro, Ed. Del Rey, 2006, p. 15.

mentos tais como praças, parques e ruas (espaço urbano aberto), recebendo tratamento não apenas no art. 225 mas ainda dos arts. 21, XX, e 182, todos da CF/88;

- Meio Ambiente Cultural – integrado pelo patrimônio histórico, artístico, paisagístico, arqueológico, fossilífero, turístico, científico e pelas sínteses culturais que integram o universo das práticas sociais das relações de intercâmbio entre o homem e a natureza ao longo do tempo, recebendo proteção dos arts. 215, 216 e 225 da CF/88.

A concepção unitária de meio ambiente permite que o sistema constitucional e legal de proteção ao meio ambiente natural possa ser aplicado e estendido, no que couber, à tutela do patrimônio cultural, aplicando-se as regras e princípios inerentes ao Direito Ambiental Natural à tutela do patrimônio cultural. Neste sentido, já se pronunciou o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, conforme se depreende do julgado abaixo relacionado:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – LIMINAR DEFERIDA – PARALISAÇÃO DE OBRAS DESTINADAS AO REFLORESTAMENTO DE PINUS – INDÍCIOS DE SÍTIOS ARQUEOLÓGICOS – DECISÃO CONFIRMADA AGRADO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO – I - O dever de proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, do qual faz parte o patrimônio público cultural, incumbe ao Poder Público, em todas as esferas, federal, estadual e municipal e à toda coletividade. II - Constatada na Fazenda Três Pinheiros, de propriedade da agravante, indícios de sítios arqueológicos, a paralisação das obras de reflorestamento, deve ser mantida, até que fique demonstrada que a sua retomada não causa prejuízo ao estudo e pesquisa do patrimônio público cultural. (TJPR – Ag Instr 0149999-2 – (24371) – Arapoti – 2ª C.Cív. – Rel. Des. Hirosê Zeni – DJPR 06.12.2004).

2. DIREITO FUNDAMENTAL E DIFUSO DO PATRIMÔNIO CULTURAL

A proteção do patrimônio cultural é direito fundamental do cidadão, merecendo, desta forma, proteção jurídica para resguardar o efetivo exercício do direito à cultura ou para impedir ação ou omissão do Estado violadora do aludido direito.

E mais, a tutela do patrimônio cultural classifica-se *prima facie* como direito difuso, vez que dotada de transindividualidade, indivisibilidade e

indeterminabilidade de seus titulares, inserindo-se assim na definição legal do art. 81, parágrafo único, inciso I, da Lei 8.078/90, *verbis*:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em Juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.

O Tribunal Superior do Trabalho já teve a oportunidade de decidir que:

as lesões ao meio ambiente, ao patrimônio histórico, artístico, estético, turístico ou paisagístico, bem como aos direitos do consumidor, são típicas lesões de caráter difuso, na medida em que o bem lesado é indivisível (um rio contaminado, um monumento destruído, um remédio ineficaz, um posto de trabalho com discriminação no preenchimento) e as pessoas afetadas não são passíveis de imediata identificação... (TST – RR 971 – 4ª T. – Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho – DJU 06.08.2004).

Inclusive, ressalte-se que o art. 1º, inciso III, da Lei 7.437/85 autoriza expressamente o manejo da ação civil pública para a tutela dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Desta forma, não se pode negar legitimidade ao Ministério Público para a defesa do patrimônio cultural do povo brasileiro, por força do disposto no art. 129, inciso III, da Carta Constitucional de 1988.

Aliás, o Superior Tribunal de Justiça tem firme posicionamento no sentido de que: *é o Ministério Público parte legítima para propor ação civil pública na defesa do patrimônio público, aí entendido os patrimônios histórico, paisagístico, cultural, urbanístico, ambiental etc., conceito amplo de interesse social que legitima a atuação do parquet.*²

² (STJ – RESP 200000646423 – (265300 MG) – 2ª T. – Rel. Min. Humberto Martins – DJU 02.10.2006 – p. 247).

3. VALOR HISTÓRICO DA PONTE DO IMPERADOR

A Ponte do Imperador é um ancoradouro construído em 1859 para o desembarque do Imperador Dom Pedro II e da Imperatriz Dona Teresa Cristina, que visitaram Sergipe em 1860.

Segundo o Membro da Academia Sergipana de Letras José Anderson do Nascimento:³

Com a notícia da visita do Imperador do Brasil D. Pedro II e respectiva comitiva à cidade do Aracaju, o então Presidente da Província de Sergipe del Rei, Dr. Manuel da Cunha Galvão, tomou imediatas providências no sentido de que fosse construída uma plataforma de desembarque na margem do rio Sergipe (na época conhecido como Cotinguiba) em frente ao Palácio, na atual Praça Fausto Cardoso. Encarregou-se da construção dessa Ponte, hoje Ponte do Imperador, o engenheiro Pedro Pereira de Andrade que, segundo documento da época, prestou o serviço gratuitamente, sem a menor vantagem pessoal.

Primitivamente, era composta de duas partes: uma de alvenaria e outra de madeira; as estacas e as madres em barrotes de lei de primeira qualidade e assoalho em pranchões de pinho.

A inauguração desse monumento que tem sido venerado pelos aracajuanos das várias gerações, ocorreu no dia 11 de janeiro de 1860, data do desembarque do Soberano em solo sergipano. A Ponte estava ornamentada, o seu piso quase todo forrado com tapetes de baeta azul, assim como a escadaria. No mastro, tremulava a Bandeira Imperial.

Essa solenidade, que marcou o desembarque do Imperador D. Pedro II e conseqüente inauguração da Ponte, foi assinalada por um fato altamente interessante, noticiado pelo Correio Sergipense, com título: O Papagaio Real. Dizia o noticioso: logo que o APA, sulcando majestoso as águas do Continguiba que abria, após o pavilhão imperial, uma esteira de espuma alvíssima ancorou em frente do Paço, deu-se um fato filho do acaso ou providencial, porém, muito expressivo. Um lindo papagaio, belo, formoso, como os papagaios brasileiros, rutilante nas suas penas verdes e amarelas, talvez ao estrondo das salvas e dos foguetes,

³ Sergipe e Seus Monumentos. Aracaju, Gráfica E. J. Andrade, 1981, p. 18.

soltando-se de sua prisão, ainda com a corrente dependurada no pé, veio atravessando os ares e sentou-se sobre o arco em que termina a ponte feita para o desembarque imperial. Aí, conservou-se ovante pela liberdade que acabava de alcançar, despedaçado a corrente que ainda pendia de um dos pés, e imitando automaticamente, o brado de - VIVA O IMPERADOR- com voz final- IMPERADOR- em sua linguagem confusa, mas, em harmonia com os gritos populares, cujo eco repetia no ar.

A Ponte do Imperador também trouxe benefícios à cidade. Serviu por longos anos para embarques e desembarques de mercadorias, difícil tarefa nas praias de Aracaju, executadas às costas dos homens. Hoje, é importante cartão postal da cidade de Aracaju e ponto turístico destacado em todos os documentos produzidos sobre o Estado.

Indubitavelmente, a Ponte do Imperador tem relevante valor histórico para o povo de Sergipe e, em especial, ao povo aracajuano.

No entanto, não basta o mero reconhecimento objetivo do valor cultural do bem para que este possa se submeter ao especial regime de proteção jurídica, de modo que faz-se mister o reconhecimento formal por parte do Poder Público de tal valor, segundo lição Marcos Paulo de Souza Miranda:⁴ *[...]ape- nas o imóvel individuado e expressamente reconhecido pelo poder público como bem cultural submete-se ao especial regime jurídico.*

Neste particular, a Ponte do Imperador é formalmente reconhecida como bem de relevante valor cultural.

O art. 15 da Lei Complementar Municipal N.º 042/2000 (Plano Diretor de Aracaju) afirma que *constituem bens e conjuntos integrantes do patrimônio cultural do Município, aqueles relacionados no Anexo XI desta Lei, as quais classificam-se em: I - tombados; II - declarados de interesse cultural.*

O art. 19 da norma supra mencionada ressalta que: *consideram-se bens declarados de interesse cultural, aqueles que, embora não tenham sido tom- bados, apresentam valores de interesse do patrimônio cultural de Aracaju.*

Por sua vez, o Anexo XI da Lei Complementar Municipal N.º 042/2000 declara a Ponte do Imperador bem de interesse cultural.

Portanto, como se vê a Ponte do Imperador é um verdadeiro símbolo histórico e cultural de Aracaju e do Estado de Sergipe, representante da memória do povo sergipano e atrativo turístico de grande valor cultural de Aracaju.

⁴ Tutela do Patrimônio Cultural Brasileiro, Ed. Del Rey, 2006, p. 54.

4. RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS AO PATRIMÔNIO CULTURAL

Dentre os princípios informadores da proteção ao patrimônio cultural, destaca-se o “princípio da proteção”, segundo o qual a proteção do patrimônio cultural é uma obrigação imposta ao Poder Público, por força do que dispõe a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional em vigor.

A Constituição Federal não foi silente quanto à tutela do Patrimônio Cultural, reservando inteira Seção ao tema e editando normas constitucionais expressas, destacando-se o art. 216, caput, inciso IV, e seus §§ 1º e 4º:

Art. 216 - Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

§1º O Poder Público, com a colaboração da coletividade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

§ 4º Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei.

O ordenamento infraconstitucional municipal disciplina a proteção do patrimônio cultural por meio do Plano Diretor de Aracaju (Lei Complementar Municipal N.º 042/2000). A propósito:

Art. 13 - Os bens móveis e imóveis e conjuntos de bens públicos ou privados, tombados ou de interesse cultural, que testemunham a memória histórica, arquitetônica, cultural ou afetiva, localizados neste Município, constituem o seu Patrimônio Cultural e estarão sujeitos a critérios especiais de uso e ocupação destinados à sua proteção.

Art. 14 - Constituem diretrizes para a preservação do Patrimônio Cultural:

I - tratar o espaço urbano como patrimônio cultural vivo e complexo, devendo valorizar edificações e conjuntos notáveis;

II - promover integração de estratégias de proteção do patrimônio cultural com a política urbana, harmonizando os projetos propostos com o entorno em que se pretendem instalar;

III - respeitar, nas ações que interfiram direta ou indiretamente nos espaços já ocupados pela população, em havendo condições técnicas para tanto, a vontade manifestada pelos moradores ou usuários, através de representantes comunitários;

IV - executar, com a finalidade de proteger o patrimônio cultural do Município, pesquisas, inventários, registros, vigilância, declaração de interesse cultural, tombamentos, desapropriações, e utilizar outros instrumentos que proporcionem, aos proprietários dos bens protegidos, mecanismos compensatórios, de acordo com o que dispõem esta lei e suas legislações complementares;

V - promover o monitoramento das questões relativas ao Patrimônio Cultural, por meio de estudos, pesquisas e incentivos;

VI - disciplinar o uso da comunicação visual, nos bens de patrimônio, e locais considerados de interesse cultural, especificado no Anexo XI;

VII - promover o acesso e a participação da população às informações relativas ao patrimônio cultural do Município, proporcionando eventos culturais e oportunidades de estudos específicos em escolas, museus e bibliotecas, com a finalidade de integração entre a educação e a cultura;

VIII - estimular a criação de fóruns locais, onde a população dos bairros possa discutir questões relativas à memória e ao patrimônio cultural local;

IX - considerar, nas ações de preservação e nos projetos de recuperação de áreas de interesse histórico e cultural, a infra-estrutura, o entorno e a paisagem urbana;

X - promover e executar projetos de recuperação de edifícios, logradouros e sítios de valor histórico, tombado ou de interesse cultu-

ral, acionando instrumentos e mecanismos que possibilitem o uso e ocupação, diretamente ou em parceria com a iniciativa privada, condicionada sempre à preservação e proteção do local.

O art. 20 do Plano Diretor de Aracaju dispõe, *in verbis*: **a licença prévia para obras de reforma, restauração e ampliação em bens declarados de interesse cultural será sempre condicionada à manutenção das características essenciais de fachada e volumetria, devendo o requerimento de licença, conter fotos elucidativas e atuais do imóvel.**

O princípio da prevenção impõe que a proteção ao patrimônio cultural deva ser eficaz e adequada a fim de se evitar a consumação de danos aos bens dotados de valor cultural. Entretanto, ocorrendo danos ao meio ambiente cultural, necessária se faz a responsabilização civil, penal e administrativa, dos causadores dos prejuízos ao bem cultural.

No presente trabalho, interessa-nos apenas a responsabilização civil pelos danos causados ao meio ambiente cultural.

No que diz respeito sobre responsabilidade civil por dano causado ao patrimônio cultural, inicialmente mister se faz esclarecer que o patrimônio histórico, artístico, paisagístico, arqueológico, espeleológico, fossilífero, turístico e científico formam o meio ambiente cultural, aplicando-se à responsabilidade civil pelos danos ao patrimônio cultural a teoria da responsabilidade objetiva.

O art. 225, § 3º, da Constituição Federal, dispõe acerca do instituto da responsabilidade por danos ao meio ambiente natural, artificial e cultural, nos seguintes termos:

As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão aos infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

O art. 14, § 1º, da Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981, prescreve:

Sem prejuízo das penas administrativas previstas nos incisos do artigo, o poluidor é obrigado, independentemente de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiro, afetados por sua atividade.

Dos artigos acima mencionados, extrai-se que a responsabilidade para os causadores de danos ao patrimônio cultural é objetiva e integral, sendo

irrelevante a discussão e comprovação de culpa dos agentes infratores.

O professor Edis Milaré leciona que [...] *o regime jurídico da responsabilidade civil por danos ao patrimônio cultural pauta-se na teoria da responsabilidade objetiva*.⁵

A Conclusão N.º 33 da Carta de Goiânia, define que *a responsabilidade por danos ao Patrimônio Cultural é objetiva*.⁶

Assim, para que se possa pleitear a reparação do dano, basta a demonstração do nexo causal entre a conduta e a lesão ao meio ambiente cultural para que subsista a obrigação de reparar o dano, de modo que ficam afastadas as investigações e a discussão da culpa.

Por fim, saliente-se que em sede de responsabilidade civil por danos causados ao meio ambiente cultural a obrigação de reparar o dano deve consistir primeira e prioritariamente no dever recuperar o bem lesado ao *status quo ante*, ou seja, o dever de restaurar à situação anterior, sob pena de inefetividade do direito fundamental ao meio ambiente cultural, na medida em que a degradação ou o desaparecimento de bens de valor histórico afetam irremediavelmente a memória da coletividade.

No entanto, em caso de impossibilidade técnica de recuperação do bem ao estado anterior, posto que irreversíveis os danos causados, abre-se a possibilidade de indenização material e moral à coletividade.

No que pese o dever de proteção e prevenção, o Município de Aracaju e a Empresa Municipal de Obras e Urbanismo – EMURB realizaram obras de colocação de esquadrias e vidros na Ponte do Imperador, o que retirou as características arquitetônicas da época da construção da Ponte do Imperador.

A colocação de esquadrias e vidros na Ponte do Imperador viola flagrantemente as disposições constitucionais e legais acima expostas porque altera por completo a fachada do bem, ou seja, altera o seu aspecto, acarretando, conseqüentemente, danos ao patrimônio cultural do povo sergipano.

A jurisprudência pátria não admite intervenções em bens de valor histórico e cultural que venham a descaracterizá-los, pois causam danos irreparáveis à memória cultural nacional, regional ou local, conforme o caso. A propósito, vejamos o seguinte julgado:

APELAÇÃO CRIMINAL - CRIME CONTRA O ORDENAMENTO URBANO E O PATRIMÔNIO CULTURAL - LEI Nº 9.605/98 - ART. 63 - BEM PROTEGIDO - COLOCAÇÃO DE PLACAS COMERCIAIS - ALTERAÇÃO DO ASPECTO DA EDIFICAÇÃO - TIPIFICAÇÃO - 1.

⁵ Direito do Ambiente, 3ª edição, Ed. Revista dos Tribunais, 2004, p. 289.

⁶ Carta de Goiânia. 1º Encontro Nacional do Ministério Público na Defesa do Patrimônio Cultural. 22 e 23 de Outubro de 2003. Goiânia - GO.

A colocação de placas comerciais em prédio tombado pelo patrimônio histórico, desobedecendo a regulamentação do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN, altera o seu aspecto, pois lhe retira as características da época, modificando sua aparência. Incidência do art. 63 da Lei nº 9.605/98. 2. Comprova-se o dolo do réu pelo conhecimento das restrições legais, comprovado nos autos pela notificação extrajudicial e pela prova testemunhal, tendo o acusado mantido sua conduta de fixar placa comercial em imóvel tombado pelo patrimônio histórico, desrespeitando a regulamentação do IPHAN. 3. Apelação provida.” (TRF 4ª R. - ACr 2002.04.01.033162-9 - SC - 7ª T. - Rel. Des. Fed. José Luiz B. Germano da Silva - DJU 16.07.2003 - p. 369).

O art. 13, da Carta Internacional sobre a Conservação e o Restauro de Monumentos e Sítios de 1964 (Carta de Veneza), estabelece que *não é permitida a realização de acrescentos que não respeitem todas as partes importantes do edifício, o equilíbrio da sua composição e a sua relação com o ambiente circundante.*

Assim, percebe-se a irregularidade das intervenções promovidas pelo Poder Público Municipal no bem de notável valor histórico e cultural para a cidade de Aracaju e também para o Povo Sergipano, as quais, como se demonstrou, violam a legislação pertinente e produzem prejuízos irreparáveis ou de difícil reparação à Ponte do Imperador, posto que a colocação de esquadrias e vidros na Ponte do Imperador descaracteriza o bem cultural, retirando as características arquitetônicas da época de sua construção.

5. CONCLUSÃO

Isto posto, diante da agressão a um dos mais relevantes bens culturais do Estado de Sergipe, verifica-se o dever de reparação dos danos causados à Ponte do Imperador em decorrência da colocação das esquadrias e vidros no referido bem pelo Município de Aracaju e pela Empresa Municipal de Obras e Urbanismo – EMURB.

Nesse diapasão, em razão do dever do Ministério Público zelar pelo patrimônio cultural do povo brasileiro foram ajuizadas ação cautelar e ação civil pública visando a suspensão imediata das obras de colocação de esquadrias e vidros na Ponte do Imperador e a completa recuperação do bem descaracterizado, na forma, condições e prazos determinados em perícia, restabelecendo-se as condições anteriores ao início das obras, ou, em caso de impossibilidade técnica da recuperação da Ponte do Imperador, a

indenizarem os danos causados ao patrimônio cultural de Sergipe, respectivamente.⁷

6. BIBLIOGRAFIA

- FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a Natureza*. 8ª edição, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2006.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 15ª edição, São Paulo, Ed. Malheiros, 2006.
- MARCHESAN, Ana Maria Moreira. *A Tutela do Patrimônio Cultural Sob Enfoque do Direito Ambiental*. Porto Alegre, Ed. Livraria do Advogado, 2007.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 20ª edição, São Paulo, Ed. Saraiva, 2007.
- MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente*. 3ª edição, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2004.
- MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Tutela do Patrimônio Cultural Brasileiro*. Belo Horizonte, Del Rey, 2006.
- NASCIMENTO, José Anderson do. *Sergipe e Seus Monumentos*. Aracaju, Gráfica E. J. Andrade, 1981.

⁷ A ação cautelar fora tombada sob número 200710301664, com liminar deferida determinando a paralisação das obras de fornecimento e colocação de esquadrias na Ponte do Imperador, sob pena de multa diária em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), em caso de descumprimento.

A ação civil pública foi tombada sob número 200710301770.

**PRÊMIO MELHOR ARRAZOADO
JURÍDICO 2007, CATEGORIA
SERVIDOR DO MINISTÉRIO
PÚBLICO DE SERGIPE**

A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA E O DIREITO PENAL BRASILEIRO*

Franklin Delano Sampaio Siqueira Filho**

Sumário: Resumo; 1. Introdução; 2. O tipo penal nos principais sistemas dogmáticos; 2.1. A teoria causalista ou naturalista; 2.2. A teoria finalista; 3. Principais aspectos sobre a teoria da imputação objetiva; 4. O risco; 5. Conclusão; 6. Referências.

RESUMO

Trata da Teoria da Imputação Objetiva de forma sintética, sem a pretensão de exauri-la, apontado sua finalidade na resolução de problemas penais não satisfatoriamente solucionados pela Teoria Causalista/Naturalista e pela Teoria Finalista, cujos aspectos mais relevantes são abordados inicialmente. Após, põe à vista a Teoria da Imputação Objetiva segundo às luzes de seus maiores expoentes, Claus Roxin e Günther Jakobs. Desenvolve o tema sob o prisma de autores pátrios, com a apresentação de alguns casos da jurisprudência nacional, cujo enfoque ilustra a possibilidade da adoção desta Teoria e sua conseqüente aplicabilidade no Direito Penal Brasileiro. Por fim, ressalta a importância do estudo e da pesquisa para a contínua evolução do Direito Penal.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal; Tipicidade; Causalismo; Finalismo; Imputação Objetiva.

1. INTRODUÇÃO

Este artigo não possui a pretensão de esgotar o tema. Seu objetivo é, após o exame das linhas mestras que dão sustentação à teoria, apresentar seus principais corolários, de modo a subsidiar o neófito em futuras discussões a respeito do assunto.

Sendo assim, este breve escrito deseja, na verdade, estimular o jovem operador do Direito a questionar o real alcance das dogmáticas causalista/naturalista e finalista da ação, dando a possibilidade do conhecimento da Teoria da Imputação Objetiva, mais nova vertente do Direito Penal moderno.

* Prêmio de Melhor Arrazoado Jurídico do Ministério Público de Sergipe-2007, 1º lugar Categoria Servidor. Texto elaborado em maio/2007.

** Graduado em Direito pela Universidade Tiradentes-2004, Pós-Graduado em Direito Processual Civil pelo Ministério Público de Sergipe/Fanese-2005; Assessor de Promotor de Justiça II do Ministério Público de Sergipe.

2. O TIPO PENAL NOS PRINCIPAIS SISTEMAS DOGMÁTICOS

2.1 A TEORIA CAUSALISTA OU NATURALISTA

Esse sistema, também denominado clássico ou tradicional, foi concebido ainda no século XIX, cujo maior expoente foi Franz von Liszt. Sofreu forte influência do positivismo que impregnava toda a atmosfera cultural daquele período e, como reação ao Absolutismo, serviu de contenção às arbitrariedades praticadas pelo Estado, que se personificava na figura do monarca.

Esse sistema “tem caráter eminentemente classificatório. Tem-se uma quantidade de elementares, que são distribuídas pelas diferentes categorias do delito do modo mais seguro e objetivo que se pode imaginar: por meio de critérios formais, sem atender minimamente ao conteúdo” (GRECO, p. 309).

O tipo dos crimes de resultado ou crimes materiais, para esse sistema, resumia-se à descrição de uma modificação do mundo exterior. Dever-se-ia analisar o comportamento do agente sob uma ótica única e exclusivamente fenomenológica, despida de qualquer apreciação valorativa.

Deste modo, a adequação típica para a teoria causalista limitava-se à correspondência exata entre os elementos objetivos descritos no modelo legal e o fato concreto.

Assim, o tipo penal era sinônimo de tipo objetivo, que compreendia apenas a ação, o nexo causal objetivo e o resultado. Ao seu turno, o dolo e a culpa integravam a culpabilidade.

De forma esquemática:

Tipo penal = tipo objetivo (elementos do tipo objetivo)

2.2 A TEORIA FINALISTA

Essa teoria, cujas origens remontam ao início do século pretérito, constituiu-se em uma reação ao dogma causalista/naturalista.

Como explicar a tentativa? E o crime culposos? E os crimes de intenção? Em suma, como separar a manifestação exterior de vontade, isto é, a conduta, de sua finalidade?

São exemplos de questionamentos que colocavam em dúvida a infalibilidade da Teoria Naturalística.

Entendem os finalistas que toda conduta humana é o exercício de uma

atividade dirigida para um fim, e não um comportamento fruto, simplesmente, de uma relação insípida de causa e efeito.

Destarte, o dolo, que é elemento subjetivo do tipo penal, sai da culpabilidade e passa a integrar a conduta, não havendo que se falar em ação típica sem finalidade.

Por outras palavras, o finalismo incrementou a teoria naturalística, acrescentando-lhe ao tipo, o elemento subjetivo, isto é, o dolo. Assim, o tipo penal passou a contar com o elemento objetivo (ação, causalidade objetiva e resultado) e com o elemento subjetivo (dolo e elementos subjetivos especiais).

Segundo o esquema:

Tipo penal = tipo objetivo (elementos do tipo objetivo) + tipo subjetivo

3. PRINCIPAIS ASPECTOS SOBRE A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

Esta teoria pretende redimensionar o conceito de tipo penal, inserindo em seu elemento objetivo, a imputação objetiva da conduta e do resultado.

Nas palavras do festejado professor Luis Greco:

A imputação objetiva vem modificar o conteúdo do tipo objetivo, dizendo que não basta estarem presentes os elementos da ação, causalidade e resultado para que se possa considerar determinado fato objetivamente típico. É necessário, ademais, um conjunto de requisitos. Este conjunto de requisitos que fazem de uma determinada causação uma causação típica, violadora da norma, se chama imputação objetiva. (*apud* ROXIN, 2002, p. 7)

Na verdade, o escopo da Teoria da Imputação Objetiva nada mais é do que, por meio do acréscimo de outros elementos ao tipo objetivo, inaugurar uma nova era no Direito Penal: a análise do tipo objetivo a partir de um foco jurídico ou normativo, e não mais puramente material.

Por outras palavras, não é suficiente que haja uma relação material de causa e efeito entre uma conduta e um resultado. É imprescindível que, além disso, este resultado possa ser atribuído, ou melhor, imputado de maneira objetiva ao agente.

Oportuna é a lição de Maurach:

É este precisamente o interesse principal da Teoria da Imputação Objetiva do resultado: para esta, a causalidade é somente a condição mínima; a ela deve agregar-se a relevância jurídica da relação causal entre o sujeito atuante e o resultado. Portanto, a investigação da causalidade tem lugar em duas etapas, estruturadas uma sobre a outra, enquanto em primeiro lugar deve ser examinada a causalidade (empírica) do resultado e, se afirmada que ela seja, a imputação (normativa) do resultado. (*apud* STIVANELLO, 2003, p. 71)

Outrossim, as duas maiores expressões da imputação objetiva são da lavra de Claus Roxin e Günther Jakobs, cujas principais idéias serão tratadas a seguir.

Cumprе frisar, inicialmente, que nada obstante haja algumas distinções entre as idéias informadoras da imputação objetiva no que pertine ao pensamento dos autores acima mencionados, tais traços característicos e peculiares, longe de representarem um óbice no estudo do tema, convergem para uma complementação mútua.

Assim, enquanto Roxin encampa pelo terreno da imputação objetiva do resultado, arrimado principalmente na Teoria do Risco, Jakobs envereda, sobremaneira, pela trilha da imputação objetiva da conduta, cujo desenvolvimento repousa sobre o papel que cada cidadão exerce na sociedade. Ambas as vertentes, portanto, podem ser encaradas como face do mesmo fenômeno.

Deveras, os pilares mais importantes que servem de sustentáculo para a imputação objetiva, cujo método se revela sobremaneira indutivo, são: (a) a criação ou incremento de um risco proibido relevante; (b) o risco proibido deve-se realizar no resultado; (c) o resultado deve-se encontrar dentro do âmbito de proteção da norma.

Assim, de forma sucinta, pode-se concluir que:

Tipo penal = tipo objetivo (elementos do tipo objetivo + imputação objetiva) + tipo subjetivo, onde.

Tipo objetivo = (conduta + resultado + nexo causal) + (risco proibido + realização do risco + resultado dentro da proteção da norma).

Com efeito, a verificação da imputação objetiva é fase precedente à imputação subjetiva, isto é, a análise sobre a ocorrência ou não de dolo por parte do agente. De outro lado, situa-se em momento posterior ao nexo de causalidade material ou objetivo ou natural.

Nas palavras do professor Luiz Flávio Gomes, a tipicidade penal está a exigir um duplo grau de verificação:

(a) primeiro a causalidade natural ou mecânica. isto é, a *causação* (conduta, resultado naturalístico – nos crimes materiais – nexos de causalidade e subsunção do fato à letra da lei);

(b) num segundo momento um vínculo axiológico (a *imputação*), onde então devemos verificar se a conduta criou ou incrementou um risco proibido relevante e se o resultado jurídico derivou desse risco e estava no âmbito de proteção da norma. Tudo isso sem esquecer que, nos crimes dolosos, ainda há imputação subjetiva, que retrata o terceiro nível de análise do crime doloso. (2006, p. 121-122).

4. O RISCO

O estribo sobre o qual se equilibra toda a teoria da imputação objetiva tem um nome: o risco. Porém, não qualquer risco. Deve ser um risco proibido, isto é, juridicamente valorado, aquele não tolerado pelo ordenamento jurídico. Deve sofrer a incidência de uma análise normativa e não conter apenas um significado ôntico, mas axiológico.

A palavra risco traz em seu bojo a noção de perigo provável, iminente.

Em verdade, toda e qualquer atividade humana possui certo grau de risco, ainda que mínimo. Sem ele seria impossível a vida em sociedade. Os deslocamentos são um exemplo típico, seja de que meio for. Uma viagem de avião traz o risco de um desastre. A ida ao trabalho com um carro traz o risco de uma colisão. O caminhar por uma calçada implica no risco de sofrer um atropelamento. Até mesmo descansar em uma rede na varanda de casa representa um risco, o de sofrer um terremoto, um incêndio, a ação de um raio.

Estar vivo é um risco!

Não é difícil imaginar uma situação em que alguém, cuja conduta seja absolutamente comum, usual, isto é, esperada dentro de um padrão de normalidade e, mesmo assim, dê causa a um resultado lesivo. Assim, pode ocorrer de alguém que embora dirija de forma prudente e cuidadosa envolva-se em um acidente causando a morte de um terceiro.

Damásio explica:

Quem dirige um automóvel, de acordo com as normas legais, oferece a si próprio e a terceiros um risco tolerado, permitido. Se, contudo, deso-

bedecendo as regras, faz manobra irregular, realizando o que a doutrina denomina “infração de dever objetivo de cuidado”, como uma ultrapassagem perigosa, emprego de velocidade incompatível nas proximidades de uma escola, desrespeitando sinal vermelho de cruzamento, “racha”, direção em estado de embriaguez etc., produz um *risco proibido* (desvalor da ação). Esse perigo desaprovado conduz, em linha de princípio, à tipicidade da conduta, seja a hipótese, em tese, de crime culposso ou doloso (2006, p. 281).

A doutrina levantou várias hipóteses, todas a partir da noção que serve de referencial para a aplicação da Teoria da Imputação Objetiva, utilizando, portanto, o método eminentemente indutivo. São elas, dentre outras:

1ª) A imputação objetiva da conduta: somente aquele que criou ou aumentou a existência de um risco proibido e relevante terá a si imputada a conduta como causadora e por ela responderá penalmente. Nesses casos “não há domínio do resultado através da conduta humana” (GRECO, Rogério. 2006, p. 255).

Assim:

Quem cria um risco proibido (acidente de trânsito em razão da alta velocidade, v.g; quem dispara contra outra pessoa etc.) responde por ele; quem incrementa um risco anteriormente criado (como na omissão de socorro ou na hipótese de quem causa novo ferimento em quem já estava com hemorragia em razão de lesões anteriores), do mesmo modo, responde por ele (GOMES, 2006, p. 123).

Dito de outro modo, quando o risco criado pelo agente é aceitável ou permitido, não há que se falar em imputação objetiva. São as hipóteses de (a) situações de risco normal, que impedem o regresso causal infinito, como aquele que vende arma de fogo de maneira lícita, ou os pais do homicida; (b) as intervenções médicas; (c) as lesões em decorrência de práticas esportivas; (d) os ofendículos, como cães de guarda e cerca elétrica; (f) quando o risco criado é tolerado pela sociedade, tais como a perfuração da orelha da filhinha e pequenas lesões corporais durante a prática sexual; (e) princípio da confiança:

As pessoas que convivem numa mesma sociedade devem confiar umas nas outras, ou seja, devem confiar que cada uma delas cumpra o seu papel, observe todos os deveres e obrigações que lhe são inerentes a fim de que sejam evitados danos (GRECO, 2006, p. 258).

2ª) A imputação objetiva do resultado: a realização do risco proibido. Não basta a criação ou incremento do risco proibido, é necessário que esse risco se realize mediante um resultado jurídico, isto é, que em decorrência do risco seja produzida uma lesão ou um perigo concreto de lesão a um bem jurídico penalmente tutelado. Sem isto, não se pode falar em imputação objetiva e, por conseguinte, o fato será atípico. Tal regra aplica-se sobremaneira nos ditos desvios de curso causal.

Esclarecedor é o exemplo fornecido por Damásio:

Suponha-se a condenação à guilhotina de um autor de estupro seguido de morte. Frações de segundo antes de o carrasco puxar a alavanca, o pai da vítima, que havia sido convidado a assistir à execução, com um revólver, desfecha um tiro na cabeça do condenado, matando-o. Responde pela morte (DAMÁSIO, 1999)?

Note-se que aplicando a Teoria da Equivalência dos Antecedentes e realizando o método da eliminação hipotética, a ação do pai da vítima não seria considerada causa da morte do estuprador. Suprimindo-se a sua conduta, conclui-se que, de fato, ainda assim naquele momento, a morte se abateria sobre o criminoso, visto que o carrasco fatalmente agiria. Destarte, a análise insípida do caso vertente sob as parcas luzes da equivalência dos antecedentes causais pode levar a crer, de modo errôneo, que o fato acima não seria crime.

Contudo, a argumentação acima jamais poderia ter qualquer sopro de veracidade. O pai da vítima é sim o responsável pelo assassinato do estuprador, mesmo que o evento fatalmente tivesse ocorrido em face de outro perigo preexistente.

A ação de disparar uma arma de fogo contra o condenado criou, efetivamente, um risco juridicamente proibido. Porém, além de criar o prefalado risco, esse risco realizou-se mediante a produção de um resultado juridicamente relevante.

Não fosse isso, o máximo que poderia acontecer era o pai da vítima responder por tentativa de homicídio caso errasse o alvo pretendido. E justamente tentativa de homicídio porque, nada obstante não haver a produção de um resultado material, houve a realização do risco através da ocorrência de um resultado jurídico, o perigo concreto de lesão ao bem jurídico vida.

Corolários desta regra podem ser citados:

(a) Só há imputação objetiva quando o resultado possui direta conexão com o risco proibido criado ou aumentado. É o caso do delegado de polícia aposentado que morreu de um ataque cardíaco ao saber que seus dois filhos foram mortos ao reagir a um assalto.

(b) O agente responderá apenas se o fato estiver sob o seu domínio. Hipótese em que a mulher traida proporciona uma viagem ao Alasca para o marido infiel na esperança de que ele morra tomado por uma avalanche de neve.

(c) Não há imputação objetiva quando o comportamento do agente é no sentido de diminuir a ocorrência de uma situação de risco proibido. O pedestre que ao perceber que seu companheiro vai ser atropelado, o empurra para longe provocando-lhe escoriações nos braços.

(d) Não há imputação objetiva quando o resultado se correlaciona com condições pessoais da vítima ignoradas pelo agente. Quando o agente, ignorando a existência de uma hemorragia na vítima, dispara contra esta. Subsume-se exatamente ao exemplo típico da vítima que morre em razão da colisão da ambulância e não pelos ferimentos sofridos com o disparo da arma de fogo.

(e) Não há imputação objetiva quando a vítima se autocoloca em situação de risco, como no caso do turista que sai sozinho do acampamento e decide escalar a montanha sem o guia, vindo a falecer em decorrência das lesões sofridas durante a queda. Interessante notar que mesmo que haja uma cooperação na autocolocação em risco, ainda assim não haverá imputação objetiva. É a hipótese em que o amigo aconselha o companheiro a ser repórter correspondente de guerra e morre em combate.

(f) Não há imputação objetiva quando o resultado lesivo está fora do alcance de proteção da norma. Dois veículos seguem no mesmo sentido, um imediatamente atrás do outro, ambos com suas lanternas e faróis apagados. Em razão disso, o condutor do primeiro colide com um terceiro que vinha em sentido oposto. Esse resultado poderia ter sido evitado se o condutor que seguia atrás estivesse com a iluminação de seu veículo ligada. A este último não pode ser atribuído o resultado lesão corporal culposa, visto que a norma de proteção que exige o perfeito funcionamento do aparato luminoso automobilístico à noite está dirigida para evitar acidentes com o próprio veículo, e não com terceiros. No máximo ele responderia por uma infração de trânsito autônoma.

5. CONCLUSÃO

Encerrada esta breve apresentação da Teoria da Imputação Objetiva, cumpre salientar que, embora não tão recente na doutrina estrangeira, ainda se

mostra engatinhando em solo pátrio.

Esta teoria, a uma primeira vista, pode encontrar resistência em nossas paragens principalmente pelo fato de apresentar um método eminentemente indutivo, cujas soluções continuam a ser oferecidas, em sua maioria, também por outros segmentos teóricos.

Porém, é de inegável praticidade e segurança. Concebida inicialmente como contraponto à Teoria da Equivalência dos Antecedentes Causais, passou a ser, na verdade, adotada como método corretivo da mencionada teoria.

Exige, portanto, a comprovação de uma causalidade natural ou física. Depois, dentro de uma dimensão axiológica, é realizada uma análise para se certificar se determinada conduta ou resultado pode ser atribuído juridicamente, e não simplesmente naturalisticamente, a alguém. Com isso, concluída essa etapa, antes mesmo de se fazer uma verificação do tipo subjetivo, pode-se afastar a tipicidade de um fato, excluindo, de uma vez por todas, a existência do crime.

6. REFERÊNCIAS

GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal. Parte Geral. Teoria constitucionalista do delito. 2ª ed. São Paulo: RT, 2006.

GRECO, Luis. Introdução à dogmática funcionalista do delito. In: Notícia do Direito Brasileiro. Nova Série. n. 7. Brasília: Universidade de Brasília. Faculdade de Direito.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. Parte Geral. 6ª ed. Niterói: Impetus, 2006.

JESUS, Damásio Evangelista de. Direito Penal. Parte Geral. 28 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. Imputação objetiva: o “Fugu Assassino” e o “Carrasco Frustrado”. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, 1999. Disponível em: <www.damasio.com.br>.

ROXIN, Claus. Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal. Tradução de Luis Greco. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

STIVANELLO, Gilbert Uzêda. Teoria da imputação objetiva. In: R.CEJ. n. 22. Brasília.

DIREITO PENAL TRIBUTÁRIO: BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA*

Ana Paula de Carvalho Moura **

Sumário: 1. Considerações iniciais. 2. Elementos caracterizadores. 3. As condutas típicas. 4. Repercussões da esfera administrativa no âmbito criminal. 5. Condições para a extinção da punibilidade. 6. Conclusão.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Os delitos contra a ordem tributária estão dispostos nos artigos 1º, 2º e 3º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. São crimes de natureza complexa, em geral perpetrados “por indivíduos que se servem de pessoas jurídicas, com o auxílio e assessoria de especialistas em contabilidade, legislação e tributos, a fim de, organizada e planejadamente, dificultar ainda mais a apuração”.¹

O sonegador se utiliza de manobras inteligentes e de técnicas fraudulentas, objetivando ocultar o fato gerador, tornando o delito um negócio aparentemente normal. Essas manobras são geralmente levadas a efeito dentro de uma empresa, na qual realiza movimentações financeiras complexas, exigindo dos órgãos repressivos uma atuação em conjunto e conhecimento especializado.

Para compreensão das peculiaridades que envolvem os crimes desta natureza, serão traçadas, inicialmente, algumas considerações gerais sobre seus elementos caracterizadores, a exemplo do dolo, definido na intenção deliberada do contribuinte em se furtar ao pagamento do tributo ou recolhê-lo a menor.

O presente estudo analisará brevemente as condutas típicas, ressaltando-se as repercussões da esfera administrativa no campo do Direito Penal

* Prêmio Menção Honrosa, pela originalidade e relevância do tema, no Concurso Melhor Arrazoado Jurídico do Ministério Público de Sergipe/2007, categoria servidor

** MBA em Direito Tributário pela FGV – Fundação Getúlio Vargas, Graduada em Direito pela Universidade Tiradentes; Graduada em Psicologia pela Universidade Federal de Sergipe.

¹ FERREIRA, Roberto dos Santos. *Crimes contra a ordem tributária*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p.19

Tributário, além das condições para que ocorra a extinção da punibilidade do ofensor, valendo-se, a título ilustrativo, dos posicionamentos jurisprudenciais mais recentes.

2. ELEMENTOS CARACTERIZADORES

Entende Reale Júnior que a delinquência econômica se caracteriza pela *versatilidade dos meios, com a utilização de dados tecnológicos qualificados, constituindo delitos de inteligência em oposição aos de violência, não só por se utilizar de recursos tecnológicos, como por se valer de pessoas altamente qualificadas.*²

A lei em estudo pretende, portanto, coibir a lesão aos cofres públicos, pois que a evasão de tributos em grande escala compromete, como cediço, as receitas estatais, que têm na arrecadação tributária sua principal fonte. Consequência desse processo é a inviabilidade do financiamento de projetos sociais, a concorrência desleal, além de medidas como a criação de novos tributos e o aumento de alíquotas, que o Estado adota, buscando compensar as expressivas perdas de recursos.

As condutas adiante descritas caracterizam-se como nocivas à coletividade, sendo, o Estado, através da Fazenda Pública (Federal, Estadual ou Municipal) o sujeito passivo.

Por sua vez, o sujeito ativo é o contribuinte, ou aquele que age em nome deste, em conjunto ou não, ou um terceiro a ele relacionado.

Cabe, ainda, antes da análise específica dos crimes dispostos na Lei nº 8.137/90, um apontamento sobre o dolo, elemento essencial para que se caracterize o delito contra a ordem tributária.

Para que se configure um dos crimes contra a ordem tributária é necessário o dolo, ou seja, que o agente realize qualquer das condutas descritas na lei, pretendendo conscientemente suprimir ou reduzir tributo.

Caso a conduta não se configure como dolosa, tendo o sujeito agido apenas com culpa, subsistirá, então, o ilícito meramente fiscal. Este terá como sanção a multa, fugindo, portanto, à alçada do Direito Penal, uma vez não se tratar de crime.

Difere, portanto, do ilícito penal, tipificado nas figuras descritas na lei em questão, que só se configuram com o dolo do agente, quando este deseja intencionalmente lesar o Fisco. Os que incidem nestas condutas típicas sofrerão a sanção penal, portanto, de maior gravidade do que as sanções previstas para os ilícitos fiscais. Assim pondera o entendimento doutrinário:

² EISELE, Andréas. *Crimes contra a ordem tributária*. 2 ed. São Paulo: Dialética, p.14

Por conseguinte, ante a violação de uma norma tributária, podem nascer ilícitos meramente fiscais e/ou penais, devendo os ilícitos ser sancionados nos respectivos campos, de acordo com as disposições legais próprias e peculiaridades dos ramos do direito envolvidos. Assim, um mesmo ilícito tributário pode sofrer sanções no campo fiscal/tributário, sem prejuízo de sanções penais expressamente cominadas em lei (princípio da tipicidade). Em outras palavras, uma determinada conduta humana pode caracterizar violação à norma tributária e sofrer sanções previstas nas diversas leis da mesma natureza, bem assim subsumir-se a um tipo penal contido na Lei 8.137/90 e, então, ser passível de sofrer as penas cominadas.³

Nota-se, então, que o Direito Penal não considera crime o não pagamento do tributo, mas sim a conduta dolosa que perfeitamente se enquadre nos tipos previstos na Lei nº. 8.137/90 e tenha como objetivo a supressão ou redução de tributo.

Caberá, portanto, ao Direito Penal Tributário, aliando os conceitos de um e outro ramo do Direito, encarregar-se do estudo dos crimes que têm por objeto a evasão fiscal.

Vale ressaltar que só existirá o crime após a ocorrência do fato gerador, uma vez que o sujeito ativo objetiva justamente ocultar o nascimento da obrigação tributária e a constituição do crédito tributário, através das condutas descritas na Lei nº. 8.137/90, induzindo a autoridade fiscal a erro, para obter a redução ou supressão do tributo.

3. AS CONDUTAS TÍPICAS

Oportuno analisar algumas peculiaridades das condutas elencadas nos artigos 1º, 2º e 3º da Lei nº. 8.137/90.

Os crimes praticados por particulares encontram-se nos artigos 1º e 2º, enquanto que o artigo 3º trata dos crimes praticados por funcionários públicos. Então vejamos:

Art. 1º. Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

³ FERREIRA, Roberto dos Santos. *Crimes contra a ordem tributária*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo. Malheiros Editores, 2002, p.38.

I – omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

II – fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

III – falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;

IV – elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;

V – negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação;

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão de maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V.

O artigo 1º, elenca crime de resultado ou material, sendo necessária a ocorrência de resultado, qual seja, a efetiva supressão ou redução do tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, para que se configure o crime ali disposto.

As condutas distribuídas nos incisos de I a V servem apenas para se alcançar o tipo descrito no *caput* do artigo, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal. Desta forma, o agente utiliza-se de qualquer das condutas descritas nos incisos acima para, então, conseguir reduzir ou suprimir tributo. Portanto, o crime apenas se consuma com a efetiva evasão fiscal.

A conduta descrita no *caput* se assemelha ao estelionato (art. 171 do CP), porém seu objeto é o tributo ou contribuição social; o sujeito passivo ou vítima é a Fazenda Pública; e os meios utilizados são as diversas ações previstas nos incisos.

O verbo suprimir significa a conduta omissiva de não recolher o valor devido, enquanto que reduzir se traduz em conduta comissiva, quando o recolhimento do valor se dá de forma parcial ou irregular.

Por ser um crime de ação múltipla, o agente pode praticar duas ou mais ações previstas nos incisos, mas se todas se derem em razão de uma única operação, existirá apenas um crime. A doutrina assim se manifesta:

Portanto, se para a redução de ICMS incidente sobre uma operação de saída de mercadorias, o agente falsifica materialmente a nota fiscal, insere elementos inexatos em tal documento e não registra a operação nos livros contábeis da empresa, deixando posteriormente de declarar ao fisco sua ocorrência, suprimindo o tributo, praticará apenas um crime. Mas, se o agente falsifica ideologicamente o documento fiscal referente a uma operação e omite outra operação na contabilidade, deixando de recolher ou reduzindo o tributo incidente sobre as duas operações, ocorre concurso de crimes, ainda que as operações tenham ocorrido dentro de um mesmo período de apuração do tributo.⁴

Ressalte-se que são livros fiscais, por exemplo, o registro de entrada de mercadorias, o registro de saída de mercadorias, o livro de apuração do IPI e ICMS, livros de ISS, entre outros.

Uma das formas mais comuns de evasão tributária é a não emissão de nota fiscal, que acarreta o não recolhimento do tributo incidente na operação. Interessante notar que, sendo a referida emissão da nota uma obrigação acessória, para a configuração do delito independe se o adquirente solicitou ou não o documento fiscal. Porém, se o comerciante não emitiu o documento no momento da operação, mas o fez ao fim do dia, registrando todas as operações, recolhendo o tributo, não há que se falar em crime, mas mera infração administrativa.

A nota "fria" e a nota "calçada" são exemplos de montagens utilizadas para fraudar a Fazenda. Aquela se verifica quando, por exemplo, o CNPJ não confere ou a empresa está inativa, ocasionando, em suma, o não recolhimento do tributo devido. Em se tratando da segunda modalidade, caracteriza-se quando são apostos valores menores nas vias fixas do que o descrito na nota que acompanha a mercadoria, pelo que a alíquota incidirá sobre um valor inverossímil, implicando o pagamento a menor do tributo.

A falta de atendimento de exigência da autoridade, disposta no parágrafo único, assemelha-se ao crime de desobediência contido no artigo 330 do Código Penal, porém aquele só se configura com o dolo do contribuinte, objetivando conscientemente suprimir ou reduzir tributo.

Transcrevemos as disposições do artigo 2º :

Art. 2º . Constitui crime da mesma natureza:

I – fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo:

⁴ EISELÉ, Andréas. *Crimes contra a ordem tributária*. Dialética, p 114

II – deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos;

III – exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida de imposto ou de contribuição como incentivo fiscal;

IV – deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento;

V – utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública.

Penas – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

O artigo 2º versa sobre crime formal, caracterizado por se consumar sem a produção de um resultado, ou seja, a mera realização de qualquer das condutas acima descritas basta para a configuração do delito em tela.

Nesta espécie é também necessário que o agente tenha em vista o objetivo, ou o especial fim de agir, de suprimir ou reduzir tributo. No entanto, por se tratar de crime que dispensa a ocorrência de resultado lesivo para a sua consumação, não é preciso que o agente realmente consiga reduzir ou suprimir o tributo, configurando-se o delito apenas com a realização de qualquer das ações descritas nos incisos. É de se notar que as penas aqui cominadas são de menor gravidade.

Importante salientar que o inciso V supracitado tipifica a conduta de utilizar e divulgar programa de processamento de dados que objetive burlar a escrituração contábil exigida pelo Fisco.

O artigo 3º cria novos crimes funcionais especiais, além dos já previstos no Código Penal, *in verbis*:

Art. 3º. Constitui crime funcional contra a ordem tributária, além dos previstos no Decreto-lei n.2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal (Título XI, Capítulo I):

I – extraviar livro oficial, processo fiscal ou qualquer documento, de que tenha a guarda em razão da função; sonegá-lo, ou inutilizá-lo, total ou parcialmente, acarretando pagamento indevido ou inexato de tributo ou contribuição social;

II – exigir, solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de iniciar seu exercício, mas em razão dela, vantagem indevida; ou aceitar promessa de tal vantagem, para deixar de lançar ou cobrar tributo ou contribuição social, ou cobrá-los parcialmente;

III – patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração fazendária, valendo-se da qualidade de funcionário público.

Trata-se de crimes próprios, portanto, somente podem ser praticados por funcionário público. Além da ordem tributária, o dispositivo visa a proteger a própria administração pública fazendária.

Destaca-se, em suma, que o inciso I exige um resultado danoso; o inciso II agrupa os elementos dos crimes de concussão e corrupção passiva, previstos no Código Penal e se consuma quando o sujeito realiza qualquer das ações indicadas, independente da obtenção do resultado; e o inciso III trata de modalidade especial de advocacia administrativa, significando defender, facilitar, apadrinhar interesse privado, aproveitando-se do cargo.

4. REPERCUSSÕES DA ESFERA ADMINISTRATIVA NO ÂMBITO CRIMINAL

Muito se discute sobre as consequências advindas da propalada necessidade de que se haja exaurido o processo administrativo fiscal para que reste caracterizada a tipicidade dos delitos ora apresentados.

Verifica-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de exigir a conclusão, em definitivo, do referido processo administrativo fiscal como condição para o reconhecimento da tipicidade destas condutas, uma vez que padecerá de justa causa a *persecutio criminis* se iniciada antes de proferida a decisão administrativa em última instância.

Este posicionamento encontra opositores na doutrina, que renegam a ofensa à tradicional separação das esferas criminal e administrativa, a exemplo da reflexão adiante transcrita:

Preocupa, assim, que a tradição do Supremo Tribunal Federal haja sido tão drasticamente modificada, enfraquecendo-se a possibilidade de combate da criminalidade elitizada (os chamados “crimes de colarinho branco”), e estabelecendo um imoral tratamento diferenciado entre os criminosos da vala comum (geralmente arregimentados dos setores mais excluídos da nossa sociedade) e os criminosos do andar de cima.⁵

Opõem-se no sentido de que, na seara criminal tributária, o pagamento não deve ser o principal e único objetivo a ser perseguido e sim a intimidação,

⁵ SÃO LEÃO, Marco Aurelio Oliveira. Cad. Min. Pub. Paraná - Curitiba v.8 n.3 jul/set 2005, p.145

imposta pela autoridade da lei, para garantir a validade da ordem jurídica, visando à tutela da própria ordem tributária e o conseqüente desestímulo da sonegação.

Ademais, contesta-se que o lançamento seja o marco para a concretização do crime, como se apenas a partir da constituição definitiva do crédito é que o delito tributário surgisse quando, desde o instante em que se esgota o prazo para o pagamento do tributo (o fato gerador já ocorreu), estaria consumado o crime contra a ordem tributária, concluindo Leão:

A consumação se dá quando, nascido o tributo, deixa o contribuinte dolosamente de proceder ao seu recolhimento no prazo previsto; o lançamento tem natureza declaratória e visa emprestar exigibilidade ao crédito estatal que lhe preexiste.⁶

Embora existam diversos debates científicos repelindo o exaurimento da via administrativa, o Supremo Tribunal Federal tem assim decidido, em sucessivos julgados, *in verbis*:

Habeas corpus - Denegação de medida liminar - Súmula 691/STF - Situações excepcionais que afastam a restrição sumular - Crimes contra a ordem tributária (lei nº 8.137/90, art. 1º) - Crédito tributário ainda não constituído definitivamente - Procedimento administrativo-fiscal ainda em curso quando oferecida a denúncia - Ajuizamento prematuro da ação penal - Impossibilidade - Ausência de tipicidade penal - Reconhecimento da configuração de conduta típica somente possível após a definitiva constituição do crédito tributário - Inviabilidade da instauração da persecução penal, mesmo em sede de inquérito policial, enquanto a constituição do crédito tributário não se revestir de definitividade - Ausência de justa causa para a “persecutio criminis”, se instaurado inquérito policial ou ajuizada ação penal antes de encerrado, em caráter definitivo, o procedimento administrativo-fiscal - Ocorrência, em tal situação, de injusto constrangimento, porque destituída de tipicidade penal a conduta objeto de investigação pelo poder público - Conseqüente impossibilidade de prosseguimento dos atos persecutórios - Invalidação, desde a origem, por ausência de fato típico, do procedimento judicial ou extrajudicial de persecução penal - Precedentes do Supremo Tribunal Federal - “*Habeas Corpus*” conhecido, em parte, e, nessa parte, deferido. (...) Enquanto o crédito tributário não se constituir, de-

⁶ *Idem*. p.177

finitivamente, em sede administrativa, não se terá por caracterizado, no plano da tipicidade penal, o crime contra a ordem tributária, tal como previsto no art. 1º da Lei nº 8.137/90. É que, até então, não havendo sido ainda reconhecida a exigibilidade do crédito tributário “an debeatur” e determinado o respectivo valor “quantum debeatur”, estar-se-á diante de conduta absolutamente desvestida de tipicidade penal. - A instauração de persecução penal, desse modo, nos crimes contra a ordem tributária definidos no art. 1º da Lei nº 8.137/90 somente se legitimará, mesmo em sede de investigação policial, após a definitiva constituição do crédito tributário, pois, antes que tal ocorra, o comportamento do agente será penalmente irrelevante, porque manifestamente atípico. Precedentes. - Se o Ministério Público, no entanto, independentemente da “representação fiscal para fins penais” a que se refere o art. 83 da Lei nº 9.430/96, dispuser, por outros meios, de elementos que lhe permitam comprovar a definitividade da constituição do crédito tributário, poderá, então, de modo legítimo, fazer instaurar os pertinentes atos de persecução penal por delitos contra a ordem tributária. - A questão do início da prescrição penal nos delitos contra a ordem tributária. Precedentes.⁷

Habeas Corpus. Penal. Processual Penal. Crime contra a Ordem Tributária. Representação fiscal. Trancamento da Ação Penal. Decisão definitiva do procedimento administrativo fiscal. Condição de procedibilidade da ação penal. Ordem concedida. 1. Denúncia carente de justa causa quanto ao crime tributário, pois não precedeu da investigação fiscal administrativa definitiva a apurar a efetiva sonegação fiscal. Nesses crimes, por serem materiais, é necessária a comprovação do efetivo dano ao bem jurídico tutelado. A existência do crédito tributário é pressuposto para a caracterização do crime contra a ordem tributária, não se podendo admitir denúncia penal enquanto pendente o efeito preclusivo da decisão definitiva em processo administrativo. Precedentes. 2. Habeas Corpus concedido.⁸

5. CONDIÇÕES PARA A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

O contribuinte, porventura enquadrado como agente responsável pela lesão aos cofres públicos, dispõe de alternativa legal para poder livrar-se da imputação que lhe é dirigida, desde que opte por quitar a dívida tributária.

⁷ STF, HC 90.957/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 19-10-2007, p.87

⁸ STF, HC 89.983/PR, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ 30-03-2007, p.76

Assim prevê o artigo 34 da Lei 9.249, de 26 de dezembro de 1995:

Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia.

Desta forma, caso o sonegador pague o tributo devido até o momento anterior ao recebimento da denúncia, a punibilidade será extinta.

Ressalta ainda, Kiyoshi Harada, prestigiando o princípio da retroatividade benéfica, *que a extinção da punibilidade do art. 34 aplica-se aos casos definitivamente julgados, atingindo os efeitos da sentença condenatória, enquanto não esgotada a fase de execução da pena imposta, desde que resultante de denúncia recebida após o pagamento do tributo.*⁹

Observa-se, porém, que a Lei nº 10.684, de 30 de maio de 2003, que instituiu o Refis II – Programa de Recuperação Fiscal, trouxe nova interpretação, na medida em que não delimita o momento da inclusão no programa de parcelamento como condição para extinção da punibilidade, senão vejamos:

Art.9,§ 2º. Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios.

Assim o entendimento tem sido o de extinguir a punibilidade em todos os casos em que haja o pagamento integral do tributo, desconsiderando-se o momento e as condições do pagamento. Ou seja, criou-se uma causa extintiva de punibilidade fundada no pagamento do débito tributário a qualquer tempo, induzindo o cumprimento da obrigação tributária.

Embora alguns doutrinadores se posicionem desfavoráveis a esta condição, entendendo que se caracteriza como um incentivo à prática dos delitos em questão, pois o mau contribuinte sabe que pode sonegar, até ser descoberto pelo Fisco, quando, então, paga o tributo devido e se vê livre da imputação que lhe é feita, o STF vem acatando a despenalização de crimes desta natureza, com fulcro no pagamento do débito tributário, a qualquer tempo, senão vejamos:

AÇÃO PENAL. Crime tributário. Tributo. Pagamento após o recebimento da denúncia. Extinção da punibilidade. Decretação. HC concedido de ofício para tal efeito. Aplicação retroativa do art. 9º da Lei federal

⁹ HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*, 16. ed. São Paulo: Atlas, 2007, pp.618-619

nº 10.684/03, cc. art. 5º. XL, da CF, e art. 61 do CPP. O pagamento do tributo, a qualquer tempo, ainda que após o recebimento da denúncia, extingue a punibilidade do crime tributário.¹⁰

No que pertine às consequências ensejadas pelo parcelamento do débito fiscal, tem-se que, inserido o contribuinte nesta condição, tendo firmado o acordo administrativo ou passado a integrar programa de refinanciamento fiscal, terá em seu favor a suspensão da pretensão punitiva e do lapso prescricional.

Partindo-se do pressuposto de que apenas com a constituição definitiva do crédito tributário é que a conduta será caracterizada no plano da tipicidade penal, a fluência da prescrição penal sequer será iniciada. Terá seu termo inicial no momento da consumação do delito, entendido este o do exato instante em que a dívida se reveste de exigibilidade.

Todavia, até que haja o pagamento integral da dívida, não se verifica a extinção da punibilidade. Esta apenas será declarada quando restar comprovada a quitação do valor total do débito, assim demonstrado no posicionamento jurisprudencial da Suprema Corte:

HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. PARCELAMENTO DO DÉBITO. SUSPENSÃO DA AÇÃO PENAL. ORDEM CONCEDIDA. 1. Nos termos do art. 9º da Lei nº 10.684/2003, o parcelamento do crédito tributário implica, automaticamente, a suspensão da sua inexigibilidade. Assim, se o crédito não é exigível, não há de se falar em sonegação ou redução de tributo, o que impede, por via de consequência, a persecução penal. Precedentes. 2. Existência, nos autos, de cópia de ofício da Receita Federal que informa estarem os débitos do paciente incluídos no Programa de Parcelamento Especial (PAES), bem como de documentos que comprovam estar o paciente em dia com suas obrigações. 3. Embora tramite, na Corte, ação direta de inconstitucionalidade contra o art. 9º da Lei nº 10.684/03, pesa a favor deste dispositivo presunção de constitucionalidade, razão pela qual ele deve ser aplicado até que sobrevenha a eventual declaração de inconstitucionalidade. 4. Ordem concedida para que a ação penal de origem seja suspensa, até que ocorra a quitação integral do débito, quando, então, deverá ser declarada extinta a punibilidade do paciente.¹¹

INQUÊRITO. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. PARLAMENTAR FEDERAL. PAGAMENTO INTEGRAL DO DÉBITO. EXTIN-

¹⁰ STF, HC 81929/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ, 27-02-2004, p. 27

¹¹ STF, HC86465/ES, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 29-06-2007, p.143

ÇÃO DA PUNIBILIDADE. REMESSA DOS AUTOS AO JUÍZO FEDERAL COMPETENTE, PARA PROSSEGUIMENTO DO FEITO EM RELAÇÃO AOS CO-RÉUS. 1. O art. 9º da Lei nº 10.684/03 goza de presunção de constitucionalidade, não obstante esteja em tramitação nesta Corte ação direta de inconstitucionalidade, sem pedido de liminar, visando a retirar a sua eficácia normativa. Precedentes. 2. Comprovado nos autos, através de ofício da Procuradoria Federal Especializada, o pagamento integral do débito imputado ao parlamentar federal indiciado, é imperativo o reconhecimento da extinção da pretensão punitiva estatal. 3. Denúncia não recebida em relação ao parlamentar, por estar extinta a punibilidade dos fatos a ele imputados, nos termos do art. 9º, § 2º, da Lei nº 10.684/03. 4. Os autos devem ser remetidos ao juízo federal competente da Seção Judiciária do Piauí, para regular prosseguimento em relação aos co-réus.¹²

Para ilustrar o panorama ora apresentado, merecem destaque os argumentos esposados no artigo elaborado pela Promotora de Justiça, coordenadora criminal do Centro das Promotorias da Coletividade do Ministério Público de Santa Catarina, que afirma, com peculiar irrisignação:

A freqüência generosa das entidades tributantes em editar leis concessivas de refinanciamento fiscal aos inadimplentes beira uma generosidade irresponsável das autoridades tributárias, que brindam os inadimplentes com mimos de tolerância e que demonstram a total aceitação do risco da própria inadimplência dos contribuintes.¹³

A autora, trabalhando com os conceitos da Teoria da Imputação Objetiva, reconhece o estímulo, oferecido pela própria vítima do crime em estudo, ao não recolhimento tempestivo de várias espécies tributárias, vez que premia os inadimplentes com leis concessivas de benefícios como perdão de multas e redução de juros.

Esta postura permissiva favorece o defraudador, que já aguarda anualmente os novos instrumentos procedimentais para quitação de débitos em atraso, evidenciando-se que o Estado-vítima estimula o inadimplemento e até legaliza o comportamento dos acostumados a dever tributo, como daqueles que, sem estímulos para o pagamento em dia, passam a deixar de recolher, expectando condições mais vantajosas.¹⁴

¹² STF, Inq 1.864/PI, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 03-08-2007, p.32

¹³ AREND, Márcia Aguiar. Os planos de refinanciamento fiscal à luz da teoria da imputação objetiva. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n.1.562, 11-10-2007.

¹⁴ *Idem*

Desta forma, este entendimento consagra que quando a vítima consente com a prática do crime, tolerando a agressão, pode surgir, então, uma causa excludente da tipicidade. E se a ofensa ao bem juridicamente tutelado é acatada, o crime deixaria de existir, consoante os preceitos da doutrina tradicional.

6. CONCLUSÃO

A presente análise apresentou algumas das especificidades que permeiam os crimes contra a ordem tributária, tanto no que pertine aos aspectos correspondentes ao direito material quanto no campo procedimental.

Permite-se notar que a tutela penal tributária lida constantemente com a contraposição do interesse privado ao público, na medida em que a concessão de benefícios legais ao sujeito ativo de um delito fiscal leva ao desestímulo da prática de condutas lícitas.

Quanto às razões que motivaram a Suprema Corte a firmar o atual entendimento jurisprudencial, necessário buscá-las em outras áreas científicas. Através de um estudo ampliado, valendo-se, por exemplo, dos princípios que norteiam a Nova Criminologia, talvez fosse possível identificar os motivos que emprestaram elevado crédito à Administração Tributária. Pode-se dizer, inclusive, o de propriamente aplicar o Direito Penal Tributário.

Para o Ministério Público, embora titular da ação penal, bem como para a Polícia Judiciária, foi-lhes tolhido atuar livremente no âmbito do *white collar crime*, haja vista que, mesmo sendo este processado mediante ação penal pública incondicionada, suas atribuições institucionais restaram indubitavelmente reprimidas, vez que limitadas à atuação fazendária.

**PRÊMIO MELHOR ARRAZADO
FORENSE 2007**

A OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE NA EXECUÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E A SUA FISCALIZAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO*

Adson Alberto Cardoso de Carvalho

Sumário: 1. Dos fatos. 2. Da possibilidade de controle do ato impugnado. 3. Do direito. 4. Da necessidade da tutela de urgência. 5. Dos pedidos.

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE, através de seu Promotor de Justiça ao final assinado, no exercício das atribuições institucionais de Proteção e Defesa do Patrimônio Público, Infância e Juventude e Idoso, com base no procedimento administrativo anexo e legitimado pelos artigos 129, inciso III, da Constituição Federal; no art. 118, inciso III, da Constituição do Estado de Sergipe; nas Leis Federais nº 7.357, de 24 de Julho de 1985, 8.625, de 12 de Fevereiro de 1993, art. 25, IV, alíneas “a” e “b”, na Lei Complementar Estadual nº 02, de 12 Novembro de 1990, art. 44, IV, alíneas “a” e “b”, após as alterações devidas vem, ante a presença de Vossa Excelência, para propor **AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA DECRETAÇÃO DE INEFICÁCIA DE ATO/ CONTRATO ADMINISTRATIVO, BEM COMO A DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO, E DOS DIREITOS DIFUSOS RELATIVOS À INFÂNCIA E JUVENTUDE E ÀS PESSOAS IDOSAS, COM PEDIDO LIMINAR**, em face do **MUNICÍPIO DE POÇO REDONDO**, pessoa jurídica de direito público interno, com sede na Av. Poço Redondo, 363, Centro, Poço Redondo/SE, e da **RADIO XINGÓ LTDA**, com sede na Rua Ananias Fernandes Santos, s/nº, CEP 49820-000, Canindé do São Francisco/SE, pelas razões de fato e de direito que passa a expor:

1. DOS FATOS

O Ministério Público Estadual, através desta Promotoria de Justiça, recebeu representação para apurar possíveis irregularidades cometidas pela Prefeita desta cidade, através de programa de rádio. Recebida a representação, devidamente atuada e gerando procedimento administrativo, este Promotor

* Peça subscrita pelo Promotor de Justiça Adson Alberto Cardoso de Carvalho, Pós-graduado em Processo Civil pela FANESE/JUSPODVUM, Premiada em primeiro lugar no concurso “Melhor Arrazoado Forense” realizado pelo Ministério Público de Sergipe no dia 14 de dezembro de 2007.

de Justiça, de logo, determinou a degravação e transcrição do material que a acompanhava, bem assim requisitou cópia do contrato existente entre o Município de Poço Redondo e a Radio Xingó FM, a fim de analisar as bases contratuais.

A transcrição feita por técnico do Ministério Público não revelou as irregularidades apontadas na representação.

Porém, chamou a atenção do Ministério Público o valor do contrato do programa de rádio, da ordem de R\$ 36.000,00 (trinta e seis mil reais) por ano, equivalendo a R\$ 3.000,00 (três mil reais) por mês, por um espaço de tempo de 01 hora e 30 minutos por semana, visando dar informes da prefeitura, avisos das secretarias municipais e divulgação de obras, dentre outros, conforme se depreende das cláusulas primeira e segunda do contrato de locação de serviços de publicidade, anexo.

Calha dizer que, embora pagando R\$ 3.000,00 (três mil reais) por mês para apresentar um programa de rádio com duração de 1h30 minutos uma única vez na semana, o Município de Poço Redondo tem um Conselho Tutelar funcionando de forma extremamente precária.

Com efeito, o Conselho Tutelar do Município de Poço Redondo/SE precisa de reforma no imóvel em que se encontra instalado; de cartuchos de tinta para impressora; almofadas; livros de atas para relatar pequenas ocorrências; pranchetas de acrílico; bebedouro elétrico; linha telefônica; instalação de internet; garrafa térmica; cópias de chave; tubos de cola; durex; fitas dupla face; grampeadores; CD's; toalhas de mão; xícaras; livros de protocolo; manutenção de computador, conforme documento em anexo, e, ainda, veículo para deslocamento, aperfeiçoamento profissional dos próprios conselheiros e casas de passagem para crianças e adolescentes que necessitem pernoitar em Poço Redondo/SE.

Os Conselheiros Tutelares deste Município já chegaram a solicitar a este Promotor de Justiça que intermediasse, junto ao Poder Público municipal, a aquisição de bicicletas, eis que, por muitas vezes, precisam fazer visitas e inspeções urgentes nos Povoados, porém não há veículo que possa atender, prontamente, às necessidades da infância e juventude de Poço Redondo/SE, no que pese haver recursos da ordem de R\$ 3.000,00 (três mil reais) mensais para serviços de propaganda e publicidade.

A situação é tão grave e vexatória que, acaso Vossa Excelência tenha que contatar um conselheiro tutelar deste município para, por exemplo, tornar esclarecido algum fato relativo a processo sobre certa criança ou adolescente, precisará ligar para um orelhão, e quem atender a esta ligação, fará o favor de ir até à sede do Conselho Tutelar e comunicar a um dos conselheiros que o Juiz quer falar com um deles. Porém, se a pessoa que atender a ligação entender que

é trote, ou que não é empregada do Juiz, aí Vossa Excelência terá de se dirigir pessoalmente, acaso já se tenha ultrapassado o expediente forense, ao Conselho Tutelar para se comunicar com um dos conselheiros e poder, aí sim, após esclarecidos os fatos, decidir matéria urgente.

De outro sentir, o Conselho Municipal do Idoso não se encontra, sequer, em funcionamento, apenas havendo minuta de projeto de lei ainda inconcluso.

Tais escolhas não podem trazer outro resultado para o Povo de Poço Redondo/SE, senão em ocupar o último lugar em índice de desenvolvimento humano no Estado de Sergipe, segundo estudos da ONU e fornecidos pela própria Secretaria de Assistência Social deste pobre município, conforme documento anexo.

2. DA POSSIBILIDADE DE CONTROLE DO ATO IMPUGNADO

Importante mencionar que a atuação do Poder Judiciário, diante de políticas públicas, não visa estabelecer metas que deverão ser traçadas pelo Poder Executivo quando houver ampla margem de discricionariedade, já que, desta forma, estaria invadindo seara que não lhe pertence. Contudo, tal atuação visa definir se a adoção de determinada política pública encontra-se compatível com o ordenamento jurídico e, em especial, se há respeito a direitos fundamentais da coletividade assim quando determinado ato subverte a ordem de valores constitucionais destinados a assegurar de forma direta e imediata ou indireta e mediata a dignidade da pessoa humana.

Ademais, temos que o controle judicial exercido nos termos acima mencionado é inclusive finalidade da própria tripartição dos poderes, a qual visa, segundo Moraes¹, evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem:

A Constituição Federal, visando, principalmente, evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem previu a existência dos Poderes do Estado e da instituição do Ministério Público, independentes e harmônicos entre si, repartindo entre eles as funções estatais e prevendo prerrogativas e imunidades para que bem pudessem exercê-las, bem como criando mecanismos de controle recíprocos, sempre como garantia do Estado democrático de direito.

Segundo Dallari², a teoria da tripartição dos poderes surgiu inicialmen-

¹ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 369.

² DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 215.

te como meio de obstar a atuação estatal na intervenção na esfera privada dos indivíduos, garantindo a estes uma maior liberdade:

A teoria da separação dos poderes, que através da obra de Montesquieu se incorporou ao constitucionalismo, foi concebida para assegurar liberdade dos indivíduos. Com efeito, diz o próprio Montesquieu que . quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não há liberdade, pois que se pode esperar que esse monarca ou esse senado façam leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Todavia, diante das modificações ocorridas no seio das sociedades, foram surgindo novas concepções que trouxeram interpretações diferentes para tal teoria. Assim, segundo coloca Dallari³, diante da idéia do Estado Democrático, surgiu a construção doutrinária denominada de *sistema de freios e contrapesos*, na qual:

Os atos que o estado pratica podem ser de duas espécies: ou são atos gerais ou são especiais. Os atos gerais, que só podem ser praticados pelo legislativo, constituem-se na emissão de regras gerais e abstratas, não se sabendo, no momento de serem emitidas, a quem elas irão atingir. Dessa forma, o Poder Legislativo, que só pratica atos gerais, não atua concretamente na vida social, não tendo meios para cometer abusos de poder nem para beneficiar ou prejudicar a uma pessoa ou a um grupo em particular. Só depois de emitida a norma geral é que se abre a possibilidade de atuação do Poder Executivo, por meio de atos especiais. O executivo dispõe de meios concretos para agir mas está igualmente impossibilitado de atuar discricionariamente, por que todos os seus atos estão limitados pelos atos gerais praticados pelo legislativo. E se houver exorbitância de qualquer dos poderes surge a ação fiscalizadora do Poder Judiciário, obrigando cada um a permanecer nos limites de sua esfera de competência.

Para Lenza⁴, a teoria da tripartição dos poderes, veio a ser adotada de forma abrandada, diante das realidades sociais e históricas, deixando de ser vislumbrada da forma rígida, anteriormente entendida, possibilitando-se a interpenetração de um dos poderes no outro. Neste sentido também se coloca Silva⁵:

³ *Opus cit.* p. 220.

⁴ LENZA, Pedro. *Teoria Geral da Ação Civil Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 216.

⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2004.p. 110.

[...] cabe assinalar que nem a divisão das funções entre os órgãos do poder, nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento do 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 governados.

Aliás, foi adotada no Brasil a teoria da separação dos poderes, em sua forma moderada, diante do emprego do sistema de *freios e contrapesos*, explicitada constitucionalmente: “art. 2º: São Poderes da União, **independentes e harmônicos entre si**, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. É indispensável vislumbrar no princípio da separação de poderes não um fim em si mesmo, mas um meio para a efetivação da Constituição, devendo o Judiciário, portanto, atuar diretamente na preservação da supremacia da Constituição, protegendo os direitos fundamentais nela inseridos.

Neste esteio, é que se mostra possível a atuação do Poder Judiciário, como meio de coibir uma conduta do Poder Executivo que ultrapasse os limites a este atribuídos e que venham a contrariar direitos fundamentais bem como atentar contra o Estado Democrático de Direito. Neste sentido, coloca Moraes:

Não existirá, pois, um estado democrático de direito, sem que haja Poderes de Estado e Instituições, independentes e harmônicos entre si, bem como previsão de direitos fundamentais e instrumentos que possibilitem a fiscalização e a perpetuidade desses requisitos. Todos estes temas são de tal modo ligados, que a derrocada de um, fatalmente, acarretará a supressão dos demais, com o retorno ao arbítrio e da ditadura.⁶

Campilongo⁷ também vislumbra a importância do controle jurisdicional dos Poderes para a caracterização do Estado Democrático de Direito:

Estado de direito não significa exclusivamente observância dos princípios da legalidade e da publicidade dos atos administrativos, legislativos e judiciais. Significa, igualmente – e, para efeitos aqui buscados, esse é o aspecto fundamental –, controle jurisdicional da atuação do Legislativo e do Executivo.

Palu⁸, igualmente, possui posição semelhante ao o que até aqui fora

⁶ *Opus cit.* p. 374

⁷ *Cit in* DIAS, Jean Carlos. *O controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Método, 2007. p. 103.

⁸ PALU, Oswaldo Luis. *Controle dos atos de governo pela jurisdição*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004. p. 354

defendido e coloca que:

O Estado de Direito implica em controle de Poder (via jurisdição) e o Estado Democrático implica em que a concreção das decisões estatais esteja fundada na vontade popular (princípio da maioria e governo representativo). Assim sendo, o que o art. 1º, da Constituição de 1988, faz é a união de ambos de modo a complementar o princípio do Estado de Direito com o princípio democrático, impondo o controle dos atos estatais e a relativização da regra da maioria perante valores e direitos fundamentais.

Silva⁹ coloca, ainda, que para que haja um bom desempenho de todas as esferas dos Poderes, é preciso colaboração e controle recíproco entre estes:

[...] os trabalhos do legislativo e do executivo, especialmente, mas também do judiciário, só se desenvolverão a bom termo se esses órgãos se subordinarem ao princípio da harmonia, que não significa nem o domínio de um pelo outro nem a usurpação de atribuições, mas a verificação de que, entre eles, há de haver consciente colaboração e controle recíproco (que aliás integra o mecanismo) para evitar distorções e desmandos.

Desta forma, resta claro que o controle judicial exercido em face do executivo quando da elaboração de políticas públicas mostra-se, além de possível, um meio necessário para que haja o respeito aos direitos fundamentais da coletividade bem como na defesa do próprio Estado Democrático de Direito. Neste sentido, coloca Dias:¹⁰

Atos de governo não podem estar fora do controle jurisdicional, quando seu conteúdo ou forma vierem a promover a violação à democracia, à profissionalização dos agentes e aos direitos fundamentais, que são os objetivos essenciais do sistema de separação dos poderes.

Aliás, a jurisprudência brasileira, inclusive da Suprema Corte, desde algum tempo, tem-se mostrado favorável ao controle judicial de políticas públicas, conforme se infere dos seguintes extratos:

Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políti-

⁹ *Opus Cit.* p. 111.

¹⁰ DIAS, Jean Carlos. *O controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Método, 2007 p. 103.

cas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional (RE 436.996-6/SP, Relator Ministro Celso de Mello, publicado no DJ de 07.11.2005).

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 (trecho da ementa do REsp 575.998/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07.10.2004, DJ 16.11.2004, p. 191).

Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado (ADPF 45, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 04/05/04).

Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível (A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais, p. 245-246, 2002, Renovar, ANA PAULA DE BARCELLOS, *apud* Min. Celso de Melo, ADPF 45 / DF) (sem grifos no original).

Uma vez ultrapassados os possíveis questionamentos a respeito de impossibilidade de aferir, judicialmente, atos administrativos discricionários que se revelem em políticas públicas, eis que o próprio STF admite esta possibilidade, passaremos a demonstrar como e porque o ato/contrato administrativo deve ser declarado ineficaz, deixando de gerar direitos e obrigações para os pactuantes, diante da inequívoca ofensa perpetrada aos direitos fundamentais coletivos, especialmente no que tange ao sistema de proteção que o Município de Poço Redondo/SE deve manter relacionado aos direitos fundamentais da criança e adolescente e da pessoa idosa.

3. DO DIREITO

A atuação do Estado através de seus poderes, órgãos e agentes tem por finalidade primordial a gestão do interesse público, de modo que tal desempenho não poderá se dar de forma arbitrária e desprendida de tal objetivo. Por levar em conta tal preceito, é que o ordenamento jurídico brasileiro fixou diversas regras com o fito de limitar ou controlar a gestão do interesse público. Baseando-se nisto que foram fixados também diversos princípios, tais como a moralidade, legalidade, publicidade, eficiência, impessoalidade, a traçados pelo texto constitucional (art. 37), além de outros preceitos fixados na legislação infraconstitucional.

Situação interessante, contudo, desponta quando nos defrontamos com atos do administrador público revestido de caráter político, ou seja, atos os

quais demandam do gestor público imensa discricionariedade em sua atuação. Assim, o administrador traça as metas de seu governo, de acordo com o que considera mais importante para a comunidade que o elegeu.

De fato, na presente gestão pública do Município de Poço Redondo, o demandado escolheu, como uma das medidas de políticas públicas, programa semanal de rádio, apenas por uma hora por semana de duração, pagando o valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais) mensais, em detrimento de outras áreas carentes neste município, tais como educação, saúde, infância e juventude, assistência social, amparo à velhice e outras tantas destinadas a concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana.

Não se pode olvidar, contudo, neste ponto, que os atos que delineiam as políticas públicas devem estar submetidos ao controle judicial assim como o estão os atos meramente administrativos, com o fito de garantir a supremacia da Constituição bem como de adequar-se ao Estado de Direito, conforme será adiante demonstrado. Mello¹¹ coloca neste sentido:

É que, em vários países europeus, sustenta-se que os atos políticos ou de governo são infensos a controle jurisdicional, entendimento este verdadeiramente inaceitável e que, como bem observou o eminente Oswaldo Aranha Bandeira de Melo, é incompatível com o Estado de Direito, constituindo-se em lamentável resquício do absolutismo monárquico.

Segundo Carvalho Filho, o controle da administração pública tem por pilares o princípio da legalidade, segundo o qual, a função administrativa desenvolve-se de forma subjacente à lei, sendo que os agentes não possuem aquela vontade livre afeta aos particulares em geral¹² e ainda o princípio das políticas administrativas, ou seja:

[...] o poder que tem a administração de estabelecer suas diretrizes, suas metas suas prioridades e seu planejamento para que a atividade administrativa seja desempenhada da forma mais eficiente e rápida possível. Neste ponto não se pode perder de vista que o único alvo da atividade administrativa tem que ser o interesse público, e, sendo assim, é este mesmo interesse que estará a exigir o controle da administração, não somente em sede de legalidade, mas também no que diz respeito aos objetivos a serem alcançados através da função de gerir os negócios da coletividade¹³.

¹¹ MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 37.

¹² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005, p. 730.

¹³ Opus cit. p. 730.

Relevante destacar que a doutrina e jurisprudência mostram-se pacíficas quanto à existência do mencionado controle da Administração Pública diante da ilegalidade de atos praticados por seus agentes. Assim, quando ao administrado é dado agir de determinada forma, em virtude de preceitos legais, e este assim não o faz, cabe ao Judiciário, sendo provocado, intervir controlando a conduta tida por ilegal.

Aliás, este controle também será possível quando o agente atuar sob a premissa da discricionariedade que lhe foi conferida, fora dos limites que lhe foram facultados, já que a discricionariedade, segundo Mello¹⁴:

[...] é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para **eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade**, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a solução vertente (sem ne- gritos no original).

De outro lado, a jurisprudência também tem entendido pela possibilidade do controle judicial dos atos discricionários diante dos princípios da moralidade e da razoabilidade:

O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade. (trecho da ementa do REsp 429.570/GO, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 11.11.2003, DJ 22.03.2004, p. 277).

Desta forma, a atuação administrativa do gestor público fora dos limites legais ou ainda ferindo princípios constitucionais que permeiam a administração pública diante da discricionariedade que lhe foi conferida, autoriza o controle judicial destes atos.

As premissas do controle judicial em face da administração pública até aqui delineadas são de fácil aplicação quando se tem em vista atos meramente administrativos do gestor público. Porém, quando tais atos se revestem de caráter político, o Poder Judiciário deverá fazer uso da contraposição destes atos em face da Constituição Federal. Assim, “no Estado Democrático de Direito, o controle de legalidade converte-se no controle de conformidade na tutela

¹⁴ MELO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 936.

de direitos fundamentais – sob as vestes freqüentes de interesses difusos – de maior amplitude”.¹⁵

Desta forma, quando a atuação estatal se traduz na fixação de determinada meta a ser alcançada através de certo planejamento, deve-se perquirir se tal empenho preserva os direitos fundamentais supraindividuais, garantidos constitucionalmente. Assim ocorre, pois, na grande maioria dos casos, a adoção de políticas públicas não se encontra positivada de forma explícita, embora a hierarquia de valores constitucionais aponte, indubitavelmente, para prioridades que a sociedade tenha num determinado momento histórico, colocando, sob tal matéria, as lupas do princípio da razoabilidade. Segundo Palu¹⁶, deverá haver, nestes casos, o chamado *controle de conformidade*:

O controle de conformidade é um controle de maior amplitude que o de mera legalidade, inteiramente possível em nosso ordenamento e distinto do controle de constitucionalidade. Tem importância ímpar na tutela dos direitos fundamentais, freqüentemente transfigurados em interesses metaindividuais. Abrange a omissão governamental e administrativa, os poderes discricionários e os atos do poder regulamentar. Como técnicas de controle de discricionariedade e da liberdade de conformação do legislador, utiliza-se o controle da proporcionalidade [...] e razoabilidade e o recurso aos princípios constitucionais, entre outras.

Ao fixar as diretrizes que serão adotadas na gestão pública, o agente atua com imensa discricionariedade, já que caberá ao seu juízo de conveniência e oportunidade, também lhe dado constitucionalmente, adotar determinado planejamento. Porém, esta atuação não poderá ser arbitrária, sob o manto de que decisões de cunho político das quais resultam em uma interpretação acerca dos interesses sociais, somente poderão ser tomadas por aqueles investidos no mandato eletivo. Neste ponto, coloca Dias:¹⁷

O fundamento pragmático da tese em análise – o poder discricionário de agir decorrente da impossibilidade de regulação específica de todas as situações que demandam ação estatal – não leva, nem deve levar a uma concepção de ação estatal fora de qualquer tipo de controle. Pensamento diverso está relacionado à fonte ideológica e teórica que serve de base a um tipo de ação que somente se compatibiliza com sistemas autocráticos de governo, como os exercidos pelos soberanos nas monarquias absolutas.

¹⁵ PALU, Oswaldo Luis. *Controle dos atos de governo pela jurisdição*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004, p. 150.

¹⁶ *Opus cit.* p. 198.

¹⁷ DIAS, Jean Carlos. *O controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Método, 2007, p. 102.

Dias¹⁸ comenta ainda que a discricionariedade vista como impedimento ao controle judicial de políticas públicas acaba por ferir o princípio da separação dos poderes:

Evidentemente, a discricionariedade, desse ponto de vista, acaba por isolar um núcleo de irresponsabilidade na ação dos governantes, totalmente incompatível com a proteção da democracia, da profissionalização e dos direitos fundamentais que são os marcos teóricos que o próprio primado da separação dos poderes tende e busca alcançar.

Assim, a discricionariedade administrativa apenas autoriza o administrador público a efetivar políticas públicas que sejam coerentes com as premissas constitucionais e, por consequência, destinadas à garantia de direitos fundamentais.

A realização do contrato de prestação de serviços publicitários pelo Município de Poço Redondo/SE, visando o emprego de verbas públicas para a divulgação de atos e programas de governo, concede relevância a área desenganadamente considerada em plano secundário, em detrimento de outra considerada essencial para a coletividade de Poço Redondo, de modo a ferir direitos fundamentais de estatura superior, porque põe a publicidade em relevo e, em segundo plano, os direitos à saúde, educação, infância e juventude, assistência social etc.

Cabe ressaltar que o administrador público, ao traçar metas para a sua gestão, deve ter em conta que a erradicação da pobreza e da marginalização, bem assim a redução das desigualdades sociais e regionais, fazem parte dos objetivos da República Federativa do Brasil, de acordo com previsão constitucional no art. 3º, III:

Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais

A todo texto constitucional deve-se dar efetividade, mas aos objetivos e fundamentos da República Federativa do Brasil de forma ainda mais acentuada e, por isso mesmo, é possível o exame e o controle de atos administrativos que, de alguma forma, releguem os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a plano secundário.

Destarte, diante do princípio supra constitucional da razoabilidade e, ainda, levando-se em conta a situação de profunda pobreza a qual assola este

¹⁸ *Opus cit.* p. 102.

Município, particularmente a situação de extrema dificuldade do Conselho Tutelar e da inexistência do Conselho do Idoso, não se mostra admissível o emprego das verbas públicas em área destinada à comunicação social, sem que tenha havido a satisfação de outras áreas consideradas mais essenciais e aptas à realização do princípio da dignidade da pessoa humana.

Cabe mencionar que o Município de Poço Redondo possui taxa de analfabetismo da ordem de 55,5%, e renda *per capita* de R\$ 46,87 equivalente ao 5.453º lugar entre os 5.507 municípios brasileiros, segundo o “Censo 2000” e “Atlas do Desenvolvimento Humano do Brasil”, pontos estes que não podem ser ignorados pelo administrador público de Poço Redondo ao exercer o seu poder discricionário quando do emprego das verbas deste município.

Ao aplicar o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, bem assim concordância prática a determinado caso concreto, o intérprete não se valer apenas de sua sensibilidade jurídica ou confiar em demasia no seu senso de justiça. Deve-se atentar, sim, para as outras áreas do conhecimento que possam emprestar legitimidade ao seu enxergar jurídico, sendo aconselhável, quicá necessário, socorrer-se da Economia, Sociologia, História, Filosofia e Psicologia. Com base nisto, devemos tomar de empréstimos os estudos da psique humana, os quais chegam a afirmar que seres humanos estabelecem uma hierarquia de necessidades, a qual, segundo Maslow¹⁹, se traduz na seguinte ordem:

1. Necessidade fisiológica (ar, comida, repouso, abrigo, etc);
2. Necessidade de segurança (proteção contra o perigo ou privação);
3. Necessidades sociais (amizade, inclusão em grupos, etc);
4. Necessidade de estima (reputação, reconhecimentos, auto-respeito, amor, etc);
5. Necessidade de auto-realização (realização do potencial, utilização plena dos talentos individuais, etc).

Ao defender a possibilidade do Judiciário atuar através do controle de mérito dos atos políticos, Palu coloca como um dos fundamentos deste controle os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, os quais são a essência da argumentação jurídica ora deduzida. Assim, “por meio desses padrões ou técnicas como os da razoabilidade e da proibição de excesso

¹⁹ Cit in CHIAVENATO, Idalberto. *Recursos humanos*. São Paulo: Atlas, 1985, p. 48.

(proporcionalidade), é possível constranger a administração (e de um modo geral, os poderes públicos) a um plano menos indevassável”.²⁰

Na medida em que o Poder Público dirige suas políticas públicas para a consecução de fim menos vantajoso para os seus administrados, levando-se em conta os princípios acima mencionados, este deixa de garantir direitos fundamentais e atenta contra o princípio da dignidade humana, quando prioriza gastos em publicidade ao invés de investimento em infância e juventude e amparo à velhice.

Não se torna desnecessário revelar que o sistema de valores constitucionalmente assegurados afirma *como, onde e em que medida* os atos administrativos classificados de políticas públicas são válidos, apontando qual deveria ser o comportamento do administrador ao prescrever tais políticas, a fim de que sua conduta esteja em conformidade com a Constituição e, em especial, com os direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais, nas palavras de Miranda²¹, podem ser entendidos como direitos inerentes à própria noção de pessoa, como direitos básicos da pessoa, como os direitos que constituem a base jurídica da vida humana no seu nível atual de dignidade, como as bases principais da situação jurídica de cada pessoa.

Bonavides²² aponta uma acepção ampla de direitos fundamentais, ao entendê-los como os alicerces de uma vida na liberdade e na dignidade humana. Por outro lado, entende por direitos fundamentais como aqueles definidos pelo direito vigente como tais.

Estes direitos, de outro lado, não são estanques, segundo aponta Miranda²³, variam conforme o tempo, as lutas sociais, com o progresso científico, econômico, etc, de modo que se pode visualizar a existência de dimensões destes:

Fala-se, por vezes, em três gerações de direitos fundamentais: a dos direitos de liberdade; a dos direitos sociais; e a de direitos novos ou novíssimos direitos, como os direitos ecológicos, os direitos dos povos à autodeterminação e aos recursos naturais, o direito ao desenvolvimento e o direito à paz.

As observações feitas acima se mostram pertinentes na medida em que se pretende demonstrar aqui a importância dos direitos os quais foram preteridos pelo demandado, de modo que a contrariedade de seus preceitos, pelo

²⁰ PALU, Oswaldo Luis. *Controle dos atos de governo pela jurisdição*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, p. 257.

²¹ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: direitos fundamentais*. 2. ed. [S.l.]: Coimbra Editora, 1998, p. 9.

²² BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 514.

²³ *Opus cit.* p. 25.

gestor público, ainda que seja através da adoção de políticas públicas, suscitará a intervenção do Poder Judiciário como meio de coibir a agressão a tal garantia. Neste sentido, coloca Dias:²⁴

[...] Não há espaço no Estado dos Direitos Fundamentais para atos insindicaíveis, pois o fundamento essencial da ordem jurídica contemporânea, que é essencialmente plural, é a manutenção de ambientes institucionais capazes de incorporar a complexidade das relações sociais, o que somente é possível por meio das relações discursivas equilibradas. Nesse sentido, no que diz respeito às políticas, os tribunais devem e estão autorizados a examiná-las e mesmo revê-las, quando efetivamente capazes de comprometer os direitos fundamentais.

Por outro lado, e para espantar qualquer espécie de dúvidas que se queira suscitar, desde 1990, com a edição do ECA, Lei nº 8.069/90, o legislador ordinário consignou:

Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Da mesma forma dispõe o Estatuto do Idoso, Lei nº 10.741/2003, fazendo deixar indubitosa a possibilidade de controle judicial das políticas públicas:

Art. 3º. É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito, e à convivência familiar e comunitária.

²⁴ *Opus cit.* p. 129

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

II) preferência na formulação e na execução de políticas públicas,
primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;

III) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção ao idoso;

VI) capacitação e reciclagem dos recursos humanos nas áreas dos recursos humanos nas áreas de geriatria e gerontologia e na prestação de serviços aos idosos;

Diante de tais textos legais, os quais são, no nosso entendimento, meramente exemplificativos, não há mais como se questionar a possibilidade de controle jurisdicional sobre políticas públicas.

De outro prisma, não nos parece ser razoável, nem ao legislador ordinário, que o Município de Poço Redondo/SE mantenha um programa radiofônico, pagando R\$ 3.000,00 (três mil reais) mensais por 90 minutos de duração semanal, enquanto os membros do Conselho Tutelar não possuem as condições mínimas para desempenhar as suas funções, isto é, não lhes estão sendo dadas as condições de cumprir com o próprio dever.

Quanto ao Conselho do Idoso, este sequer funciona.

É evidente que o regular funcionamento de tais órgãos integra uma rede de proteção às pessoas excessivamente jovens ou já idosas, a fim de seus direitos sejam primeiramente promovidos e depois assegurados, com prioridade absoluta, nos termos exatos da lei.

É nesta esteira de entendimento que o Ministério Público do Estado de Sergipe pugna pela declaração de ineficácia do contrato de prestação de serviços de publicidade, encetado entre o Município de Poço Redondo/SE e a Rádio Xingo FM, proibindo-se a exibição do referido programa com a consequente suspensão dos pagamentos, revertendo a quantia mensal de R\$ 3.000,00 (três mil reais) por mês para o Conselho Tutelar e para o Conselho do Idoso em partes iguais, mensalmente, a fim de que o primeiro possa exercer as suas funções com um mínimo de dignidade e estrutura e o outro possa ser finalmente instalado e cumpra a sua função institucional.

4. DA NECESSIDADE DA TUTELA DE URGÊNCIA

O caput do art. 12 da Lei de Ação Civil Pública estabelece:

Art. 12 Poderá o Juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificção prévia, em decisão sujeita a agravo.

Comentando as tutelas de urgência em sede de ação civil pública, Cristiano Chaves, valoroso membro do Ministério Público do Estado da Bahia, ensina:²⁵

Ou seja, a “liminar” é, na verdade, uma antecipação de tutela específica, prevista em lei, a ser concedida *initio litis*, no limiar do processo, com ou sem justificação prévia, visando entregar de logo o provimento que só se obteria ao final, por conta da grande probabilidade do autor ser considerado vencedor na sentença. Tem o fito de evitar grave prejuízo ao autor, por conta do passar do tempo, antecipando-lhe logo o provimento. Trata-se, pelo fio do raciocínio trilhado, de tutela de urgência específica, imaginada LACP, com a nítida intenção de permitir uma tutela mais segura e firme ao direito material. (...) Não se confunde com a cautelar (que tem função preventiva, assecuratória), nem tampouco com a própria tutela antecipada genérica (art. 273 do CPC, que se submete a requisitos distintos, mais robustos), muito embora tenha função antecipatória, pois serve para trazer para o presente um provimento que somente seria concedido no futuro, entregando-o à parte.

Para logo depois concluir:²⁶

De qualquer sorte, não se pode mais olvidar a incidência do § 7º do art. 273, CPC, com a redação que lhe foi emprestada pela Lei nº 10.444/02, autorizando o juiz a deferir medida cautelar quando erroneamente pleiteada a título de antecipação de tutela, dès que presentes os pressupostos específicos.

O novel dispositivo legal (CPC, 273, § 7º) para nós representa um dos mais expressivos avanços do processo civil, porque revela a *superação* de uma pseudo-técnica, isto é, da forma em prestígio a relação de direito material discutida nos autos. Jamais pode ser negada jurisdição sob o argumento de suposta *erronia técnica*, eis que esta é meramente instrumento que visa à pacificação social, fim último da função jurisdicional do Estado.

Nesta linha de inteligência se posiciona Nelson Nery Júnior, bem antes da reforma do CPC, através da Lei nº 10.444/02:²⁷

Não há necessidade de ajuizar-se ação cautelar, antecedente de ação principal, para pleitear a liminar com evidente desperdício de tempo e ativi-

²⁵ Inovações sobre o Direito Processual Civil - Tutelas de Urgência, Coordenadores: Arruda Alvim e Eduardo Arruda Alvim, 2006, Forense, pág.19. In *bibliotecaforensedigital*.

²⁶ Op. cit., p. 20.

²⁷ JUNIOR, Nelson Nery e NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor*, RT, 4 ed. 1999, p. 1531.

dade jurisdicional. O pedido de concessão de liminar pode ser cumulado na petição inicial de ACP de conhecimento, cautelar ou de execução”.

Presentes estão, no caso, os pressupostos legais para a concessão de medida de urgência, na forma de medida cautelar, com base no art. 273, §7º, do CPC, em harmonia com o art. 12 da Lei nº 7.347/85: *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Com efeito, *o bom direito* resulta evidente da violação aos dispositivos legais mencionados, e aos princípios de prioridade absoluta que devem ter crianças e adolescentes assim como os idosos, merecendo ser suspensos os efeitos do contrato de prestação de serviços publicitários mantido pelo Município de Poço Redondo/SE com a Rádio Xingó FM, eis que os dispêndios municipais com programas publicitários não podem obter prioridade em relação aos investimentos em infância e juventude e idosos. Na medida em que o Município de Poço Redondo/SE efetua despesas da ordem de R\$ 3.000,00(três mil reais) por mês para manter um programa de rádio, e não proporciona os meios necessários para o bom funcionamento do Conselho Tutelar, muito menos ainda para o Conselho do Idoso, claramente viola os preceitos do art. 4º, § único, alíneas c) e d) da Lei nº 8069/90 e o art.3º, § único, incisos II e III da Lei nº 10.741/03. Mais do que isso: não viola apenas artigos de lei expressa, mas dois dos valores básicos abraçados pela sociedade brasileira através da Assembléia Nacional Constituinte, consignados nos art.227 e 230 da *Lex Legum*.

E o *perigo da demora* reside na violação constante que o sistema destinado à proteção das crianças e dos adolescentes vem passando em Poço Redondo/SE, sobretudo quando não se tem sequer um veículo à disposição do Conselho Tutelar, nem uma linha telefônica para contato direto entre a Justiça da Infância e da Juventude (Juiz e Ministério Público) e os Conselheiros Tutelares. É possível que, neste exato momento em que Vossa Excelência se encontre examinando esta provocação jurisdicional, esteja ocorrendo grave violação aos direitos da infância e da juventude e alguém queira comunicar-se com o Conselho Tutelar para sanar tal situação. Porém, como não há telefone no Conselho, a violação persistirá e, quem sabe, trazendo, danos irreparáveis para a vítima. Já em relação aos idosos, sequer existe um sistema protetivo devidamente instalado e em funcionamento em Poço Redondo/SE, razão pela qual a expectativa de um idoso em situação de risco não é outra senão a espera pela própria *s(m)orte*.

Por tudo isso é que se nos aflora de modo insofismável a necessidade da medida de urgência, visando tutelar o princípio jurídico da prioridade absoluta e seus consectários, tanto para crianças e adolescentes quanto para idosos, expressamente previstos no art. 4º da Lei nº 8.069/90 e art. 3º da Lei nº

10.741/03 e, para isso, a medida mais adequada é a declaração de ineficácia do contrato aludido, impedindo a produção de efeitos jurídicos e, por via de consequência, a cessão do horário pela Radio Xingó FM e o pagamento da quantia de R\$ 3.000,00 (três mil reais) por parte do Município de Poço Redondo/SE para aquela, determinando-se, ainda, que o valor mencionado seja depositado em conta judicial para, em momento posterior, e de acordo com planejamento e cronograma para a satisfação das necessidades dos órgãos de defesa à infância e juventude e ao idoso, sejam destinados à realização das finalidades dos mesmos em partes iguais.

Aliás, o Ministério Público de Sergipe moveu ação semelhante em Lagarto/Se, sendo o pleito liminar acolhido nos autos 200654101103, conforme abaixo:

EMENTA – Tutela antecipada. Ação civil pública. Possibilidade jurídica de o Judiciário determinar ao Executivo a implementação de políticas públicas. Ausência no Município de abrigo para atender crianças e adolescentes em situação de risco. Art. 227 da Constituição Federal. Prioridade no atendimento a direitos das crianças e dos adolescentes. Art. 88, inciso I, do ECA. I- Estando o Executivo a descumprir injustificadamente uma política pública considerada prioritária pela Constituição Federal, é lícito ao Judiciário, quando provocado, determinar que observe o dever constitucionalmente imposto. Precedentes do STF e do STJ. II- À luz dos arts. 88, inciso I, e 90, parágrafo único, ambos do ECA, compete ao Município a implementação de abrigo para assistir às crianças e aos adolescentes em situação de risco. Precedentes do TJRS. III - Encontrando-se presentes, na hipótese, a verossimilhança do alegado e o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, deve ser deferida a tutela antecipada requerida, não se aplicando, *in casu*, a vedação contida na Lei 9.494/97, por conta da prevalência dos direitos da criança e do adolescente. Precedentes do STJ e do TJRS. IV- Tutela antecipada deferida. Precedentes em casos idênticos do TJRS, do TJRJ e do TJMS.

5. DOS PEDIDOS.

Ante o exposto, requer o Ministério Público:

a) Após a oitiva do Município de Poço Redondo, no prazo de 72 horas, seja deferida, liminarmente, a medida de urgência requestada, visando a declaração de ineficácia do contrato aludido, impedindo a produção de efeitos jurídicos e, por via de consequência, a cessão de horário pela Radio Xingó FM e o pagamento da quantia de R\$ 3.000,00 (três mil

reais) por parte do Município de Poço Redondo/SE para aquela, determinando-se, ainda, que o valor mencionado seja depositado em conta judicial para, em momento posterior, e de acordo com planejamento e cronograma para a satisfação das necessidades dos órgãos de defesa à infância e juventude e ao idoso, sejam destinados à realização das finalidades dos mesmos em partes iguais, sob pena de multa civil diária e de caráter pessoal imputada ao Chefe do Poder Executivo Municipal, na ordem de R\$ 1.000,00 (mil reais);

b) Sejam citados os requeridos nos endereços mencionados no intróito para, querendo, oferecer resposta, sob pena de revelia;

c) A produção das provas em direito admitidas, especialmente a testemunhal, a documental e pericial, por parte de órgãos especializados, bem assim depoimento pessoal dos representantes legais dos réus, sob pena de confesso;

d) O julgamento procedente do pedido para decretar a ineficácia do contrato aludido, impedindo, de forma definitiva, a produção de efeitos jurídicos e, por via de consequência, a cessão de horário pela Radio Xingó FM e o pagamento da quantia de R\$ 3.000,00 (três mil reais) por parte do Município de Poço Redondo/SE para aquela, determinando-se, ainda, que o valor mencionado seja depositado em conta judicial para, em momento posterior, e de acordo com planejamento e cronograma para a satisfação das necessidades dos órgãos de defesa à infância e juventude e ao idoso;

e) A proibição de celebração de contratos de publicidade e divulgação de obras por parte do Município de Poço Redondo/SE, enquanto os órgãos de defesa da infância e juventude e de idosos não estejam devidamente aparelhados para bem desempenhar as suas funções;

f) A dispensa do pagamento de custas processuais pelo autor, emolumentos e outros encargos, face ao que dispõe o art. 18 da Lei nº 7.347/85;

Dá-se à causa o valor de R\$ 36.000,00 (trinta e seis mil reais).

Nestes termos,

Aguarda deferimento.

Poço Redondo/SE, 10 de maio de 2007.

Adson Alberto Cardoso de Carvalho.

ROL DE TESTEMUNHAS

INCONSTITUCIONALIDADE NA CONTRIBUIÇÃO AO FUNDO DE APOSENTADORIA

Alessandra Pedral de Santana

TRIBUTÁRIO E CONSTITUCIONAL- LEI ESTADUAL Nº 4.067/99-SE QUE INSTITUIU CONTRIBUIÇÃO AO FUNDO DE APOSENTADORIA DO SERVIDOR ESTATUTÁRIO- AUSÊNCIA DE AMPARO CONSTITUCIONAL – DESSEMELHANÇA COM O REGIME DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR DE QUE TRATAM OS PARÁGRAFOS 14 E 15, DO ART. 40 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL¹

PARECER

Versam os presentes autos sobre Ação de Repetição de Indébito proposta por XXXXXXXXX, funcionário público estadual, por intermédio de advogado regularmente constituído às fls. 46, em desfavor do Estado de Sergipe, objetivando a declaração incidental de inconstitucionalidade da Lei Estadual 4.067/99, instituidora do FUNASERP (Fundo de Aposentadoria do Servidor Estatutário do Estado de Sergipe) e conseqüente restituição dos valores descontados no ano de 2005, sob a referida rubrica, corrigidos monetariamente e com incidência de juros legais.

Alega, em suma, que é funcionário do Poder Judiciário deste Estado e desde o seu ingresso no funcionalismo, teve descontado em sua remuneração o percentual de 3% (três por cento) a título de contribuição para o FUNASERP, tendo este incidido no período de janeiro a novembro de 2005. Argumenta sua pretensão restitutiva, explicitando que a Lei 4.067/99 disciplinou novel contribuição previdenciária, afrontando os preceitos constantes na Constituição Federal, pois aquela teria se limitado a delimitar alíquotas, o sujeito passivo e a forma de gerenciamento dos valores arrecadados dos contribuintes, sem regular a maneira como os benefícios seriam concedidos ou valores dos mesmos, infringindo o disposto no art. 40, Parágrafo 15, da Carta Magna.

Alternativamente, requer, na hipótese de este juízo entender constitucional a lei atacada, que sejam reconhecidos ilegais os descontos efetuados a

¹ Peça subscrita pela Promotora de Justiça Alessandra Pedral de Santana e premiada no dia 14 de dezembro de 2007, com “Menção Honrosa Peça Cível” no concurso “Melhor Arrazoado Forense”, realizado pelo Ministério Público de Sergipe.

título de previdência complementar, pois o Parágrafo 16, do artigo 40, da CF, impõe que a adesão ao regime de previdência complementar previsto, somente se dará mediante prévia e expressa opção do contribuinte, não tendo sido tal preceito observado pelo requerido, uma vez que o recolhimento teria se dado, sem qualquer possibilidade de opção pelo demandante.

Acostou aos autos os contra-cheques alusivos ao período de janeiro a outubro de 2005, além de outros documentos.

Devidamente citado, o requerido contestou tempestivamente, alegando falta de interesse em entabular qualquer tipo de conciliação, pugnando pela necessidade de suspensão do processo com fundamento no disposto no art. 265, inciso IV, alínea “a”, do CPC, em razão da pendência de julgamento no STF do Recurso Extraordinário no RMS nº 15117, no qual se discute incidentalmente a constitucionalidade da lei estadual impugnada, cujos efeitos reflexos poderiam atingir eventual decisão que seja proferida nestes autos.

Quanto ao mérito, invoca a prescrição das parcelas vencidas anteriormente ao quinquênio que precede a propositura da ação, fundamentando no disposto nos arts. 1º e 3º, do Decreto 20.910/32. Aduz que o FUNASERP/SE visa atender à difícil situação em que se encontra a Previdência Social do Estado de Sergipe, tendo por objetivo atender despesas com proventos de inatividade, com fundamento no art. 249 da Constituição Federal e no § 1º, do art. 149, CF, tendo o último dispositivo disciplinado o percentual da contribuição a ele destinada, em homenagem ao princípio do equilíbrio atuarial, razão pela qual, com a edição da Lei 4.067/99, os servidores estaduais teriam passado a suportar a incidência as alíquotas de 11%, 13% e 13,5%, de acordo com os respectivos rendimentos, posteriormente uniformizadas para 13%, com a alteração promovida pela Lei 4.413/2001.

Argumenta, sob outra ótica, que eventual reconhecimento da inconstitucionalidade da contribuição FUNASERP, acarretará prejuízo ao erário da ordem de R\$ 160.000.000,00 (cento e sessenta milhões de reais), gerando reflexos no financiamento do seguro social no Estado.

Instada a se manifestar sobre a contestação formulada pelo requerido, o demandante reforça os argumentos explicitados na exordial, defendendo a inadmissibilidade de suspensão processual por ausência de amparo legal, pois entende que resultaria em violação do princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Na seqüência, o requerido atravessou petitório, noticiando que a Associação de Magistrados de Sergipe, ajuizou perante o Supremo Tribunal Federal, a Ação Originária nº 1405, pleiteando a declaração da inconstitucionalidade da cobrança da contribuição ao FUNASERP e devolução dos valores pagos indevidamente, o que implicaria no reconhecimento da

suspeição dos magistrados estaduais para o julgamento da constitucionalidade da constituição do FUNASERP.

A parte autoral formulou novel manifestação às fls. 106/111, argumentando que a Lei Estadual 5.954/2006, representa confissão extrajudicial de dívida e conseqüente reconhecimento da ilegalidade da lei estadual impugnada, ratificando seus argumentos reproduzidos no curso do processo.

É, em suma, o relatório.

Designada para atuar no presente feito, por não vislumbrar qualquer interesse na causa, vez que não contemplada com a incidência dos descontos impugnados, posto que o ingresso deste membro do Ministério Público na instituição ocorreu em data posterior ao período de aplicação da lei questionada, passo a analisar a questão suscitada, nos seguintes termos:

A priori cumpre explicitar que o Ministério Público vislumbra a necessidade de sua intervenção, por incidência do disposto no art. 82, inciso III, 2ª parte, do CPC. O interesse público *in casu*, evidencia-se diante da verificação de que além do imediato interesse particular manifestado, futuro pronunciamento judicial afetará diretamente amplo espectro do funcionalismo público e seu erário, em razão da argüida inconstitucionalidade incidente da Lei Estadual n.º 4.067/99, objeto de inúmeras demandas propostas neste juízo com mesmo fim, cumprindo a este *parquet* velar pela estrita observância da regularidade formal e material da referida lei, pugnando pelo afastamento da sua incidência no ordenamento jurídico, caso acoimada de algum vício, ainda que em caráter incidental.

A propósito, arremata a questão com os ensinamentos do Professor Sérgio Puerta dos Santos², nos quais bem explicita o enfoque que deve ser conferido à ampla noção do que representa “*interesse público*”, *in verbis*:

Dessarte, o ‘interesse público’ que legitima a intervenção ministerial, portanto, é o direito indisponível que transcende ao interesse das próprias partes litigantes.

E, referindo-se, em caso específico, à Fazenda Pública, assevera este Autor:

O ‘interesse público’ de que tratamos não significa interesse da Fazenda Pública ou de pessoas jurídicas de direito público, pois estas têm seu próprio corpo de procuradores (Advocacia-Geral da União e Procuradoria-Geral do Estado).

²SANTOS, Sérgio Puerta. Manual de Prática Processual Civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, p. 56

Na apreciação dos autos, cumpre analisar, de proêmio, a incidência da hipótese de suspensão processual fundamentada no disposto no art. 265, inciso IV, alínea “a”, primeira parte, do CPC, argüida sob alguns fundamentos, na resposta do requerido.

O argumento proposto, no sentido que a *suspensão* processual deve ocorrer em razão da propositura pela AMASE, da Ação Originária nº 1405, versando sobre mesmo objeto, já que consubstancia em reconhecimento do interesse que os magistrados têm na causa, não deve prosperar. Uma vez manifestada a *suspeição* deste juízo e até de seu substituto, diante da incidência de quaisquer das hipóteses capituladas no art. 135 CPC, cumpre ao Tribunal a que se acha vinculado, designar para atuar no feito, magistrado que *a priori*, não possua interesse, a exemplo daqueles não atingidos pelos descontos impugnados, sob os quais não recairá qualquer efeito oriundo da Ação Originária nº 1.405, proposta pela Associação dos Magistrados de Sergipe.

No que pertine ao segundo argumento levantado pelo requerido, ao argüir que a pendência de Recurso Extraordinário em matéria idêntica à dos autos recomenda a suspensão deste processo, entendemos que a embora não se possa atribuir efeitos *erga omnes*, em sede controle difuso de constitucionalidade como se dá na hipótese levantada no Recurso Extraordinário sob referência, a questão dever suscitar análise cautelosa, fundamentada, sobretudo, nos princípios da economia e efetividade processual.

Para a *efetividade do processo*, ou seja, para a plena consecução de sua missão oficial de eliminar conflitos e fazer justiça, é preciso, de um lado, tomar consciência dos escopos motivadores de todo o sistema (sociais, políticos, jurídicos) e, de outro lado, superar os óbices que a experiência mostra estarem constantemente a ameaçar a boa qualidade de seu produto final.³ Efetividade processual também significa, antes de tudo, o perfeito alcance da finalidade do processo visto como instrumento ativo da distribuição da justiça e, mais do que isso, como forma de pacificação e modificação social, garantindo soluções ao mesmo tempo jurídicas e legítimas.

In casu, tem-se que o julgamento do Recurso Extraordinário em MS Nº 15.117, versando sobre controle difuso de constitucionalidade em questão idêntica, embora, *a priori*, não vincule as instâncias inferiores, já que a ampliação dos seus efeitos dependeria da aplicação do mecanismo previsto no art. 52, inciso X, da Constituição Federal, inevitavelmente, servirá como “norte” à convicção deste juízo, gerando, inclusive, reflexos sobre eventual pronunciamento que contrarie entendimento a ser firmado pela Corte Suprema, dando causa à multiplicação de recursos com idêntico questionamento, já que trami-

³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, Ada Pellegrin GRINOVER; Cândido Rangel DINAMARCO. *Teoria geral do processo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 35.

tam nesta instância milhares de processos nesta condição e que poderão resultar em elevada repercussão econômica ao erário, sendo prudente, neste momento, por medida de economia processual e em atenção à própria efetividade das decisões judiciais, aguardarmos o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal acerca da constitucionalidade da Lei 4.067/99, aplicando-se interpretação ampla ao disposto no art. 265, inciso IV, alínea "a", por este fundamento, para determinar a suspensão do processo sob análise.

Caso, ainda assim, este juízo entenda por afastar os argumentos explicitados, decidindo pelo prosseguimento do feito, manifestamos, desde já, nosso posicionamento quanto ao mérito da questão invocada.

Inicialmente, cumpre atentar para a aplicação do disposto nos arts. 1º e 3º, do Decreto 20910/32, que trata da prescrição quinquenal das ações que tenham por objeto prestação de trato sucessivo em detrimento da Fazenda Pública, inferindo-se que nenhuma das prestações pleiteadas foi atingida pelo referido lapso.

O cerne da questão versa sobre a constitucionalidade da polêmica Lei Estadual nº 4.067/99, de 11 de Janeiro de 1999, que instituiu a contribuição denominada FUNASERP- Fundo de Aposentadoria do Servidor Público Estatutário do Estado de Sergipe, estabelecendo inicialmente desconto da remuneração mensal total de todos os servidores públicos do Estado de Sergipe, com percentual escalonado de 1 a 3,5%, de acordo com faixa salarial, estipulando efeitos retroativos a 1º de Janeiro daquele ano! Posteriormente, com a alteração promovida pela Lei 4.205/99, vigente a partir de 1º de janeiro de 2000, o percentual foi unificado em 3%, conforme dispõem seus arts 1º e 4º, inciso I.

Analisando os dispositivos integrantes da Lei originária instituidora do FUNASERP, em seu art. 2º, depreende-se que a sua finalidade é "*a captação, gerenciamento e aplicação de recursos financeiros para atender despesas com proventos de inatividade de servidores públicos estatutários, civis e militares, cujo pagamento seja encargo do Estado de Sergipe, através de seus Poderes Constituídos e respectivos Órgãos de Administração Direta e das Autarquias e Fundações Públicas Estaduais*". Para a consecução destes objetivos, fixou inicialmente percentuais de contribuição em regime progressivo, tendo o servidor estadual passado a contribuir à previdência com percentuais totais de 11%, 13% e 13,5%, a depender da sua remuneração, os quais posteriormente foram arbitrados em 13% para todos os servidores.

Ocorre que, em nenhum momento, a lei instituidora e suas alterações, estabeleceram critérios e planos beneficiários para os servidores sujeitos à cobrança dos percentuais complementares, tudo levando a crer, que a Lei 4.067/99 é manifestamente inconstitucional em seu aspecto material, pois não se adéqua ao regime de previdência complementar previsto no Parágrafo

14, do art. 40 e art. 202, da CF, embora a ele se reporte, conforme depreende-se da análise de seus dispositivos e alteração promovida, inclusive, pela recente Lei 5.277/2004 visando a *"inclusão da contribuição previdenciária dos servidores inativos e pensionistas, de acordo com a Emenda Constitucional n.º 41, de 19 de dezembro de 2003"*, estabelecendo que o FUNASERP, a partir de então, passaria a ser recolhido dos referidos servidores, demonstrando, veementemente, que o referido recolhimento teria sido instituído como regime de previdência complementar, possuindo, assim, natureza jurídica diversa do fundo previsto no art. 249, da CF, sem qualquer amparo constitucional, em razão dos vícios anteriormente apontados.

Observe-se que, ainda caso entendêssemos que o FUNASERP corresponderia ao fundo contemplado no art. 249, da CF, a Lei 4.067 estaria de igual modo eivada de vício de inconstitucionalidade, na medida que a lei estadual não define sua natureza, tampouco estabelece plano de aplicação de suas receitas vinculadas, como se infere do contido no art. 72, c/c 2º, §2º, I, da Lei 4.320/64, pois não constava na Lei Orçamentária tal previsão.

As razões invocadas pelo requerido no sentido que a instituição dos percentuais referidos, teria se dado em cumprimento ao disposto no §1º, do art. 149 CF, quando preceitua: *"Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão contribuição cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, do regime previdenciário de que trata o art. 40, cuja alíquota não será inferior à da contribuição dos servidores titulares de cargos efetivos da União"*, não possui qualquer respaldo, até mesmo porque este dispositivo teve atual redação inserida no texto constitucional pela EC 41/2003, de 19 de dezembro de 2003, época em que já estava há muito, vigente a Lei estadual questionada. A redação original do art. 149, sequer contemplava os limites mínimos das alíquotas de contribuição cobradas destes servidores, não fazendo sentido lógico-temporal qualquer arguição do requerido neste sentido.

Em verdade, percebe-se que a Lei Estadual 4.067/99, instituída logo após a publicação da EC nº 20/98, teve por intuito criar contribuição previdenciária complementar para resolver o antigo problema do déficit previdenciário em nosso Estado, visando equilibrar as contas públicas, só que o legislador, não tendo se preocupado em observar os ditames estabelecidos pela Carta Magna, acabou por criar nova contribuição, desprovida, portanto, de qualquer amparo constitucional, vez que esta veda a existência de regime previdenciário paralelo.

A Emenda Constitucional nº 20/98, inovou em termos constitucionais, trazendo a previsão do regime de previdência complementar para os servidores titulares de cargos efetivos pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, mediante criação por lei, no âmbito de cada ente federativo e em

conformidade com lei complementar federal, baseando-se na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, além da previsão do plano de benefícios e pleno acesso dos participantes às informações alusivas à sua gestão.

Acrescentado pela referida emenda constitucional, o § 16, do art. 40, CF, preceitua ainda que: "*somente mediante sua prévia e expressa opção, o disposto nos §§ 14 e 15, poderá ser aplicado ao servidor que tiver ingressado no serviço público até a data de publicação do ato de instituição do correspondente regime de previdência complementar*". Tal dispositivo demonstra claramente que o texto constitucional resguardou o direito de opção àqueles que ingressaram no serviço público até a publicação da lei que instituiu o regime de previdência complementar. A propósito, sobre a questão, cumpre reproduzir os esclarecimentos esboçados por Alexandre de Moraes, em sua Obra "Direito Constitucional", *in verbis*:⁴

O regime de previdência complementar somente será obrigatório para os servidores titulares de cargo efetivo que ingressarem no serviço público após a data de publicação do ato de sua instituição. Em relação aos servidores titulares de cargo efetivo que já se encontravam no serviço público nesta data, a Constituição Federal prevê o direito de optar ou não, de maneira prévia e expressa, pelo novo sistema.

Inferre-se, portanto, que a lei questionada afronta em diversos aspectos a Constituição Federal, seja por não conter qualquer preceito estabelecendo critérios que preservem o equilíbrio financeiro, seja por se limitar a fixar percentuais de contribuição de acordo com a remuneração do servidor, sem estabelecer a relação custo-benefício, providências absolutamente indisponíveis à apuração e fixação do valor da contribuição. Além do que, assevere-se, à margem das ilegalidades anunciadas sequer resguardou o direito de opção ao servidor nos moldes já explicitados, devendo ser reconhecida, *in casu*, a inconstitucionalidade da Lei 4.067/99, para determinar a restituição de todos os valores descontados do servidor sob a rubrica FUNASERP, no período vigência da norma, na medida que ao contrariar os preceitos da Carta Magna, teria o Estado instituído novel contribuição previdenciária, desprovida de qualquer respaldo constitucional.

Ressalte-se, neste contexto, que a publicação da Lei Estadual Nº 5.954/2006, disciplinado a restituição de 50% (cinquenta por cento) do montante recolhido dos servidores públicos estaduais, a título de FUNASERP, corrobora com todos os argumentos já explicitados, representando o reconhecimento

⁴ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 355

pelo Estado do direito invocado.

Não há como prosperar uma lei estadual norteadada pela cobrança de contribuição previdenciária que se restringe a determinar os sujeitos ativo e passivo, a alíquota cobrada e a forma de gerenciamento dos recursos arrecadados, mas não estabelece mecanismos indicativos da forma como se dará a futura reversão dos valores arrecadados ao servidor, sob a ótica de um regime previdenciário complementar.

Embora a questão ainda não tenha sido enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal, impende ressaltar que nos autos do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 15117-SE⁵, a 1ª Turma do STJ, manifestou-se pela inconstitucionalidade da contribuição questionada, conforme passamos a reproduzir:

TRIBUTÁRIO. LEI 4.067/99 DO ESTADO DO SERGIPE. AUSÊNCIA DE AMPARO CONSTITUCIONAL PARA A CRIAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO AO FUNDO DE APOSENTADORIA DO SERVIDOR ESTATUTÁRIO. DESSEMELHANÇA COM O REGIME DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR DE QUE TRATA OS §§ 14 E 15, DO ART. 40, DA CF.

I - Derrade o Fundo de Aposentadoria do Servidor Público Estatutário do Estado de Sergipe ao fim pretendido pela norma constitucional (§ 14, art. 40), que oferece à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, a possibilidade de fixar limite máximo aos benefícios previdenciários relativos ao regime geral de previdência social, desde que instituem um regime de previdência complementar para os servidores titulares de cargo efetivo.

II- A Lei Estadual hostilizada limitou-se a fixar percentuais de contribuição progressivos, de acordo com a remuneração percebida pelo servidor, não lhes oferecendo nenhum plano beneficiário, muito menos vinculado a uma contribuição definida consoante norma contida no § 15, do art. 40, da Carta Constitucional. Assim é que se conclui não cuidar a Lei 4.067/99 da previdência complementar prevista na Constituição Federal, conforme faz crê, mas sim da instituição de nova contribuição previdenciária.

III- O que pode o Estado sobre o tema, firme no art. 149, da Carta Magna que lhe confere competência para tanto, é proceder ao aumento das alíquotas da contribuição instituída, a qual, nos dias atuais, é de 10% (dez por cento), estando em desconformidade com o disposto no § 1º. do art. 149, da Constituição, o qual prevê não seja a alíquota de contribuição dos servidores dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios inferior àquela da contribuição dos

⁵ Recurso em Mandado de Segurança nº 15.117-SE. Publicado em 19/12/2005

servidores titulares de cargos efetivos da União que, hoje, por força do art. 4º da Lei 10.887 é de 11% (onze por cento), consoante bem acentuou o Parecer do Ministério Público Federal.

V- Recurso Ordinário provido.

Outrossim, conforme já ressaltado pelo requerido, foi manejado Recurso Extraordinário, que se encontra ainda pendente de apreciação, devendo o STF se manifestar incidentalmente acerca da constitucionalidade da lei estadual atacada, que desde já entendemos, conforme explicitado, manifestamente inconstitucional.

Nestes termos, caso não aplicado disposto no art. 265, inciso IV, alínea “a”, para determinar a suspensão processual, até futuro pronunciamento do Supremo Tribunal Federal nos autos da Ação Originária nº 1.405 ⁶, vem desde já se manifestar no sentido que seja declarada a inconstitucionalidade da Lei 4.067/99, com suas alterações promovidas pelas Lei 4.106/99, 4.205/99, 4.347/01 e 5.277/04, na medida que não guarda qualquer adequação à norma constitucional que deveria se prestar como seu fundamento de validade, para afastar a incidência do percentual descontado do requerente sob a rubrica FUNASERP, determinando a restituição de todos os valores cobrados pelo Estado nestes termos, no período de vigência da lei impugnada mediante a incidência de correção monetária e juros legais.⁷

É o parecer.

S.M.J

Aracaju/SE, 28 de agosto de 2006.

Alessandra Pedral de Santana

⁶ Em 20/11/2006 foi publicada decisão do Relator, Min. Gilmar Mendes, negando seguimento à Ação Originária nº 1.405, sob fundamento no disposto no art. 21, §º, do Regimento Interno do STF, sendo que em 28/11/2006 foi interposto Agravo Regimental contra esta decisão, encontrando-se os autos com vistas ao relator desde 30/11/2006, sem qualquer movimentação processual.

⁷ A Lei 6.145, de 04 de junho de 2007, propôs a devolução de 100% do valor recolhido pelo Estado a título de FUNASERP, observado o cronograma de pagamento por ele definido.

INCONSTITUCIONALIDADE DA PRESUNÇÃO DE VIOÊNCIA EM CRIME SEXUAL

Gilton Feitosa Conceição

A presunção da violência nos crimes sexuais contra adolescentes, como elemento tipificador de conduta criminosa, no nosso ordenamento penal pátrio, enfrenta hoje a inconstitucionalidade das normas que a prevêem, não sendo possível aplicá-las¹

ALEGAÇÕES FINAIS

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE, pelo Promotor de Justiça em Substituição, subfirmado, nos autos da ação penal pública condicionada, movida em face do Réu acima mencionado, vem, perante V. Exa., oferecer suas **ALEGAÇÕES FINAIS**, nos termos seguintes:

Esta Ação Penal foi iniciada em 25/11/25 com o recebimento da Denúncia por este douto Juízo (fls. 52), havendo o Réu sido regularmente Citado e interrogado em Juízo. Apresentou Defesa Prévia às fls. 60. A instrução probatória se deu em duas audiências instrutórias quando foram ouvidas as pessoas arroladas pelas partes. Compõe o acervo probatório, além da prova testemunhal, prova pericial e documental. Na fase do art. 499, do CPP, nenhuma diligência foi requerida pelas partes. Deste modo, chega este processo a esta fase de Alegações Finais, sem vícios que o maculem de nulidades.

Antes de adentrarmos na análise meritória (fato imputado e consequências jurídico-penais) desta Ação Penal, impõe-se acentuar nosso inconformismo jurídico com a reunião de várias condutas humanas, com diversas motivações fáticas, circunstanciais e subjetivas, num mesmo tipo penal gravíssimo, qual seja o Estupro (e o Atentado Violento ao Pudor, por semelhança de hipótese), previsto no art. 213 e suas combinações, do Código Penal. E este inconformismo resulta da pouca margem que o diploma legislativo ordinário em questão dá ao julgador para tratar situações fáticas bem diferentes, de forma também diferenciada e ajustada à realidade de cada caso concreto, a exemplo

¹ Peça subscrita pelo Promotor de Justiça Gilton Feitosa Conceição e premiada no dia 14 de dezembro de 2007 com "Menção Honrosa Peça Criminal" no concurso "Melhor Arrazoado Forense", realizado pelo Ministério Público de Sergipe.

do fato examinado neste Processo Penal, onde a imputação grave se dá pela presunção (ficta) de violência na conduta do Réu, em face da vítima ser adolescente de 13 anos de idade à época dos fatos, se confrontarmos este fato concreto com um outro fato hipotético em que um Réu primário e sem antecedentes criminais comete Estupro com violência real (na sua figura simples) contra vítima da mesma idade. p. ex.: A rigor, pela literalidade legislativa atual, em tese, ambos os agentes ativos estão numa mesma situação de imputação do mesmo crime hediondo, a despeito de que no caso destes autos, a vítima haja consentido no relacionamento sexual, e o Réu não haja praticado qualquer conduta materialmente violenta.

Daí porque precisávamos avaliar melhor a razão deste inconformismo para adotarmos uma posição jurídica consentânea com os princípios de justiça que norteiam nossa atuação promotorial e em última instância, que inspiram a atuação da instituição ministerial como missão constitucional de promover a acusação penal e ao mesmo tempo ser a guardiã da lei em geral. E só agora conseguimos formar uma convicção jurídica (mínima) para emitirmos opinião mais abalizada neste caso concreto e noutros com hipóteses fáticas semelhantes, tributando a resolução deste conflito profissional ao mestre **Luiz Flávio Gomes** e sua obra PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA NOS CRIMES SEXUAIS, Ed. Revista dos Tribunais, 2001, na qual este respeitado estudioso do Direito Criminal examina de forma profunda e abrangente as questões que integravam o nosso já mencionado inconformismo.

Passando agora a análise de mérito, recordemos que a imputação contra o Acusado aponta que o mesmo envolveu-se sexualmente com a adolescente LBPS, então com 13 anos de idade, mantendo com a mesma conjunções carnaís, por algum período. A imputação na Denúncia indica que o Réu iludiu a vítima face sua inexperiência sexual e idade reduzida, pelo que agiu com violência presumida, nos termos da presunção estabelecida no art. 224, alínea “a”, do CP.

Após toda a instrução probatória, desde a fase inquisitorial até a fase judicial (sob o crivo do contraditório), resultaram incontroversos os fatos da Autoria e materialidade do relacionamento sexual entre Réu e Vítima, como também a voluntariedade das condutas de ambos em consentirem neste relacionamento e nas conseqüentes conjunções carnaís constitutivas de uma das elementares deste tipo penal hediondo. Segundo a unanimidade dos depoimentos colhidos, inclusive do Réu e da Vítima, surgiu um espontâneo e mútuo interesse em se relacionarem.

As conjunções carnaís estão comprovadas pelas confissões do Réu e da Vítima, bem como pelo Laudo de Exame Pericial de fls. 20/23. Ressalte-se que a prova não aponta qualquer ato violento do Acusado para conseguir o relacionamento sexual com a adolescente LB, tudo indicando que o romance nasceu

de manifestação espontânea e mútua dos sentimentos. Estes são os fatos que, ante a interpretação positiva-legalista e o que dispõe os Arts. 213, c.c. 224, “a”, do CP, seriam considerados crime hediondo de estupro, com violência presumida.

Mas seria juridicamente aceitável esta conclusão neste caso concreto? Entendemos que não. E quem nos dá a certeza jurídica desta resposta é o mestre Luiz Flávio Gomes, em sua obra acima citada e da qual emprestamos nossas razões de direito doravante explanadas, para ao final concluirmos pedindo a improcedência desta Ação Penal, por considerar que não houve o delito imputado.

Em tal obra especificada, o Autor citado, amparado em atual doutrina e jurisprudência pátrias, bem como em doutrina e jurisprudências européias, mormente espanhola e portuguesa, discute a natureza jurídica da presunção legal de violência nos crimes contra a liberdade sexual, mostrando as correntes que a interpretam como *presunção absoluta* e *presunção relativa*, mas concentra seu estudo num enfoque jurídico novo, qual seja o da (in)Constitucionalidade desta presunção de violência frente a ordem constitucional vigente no país a partir de 1988.

E a doutrina que a *presunção* de violência prevista no art. 224, do CP, é inconstitucional, demonstrando que tal dispositivo legal deve ser lido com outro alcance e reinterpretado à luz da Constituição Federal. À par deste enfoque constitucional do tema, Luiz Flávio Gomes faz uma inovadora distinção doutrinária entre agressão sexual e abuso sexual nos delitos contra a liberdade sexual, numa lição jurídica que resolve nosso inconformismo acima delineado, conformando a realidade fática de casos concretos com a aplicação consentânea das regras contidas no art. 224, do CP. E arremata o estudo com a análise da questão do *consentimento válido nos crimes de abuso sexual*, a partir do Estatuto da Criança e do Adolescente-ECA, que estabelece um novo regime jurídico da criança e do adolescente.

No caso desta Ação Penal, a própria aceitação da relativização da presunção de violência prevista no art. 244, CP, poderia (e pode) servir de razão jurídica para dizer que o acusado RFS não praticou o Estupro que lhe é imputado. E esta conclusão não seria baseada na clássica doutrina da *presunção relativa*, a qual entende que se a vítima já tinha experiência sexual anterior, não se pode falar em violência presumida, ainda que a ofendida fosse menor de 14 anos e não fosse uma criança de idade baixa a ponto de não possuir qualquer discernimento específico para a vida sexual. Mas seria fundada na nova leitura das perspectivas das bases empíricas criminológicas que sustentam a ficção jurídica da incapacidade de consentir da vítima menor de 14 anos de idade, feita a partir das constantes mutações sociais, culturais e psicológicas ocorridas ao

longo dos mais de 60 anos transcorridos entre a edição do Código Penal (1940) aos dias atuais. E tais mutações encontram fundamentação jurídica no próprio ECA, que definiu o limite etário entre a criança e o adolescente em 12 anos, reconhecendo ao adolescente relativa capacidade de discernimento e de compreensão, dando relevância jurídica a sua opinião em questões que o envolva diretamente nas lides judiciais. Ou seja, o ECA, editado em 1990, sob a inspiração da nova ordem constitucional, modifica substancialmente estas bases criminológicas estabelecidas pelo Código Penal de 1940 e ainda em vigor, nesta seara da presunção de violência nos delitos sexuais contra adolescente menor de 14 anos.

Estas novas bases empíricas são muito bem analisadas pelo Juiz paulista (TACRIM) Márcio Bártoli, em seu artigo “A capacidade de autodeterminação sexual da vítima como causa de relativização da presunção de violência”, em RT 678/4.101 e ss., citado na obra referência destas razões, acima mencionada.

Extrai-se de tal análise os seguintes trechos, emblemáticos da posição por nós defendida nestas Alegações Finais;

A realidade demonstra que, no campo da liberdade sexual, muita coisa se transformou, muitos preconceitos foram extirpados, pois o mundo e a sociedade mudaram. Entre os anos de 1940 (publicação do Código Penal) e os anos 90, vários acontecimentos mudaram o mundo.

Mas o assunto sexo, que para alguns continua sendo um verdadeiro tabu, é uma realidade presente na sociedade; presente na vida das pessoas, assunto que de um tempo pra cá passou a ser tratado com a maior e a mais ampla liberdade, porque, é claro, se tudo mudou, a visão das pessoas sobre tal tema também se modernizou. A fastadas idiossincrasias banais e o conservadorismo hipócrita.

Determinar o conceito do que seja liberdade sexual das pessoas não constitui tarefa gravosa. A dificuldade apresenta-se, em verdade, no momento de fixar a época em que a autodeterminação sexual pode ser exercitada livremente. É comum vincular-se tal ocasião a uma determinada faixa etária. Mas o que se tem é que tal critério é de manifesta impropriedade, porque significa que a pessoa adquire a capacidade para decidir, com liberdade, a sua vida sexual ao atingir uma idade, legalmente prefixada, mas está proibida de fazê-lo até véspera de completar tal idade [...] as leis brasileiras filiaram-se à corrente que relaciona a capacidade de autodeterminação sexual à verificação de um determinado marco etário. Superado o limite da idade, a pessoa tem possibilidade de, livremente, exercer sua sexualidade. Antes de tal fai-

xa etária, mesmo tendo reconhecimento a respeito da sua sexualidade, a vítima não tem disponibilidade alguma sobre o próprio corpo, nem condições pessoais para repelir propostas ou agressões que lhe são endereçadas nessa esfera. Nesse caso, seu consentimento para a prática sexual é inválido, e se presume, por lei, que o agente atuou com violência.

Então, sob pena de conflitar com lei e realidade social, não se pode mais afirmar que se exclui completamente, nos crimes sexuais, a apuração do elemento volitivo da pessoa ofendida, de seu consentimento, sob o pretexto de que continua não podendo dispor livremente de seu corpo, por faltar-lhe capacidade fisiológica e psico-ética.

No caso destes autos, esta relativização da presunção de violência do art. 224, do CP, sob os argumentos aqui explanados, já é juridicamente suficiente para sustentar que não houve o delito de estupro com violência ficta, posto que ficou bem delineado na prova unânime colhida ao longo do procedimento instrutório que houve um consentimento válido da vítima, então com 13 anos de idade, já demonstrava discernimento suficiente para entender o caráter daqueles sentimentos despertados em seu jovem intelecto, pois a conduta do acusado, ainda que moralmente reprovável, não foi penalmente ilícita, posto que não caracterizou agressão nem abuso sexual, sendo certo que a ofendida tinha capacidade intelectual de resistir e evitar o relacionamento sexual tido como precoce, mas optou validamente por ceder aos sentimentos despertados.

Mas a tese da inconstitucionalidade da presunção de violência do art. 224, do CP defendida pelo Prof.^o Luiz Flávio Gomes é instigante e juridicamente bem fundamentada, ainda que nós não tenhamos refletido mais detidamente sobre algumas implicações práticas da sua aplicação, em determinados detalhes específicos, sobre os quais não se deve discorrer nesta peça processual, por não haver implicação direta com o caso sob exame. E esta tese é sólida porquanto não nega vigência à totalidade do multicitado art. 224, do CP, mas o reinterpreta e reconhece sua vigência parcial em consonância com a ordem constitucional vigente. Ou seja, não constitui a irresponsabilidade penal, a impunidade generalizada das condutas humanas que colidam com a norma penal ampliada da imputação criminal ali contida, mas busca extirpar de tal norma incriminadora, mormente a regra contida na alínea “a” do citado art. 224, do CP. Portanto, também a acolhemos como fundamento para concluir que esta Ação Penal deve ser julgada improcedente, por inexistência da prática delituosa imputada na Denúncia. E, embora conscientes do risco de omissão descaracterizadora que todo resumo de uma doutrina traz embutido em si, nestas

Razões Finais buscarem sintetizar o pensamento do mestre Luiz Flávio Gomes quanto a esta tese. Destarte, assim como ele faz no livro aqui já mencionado, a citação a seguir (extraída da aludida obra), da lavra do ex-Min. Do STJ, Prof. Luiz Vicente Cernicchiaro, condensada com perfeição os fundamentos que norteiam esta posição de inconstitucionalidade da presunção de violência no direito penal, a saber:

Ementa – Resp.-Penal-Estupro-presunção de violência-O Direito Penal é Direito Penal da culpa. Não prescinde do elemento subjetivo. Intoleráveis a responsabilidades objetivas e a responsabilidade pelo fato de outrem. A sanção, medida político-jurídica de resposta ao delinquente, deve ajustar-se à conduta delituosa. Conduta é fenômeno ocorrente no plano da experiência. É fato. Fato não se presume. Existe ou não existe. O Direito Penal da culpa é inconciliável com presunções de fato. Que se recrudença a sanção quanto à vítima menor, ou deficiente mental, tudo bem. Corolário do imperativo da Justiça. Não se pode, entretanto, punir alguém por crime não cometido. O princípio da legalidade fornece a forma e o princípio da personalidade (sentido atual da doutrina), a substância da conduta delituosa. Inconstitucionalidade de qualquer lei penal que despreze a responsabilidade subjetiva. Na hipótese dos autos, entretanto, o acórdão fundamentou a condenação na conduta do réu que teria se valido de grave ameaça para conseguir seu intento (SRJ, Resp. 46/424-2-RO-6ª Turma-relator Min. Luiz Vicente Cernicchiaro-j. 14.06.1994-v.u.-D.J.U 08.08.94, p. 19.576).

Após examinar detidamente o papel do juiz no controle de constitucionalidade das Leis, Luiz Flávio Gomes dissecou as razões do seu convencimento da inconstitucionalidade da presunção de inocência do art. 224, do CP, demonstrando que tal presunção “legal” Nos crimes sexuais conflita com o princípio “constitucional” da presunção de inocência porque, após extensa demonstração da preponderância e do significado do princípio da inocência inscrito na Carta Magna, desobriga o acusador daquele “mínimo probatório” (relacionado com a violência), sem o qual a presunção de inocência resulta intacta (*op. cit.*, p. 122). Se assim não fosse, defende o festejado autor, estaríamos diante, desde logo, da responsabilidade objetiva do acusado, porquanto parte do tipo penal a si imputado não é realizada pela conduta do mesmo, mas sim pelo Legislador (no caso a violência presumida pela idade da vítima). Ainda é demonstrado pelo Autor que a violência presumida do art. 224, CP viola os princípios de Direito Penal tais como: *princípio do fato* (Direito Penal do fato), princípio do *nullum crimen sine iniuria* e o da *culpabilidade* (princípio do

Direito penal da culpa), apontando de modo bastante didático que no moderno Direito penal o agente deve responder sempre pela prática de um fato (existente no plano realístico) e comprovado no plano processual, sendo que este *princípio do fato* aparece como o “limite material do *ius puniendi*, segundo lição abalizada de vários autores espanhóis citados pelo próprio Luiz Flávio Gomes.

De igual modo, sustenta que “não há crime sem resultado e este resultado só pode ser o jurídico, que significa lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico tutelado e esta lesividade deve derivar da conduta do agente, não de presunção legal”. Por fim, demonstra, amparado na doutrina do Prof. Luiz Vicente Cernicchiaro, que o direito penal da culpa (princípio da culpabilidade), hoje, “possui duplo significado, coligado ao *causalismo* (responsabilidade subjetiva) e ao *finalismo* (culpabilidade como reprovabilidade)”, pelo que “só pode haver responsabilidade penal se o fato punível *pertencer* ao seu autor do ponto de vista *material*”, arrematando dizendo que ninguém pode ser punido por fato presumido por outras pessoas. Assim, na *presunção de violência* falta o requisito mais elementar da culpabilidade que é o vínculo material do agente com o fato.

Mas a coerência jurídica desta tese do Prof. Luiz Flávio Gomes está na reinterpretção (constitucional) que o mesmo dá ao art. 224. CP, ou seja, o citado Autor não defende a inconstitucionalidade total do aludido artigo de lei, mas apenas a inconstitucionalidade parcial do referido dispositivo, exatamente na expressão *presume-se a violência*. Leciona ele que a parte legítima do art. 224, CP, deve ser preservada, posto que a vontade do legislador infraconstitucional não foi de todo rejeitada pela nova ordem constitucional já mencionada acima. E assim, passa o Autor aqui referenciado a mostrar que o art. 224, CP, mantém seu bojo a noção de *abuso sexual* e não mais a de *agressão sexual*, posto que a violência exigida não era real e sim presumida, o que conflita com a Constituição. Esta nova interpretação do mencionado artigo do CP mostra que o mesmo só alberga crimes sexuais *abusivos*, não mais violentos.

Destarte, a alínea “c” do multicitado artigo de lei contém o núcleo dos crimes sexuais abusivos. E Luiz Flávio Gomes conclui apresentando o conceito do *abuso sexual*, lecionando nestes termos: *há abuso sexual, quando o agente, sem consentimento ou sem consentimento válido, aproveita-se sexualmente da vítima que não podia concretamente oferecer resistência*. Deste modo, diz o aludido Autor que se a *vítima consente validamente para o ato sexual, não há crime sexual algum*.

E o fechamento desta tese se faz com o estudo do consentimento válido como causa de exclusão de tipicidade nos crimes sexuais. E notadamente na hipótese destes autos, qual seja, onde a suposta vítima era uma adolescente de

13 anos de idade, a qual consentiu expressamente com o relacionamento sexual que manteve com o Réu. O Autor referência da fundamentação destas Alegações Finais sustenta que face ao Estatuto da Criança e do Adolescente vigente, *é inadmissível a tese da ficção jurídica fundada na incapacidade de consentir da vítima* maior de 12 anos. O ECA cria uma clara distinção entre *criança e adolescente* e dá a este último uma capacidade jurídica relativa, baseada na sua capacidade (relativa) de compreensão e discernimento, quando afirma que a **opinião do adolescente** deve ser levada em consideração nas demandas judiciais que envolvam seus interesses, quando prevê a intimação direta do mesmo da sentença que julga o Procedimento por Ato Infracional (art. 190), quando estabelece medidas sócio-educativas, as quais envolvem restrições à sua liberdade, por prática de Ato Infracional, distinguindo o tratamento quando tal ato é praticado por criança.

Desta análise do ECA fica evidente que a capacidade de consentir do adolescente nos crimes sexuais foi alterada substancialmente em relação ao Código Penal de 1940. Agora o adolescente tem certa capacidade de compreensão e consentir. Assim, no dizer de Luiz Flávio Gomes, *pelo princípio da contextualização, não se pode negar essa capacidade no que concerne aos atos sexuais. O adolescente pode consentir validamente frente a um ato sexual.* Este consentimento deve ser avaliado no caso concreto e se houver consentimento válido, não há crime. Este é o nosso entendimento no caso destes autos. Ou seja, entendemos que houve consentimento válido da vítima LB.

Em conclusão, face às razões acima explanadas, nosso entendimento é que neste caso concreto a imputação contida na Denúncia não é procedente, porquanto não é possível juridicamente presumir a violência em crimes que tais; porque não houve violência real a vítima adolescente; porque seu consentimento ao ato sexual foi válido, pelo que não houve também o abuso sexual que poderia caracterizar o delito irrogado na peça denunciatória, sendo conclusão inseparável deste entendimento e da prova contida nos autos, o julgamento improcedente desta Ação Penal.

Pede juntada e deferimento.

Aracaju/SE, 31 de agosto de 2007.

GILTON FEITOSA CONCEIÇÃO
Promotor de Justiça em Substituição

ARTIGOS JURÍDICOS

ANOTAÇÕES SOBRE O PERFIL JURÍDICO CONSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Carlos Augusto Alcântara Machado (*)

1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS:

Não se desconhece que, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 05 de outubro de 1988, uma instituição foi reestruturada por completo: o Ministério Público.

De órgão que gravitava e, mais do que isso, integrava a estrutura organização do Poder Judiciário ou do Poder Executivo¹, passou a compor o título constitucional "*Da Organização do Poderes*" (Título IV), em seção de capítulo específico (Capítulo IV – Seção I), sem guardar qualquer relação de dependência com os Poderes Estatais classicamente concebidos (Executivo, Legislativo e Judiciário).

Optou o legislador-mor em inscrever o Ministério Público em capítulo especialmente destacado para as agora denominadas "*funções essenciais à justiça*".

Em razão da nova topografia constitucional e do regime jurídico especial, alguns passaram a conferir-lhe o *status* de quarto poder, o que não parece ser a melhor exegese. O Ministério Público passou a ser dotado, todavia, de natureza *sui generis*, de *quase-poder*. Nesse sentido, averbou o Min. Paulo Brossard, em voto proferido², quando do exercício do seu excelso labor: "*embora se diga que o Ministério Público não é Poder, falta pouco para sê-lo. Contudo, a Constituição, a despeito da largueza com que tratou o Ministério Público, não o institui em quarto Poder: os Poderes continuam sendo três*".

(*) Membro do Ministério Público do Estado de Sergipe, Mestre em Direito, autor da obra *Mandado de Injunção – Um Instrumento de Eficácia da Constituição*, 2ª edição, São Paulo: Editora Atlas e do livro *Direito Constitucional*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais e Professor de Direito Constitucional da Universidade Federal de Sergipe (UFS) e da Universidade Tiradentes - UNIT.

¹ Na Constituição de 1934 o Ministério Público foi incluído no capítulo *Das órgãos de cooperação das atividades governamentais* (arts. 95 a 98); na Constituição de 1937, junto ao Supremo Tribunal Federal (art. 99); na Constituição de 1946 (arts. 125 a 128), em título próprio, atribuindo ao MPF a representação judicial da União; na Constituição de 1967, em seção integrante do capítulo reservado ao Poder Judiciário (arts. 137 a 139) e na Emenda Constitucional nº 01/69, em seção de capítulo destinado à organização do Poder Executivo (arts. 94 a 96).

² STF – ADI-MC 514/DF, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 01/09/91.

Na verdade, o próprio texto constitucional, em eloqüente dicção do seu art. 2º³, reconhece a tripartição dos poderes. É dizer: Poderes (como órgãos ou funções estatais específicas) são apenas três. Legislativo, Executivo e Judiciário. Não mais.

2. AUTONOMIA INSTITUCIONAL: ÓRGÃO DE ESTADO

É forçoso reconhecer que o Ministério Público, como condição necessária para assegurar o livre exercício de suas nobres funções, recebeu do Supremo legislador prerrogativas de Poder, com autonomia funcional, administrativa e financeira (§§ 2º e 3º do art. 127 – CF).

Poder-se-ia questionar a autonomia financeira do Ministério Público pelo fato de a Carta Magna ter omitido a referência expressa. Sem embargo de não fazer menção, literalmente, à “*autonomia financeira*”, como se observa no art. 99, *caput*, da Lei Maior, relativamente ao Poder Judiciário, forneceu os meios operacionais para o seu exercício, corolário lógico do autogoverno ministerial (elaboração da proposta orçamentária, iniciativa de projeto de lei para a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, política remuneratória e plano de carreira, *v.g.* – art. 127, §§ 2º e 3º – CF).

Acrescente-se, nesse passo, que os §§ 3º a 5º, do art. 99, têm idêntica redação dos §§ 4º a 6º, do art. 127. Tal identidade revela similar desígnio do legislador constituinte no trato das duas instituições, já que se refere à autônoma atribuição de elaboração da proposta orçamentária sem interferência do Poder Executivo, tanto para o Poder Judiciário (art. 99, § 1º) como para o Ministério Público (art. 127, § 3º).

³ “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Eis o texto integral dos dispositivos mencionados:

Poder Judiciário – art. 99	Ministério Público – art. 127
§ 3º. Se os órgãos referidos no § 2º não encaminharem as respectivas propostas orçamentárias dentro do prazo estabelecido na lei de diretrizes orçamentárias, o Poder Executivo considerará, para fins de consolidação da proposta orçamentária anual, os valores aprovados na lei orçamentária vigente, ajustados de acordo com os limites estipulados na forma do § 1º deste artigo.	§ 4º. Se o Ministério Público não encaminhar a respectiva proposta orçamentária dentro do prazo estabelecido na lei de diretrizes orçamentárias, o Poder Executivo considerará, para fins de consolidação da proposta orçamentária anual, os valores aprovados na lei orçamentária vigente, ajustados de acordo com os limites estipulados na forma do § 3º
§ 4º. Se as propostas orçamentárias de que trata este artigo forem encaminhadas em desacordo com os limites estipulados na forma do § 1º, o Poder Executivo procederá aos ajustes necessários para fins de consolidação da proposta orçamentária anual.	§ 5º. Se a proposta orçamentária de que trata este artigo for encaminhada em desacordo com os limites estipulados na forma do § 3º, o Poder Executivo procederá aos ajustes necessários para fins de consolidação da proposta orçamentária anual.
§ 5º. Durante a execução orçamentária do exercício, não poderá haver a realização de despesas ou a assunção de obrigações que extrapolem os limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, exceto se previamente autorizadas, mediante a abertura de créditos suplementares ou especiais.	§ 6º. Durante a execução orçamentária do exercício, não poderá haver a realização de despesas ou a assunção de obrigações que extrapolem os limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, exceto se previamente autorizadas, mediante a abertura de créditos suplementares ou especiais.

Recorde-se, ainda, que a Carta da República, no seu art. 168, mais uma vez, destacando a autonomia financeira do Ministério Público – equiparado também nesse ponto ao Poder Judiciário –, determinou, de igual forma, o repasse até o dia 20 de cada mês, em duodécimos, dos recursos correspondentes às dotações orçamentárias respectivas, compreendidos, inclusive, os créditos suplementares e especiais.

Impugnação sobre a existência de autonomia financeira do Ministério Público é tema superado, inclusive no Supremo Tribunal Federal.

Enfrentada a matéria já algumas vezes, assentou a Corte Suprema que, de fato, o Ministério Público dispõe de autonomia financeira e os atos normativos infraconstitucionais, de leis orgânicas, que consagram tal prerrogativa apenas limitam-se a explicitar o que já estava implicitamente consignado na Carta da República.

Assim se manifestou o STF⁴:

“O reconhecimento da autonomia financeira em favor do Ministério Público, estabelecido em sede de legislação infraconstitucional, não parece traduzir situação configuradora de ilegitimidade constitucional, na medida em que se revela uma das dimensões da própria autonomia institucional do Parquet”.

Reconheceu o Excelso Pretório, no mesmo julgado⁵, bem antes da alteração do atual § 2º, do art. 127, da Lei Maior⁶, que a autonomia financeira do Ministério Público dizia respeito também à iniciativa de lei para fixação dos vencimentos e política remuneratória de seus servidores.

A Corte, em outro julgado, assentou (MS-AgR-QO 21.291/DF, 12.04.91):

“O autogoverno da Magistratura tem, na autonomia do Poder Judiciário, o seu fundamento essencial, que se revela verdadeira pedra angular, suporte imprescindível a assegurar a independência político-institucional dos Juízos e dos Tribunais. O legislador constituinte, dando consequência a sua clara opção política - verdadeira

⁴ ADI-MC 514/DF, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 01.09.91.

⁵ Reconhecendo também a autonomia financeira do MP os seguintes acórdãos: ADI 63/AL – Rel. Min. Ilmar Galvão – j. em 13.10.93; ADI 126/RO – Rel. Min. Octavio Gallotti – j. em 29.08.91; ADI 153/MG – Rel. Min. Néri da Silveira – j. em 30.03.95 e ADI-MC 1.757/ES – Rel. Min. Ilmar Galvão – j. em 19.02.98.

⁶ A Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, modificou o original dispositivo (§ 2º do art. 127), incluindo as expressões “política remuneratória” e “planos de carreira”.

decisão fundamental concernente a independência da Magistratura - instituiu, no art. 168 de nossa Carta Política, uma típica garantia instrumental, assecuratória da autonomia financeira do Poder Judiciário. A norma inscrita no art. 168 da Constituição reveste-se de caráter tutelar, concebida que foi para impedir o Executivo de causar, em desfavor do Judiciário, do Legislativo e do Ministério Público, um estado de subordinação financeira que compromettesse, pela gestão arbitrária do orçamento - ou, até mesmo, pela injusta recusa de liberar os recursos nele consignados -, a própria independência político-jurídica daquelas Instituições. Essa prerrogativa de ordem jurídico-institucional, criada, de modo inovador, pela Constituição de 1988, pertence, exclusivamente, aos órgãos estatais para os quais foi deferida”

Preciso, no particular, é o ensinamento de Emerson Garcia⁷, ao concluir a análise sobre a autonomia financeira do Ministério Público:

“Como se constata, em nenhum momento o sistema concebe o Ministério Público como mero apêndice de outro Poder, mas sim, como uma Instituição dotada de individualidade própria e sujeita às mesmas obrigações dos demais órgãos independentes. Consagra-se, assim, a garantia do self-government, detendo o Ministério Público total autonomia para a gestão as dotações consignadas na lei orçamentária, arcando com o ônus daí decorrente. A Constituição da República, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público e a Lei de Responsabilidade Fiscal apresentam um nítido encadeamento lógico, garantindo e operacionalizando a autonomia financeira do Ministério Público”.

O Ministério Público, destarte, com autonomia funcional, administrativa e financeira, sob nenhuma condição poderá sofrer ingerências externas.

Como averba Pedro Roberto Decomain⁸,

“no terreno administrativo, a autonomia na gestão dos assuntos internos é princípio que se destina precisamente a consagrar a independência da Instituição, inclusive frente a outros setores da admi-

⁷ Ministério Público, Organização, Atribuições e Regime Jurídico, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 99.

⁸ Comentários à Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, Florianópolis: Livraria e Editora Obra Jurídica Ltda., 1996, p. 23.

nistração Pública, de modo que não fique adstrita á vontade de estranhos, de sorte a sofrer indevidas ingerências na condução de suas tarefas institucionais”.

Ademais, *atentar contra o livre exercício do Ministério Público*, assim como do *Poder Judiciário*, é crime de responsabilidade do Presidente da República, consoante comando inserto no inciso II, do art. 85, da Carta Fundamental.

Fixada a autonomia, como expressão do perfil constitucional do Ministério Público, passa-se a analisar o regime jurídico respectivo, também sob a ótica particularmente constitucional.

Percebe-se, de logo, que magistrados e membros do Ministério Público exercem suas competências e atribuições como faces da mesma moeda⁹.

No exercício de parcela do Poder Estatal, o Poder Judiciário e o Ministério Público são instituições co-irmãs. A primeira, responsável pela administração da Justiça; a segunda, essencial à função jurisdicional do Estado.

Nesse toar, a Constituição-cidadã determinou que as regras constitucionais definidoras do regime jurídico da magistratura (art. 93) fossem aplicadas, no que couber, ao Ministério Público (art. 129, § 4º). Os requisitos constitucionais para ingresso na carreira estão equiparados (art. 93, I e § 3º do art. 129 – CF: concurso público de provas e títulos; participação da OAB na sua realização; exigência ao bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e observância, nas nomeações da ordem de classificação). Demonstrando a irmandade dos agentes políticos das duas carreiras – magistrados e membros do Ministério Público – a Constituição Federal assegurou-lhes quase idênticas garantias e vedações.

Os quadros identificados adiante indicam, de forma cristalina, o desejo do legislador constituinte em dotar os membros das duas carreiras de Estado de iguais prerrogativas, impondo-lhes semelhantes proibições:

⁹ Na França e na Itália os membros do Ministério Público recebem o tratamento jurídico de *magistrados*.

GARANTIAS

Magistratura – art. 95	Ministério Público art. 128, § 5º, I
I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado	a) vitaliciedade, após dois anos de exercício, não podendo perder o cargo senão por sentença judicial transitada em julgado
II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII	b) inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente do Ministério Público, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, assegurada ampla defesa.
III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I	c) irredutibilidade de subsídio, fixado na forma do art. 39, § 4º, e ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 150, II, 153, III, 153, § 2º, I

PROIBIÇÕES

Magistratura – art. 95, Parág. único	Ministério Público – art. 128, § 5º, II
I - exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério	d) exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério
II - receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo	a) receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais
III - dedicar-se à atividade político-partidária	e) exercer atividade político-partidária
IV - receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei.	f) receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei.
V - exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração.	Art. 128, § 6º. Aplica-se aos membros do Ministério Público o disposto no art. 95, parágrafo único, V.
	b) exercer a advocacia c) participar de sociedade comercial, na forma da lei;

Não é demais lembrar que o Ministério Público não “*está hierarquizado a qualquer outro órgão ou Poder*”¹⁰. Como afirmou o eminente Min. Celso de Mello, tratando da instituição em exame, “*o princípio da independência funcional reveste-se de caráter tutelar. É de ordem institucional (CF, art. 127, § 1º) e, nesse plano, acentua a posição autônoma do Ministério Público em face dos Poderes da República, com os quais não mantém vínculo qualquer de subordinação hierárquico-administrativa*”¹¹. Não sem razão José Frederico Marques¹² já afirmava que não cabe ao magistrado [nem muito menos aos Chefes do Poder Executivo] dar ordens ao Ministério Público, no plano disciplinar e da jurisdição censória. Invocando, mais uma vez, o Min. Celso de Mello, é de se concluir que “*o Ministério Público não é órgão ancilar do governo*”.

O fato de a Constituição Federal confiar a escolha do Procurador-Geral da República (art. 128, § 1º - CF) e do Procurador-Geral de Justiça (art. 128, § 3º - CF) ao Chefe do Poder Executivo (Presidente da República e Governador do Estado, respectivamente), com a participação direta, no primeiro caso, do Senado Federal (aprovação do nome indicado pelo Presidente da República pela maioria absoluta de seus membros) não se constitui em elemento suficiente para fulminar a autonomia do Ministério Público¹³. Num país republicano e democrático, o controle de um Poder sobre outro é expressão da consagrada doutrina dos *freios e contrapesos* (*checks and balances*), opção do legislador constituinte, visando atender, na sua visão, o equilíbrio e a harmonia entre os órgãos que expressam o Poder Estatal. Apesar de ser uma fórmula criticada, notadamente por membros do Ministério Público e, relativamente, fragilizar a autonomia plena da instituição na escolha do seu superior dirigente – o que pode ser reconhecido como *interferência indevida do Poder Executivo* – limita-se, exclusivamente, à escolha, que recairá, obrigatoriamente, entre integrantes da carreira. O Chefe do Poder Executivo não tem ampla liberdade sobre o universo de escolha, menos ainda, no caso do Ministério Público Estadual. Deverá escolher o PGJ em nomes previamente eleitos pela classe, em lista triplíce.

Num certo sentido, a participação do Presidente da República ou do Governador do Estado, quando for o caso, na escolha de magistrados para compor os Tribunais de Justiça, os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais Regionais do Trabalho (quinto constitucional – art. 94, parágrafo único e art. 115, I - CF), bem como a escolha de Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores (art. 101, parágrafo único; art. 104, parágrafo único,

¹⁰ Hely Lopes Meirelles in *Estudos e Pareceres de Direito Público*, RT, vol. VIII.

¹¹ Voto proferido no HC 67.759-2: RJ.

¹² *A Reforma do Poder Judiciário*, vol. I, São Paulo: Saraiva, 1979, p. 175.

¹³ Para a destituição do PGR e do PGJ será imprescindível a participação do Poder Legislativo (Senado Federal e Assembleia Legislativa, respectivamente - art. 128, § 1º e 2º - CF).

I e II; art. 111-A, I e art. 123, parágrafo único, I e II - CF), reveste-se de igual fundamento.

Com tal perfil institucional, indaga-se: é possível defender a tese de que, o Ministério Público é vinculado ao Poder Executivo? Evidente que não.

Organicamente, pela sua natureza constitucional, regime jurídico, prerrogativas e vedações constitucionais, assemelha-se ao Poder Judiciário; nunca ao Poder Executivo.

A função ministerial atende ao Estado Democrático de Direito e somente a ele deve atenção.

A Carta da República¹⁴ definiu o Ministério Público como uma *instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, cabendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis*.

Por ser uma *instituição permanente*, o Ministério Público, ao agir, manifesta a *soberania* do Estado. Pelo seu grau de importância e definição constitucional, como registra Hugo Nigro Mazzilli¹⁵, o Ministério Público tornou-se *cláusula pétrea implícita*:

“Ao afirmar seu caráter permanente, o poder constituinte originário vetou, implicitamente, que o poder constituinte derivado suprimisse ou deformasse a instituição ministerial, pois, caso contrário, haveria forma indireta de burlar o princípio”.

Averbe-se, nessa linha, a lúcida conclusão expressa na tese¹⁶ apresentada por Gregório Assagra de Almeida, quando afirma que “*se o Ministério é defensor do regime democrático e, se a República Federativa do Brasil constituiu-se em um Estado de Direito, o Ministério Público tornou-se, com a CF/88, Instituição constitucional fundamental do Estado de Direito*”. Portanto, integrante do núcleo intangível da Constituição Federal.

As atribuições institucionais do Ministério Público, à semelhança do que ocorre com as competências judiciais, têm natureza nacional. E o legislador constituinte as indicou, sem qualquer distinção, em artigo único, isto é, o art. 129.

A *Lex Maxima*¹⁷ plasmou a instituição de forma *una* (princípio institucional da unidade) e *indivisível* (princípio institucional da

¹⁴ Art. 127 - CF.

¹⁵ *Regime Jurídico do Ministério Público*, São Paulo. Saraiva, 2001, p. 142. No mesmo sentido Emerson Garcia, *op. cit.*, p. 41.

¹⁶ Tese aprovada no VII Congresso Estadual do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, realizado em Tiradentes (MG), nos dias 21 a 23 de março de 2007.

¹⁷ § 1º do art. 127 - CF.

indivisibilidade), indicando, em homenagem ao princípio fundamental federativo, por questões práticas e operacionais, relativamente aos órgãos de execução, dois ramos: o Ministério Público da União e o Ministério Público dos Estados. Assim também se apresenta o Poder Judiciário, no art. 92. Órgãos com competências particulares, mas todos integrantes de um só Poder Judiciário.

Observe-se, ainda, que a CF conferiu, indistintamente, a todos os membros do Ministério Público (da União e dos Estados), idênticas prerrogativas (art. 128, § 5º, I) e vedações (art. 128, § 5º, II).

Ademais, assim como no Poder Judiciário, relativamente ao Conselho Nacional de Justiça (art. 103-B, § 4º - CF), o Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP, é órgão de *controle externo de natureza nacional*, tendo como competência o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público (da União e dos Estados) e do cumprimento dos deveres funcionais de todos os seus membros, quer sejam integrantes do Ministério Público da União ou dos Estados-membros (art. 130-A, § 2º).

Não sem razão que o legislador constituinte, apresentando os órgãos que integram o Ministério Público (art. 128), utilizou o verbo *abranger*. E como se sabe, *abranger* significa *abarcar, cingir, conter na sua área, compreender*¹⁸. O Ministério Público, portanto, compreendido como *função*, é instituição única, nacional, classificada em órgãos distintos.

Por outro lado, se o caráter nacional da magistratura é também definido por conta de ser a carreira e atividade regidas por legislação única (Lei Complementar nº 35/79 – LOMAN), o Ministério Público Estadual, de igual forma, é disciplinado por normas gerais expedidas pela União¹⁹, para todo o Brasil, em obediência ao que dispõe o art. 61, § 1º, II, d (Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993 – Lei Orgânica Nacional do Ministério Público – LONMP).

Por derradeiro, some-se ao presente posicionamento o magistério do constitucionalista José Afonso da Silva, quando, respondendo consulta²⁰ das Associações do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, de São Paulo e de Minas Gerais, concluiu a respeito da existência do Ministério Público da União – de um lado – e dos Ministérios Públicos estaduais, de outro:

¹⁸ Pequeno Dicionário Brasileiro de Língua Portuguesa, Aurélio Buarque de Hollanda Ferreira, 1979, p. 8.

¹⁹ O Ministério Público da União é regulamentado pela Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, sendo, na essência, semelhante à LONMP.

²⁰ Parecer elaborado em 16 de março de 2007. Antes de apresentar as suas conclusões, o ilustre Mestre reconheceu, expressamente, o Ministério Público, assim, como o Poder Judiciário como *instituições de caráter nacional* e, particularmente em relação ao MP, invocou posicionamento do Min. Eros Grau, quando, na decisão concessiva de liminar no MS 26.153/DF, afirmou: “A EC n. 45 2004 consolidou o Ministério Público brasileiro como instituição nacional, integrada pelo Ministério Público da União e pelos Ministérios Públicos dos Estados-membros.”

“Não se trata aqui de identificar as duas instituições. São diversas, porque exercem funções diferentes, mas isso não impede de terem regimes jurídicos idênticos, tanto no que tange às prerrogativas institucionais como no que se refere a direitos, restrições e vedações constitucionais, mormente depois que a EC-45/2004 introduziu diversos acréscimos na disciplina de ambas as instituições. A elas é reconhecida autonomia funcional, administrativa, financeira pertinente a seus ramos federais e estaduais (CF, arts. 99 e 127, §§ 2º a 6º). Ambas são instituições independentes: o Poder Judiciário em face da regra constante do art. 2º e o Ministério Público conforme o disposto no art. 127, § 1º, ambos da Constituição Federal. A seus membros a Constituição confere as mesmas garantias e as mesmas restrições e proibições, como se pode conferir, em relação à magistratura, no art. 95 e seu parágrafo único, e para os membros do Ministério Público, sem distinção entre federais e estaduais, nos §§ 5º e 6º do art. 128, todos com redação dada pela EC-45/2004. Note-se que todos os princípios, como o da unidade, indivisibilidade e independência e mais prerrogativas institucionais cabíveis às duas instituições são conferidas, mencionando, em destaque, seus ramos federais e estaduais, porque, em ambos os casos, a unidade nacional não exclui a formação autônoma das instituições estaduais, porque temos Poderes Judiciários estaduais, como Ministérios Públicos estaduais”.

3. CONCLUSÕES:

Diante das anotações apresentadas, conclui-se que o Ministério Público é instituição autônoma, administrativa e financeiramente, de caráter nacional, desvinculada dos Poderes Estatais (Executivo, Legislativo e Judiciário). É órgão de Estado, expressão da sua soberania. Os seus integrantes agem com autonomia funcional sem, no particular, qualquer subordinação hierárquica. Como última palavra, é de se invocar o X mandamento do Decálogo do Promotor de Justiça, de César Salgado, dirigido aos membros da instituição e expressando a necessária independência no exercício das suas funções: *“Sê independente. Não te curves a nenhum poder; nem aceites outra soberania, senão a da lei”.*

4. BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTAR:

- BEMFICA, Francisco Vani. *O Juiz, o Promotor, o Advogado – seus poderes e deveres*. Rio de Janeiro: Forense, 1989;
- CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro. *O Ministério Público no processo civil e penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1990;
- MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1989;
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *O Ministério Público na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989;
- RAIMUNDO, José Guilherme. *Manual do Promotor de Justiça*. Saraiva: LEUD, 1ª. Ed.;
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007;
- SILVA, Octacílio Paula. *Ministério Público*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1981.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA DO ICMS: INCONSTITUCIONALIDADE OU MODERNIDADE?

Pedro Victório Daud*

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é demonstrar a constitucionalidade da substituição tributária do ICMS, considerando-se a necessidade da administração tributária de melhor controlar e fiscalizar a arrecadação do ICMS, em face da pulverização dos contribuintes de menor porte, para evitar a evasão e a elisão fiscal, dentro de uma visão hodierna do Direito Tributário. O Supremo Tribunal Federal reconheceu essa constitucionalidade, tendo em vista a diversos dispositivos constitucionais. Em primeiro lugar observa-se a alínea *b* do inciso XII do art. 155, do texto original da Constituição Federal de 1988, que já admitia a existência da substituição tributária, por meio de lei complementar; em seguida o § 7º do art. 150, acrescido pela EC. 3/93, que em suma teve o mesmo pensamento. Por fim, surgiu a LC 87/96 que disciplinou a matéria, sem deixar de incidir as normas gerais sobre responsabilidade tributária prevista no Código Tributário Nacional.

ABSTRACT

The objective of the present work is to demonstrate to the constitutionality of the substitution tax of the ICMS, considering itself it necessity of the administration tax of more good controlling and inspecting the collection of the ICMS, in face of the spraying of the contributors of lesser transport, to prevent the evasion and the fiscal elimination, inside of a vision modern of the Tax law. The Supreme Federal Court recognized this constitutionality, in view of diverse devices constitutional. In first place it is observed article “b” of interpolated proposition XI of art. 155, of the original text of the Federal Constitution of 1988, that already it admitted the existence of the substitution tax, by means of complementary law; after that § 7º of art. 150, increased for the EC. 3/93, that in short it had the same thought. Finally, LC 87/96 that it disciplined the

*Promotor de Justiça do Estado de Sergipe Aposentado, Mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Ceará, Professor da Faculdade de Sergipe – FASE.

substance, without leaving appeared to happen the general norms on tax liability foreseen in the internal revenue code.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A substituição tributária do ICMS; 2.1 Considerações iniciais; 2.2. Responsabilidade Tributária; 2.3. Alicerce jurídico; 2.4. Antecipação tributária versus substituição tributária; 2.5. Visão hodierna da substituição tributária; 2.6. Substituição para trás e concomitante. 2.7. Substituição para frente. 3. Conclusão. 4. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A substituição tributária do ICMS prevista na Constituição Federal de 1988, na forma com foi regulamentada pela Lei Complementar n. 87/96, sob a ótica dos princípios tributários tradicionais pode ter a sua constitucionalidade questionada, apesar de estar prevista na alínea *b* do inciso XII do art. 155, do texto original da Carta Política.

A arguição dessa inconstitucionalidade fundamenta-se no arquétipo tradicional do imposto sobre circulação de mercadorias e de serviços, que tem por fato gerador imputável de obrigação tributária quando da saída da mercadoria ou da efetiva prestação de serviço, enquanto que a substituição tributa fato futuro.

Alicerçado também nos seguintes argumentos: o substituto não tem uma relação jurídico-tributária direta com o fato gerador futuro; o preço da operação subsequente é presumido; não se observa o princípio da não cumulatividade, bem assim representa um excesso na responsabilização de terceiros, prevista no Código Tributário Nacional.

Deste modo, este trabalho tem por objetivo demonstrar a constitucionalidade da substituição tributária do ICMS, dentro de uma visão hodierna do Direito Tributário e da necessidade da Administração Tributária criar mecanismos mais eficientes no controle e fiscalização na arrecadação dos tributos, em razão da evolução social que se apresenta.

A previsão da possibilidade de substituição tributária regulada por lei complementar no texto original da Carta Política de 1988 já foi um indicativo do novo pensamento do legislador, diante da evolução da sociedade brasileira e globalizada que passaram a exigir novos conceitos jurídico-sócio-econômico.

Além disso, será realizado um breve estudo sobre a substituição tributária subsequente, conhecida como *substituição tributária para frente*, com suporte na LC 87/96 e com enfoque primordial à legislação do ICMS do Estado de Sergipe, Decreto 21.400, de 10 de dezembro de 2002, com as alterações posteriores.

A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica com fontes secundárias, em autores como Carrazza, Cardoso, e outros.

2. A SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA DO ICMS.

2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Antes mesmo de se adentrar ao tema é mister que se faça um retrospecto sobre alguns conceitos que devem ser trazidos à memória.

O ICMS – imposto sobre circulação de mercadorias e serviços – tem por fato gerador, tradicionalmente, a saída de mercadorias do estabelecimento empresarial, oriunda de sua venda: ou da prestação de serviços tributadas pelo estado, nos termos do art. 155, II da Constituição Federal brasileira.

Destarte, o contribuinte natural do ICMS é o vendedor da mercadoria ou o prestador do serviço, sujeito passivo dessa obrigação tributária.

Obrigação é o vínculo jurídico pelo qual alguém (sujeito ativo), pode exigir de outrem (sujeito passivo), o cumprimento de uma prestação economicamente apreciável, positiva (dar ou fazer) ou negativa (não fazer). Surge da vontade das partes, da lei ou do ato ilícito.

Assim, pode-se conceituar a obrigação tributária como sendo o vínculo jurídico por força do qual o Estado pode exigir do particular uma prestação positiva ou negativa, nas condições definidas em lei.

Com a ocorrência do fato gerador, surge a relação jurídico-tributária que obriga o sujeito passivo a pagar o tributo (obrigação de dar), que será individualizado através do lançamento, surgindo, então, o crédito tributário.

2.2 RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA

A responsabilidade pelo cumprimento da obrigação tributária do ICMS, embora não tenha sido definida pela Carta Constitucional e aquele que pode promover essas operações é o comerciante, o industrial e o produtor. O particular que vende um bem móvel seja ele um operário, uma dona de casa, um advogado ou um médico, não se revestem da condição de sujeito passivo de tal obrigação.

Nos artigos 121 a 128 do Código Tributário Nacional, doravante denominado de CTN, estão definidos os critérios de imputação da obrigação tributária ao sujeito passivo. Quanto ao ICMS pode ser o contribuinte, pessoa diretamente ligada à situação que constitua o fato gerador ou um responsável, pessoa que não seja o contribuinte, mas que a lei lhe impõe a obrigação jurídico-tributária.

A Lei 5.172 de 1966, o CTN, em seu artigo 124 estabelece a solidariedade tributária às pessoas que tenham interesse comum com a ocorrência do fato gerador da obrigação principal: ou, ainda, aquelas expressamente designadas por lei.

Numa análise do art. 126 do CTN, há, porém que se elastecer os conceitos de comerciante, industrial e produtor, não se limitando àqueles que estejam juridicamente constituídos como empresário individual ou sociedade empresária, porque a capacidade contributiva independe da capacidade civil da pessoa natural, de sofrer esta de alguma limitação ao exercício daquelas atividades, ou de estar na administração dos seus bens, ou mesmo devidamente inscrita nos órgãos competentes, salvo as exceções do art. 4º. De Lei Complementar 87/97.

O comerciante ou a sociedade de fato, mesmo que execute de forma clandestina e em caráter habitual a mercancia, será considerado sujeito passivo da obrigação tributária do ICMS, caso venha a realizar alguma das atividades mencionadas.

Por outro lado, o art. 128 do CTN vai mais além, ao permitir que a lei atribua responsabilidade tributária expressamente a terceira pessoa que esteja vinculada ao fato gerador, excluindo a responsabilidade do contribuinte original, ou atribuindo-lhe responsabilidade supletiva.

Com base nestes dispositivos legais já se permite a criação da figura da substituição tributária do ICMS, largamente questionada quanto à sua constitucionalidade, o que será objeto de estudo posterior.

2.3 ALICERCE JURÍDICO.

Como foi visto a exegese dos artigos 121 a 128 do CTN já possibilitou a criação da figura da substituição tributária do ICMS, quando permitiu que se atribuisse responsabilidade tributária a terceira pessoa que não o contribuinte direto.

A Emenda Constitucional n. 3, de 17 de março de 1993, acrescentou o parágrafo sétimo ao art. 150 da Constituição Federal de 1988, que trata das limitações do poder de tributar da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Assim, tornou definitivo o caminho para a consolidação da substituição tributária em geral, bem como a do ICMS, objeto deste estudo, com a seguinte redação.

Art. 150 –

§ 7º A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a

condição de responsável pelo pagamento de impostos ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido.

Cumprе ressaltar que o texto original da Carta de 1988 já previa a possibilidade da substituição tributária, visto que a alínea *b* do inciso XII do art. 155, já remetia a possibilidade de criação da substituição tributária, mediante lei complementar.

Mas foi somente em 13 de setembro de 1996 que entrou em vigor a Lei Complementar 87, a partir de então identificada por LC 87/96, introduzindo no mundo jurídico, como reforço, a substituição tributária do ICMS. Esta lei complementar já foi alterada pela LC 114, de 16 de dezembro de 2002, nos artigos. 6º e 7º, seguintes termos:

Art. 6º Lei estadual poderá atribuir a contribuinte do imposto ou a depositário a qualquer título a responsabilidade pelo seu pagamento, hipótese em que assumirá a condição de substituto tributário. (Redação dada pela LCP 114, de 16/12/2002)

§ 1º A responsabilidade poderá ser atribuída em relação ao imposto incidente sobre uma ou mais operações ou prestações, sejam antecedentes, concomitantes ou subseqüentes, inclusive ao valor decorrente da diferença entre alíquotas interna e interestadual nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, que seja contribuinte do imposto.

§ 2º A atribuição de responsabilidade dar-se-á em relação a mercadorias, bens ou serviços previstos em lei de cada Estado. (Redação dada pela Lcp 114, de 16.12.2002)

Art. 7º Para efeito de exigência do imposto por substituição tributária, inclui-se, também, como fato gerador do imposto, a entrada de mercadoria ou bem no estabelecimento do adquirente ou em outro por ele indicado.

2.4 ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA VERSUS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA.

A antecipação tributária do ICMS reporta-se ao pagamento antecipado do imposto pelo sujeito passivo direito, ou seja, o contribuinte, relativo à ocorrência de fato gerador futuro. Verificam-se aqui dois aspectos importantes

da doutrina geral dos impostos: o temporal, momento em que o imposto deverá ser recolhido; e o pessoal, quem deverá ser o sujeito passivo da relação jurídico-tributária.

Esses mesmos elementos estão presentes na análise da substituição tributária, tanto o temporal quanto o pessoal. Distingui-se da antecipação no que pertence à pessoa do sujeito passivo, que neste caso este será indireto, ou seja, o responsável tributário, como terceira pessoa que tenha relação direta com o fato gerador.

De modo que se permite concluir que a substituição tributária encarna em si a natureza jurídica de antecipação tributária.

É exatamente esse pensamento que se pode extrair da interpretação do § 7º do art. 150 da CF-88, no momento em que permite atribuir responsabilidade tributária a terceiro, cujo fato gerador venha a ocorrer no futuro, tendo este o direito de ser restituído do contribuinte primário.

2.5 VISÃO HODIERNA DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA.

A maioria dos doutrinadores entende a teor de Roque Carraza, que a substituição tributária *para trás* coaduna-se com os ditames constitucionais, uma vez que o tributo será recolhido pelo substituto na operação jurídica seguinte.

Como exemplo um supermercado que adquire mercadoria de um artesão. O supermercado emite a nota fiscal de entrada, recolhe o ICMS pela compra e credita-se desse valor por ocasião da venda.

Por outro lado, preleciona que a *substituição pra frente* padece de constitucionalidade, mesmo diante da EC n. 3/93. A lei deve dar ao substituto a garantia jurídica de que vai ser restituído do imposto.

Porém, esta prática tem se multiplicado, porque é tendência da administração tributária hodierna a tentativa da *evasão fiscal*. Para tal elege como sujeito passivo da obrigação tributária um substituto como responsável pelo recolhimento do imposto sobre operação futura.

Torna-se mais fácil à administração tributária arrecadar e fiscalizar as grandes industriais fornecedoras de matérias primas ou de mercadorias, do que os pequenos e médios comerciantes pulverizados no seio territorial do Estado.

Frente a este sistema, Carraza alega que o arquétipo constitucional básico do ICMS esta se quebrando, quando se responsabiliza aquele que não participou do fato gerador impositivo no futuro. Pois como foi visto, esse imposto deve incidir no momento da saída da mercadoria do estabelecimento

industrial ou comercial.

Na substituição *para frente* o ICMS já é cobrado por fato futuro presumido. Assim, a indústria vende um automóvel ao seu revendedor e já cobra antecipadamente o ICMS da futura venda que será realizada pelo revendedor.

Obviamente que este procedimento fere de morte o sistema tradicional de tributação do ICMS. sucedâneo do ICM da Constituição de 1967, que por sua vez substituiu o antigo IVA.

Para Carrazza a EC n. 3/93 atropela o princípio da segurança jurídica duplamente: certeza do direito e proibição do arbítrio. Tal princípio, aplicado ao Direito Tributário, exige que o tributo só nasça após a ocorrência efetiva do *fato oponível*, ou seja, depois da ocorrência real do fato gerador.

Marco Aurélio Greco ao analisar os conceitos de *capacidade contributiva* em suas formas tradicionais: *capacidade financeira* a que leva em conta a disponibilidade financeira do contribuinte; *capacidade individual* a que analisa o contribuinte caso a caso; *capacidade presumida* a que atribui presunção de capacidade tributária de acordo com os critérios razoáveis fixados em lei, apresenta um novo conceito exposto por Augusto Fantozzi, em que a capacidade contributiva está vinculada ao *pressuposto do fato do tributo*.

Em relação ao ICMS, o pressuposto do fato é o ciclo econômico da produção até o consumo das mercadorias. Fato gerador é a operação que implique transferência de propriedade ou posse. Fato de exteriorização e a saída da mercadoria ou produto, este último é um forte indicador de que a compra e venda ocorreu.

Com referência à inconstitucionalidade da EC n. 3º/93, por ferir uma cláusula pétrea tributária, a da *segurança jurídica*, com fundamento no § 4º do Art. 60 da CF-88, *data vênia* não encontro respaldo jurídico para assertiva.

Prova disto está no fato da EC n. 3º/93 ter eliminado um imposto de competência dos Municípios, incidente sobre a venda a varejo de combustíveis líquidos e gasosos, exceto o óleo diesel. Se tal providência foi favorável ao contribuinte, não o foi para os Municípios que tiveram diminuída as suas receitas.

Caso o Sistema Tributário Nacional venha a ser tratado como *cláusula pétrea*, os avanços da sociedade brasileira não poderão ser acompanhados pelo legislador constituinte derivado, fato este que provocaria, sim, uma verdadeira insegurança jurídica.

Encontro respaldo em meus argumentos nas lições de Greco, quando este analisa os três planos de formulação da tese de cláusula pétrea em matéria tributária, *o formal o institucional*, e *o substancial*. Em nenhum deles o citado autor constata que a introdução do § 7º ao art. 150 da CF-88 tenha ferido cláusula pétrea e seja inconstitucional.

Além disso, a lei da substituição em momento algum foi aplicada retroativamente. Apenas os fatos geradores surgidos depois de sua vigência é que foram alcançados.

Ao contribuinte substituto foi garantido o direito de ser ressarcido com prontidão do imposto que teve que adiantar.

De igual sorte, o abatimento do imposto gerado na operação presente foi deduzido do imposto que será gerado na operação futura. Na estipulação do preço futuro de venda o substituto deduz o valor do imposto embutido no preço de compra, de modo que não foi ferido o princípio da *não-cumulatividade* do ICMS.

Tema que se permitiria questionar é a garantia constitucional da devolução da quantia paga a título de substituição tributária, caso o fato presumido não vier a se concretizar, conforme parte final do § 7º do art. 150 da CF-88. Todavia, o Supremo Tribunal Federal decidiu contrariamente à referida devolução de imposto pago a menor, bem como ao pagamento complementar do ICMS.

Na hipótese do preço de venda ser maior ou menor daquele fixado pelas regras fazendárias, decidiu o Supremo Tribunal Federal que não haverá pagamento da diferença, se maior, nem mesmo o substituído receberá de volta a quantia paga em excesso, se a mercadoria ou produto for vendido por preço inferior ao estabelecido, conforme se vê na seguinte decisão.

Tributário, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. Substituição Tributária Progressiva. ICMS, Recolhimento efetivo antecipadamente. Base de cálculo presumida. Valor final de venda inferior ao estabelecido na pauta Fiscal. Restituição indevida. Precedente STF. ADIn nº 1851-4/AL:

I - Em diversos julgados ficou reconhecido o direito do contribuinte à restituição /compensação do imposto recolhido a maior, bastando a comprovação que está submetido ao regime de substituição tributária e que efetuou a venda por preço inferior ao preço previsto na pauta fiscal;

II – Não obstante esta constatação, verifico que o Supremo Tribunal Federal, recentemente, in DJU de 15.05.2002, ao analisar, na ADIn nº 1851-4/AL, a cláusula segunda do Convênio ICMS nº 13/97, declarou sua constitucionalidade, afastando a limitar que suspendia a eficácia do regramento legal em tela;

III – Naquele julgado, o Pretório Excelso entendeu não importar que o tributo tenha sido recolhido a maior ou menor em face do preço pago pelo consumidor final do produto, porquanto, se a base de cálculos é

previamente definida em lei, não restaria nenhum interesse jurídico em apurar se correspondeu ela à realidade:

IV – Nesse panorama, passo a adotar a tese do Supremo Tribunal Federal pela vedação da restituição do ICMS quando a operação subsequente à cobrança do imposto, sob a modalidade de substituição tributária, realizar-se com valor inferior ao recolhido antecipadamente em fase de base de cálculo presumida.

V – Submissão ao entendimento jurisprudencial do egrégio Supremo Tribunal Federal, em homenagem à função uniformizadora que tal decisão implica aos Tributos pátrios (ADIn nº 1851-4/AL). VI – Recurso a que se nega provimento. (Acum da 1ª T do STJ – ROMS 11.927/MG – Rel. Min. Francisco Falcão – j 07/08/2003 – DJU 1 22/09/2003. p 259 – emenda oficial).

No caso do contribuinte substituído vir a encerrar as suas atividades, antes do pedido de baixa, poderá pleitear junto à Administração Fazendária estadual a devolução das quantias pagas do ICMS substituto pago em relação às mercadorias que não foram vendidas e se encontram em seu estoque final, nesse instante. É o que se deduz do art. 47 do regulamento do ICMS sergipano.

Como já se reportou, o texto original da CF-88 previu a possibilidade da lei complementar instituir a substituição tributária, art. 155, II, b.

A aplicação deste permissivo, no dizer de Carrazza, deveria ser com cautela, mas levando-se em conta o arquétipo tributário tradicional do ICMS, ou mesmo do Direito Tributário então vigente. É provável que a intenção do legislador da época não pensasse numa substituição tributária tão ousada quanto à determinada pela inserção do § 7º ao art. 150, ou mesmo a aprovada pela LC / 87/96.

É certo que os fatos sociais evoluem com tal velocidade, que modificam a sociedade em tamanha rapidez impossível de se acompanhada pelo Direito.

Cabe à doutrina e à jurisprudência, em primeiro plano, ajustar as decisões judiciais às novas tendências sociais, até o momento em que a legislação se adapte à nova realidade social.

O Direito Tributário vivencia uma nova etapa. O crescer da sociedade exige normas mais eficazes de combate à sonegação e a evasão fiscais.

A tendência mais moderna volta-se à cobrança do imposto no instante da circulação da moeda, ou seja, quando alguém recebe o preço de alguns tipos de serviços prestados, vê retido em fonte o valor de impostos pelo agente pagador, que não passam de substitutos tributários, tal como já ocorre com o INSS, PIS COFINS e IRPJ.

É com essa nova visão que deve ser vista a substituição tributária do ICMS *para frente*, não mais como inconstitucionalidade.

Trata-se de novos conceitos em matéria de Direito Tributário, que necessitam ser reavaliados, aceitos e estudados pelos doutrinadores, com o objetivo precípuo de, dentro do hodierno, da modernidade, evitar o abuso do império do Estado.

2.6 SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PARA TRÁS E CONCOMITANTE.

São três as espécies de substituições tributárias previstas pela legislação e a base de cálculo em cada uma delas está definida no art. 8º da LC 83/97.

A substituição tributária antecedente, ou *para trás*, como é conhecida, refere-se a fatos geradores ocorridos anteriormente, ou seja, a lei estipula que o tributo será recolhido, pelo responsável tributário – *substituto* – na operação jurídica seguinte. É este que suporta a carga econômica desta operação jurídica em nome do *substituído*.

A segunda espécie de substituição tributária é denominada de *concomitante*. Neste caso o recolhimento do imposto ocorre no mesmo instante em que ocorre o fato gerador, *ex vi*, no serviço de transporte iniciado no Estado de Sergipe. Atribui-se ao substituto a responsabilidade pela retenção do ICMS quando da contratação de transportadores autônomos.

Nestes dois casos, o art. 8º determina que a base de cálculo seja *o valor da operação ou prestação praticado pelo contribuinte substituído*.

2.7 A SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA DO ICMS PARA FRENTE.

Por fim, a mais questionadas de todas é a substituição tributária subsequente, mais conhecida por *substituição tributária para frente*.

O regime de substituição tributária do ICMS está previsto a partir do art. 675 do Regulamento do ICMS do Estado de Sergipe, Decreto 21.400, de 10 de dezembro de 2002 e alterações posteriores.

A adoção do referido regime é específica para as mercadorias e serviços relacionados no Anexo IX do regulamento e depende da celebração de convênios ou protocolos com as demais unidades da Federação.

A restituição do imposto substituto foi regulada pelo Convênio ICMS 13/97, artigos 676 “a” e 676 “b”. O primeiro garante a devolução do imposto caso a operação posterior com as mercadorias ou serviços não se efetivem ou venha ser isenta do mesmo.

Já o art. 676 “b” reproduz o entendimento do STF anteriormente exposto, referente ao não recolhimento de mais imposto, se a mercadoria for vendida por preço maior; nem à devolução do imposto, se vendida por preço inferior ao presumido.

Os artigos 677 a 678 definem quem são as pessoas para as quais pode ser atribuída a responsabilidade de contribuinte substituto, a exemplo do industrial, do produtor, do comerciante, do prestador de serviços de transporte interestadual; intermunicipais ou de comunicações, entre outros.

A base de cálculo está disciplinada pelo art. 684 do regulamento, em consonância com o art. 8º da LC 87/96.

Nas operações subsequentes, incluem-se os preços da mercadoria ou do serviço, frete, seguro e demais encargos; a margem de valor agregado, inclusive o lucro, relativa às operações ou prestações subsequentes.

O responsável substituto para que possa se investir nessa condição deverá realizar a sua inscrição cadastral na Secretaria da Fazenda do Estado de Sergipe. Tal inscrição se reveste de um caráter especial, porque não exige que o substituto mantenha estabelecimento no Estado.

Satisfeita essa exigência, a indústria, o comerciante, o produtor ou o prestador de serviço poderá negociar com as empresas sergipanas, porque estará apto a efetuar o recolhimento do ICMS substituto através da GNRE – Guia Nacional de Recolhimento Estadual e cumprir as demais obrigações acessórias, via *internet*, por meio do sistema SINTEGRA.

Com o intuito de melhor ilustrar o tema veja-se o exemplo de uma indústria de pneus sediada na cidade do Rio de Janeiro, naquele Estado e vende R\$ 100.000,00 deste produto para uma distribuidora em Aracaju. A distribuidora revende esses pneus para os consumidores finais.

O ICMS gerado na venda feita pela distribuidora aos consumidores finais será cobrado e recolhido aos cofres da Fazenda Pública de Sergipe pela indústria do Rio de Janeiro, que substituirá, nesta obrigação fiscal, a distribuidora de Sergipe.

Para atender ao princípio da não-cumulatividade, o valor do ICMS embutido no preço de venda dos pneus pela indústria será abatido do preço de venda presumido para esta operação, do valor a ser pago a título de ICMS substituto.

Observe-se o quadro abaixo:

QUADRO DEMONSTRATIVO:

(1) # Venda da indústria (RJ) para (SE)	R\$ 100.000,00
(2) # ICMS gerado por esta operação: 7,0 %	R\$ 7.000,00
(3) # MVA (margem de valor agregado) 30,0%	R\$ 30.000,00
(4) # TOTAL (1) + (3) (BC 1)	R\$ 130.000,00
(5) # (BC 1) x 17% = ICMS s/revenda	R\$ 22.100,00

(6) ICMS da Substituição tributária a ser recolhido à (SE) = (05) – (02)

(07) R\$ 22.100,00 - (02) 7.000,00 = R\$ 15.100,00

Constata-se no exemplo que o valor do ICMS existente no preço de compra das mercadorias foi abatido do ICMS substituto gerado pela operação futura, preservando-se o princípio da não cumulatividade.

Assim, foi exposta uma síntese da operacionalidade do sistema da Substituição Tributária do ICMS para frente no Estado de Sergipe. Maiores detalhes poderão ser vistos na legislação indicada, pois não é o objetivo deste trabalho.

3. CONCLUSÃO

O Imposto sobre circulação de mercadorias e serviços previsto no art. 150, II da Constituição Federal de 1988 tem o seu arquétipo teórico fundamentado no antigo ICM – imposto sobre circulação de mercadorias da Carta Constitucional de 1967, que por sua vez derivou do mais antigo IVA – Imposto sobre valor agregado.

O fato gerador do ICMS é a circulação econômica da mercadoria vendida, que ocorre com a sua saída do estabelecimento industrial ou comercial; ou a prestação de serviços de transportes interestaduais, intermunicipais ou de comunicação.

No arcabouço tradicional deste imposto o sujeito passivo da obrigação tributária surgida com a ocorrência do fato gerador é o contribuinte direto, ou seja, o vendedor da mercadoria ou o prestador de serviços, responsável direto pelo cumprimento da obrigação tributária.

Os artigos 121 a 128 do Código Tributário Nacional definem hipóteses

de responsabilização tributárias a terceiras pessoas, *in casu*, o terceiro diretamente ligado à situação que constitua o fato gerador; ou um terceiro responsável diretamente apontado pela lei.

Entre essas pessoas destaque-se o industrial, o produtor, o comerciante, o prestador de serviços, que não necessita ser pessoa jurídica regularmente inscrita no Registro competente nem nos órgãos tributantes, porque o exercício de fato da atividade mercancia, com habitualidade, é suficiente para atribuir à pessoa responsabilidade tributária.

A substituição tributária tem por natureza jurídica uma espécie de antecipação tributária. Distingue-se dessa porque quem antecipa é o sujeito passivo direto da obrigação tributária, ao passo que naquela o substituto é uma terceira pessoa que se torna responsável pelo recolhimento do imposto, referente a um fato gerador futuro.

Na substituição tributária do ICMS para trás, aquela que o fato gerador ocorreu anteriormente, responsabiliza o substituto pelo imposto quando da ocorrência da operação seguinte; os doutrinadores entendem ser pacífica a sua constitucionalidade.

Assim também entendem para a substituição tributária concomitante, que é comum, nos casos de serviços transportes interestadual, intermunicipais e de comunicações, entre outros.

A polêmica toda é gerada na substituição tributária subsequente, ou para frente, porque o responsável tributário é uma terceira pessoa que não tem relação jurídica com o fato gerador que vai ocorrer no futuro; o imposto será calculado sobre um preço da mercadoria ou serviço presumido, que poderá não ser o valor real e o princípio da não cumulatividade não será respeitado.

Entendem os doutrinadores que há um exagero da lei na abrangência do conceito de um terceiro responsável pelo imposto.

O objetivo do fisco é facilitar a sua atuação na prevenção da evasão ou elisão fiscal, concentrando a atenção da administração tributária na fiscalização mais direta dos maiores contribuintes e, através deste, dos menores.

De fato, diante da nova realidade social, com o crescer da população e das empresas, bem assim as dificuldades financeiras do Estado para arcar com o custo da administração pública torna-se imperioso a criação de novos mecanismos e novos conceitos no campo do Direito Tributário.

O constituinte de 1988 já vislumbrou um esboço da nova realidade ao prever a possibilidade de substituição tributária do ICMS, regulada por lei complementar, sem dar ao texto constitucional maiores detalhes.

Com base nessa brecha da Constituição os Estados criaram a substituição tributária nos moldes atuais, que teve a sua constitucionalidade acatada pelo Supremo Tribunal Federal, já levando em conta essa nova visão social e jurídica.

Para reforçar esse entendimento o constituinte derivado aproveitou a Emenda Constitucional nº. 3/93 e ampliou o conceito de substituição tributária no texto constitucional, com a introdução do § 7º no art. 150, nestes termos:

§ 7º A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de impostos ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido.

Frente a esse dispositivo, em 13 de setembro de 1996 entrou em vigor a Lei Complementar 87/96, que tratando do ICMS, veio regulamentar o previsível constitucional da substituição tributária, completando o alicerce jurídico para a sua exigibilidade.

Assim, revela este breve estudo que a substituição tributária encontra respaldo constitucional desde a promulgação da Carta Cidadã de 05 de outubro de 1988, reforçada que foi com a alteração de 1993, pela EC n. 3.

Finalmente foi regulamentada pela Lei complementar n. 87, de 13 de setembro de 1996, que deu suporte às legislações estaduais; tudo isso como corolário de uma nova visão social, política, econômica e tributária exigida pela modernidade.

5. REFERÊNCIAS

AQUINO. Rosa Amélia Gomes de Souza. SIMFAZ E SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. www.professordaud.com.br.

BASTOS. Celso Ribeiro. *Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva: 1997.

BALEEIRO. Aliomar. Atualizador DERZI, Misavel Abreu Machado. *Direito Tributário Brasileiro*. São Paulo: Forense, 2002.

CARAZZA. Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 4ª ed. São Paulo. Malheiros. 1993.

CARDOSO. Lais Vieira. *Substituição tributária no ICMS*. São Paulo: 2004. Quartier Latin.

COÊLHO. Sacha Calmon Navarro. *Infrações tributárias e suas sanções*. São Paulo. Resenha Tributária: 1982.

_____. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

COSTA JR. Paulo José da. *Infrações tributárias e delitos fiscais*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva: 2000.

GRECO. Marco Aurélio. *Substituição Tributária (antecipação do fato gerador)*. Malheiros. São Paulo: 2001.

HARADA. Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 13ª Ed., São Paulo, 1998, Malheiros.

MELO. Augusto Carlos Cavalcante. *A base de cálculo do ICMS na substituição tributária*. Revista Tributária de Finanças Públicas n. 65. Novembro – Dezembro de 2005. RT: São Paulo.

FERREIRA. Alexandre Henrique Salema, *A substituição tributária e o atendimento ao princípio da não-cumulatividade*. www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3783.

NOGUEIRA. Rui Barbosa, *Curso de Direito Tributário*, 10ª Ed., Saraiva, São Paulo, 1990.

ROSA JUNIOR. Luiz Emygdio F. da. *Manual de direito financeiro e direito tributário*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1982.

DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL: A TORMENTOSA CULPA

Adélia Moreira Pessoa*

Sumário: 1 - Família e dignidade humana 2 - A culpa na separação e divórcio no novo Código Civil 3 - Historicidade do discurso jurídico e criação judicial do Direito 4 - A culpa na separação e a posição dos tribunais 5 - Igualdade de gêneros: fator para a exclusão da discussão da culpa na separação judicial 6 - Para além do jurídico: o luto pela separação. 7-Considerações finais.

1. FAMÍLIA E DIGNIDADE HUMANA

A partir da Constituição de 1988, a família deve ser entendida como o espaço da igualdade, liberdade e afetividade, albergados todos no princípio maior da dignidade da pessoa humana¹. A liberdade para começar a relação, para escolher seu parceiro, já fora proclamada, em 1948, pela Declaração Universal dos Direitos Humanos². Outros instrumentos internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil³ estabelecem que todos os adultos têm direito à livre escolha do casamento e a formar uma família, tendo as mulheres e os homens iguais direitos dentro do casamento e o direito à dissolução do casamento.

A discussão da culpa nos litígios judiciais de separação conjugal é, realmente, um tormento, não só para as partes, mas para todos os que ali atuam: intimidades do casal são desnudadas, servindo o processo não só aos objetivos confessados nos autos, mas também, como instrumento de vingança e ressentimentos. É necessário que se reconheça hoje a liberdade de permanecer casado ou extinguir a sociedade conjugal, sem necessidade de provar-se

*Adélia Moreira Pessoa é diretora estadual do IBDFAM/SE, membro da Diretoria Nacional do IBDFAM, Professora-adjunta aposentada da Universidade Federal de Sergipe; Promotora de Justiça aposentada e Professora de Direito de Família e Sucessões.

¹ Nesse sentido, Paulo Luiz Netto Lobo, em palestra proferida em Aracaju, em maio de 2003, no Seminário de Estudos Jurídicos, promovido pelo NEPRIN/UFS.

² Declaração Universal dos Direitos do Homem, art. XVI - 1 - Os homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e sua dissolução. 2 - O casamento não será válido senão com o livre e pleno consentimento dos nubentes.

³ Como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas em 1966, aprovado no Brasil pelo Dec. Legislativo 226, em 12/12/91 e promulgado p/ Decreto 592 de 6/7/92, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), adotada em 22 de novembro de 1969, aprovada no Brasil pelo Dec. Legislativo 27 de 25/09/1992 e promulgada pelo Decreto no 678, de 6 de novembro de 1992.

a culpa do outro, em um processo desgastante, “não raro marcado pelos solavancos da turbulência”, no dizer de Fachin⁴. Essa correção de rumos vem avançando na legislação e se manifesta em decisões de juízes e tribunais sintonizados com a idéia de que a família é o espaço para realização da dignidade humana.

2. A CULPA NA SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO NO NOVO CÓDIGO CIVIL

Em casos de separação e divórcio, constata-se uma tendência legislativa de “supremacia do princípio da ruptura sobre o princípio da culpa”.⁵ O novo Código civil prescinde da discussão de culpa na decretação do divórcio seja o direto ou por conversão⁶. Dispensa-se arguição de culpa na chamada separação-falência⁷, quando se provar a ruptura da vida em comum há mais de um ano e impossibilidade de sua reconstituição⁸.

Reclama-se que o novo Código Civil não refletiu devidamente o pensamento jurídico mais atual sobre a dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal. Constata-se que a nova lei ainda admite a culpa como causa – que deve ser provada em juízo – para a decretação da separação litigiosa, como previsto nos artigos 1572, caput e 1573, numa mescla do que dispunham o caput do art. 5º da Lei do Divórcio e o art. 317 do Código Civil anterior. Ao lado das causas genéricas do art. 1572⁹, elenca o novo Código, no art. 1573¹⁰, as causas

⁴ Fachin, Luiz Edson. Elementos críticos de Direito de Família. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 169

⁵ PELUSO, Antônio Cezar. O desamor como causa de separação. In: Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica. ZILMERMAN, David & COLTRO, Antônio Carlos Mathias, organizadores. Campinas: Millennium, 2002, p. 417.

⁶ CC - Art. 1.580. Decorrido um ano do trânsito em julgado da sentença que houver decretado a separação judicial, ou da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos, qualquer das partes poderá requerer sua conversão em divórcio. § 1º A conversão em divórcio da separação judicial dos cônjuges será decretada por sentença, da qual não constará referência à causa que a determinou. § 2º O divórcio poderá ser requerido, por um ou por ambos os cônjuges, no caso de comprovada separação de fato por mais de dois anos

⁷ CC Art. 1.572 (...) § 1º A separação judicial pode também ser pedida se um dos cônjuges provar ruptura da vida em comum há mais de um ano e a impossibilidade de sua reconstituição.

⁸ Neste sentido, vários julgados: separação judicial litigiosa, causa, ruptura há mais de um ano - sentença, decretação de separação-sanção. Apelação. Provimento parcial. Inteligência do § 1º, do art. 5º, da Lei 6.515/77. A ruptura da vida em comum, há mais de um ano, constitui fundamento fático suficiente para ensejar a decretação da separação judicial, sem atribuição de culpa a qualquer das partes, ainda que uma delas alegue ou prove violação dos deveres do casamento. TJ-PB - 1ª Câmara, Apelação Cível; Rel. Des. Jorge Ribeiro Nóbrega; J. 23/03/2002. Pub. no DJ : 27/03/2002

⁹ CC Art. 1.572. Qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial, imputando ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum.

¹⁰ CC Art. 1.573. Podem caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida a ocorrência de algum dos seguintes motivos: I - adultério; II - tentativa de morte; III - sevícia ou injúria grave; IV - abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo; V - condenação por crime infamante; VI - conduta desonrosa. Parágrafo único. O juiz poderá considerar outros fatos que tomem evidente a impossibilidade da vida em comum.

ensejadoras da separação judicial, à semelhança do código de 1916, na redação anterior à Lei 6515/77. Cabe destacar, entretanto, que o rol não é taxativo, como ocorria sob a égide do antigo artigo 317, mas meramente exemplificativo, pois, o parágrafo único do art. 1573 abre uma brecha, quando faculta ao juiz considerar outras causas que tornem impossível a vida em comum.¹¹

Pela regra geral do novo Código, antes de um ano da separação de fato, somente o “inocente” teria legitimidade para buscar a desconstituição do casamento (art. 1.572). Ou seja, quem não tem motivo, quem nada tem a imputar contra o cônjuge, precisaria aguardar o prazo de um ano de separação de fato para buscar a separação (art. 1.572, § 1º) ou o decurso de dois anos para obter o divórcio (art. 1.580, § 2º). No entanto, vale frisar, somente se impõe a comprovação da causa do fim da sociedade conjugal pelo período de um ano, pois, após decorrido esse lapso temporal de separação de fato, qualquer um pode pedir a separação judicial pelo só decurso desse prazo. E, esperando mais um ano, é possível a qualquer um pedir o divórcio, sem necessidade de identificar a causa do fim do casamento. Destaque-se ainda que a causa perde a razão de ser quando da conversão da separação em divórcio, pois, então, é vedado que a sentença revele o motivo da separação (art. 1.580, § 1º).

Não é demais salientar, entretanto, que, depois de formular casuisticamente as causas de separação, nos moldes do Código de 1916, o legislador adotou, no parágrafo único do art. 1573, uma cláusula geral, mais condizente com o sistema adotado pelo novo Código mediante o emprego de conceitos cujos termos têm significados intencionalmente vagos e abertos, os chamados “conceitos jurídicos indeterminados”, proporcionando aos operadores do Direito um papel ativo na determinação do alcance da norma legal. Assim, possibilitou o parágrafo do artigo 1573 uma construção hermenêutica pela jurisprudência, tendo em vista a adoção de modelo jurídico aberto: pode o juiz considerar outras causas que tornem impossível a vida em comum. É o que tem ocorrido em vários tribunais, como veremos no item 4.

Em 25/10/2007, foi apresentado pelo deputado federal *Sérgio Barradas Carneiro* projeto de lei - PL 2285/2007 - que Dispõe sobre o Estatuto das Famílias, revogando o Livro IV - Do Direito de Família - do Código Civil. Tal projeto, sugerido pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), altera substancialmente a lei atual no pertinente à culpa. Com efeito, estabelece o artigo 57 que é facultado aos cônjuges pôr fim à sociedade conjugal, mediante

¹¹ Vale conferir os Enunciados aprovados na Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, no período de 11 a 13 de setembro de 2002, sob a coordenação científica do Ministro Ruy Rosado, do STJ, que contem no enunciado 100 Art. 1.572, na separação, recomenda-se apreciação objetiva de fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum. 122 – Proposição sobre o art. 1.572, caput. Proposta dar ao art. 1.572, caput, a seguinte redação: “Qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial, com fundamento na impossibilidade da vida em comum”.

separação judicial ou extrajudicial, podendo a iniciativa da separação ser de um ou de ambos os cônjuges, sem qualquer referência à culpa de um dos cônjuges.¹²

3. HISTORICIDADE DO DISCURSO JURÍDICO E CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO

Sabe-se que o direito resulta de uma construção hermenêutica diuturna refletindo os valores da cultura que lhe é subjacente. A prática jurídica não se exaure nas leis e deve ser dado papel relevante para a criação judicial do direito. Com efeito, através do discurso jurídico explicitado em sentenças e acórdãos, discurso este de representação e de significação do mundo, é possível vislumbrar a construção ou desconstrução de crenças e conhecimentos, com a consequente reprodução da sociedade ou sua transformação.¹³

Admitindo-se que o Juiz cria o direito, é preciso ter em conta que, nessa construção hermenêutica, está presente a visão de mundo do julgador. Sustentamos que a neutralidade do julgador é uma falsa idéia e comungamos com o entendimento de que está em processo de superação a clássica figura do magistrado neutro, ascético cumpridor da lei e distante das partes e da sociedade.¹⁴

Afinal, qual é a verdade que o julgador tem a sua frente, após a instrução, em uma ação de separação judicial litigiosa? “O que não está nos autos, não está no mundo.” De tanto ser repetido, parece que, efetivamente, o magistrado, muitas vezes, acredita estar julgando, isento de qualquer influência de sua visão de mundo. Até para apreciar a prova coligida aos autos, está presente a *Weltanschauung* do julgador, pois seu olhar depende de sua história, e só conseguirá ver conforme sua ideologia.

Entendemos a ideologia, não como um véu que encobre a realidade, mas admitimos que as condições econômicas e políticas de existência constitu-

¹² Na justificativa do PL, encontra-se enfatizado que, “privilegiou-se o divórcio, como meio mais adequado para assegurar a paz dos que não mais desejam continuar casados, definindo em regras simples e compreensíveis os requisitos para alcançá-lo. Evitou-se, tanto no divórcio quanto na separação, a interferência do Estado na intimidade do casal, ficando vedada a investigação das causas da separação, que não devem ser objeto de publicidade. O que importa é assegurar-se o modo de guarda dos filhos, no melhor interesse destes, a fixação ou dispensa dos alimentos entre os cônjuges, a obrigação alimentar do não guardião em relação aos filhos comuns, a manutenção ou mudança do nome de família e a partilha dos bens comuns. A separação, o divórcio e a mudança de regime de bens extrajudiciais, mediante escritura pública, receberam regulamentação mais detida, quanto à sua facilitação, seus efeitos e à preservação dos interesses dos cônjuges e de terceiros”

¹³ MELO, Ana Maria Vasconcelos & ALVES, Amy Adelina Coutinho de Faria Alves. *Relações de gênero e Cultura no discurso Jurídico*. In: Feminismo, Ciência e tecnologia- org por Ana Alice A. Costa e Cecilia Maria B. Sardenberg. Salvador REDOR/NEIM, FCH/UFBA, 2002, p. 167 – 168).

¹⁴ PRADO, Lídia Reis de Almeida. *O juiz e a emoção: Aspectos da Lógica da Decisão Judicial*. São Paulo: Millennium, 2003, p. 109

em “aquilo através do que se formam os sujeitos de conhecimento, e, por conseguinte, as relações de verdade”. Essas condições de existência representam o solo em que se forma o sujeito cognoscente e, no caso sob análise, o julgador. Vale ressaltar que um magistrado deve ser entendido como um sujeito que se constitui no interior mesmo da história, e que é a cada instante fundado e refundado pela história, pois, “o próprio sujeito de conhecimento tem uma história”¹⁵

Com razão, Maria Berenice Dias:

Há muito já caiu a venda que tapava os olhos da justiça. O símbolo da imparcialidade revelou-se um verdadeiro empecilho, pois impede ver a vida em seus atuais contornos. Mister que os juízes deixem de fazer suas togas de escudos para não enxergar a realidade e de usar a espada para punir comportamentos legitimados socialmente. Quando os restos do amor chegam ao Judiciário, os que buscam a justiça merecem ser julgados sem preconceitos. Não deve a sentença ser uma forma de punir posturas já não aceitas e segundo padrões de moralidade que não mais vigoram.¹⁶

O magistrado, muitas vezes, apega-se ao formalismo e à lei porque isso atrai uma percepção de impessoalidade, que tende a emitir sinais de segurança jurídica¹⁷. O direito, entretanto, precisa ser compreendido como uma totalidade histórica em movimento e não de maneira compartimentalizada, não se podendo visualizar o jurídico esquecendo a dimensão psicológica, política, econômica, cultural, e social.¹⁸ O positivismo deixou um preconceito contra essas outras dimensões que eram considerados elementos não pertinentes à abordagem científica do direito.

Entretanto, atualmente, principalmente após as atrocidades nazistas da segunda grande guerra mundial, cometidas sob o pálio formal da lei, assiste-se a um movimento reativo que passou a “confiar ao juiz a missão de buscar, para cada litígio particular, uma solução equitativa e razoável, pedindo-lhe, ao mesmo tempo, que permaneça, para consegui-lo, dentro dos limites autorizados por *seu* sistema de direito”.¹⁹ Essa reação, também chamada de pós-positivismo, pode

¹⁵ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau editora, 2003, p.10.

¹⁶ DIAS, Maria Berenice. *Resenha de A Sexualidade vista pelos Tribunais - de Rodrigo da Cunha Pereira*. In: Revista Brasileira de Direito de Família, v.8. Síntese/IBDFAM, jan-mar 2001, p.150-151.

¹⁷ Nesse sentido, Ihering já afirmava que as “formas são inimigas juradas do arbitrio e irmãs gêmeas da liberdade”. Apud VAZ, Alexandre Mário Pessoa. *Direito processual civil: do antigo ao novo código*. Coimbra: Almedina, 1998, p.128

¹⁸ ALVES, Amy Adelina Coutinho de Faria & MELO, Ana Maria Vasconcelos. *Estudos de gênero e metodologias feministas em Sergipe*. In: Os poderes e os saberes das mulheres: a construção do gênero. Org. Mary Ferreira e outros. São Luís: EDUFMA; Salvador: REDOR, 2001, p.85/87.

¹⁹ PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. Tradução de Virginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p.185

ser dividida em duas vertentes, bem descritas por Margarida Camargo²⁰:

O pós-positivismo, como movimento de reação ao modelo Kelseniano de negação a valores, abre-se a duas vertentes. Uma delas, que segue a linha de Dworkin e Alexy, busca recuperar a força normativa dos princípios de direito, com todo seu potencial valorativo. A outra procura, nos fundamentos que sustentam as decisões judiciais, sua força lógico-legitimante, como faz Chaïm Perelman, por exemplo.

Deve ser também lembrado Viehweg, cuja grande contribuição para a evolução do raciocínio jurídico foi justamente a retomada da tópica e, consequentemente, o fato de privilegiar o âmbito da criação judicial do direito que fora afastada pelo positivismo tradicional.²¹

Daí ser fundamental a análise de acórdãos de nossos tribunais verificando se o Judiciário vem-se adequando às mudanças do nosso tempo.

4. A CULPA NA SEPARAÇÃO E A POSIÇÃO DOS TRIBUNAIS

Em ação de separação judicial litigiosa, com imputação de culpa a outro cônjuge, nos termos do art. 5º. caput da Lei do Divórcio- lei 6515/77- (correspondente ao art. 1572 caput do novo Código Civil), se o autor não lograsse provar a responsabilidade do réu pelo fim do casamento, o pedido de separação não seria acolhido, perdendo ele a ação e as partes continuando casadas mesmo depois de todo o desgaste de um processo judicial.

Várias decisões pela improcedência de pedido de separação litigiosa, se não provada a culpa do réu, podiam ser encontradas nos tribunais estaduais, valendo colacionar entendimento adotado pelo Tribunal de Justiça do Paraná, que, julgando a Ap. 776/89, lançou acórdão assim ementado: "Se a culpa do cônjuge requerido não for provada e, for este o fundamento do pedido, não procede a ação de separação judicial"²².

²⁰ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. 2.ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 141

²¹ ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2002. , p.77 assinala que "o mérito fundamental de Viehweg não é ter construído uma teoria e sim ter descoberto um campo para investigação". Isso porque o autor ressaltou "a necessidade de raciocinar também onde não cabem fundamentações conclusivas, e a necessidade de explorar, no raciocínio jurídico, os aspectos que permanecem ocultos se examinados de uma perspectiva exclusivamente lógica."

²² *Apud* Teresa Arruda Alvim, in "Direito de Família -Aspectos constitucionais, civis e processuais",ed. Revista dos Tribunais, 1993, pág. 634.

No mesmo norte, vários outros tribunais estaduais assim julgavam²³, encontrando então este entendimento também no STJ, valendo trazer à colação a ementa do acórdão do REsp. n.º 62.322/SP, relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira (DJ de 10/11/1997): “Direito civil. Direito de família. Separação por conduta desonrosa do marido. Prova que não abona o pedido formulado na inicial. Descabimento da decretação da separação pela insuportabilidade da vida em comum. Doutrina. Recurso desacolhido. I - na linha de entendimento da jurisprudência e da doutrina(....), se indemonstrada a prova da culpa do cônjuge, e for esse o fundamento do pedido de separação, improcede a pretensão. II – consoante a melhor doutrina, na qual se encontra o magistério de Yussef Said Cahali, ‘é vedada a transmutação do pedido de separação judicial por culpa em separação judicial sem culpa, e vice-versa, eis que são diversos os fundamentos de fato e de direito (causas jurídicas e causas legais) dos dois institutos; o procedimento judicial que se disponha a tais conversões recíprocas, para além de violentar a vontade do demandante consubstanciada no pedido inicial, afronta o princípio da imutabilidade do libelo; a diversidade de natureza jurídica da separação-remédio e da separação-sanção afasta qualquer argumento que se pretenda deduzir no sentido de que as causas de um poderiam estar implícitas nas causas do outro.’”²⁴

Mais recentemente, no entanto, vários acórdãos de nossos tribunais apontam a mudança de paradigmas demonstrando que o Judiciário vem-se adequando às mudanças do nosso tempo. Passaram os Tribunais, a exemplo da Quarta Turma do STJ, no Resp 467184, julgado em 05/12/2002, a admitir a tese de que, “evidenciada a insuportabilidade da vida em comum, e manifestado por ambos os cônjuges (...) o propósito de se separarem, o mais conveniente é reconhecer esse fato e

²³ TJES - Processo : 063039000037 - Apelação Cível- Terceira Câmara Cível Julgamento : 03/02/2004 Data De Leitura : 10/02/2004 Publicação : 18/02/2004 Relator : Nivaldo Xavier Valinho Vara De Origem : Comarca De Laranja Da Terra Acórdão: Apelação Cível. Ação De Separação Litigiosa. Alegação De Culpa Do Cônjuge Varão. Não Comprovação - Exegese Do Art. 333 Do Cpc. Recurso Conhecido E Desprovido. Requerendo um dos cônjuges a separação judicial com base em culpa do outro, cabe-lhe o ônus da prova dessa transgressão, sob pena de ver seu pedido julgado improcedente. Apelo conhecido e desprovido. Conclusão: à unanimidade, negar provimento ao recurso. Nessa mesma linha, encontramos decisão do TJ-PB²¹ assim ementado: Separação litigiosa - Art. 5º “caput”, da Lei 6.515/77 - Causas determinantes - Alegação de incompatibilidade de gênios - Impossibilidade - Recurso desprovido. 1 - As causas de separação judicial litigiosa acham-se desenhadas, exaustivamente, no art. 5º e seus parágrafos 1º e 2º, da Lei nº 6.515/77. Nelas não se insere a incompatibilidade de gênios, que, no máximo, pode desencadear ação de separação judicial, sob outro fundamento: a ruptura da vida em comum por mais de um ano e a impossibilidade de sua reconstituição (art. 5º, § 1º) ou mesmo divórcio direto, desde que a separação do casal já tenha completado dois anos. 2 - Na linha de entendimento da jurisprudência e da doutrina, se indemonstrada a prova da culpa do cônjuge, e for esse o fundamento do pedido de separação improcede a pretensão.

²⁴ No mesmo sentido, STJ: AgRg/REsp n. 222.830-SP (DJ 26/8/2002), relator Ministro Aldir Passarinho Junior, com a seguinte ementa: “Processual Civil. Recurso Especial. Separação. Conduta Desonrosa. Improcedência. Conversão Da Causa De Pedir. Culpa Recíproca. Inadmissibilidade.(...)I. Inadmissível a conversão do pedido de separação judicial por culpa para separação sem culpa, tendo em vista a diversidade da causa de pedir. Precedente II(...).III. Agravo desprovido”.

decretar a separação, sem imputação da causa a qualquer das partes”.²⁵

Em seu voto, o ministro-relator, Ruy Rosado de Aguiar, admite que, manifestando os cônjuges o propósito de obter do Juiz o decreto de separação, e não provados os motivos que eles apresentaram, mas configurada a insuportabilidade da vida conjugal, a melhor solução é decretar-se a separação do casal, sem imputar a qualquer deles a prática da conduta descrita no art. 50 da Lei 6515, de 26.12.77, acrescentando ele que tal solução está contemplada no Código Civil de 2002, cujo art. 1573, em seu parágrafo único, permite a separação quando o juiz verificar a presença de outros fatos (além da conduta reprovável do cônjuge, enumerados nos incisos do artigo) que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum.

Na esteira dessa primeira decisão do STJ, outros acórdãos de sucederam, não só na Quarta Turma, mas também na Terceira Turma, como o colacionado a seguir que teve a Ministra Nancy Andrichi como relatora: “Civil. Recurso especial. Ação de separação judicial. Pedido de separação fundado na culpa. Não demonstração. Insustentabilidade da vida em comum. Caracterização. Decretação da separação. Julgamento diverso do pedido. Inocorrência.- Ainda que se requeira a separação judicial com imputação de culpa e essa não reste provada nos autos, o juiz pode decretá-la caso verifique, nas provas coligidas aos autos, a insuportabilidade da vida em comum, situação em que a decretação da separação não implica julgamento diverso do pedido. Recurso especial não conhecido”.²⁶

Vale trazer a cotejo parte do que se encontra no voto da ministra relatora: “se a separação judicial já impinge aos cônjuges, bem como à sua prole, caso haja, considerável sofrimento e desgaste emocional, a aferição de culpa pela separação ocasionará, indubitavelmente, a intensificação desses dissabores, máxime quando utilizada por motivo de vaidade ou vingança pelo cônjuge que se considera inocente”. Afirmar ainda que isso “acarretará inteira devassa na intimidade do casal, e certamente serão trazidos à lide fatos que, objetivamente, em nada influenciariam na separação, se paralelamente à culpa pela separação, essa também se funda na ruptura da vida em comum pelo desaparecimento do *affecio societatis*”. Acrescenta que “ninguém deve ser considerado culpado por buscar amor e felicidade. Se a vida em comum se tornou insustentável para os cônjuges, ao ponto de levar à separação, que essa seja considerada a sua causa principal, para que a dignidade das pessoas envolvidas nesse processo seja efetivamente resguardada. Nos tempos modernos, a visão que se deve ter do casamento é outra. Se a realidade do matrimônio não permite o prosseguimento da vida em comum, a separação há de ser decretada caso se verifique a vontade dos cônjuges em não mais manter o vínculo

²⁵ STJ -Quarta Turma- Resp 467184 / Julgado:05/12/2002 -DJ: 17/02/2003 . Relator :Ministro Ruy Rosado de Aguiar.

²⁶ STJ- Terceira Turma: Recurso Especial Nº 466.329 - Rs (2002/0101677-0); Relatora : Ministra Nancy Andrichi., data do julgamento: 22 de junho de 2004.

conjugal. Ademais, assinala-se que a manutenção do casamento nesse caso somente trará prejuízos, principalmente à prole, caso exista”. Conclui que “a separação pode ser decretada sem a imputação de culpa a qualquer das partes caso o juiz verifique a insustentabilidade da vida em comum, ainda que a parte supostamente inocente requeira a separação com fundamento na culpa” não havendo que se falar em julgamento diverso do pedido.

Saliente-se, também, que, alguns tribunais estaduais, especialmente o TJRS²⁷, em reiteradas decisões, já têm dispensado a prova da culpa em ações de separação judicial propostas com fulcro no caput do art. 5º da Lei do Divórcio (hoje caput do art. 1572 e art. 1573 do novo Código Civil).

Assim, na linha de entendimento mais recente do STJ e de vários Tribunais de Justiça, se evidenciado o desejo de ambos os cônjuges em extinguir a sociedade conjugal na ação de separação litigiosa, a separação deve ser decretada, mesmo que a pretensão posta em juízo tenha como causa de pedir a existência de culpa do outro cônjuge.

5. IGUALDADE DE GÊNEROS: FATOR PARA A EXCLUSÃO DA DISCUSSÃO DA CULPA NA SEPARAÇÃO JUDICIAL

Se o direito é filho de seu tempo, como ensinava o jurista sergipano

²⁷ Conferir TJRS- APCVTEL- 70005834916 Julgado em 02/04/03- Rel. José Carlos Teixeira Giorgis, valendo transcrever parte da ementa: “embora admitido pelo sistema jurídico, é remansoso o entendimento de que descabe a discussão da culpa para a investigação do responsável pela erosão da sociedade conjugal. A vitimização de um dos cônjuges não produz qualquer seqüela prática, seja quanto a guarda dos filhos, partilha de bens ou alimentos, apenas objetivando a satisfação pessoal, mesmo por que difícil definir o verdadeiro responsável pela deterioração da arquitetura matrimonial, não sendo razoável que o estado invada a privacidade do casal para apontar aquele que, muitas vezes, nem é o autor da fragilização do afeto. A análise dos restos de um consórcio amoroso, pelo judiciário, não deve levar a degradação pública de um dos parceiros, pois os fatos íntimos que caracterizam o casamento se abrigam na preservação da dignidade humana, princípio solar que sustenta o ordenamento nacional. Neste sentido AC n° 70005424064, oitava câmara cível, TJ RS, Rel. Des. Rui Portanova, j. em 27/02/03. AC n° 70003961604, Setima Câmara Cível, TJRS, Relator o Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. em 24/4/02 AC n° 70003524030, Setima Câmara Cível, TJRS, Relatora a Desª Maria Berenice Dias, j. em 22/5/02 e tantas outras decisões. Também TJRJ Separação judicial - litigio entre cônjuges - principio da equidade -ações de separação judicial fim sentido inverso- Atribuição de quebra dos deveres de fidelidade, reciprocamente afirmada. Ausência de prova do alegado Inconveniência da manutenção do casamento em face da evidente litigiosidade entre os cônjuges. Decretação da separação judicial sem culpa, em razão da falência do casamento. Aplicação do principio da equidade e da eticidade. Propostas Ações de Separação Judicial por ambos os cônjuges, quase simultaneamente, imputando-se reciprocamente a quebra dos deveres de fidelidade, e a mulher, acusando o marido de conduta desonrosa e abandono do lar conjugal, não se logrando provar as afirmações feitas, de parte a parte. Numa visão tecnicista do processo, a conclusão seria a improcedência dos pedidos, com a manutenção do casamento. Contudo, este não seria um desfecho razoável e natural, ante a evidente falência do casamento. Não seria admissível manter casadas duas pessoas que não mais se suportam. Além disso, seria contrário aos princípios da economia e da efetividade da jurisdição, obrigar as partes à propositura de novas ações, com fundamento diverso, objetivando a ruptura do vínculo matrimonial. Multiplicidade de precedentes jurisprudenciais no sentido de interpretar a causa de pedir nas ações de família com maior largueza. Manutenção da sentença com retificação de sua parte dispositiva, excluindo-se impropriedade processual. (TJRJ -9ª. CÂMARA CÍVEL. AC-Processo : 2003.001.28298-Des. Laerson Mauro-Julgado em 16/03/2004).

Tobias Barreto, e, se uma nova concepção da família se constrói em nossos dias, disso resultará feição distinta do direito de família contemporâneo. Afastar a discussão de culpa para a decretação judicial da separação parece-nos decorrente do novo momento histórico em que vivemos, especialmente a partir da Constituição Federal de 1988 quando a família hierarquizada cedeu lugar à igualdade de gêneros que restou consagrada em vários dispositivos da lei maior.

Além do aspecto já analisado por Tepedino²⁸, de que, sob a égide do Código de 1916, a noção de culpa identificava um comportamento causador de dano (por si só, necessariamente) injusto, ou seja, “o rompimento da sociedade conjugal afigurava-se como o esfacelamento da própria família, reprovado socialmente, a despeito das causas subjetivas que o motivaram”, saliente-se que é muito significativo que o afastamento da discussão de culpa só encontrou solo fértil quando a mulher obtém a igualdade jurídica.

Na família tradicional hierarquizada, os direitos do homem sobrepujam-se aos direitos da mulher e filhos. A dissolução do casamento ou da sociedade conjugal, historicamente, sempre foi mais fácil para o homem. Isso porque a definição da culpa na dissolução da sociedade conjugal, sempre trouxe ônus mais pesado para mulher.

Clóvis Bevilacqua²⁹ noticia que, com as primeiras civilizações, o repúdio da mulher era fácil, quando ela não preenchia o fim reputado principal, senão único, do matrimônio, a procriação dos filhos. Em algumas civilizações, o divórcio era facultado ao homem, sem freio algum, e, para a mulher, dentro de estreitos limites.

O código de Manu declara repudiável a mulher que se mostrasse estéril, durante oito anos de casada. A que falava com azedume era repudiável desde logo. Na Grécia antiga, a esterilidade foi também justa causa do repúdio. O direito mosaico facilitava, extraordinariamente, o divórcio, que dependia, nos primeiros tempos, simplesmente da vontade do marido. Em caso de adultério, o repúdio deixava de ser um direito do marido, para tornar-se um dever jurídico e religioso, ao cumprimento do qual, a lei o constrangia, se não o impulsionasse a embotada dignidade. As outras causas, que o autorizavam, eram o desvirginamento ignorado pelo marido, a suspeita de adultério, a violação da lei mosaica, a inobservância do dever conjugal, a ausência prolongada e uma enfermidade contagiosa. O direito hebreu mandava lapidar a mulher adúltera, não o homem.³⁰ Muitos desses preceitos da lei mosaica transmitiram-se às legislações ocidentais.

Em Roma, inicialmente, podia a pena de morte ser imposta pelo próprio marido. Com a modificação processada por Justiniano, poderia ser fustigada a

²⁸ Cf. TEPEDINO, Gustavo. *O papel da culpa na separação e no divórcio*. In: Repensando o Direito de Família. Belo horizonte: IBDFAM/ Del Rey, 1999, p 202.

²⁹ BEVILAQUA, Clóvis. *Direito de Família*; 7ª Edição, Rio de Janeiro: ed. Rio, 1976, p.280

³⁰ BEVILAQUA, Clóvis. *Direito de Família*; 7ª Edição, Rio de Janeiro: ed. Rio, 1976, p.281 e segs.

mulher e depois encerrada num convento (Nov. 134, C. 10). As Ordenações Filipinas que vigoraram no Brasil por mais de dois séculos puniam o adultério feminino com a morte, mas o adultério do marido, se fosse descontinuo e transitório, não seria punido.

O Código Criminal Brasileiro de 1890³¹ manteve a distinção, já existente no código criminal de 1830, entre o adultério do marido e da mulher: para a mulher bastaria um desvio do preceito de fidelidade; para o homem só se caracterizaria se mantivesse concubina teúda e manteúda.

O código civil de 1916 não distinguia o adultério – se do marido ou da mulher – como causa para o desquite, ao lado dos demais motivos elencados no artigo 317: tentativa de morte, sevícia ou injúria grave e abandono voluntário do lar conjugal durante dois anos contínuos.

No entanto, conforme a redação original do código civil de 1916³², os efeitos do reconhecimento da culpa no desquite litigioso atingiam mais duramente a mulher, não só socialmente, como juridicamente. Se culpada, perderia o nome do marido e o direito a alimentos. Observe-se que, sob o sistema do código de 1916, o marido deveria prover o sustento do lar, valendo ressaltar, que, na dicção do então artigo 240, a mulher assumiria os apelidos (patronímico) do marido³³. Quanto aos filhos menores, ficariam eles sob a guarda do cônjuge inocente, conforme o art. 326 e, se ambos fossem culpados, a mãe teria o direito de conservar em sua companhia as filhas, enquanto menores, e os filhos até a idade de seis anos, enquanto os filhos maiores de seis anos seriam entregues ao pai.

Vale lembrar que Engels, no século XIX, analisava o caráter particular do predomínio do homem³⁴ sobre a mulher, na família de então, assim como a necessidade e o modo de estabelecer uma igualdade social efetiva entre am-

³¹ Código Penal de 1890 - Decreto do Governo Provisório sob o n° 847 de 11 de outubro de 1890 - Art. 279 - A mulher casada que commeter adultério será punida com a pena de prisão celular por um a tres annos

§ 1º - Em igual pena incorrerá:

1º - O marido, que tiver concubina teúda e manteúda

2º - A concubina

³² Note-se que, com a Lei 4.121/62 e a Lei 6.515/77, houve modificações nesta matéria

³³ Com a lei 6.515/77, deu-se nova redação ao art. 240, ficando estabelecido, em seu parágrafo unico, que a mulher poderia acrescer aos seus os apelidos do marido, tornando facultativa a adoção do nome

³⁴ Cf. ENGELS, Friedrich *A origem da família, da Propriedade Privada e do Estado*. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 1979. Afirmava ele que a família monogâmica "Baseia-se no predomínio do homem; sua finalidade expressa é a de procriar filhos cuja paternidade seja indiscutível; e exige-se essa paternidade indiscutível porque os filhos, na qualidade de herdeiros diretos, entrarão um dia na posse dos bens de seu pai. A família monogâmica diferencia-se do matrimônio sindiástico por uma solidez muito maior dos laços conjugais, que já não podem ser rompidos por vontade de qualquer das partes. Agora, como regra, só o homem pode rompê-los e repudiar sua mulher. Ao homem, igualmente, se concede o direito à infidelidade conjugal, sancionado ao menos pelo costume (o Código de Napoleão outorga-o expressamente, desde que ele não traga a concubina ao domicílio conjugal), e esse direito se exerce cada vez mais amplamente, à medida que se processa a evolução da sociedade" (p. 66), e acrescentava que "Aquilo que para a mulher é um crime de graves consequências legais e sociais, para o homem é algo considerado honroso, ou, quando muito, uma leve mancha moral que se carrega com satisfação" (p. 81)

bos, que não se manifestaria, com toda a nitidez, senão quando homem e mulher tivessem, por lei, direitos absolutamente iguais, acrescentando que a monogamia, na prática, era somente para as mulheres.

Destacava ele, como caracteres da monogamia, como prevista no direito de sua época, em primeiro lugar, a preponderância do homem e, depois, a indissolubilidade do matrimônio e afirmava: “Se o matrimônio baseado no amor é o único moral, só pode ser moral o matrimônio onde o amor persiste (...) em virtude disso, quando o afeto desaparece ou é substituído por um novo amor apaixonado, o divórcio será benefício, tanto para ambas as partes como para a sociedade. Apenas deverá poupar-se ao casal o ter que passar pelo lodaçal inútil de um processo de divórcio”(grifo nosso).³⁵

A conquista de direitos iguais entre homens e mulheres resultou de um longo e difícil caminho, perpassado por muitas lutas, que não cabe aqui analisar. Vale lembrar, todavia, a posição de vanguarda de um jurista sergipano, do século XIX, Tobias Barreto, que defendia ardorosamente a educação das mulheres, tanto em seus escritos, como na Assembléia Provincial de Pernambuco, enquanto deputado, isso num tempo em que a paz doméstica deveria ser mantida a todo custo e a fidelidade era obtida mantendo-se a mulher submissa ao homem. Afirmava ele que “a faísca do fogo celeste, que alguém já disse continha o coração da mulher fiel, pode carecer para bem brilhar, da noite da desgraça, mas não carece das trevas da ignorância. Em torno de uma cabeça opaca dificilmente se move um coração luminoso”. Asseverava que “por uma velha metáfora consagrada costuma-se dizer que a educação é o alimento do espírito. Dou que seja; mas também é força confessar que esse alimento, pelo que toca às mulheres, ainda se limita a pobres migalhas caídas da parca cultura masculina, ou antes, para servir-me da expressão de uma escritora alemã contemporânea, Josefina Freytag, o alimento espiritual do belo sexo - são confeitos, em vez de pão”. Propunha ele, há mais de cento e vinte anos, a necessidade de criação de escolas para as mulheres, dizendo que “das árvores que plantarmos hoje, os nossos netos poderão apenas colher as primeiras flores, mas ao certo já os seus filhos estarão no caso de recolher os frutos”³⁶. Com razão o jurista sergipano. Um longo caminho percorrido na luta pela igualdade de gêneros passou pela educação das mulheres, defendida por Tobias Barreto. A mulher descobriu o espaço público e obteve direitos iguais. Não mais lhe pode ser imputada a garantia da paz doméstica, que era obtida, mantendo-se a mulher submissa ao homem, como antes. De certo, a paz doméstica era obtida às custas do silêncio, da dependência, da submissão das mulheres.

³⁵ ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da Propriedade Privada e do Estado*. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 1979 .p. 90.

³⁶ Cf BARRETO, Tobias. *Estudos Alemães*. Brasília: Ed. Gráfica Alvorada, 1978. p 43 e segs.

Novos tempos, novo direito. Para que perquirir a culpa do fracasso do casamento? Quais as consequências jurídicas? Hoje, sob a vigência do novo Código, ocorreu a mitigação dos efeitos da culpa, na separação judicial: quanto ao nome do outro cônjuge, há possibilidade de mantê-lo, atendidos os requisitos da lei; a guarda dos filhos deve ser atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la; os alimentos podem ser fixados, mesmo para o cônjuge culpado, se indispensáveis à subsistência, em determinadas situações e atendidos aos demais requisitos.

Grande novidade do nosso tempo é que, na vida conjugal, homens e mulheres são parceiros, partilhando projetos. Em queda a subalternidade da mulher, “o casal somente se sustenta quando ocorre uma troca enriquecedora de experiência”³⁷. Hoje, as pessoas mudam muito mais rapidamente do que antes e pode ocorrer um desencontro: os parceiros não são mais os mesmos, foram tomando outros caminhos, construindo identidades diferentes, pois o nosso tempo é marcado pelo avanço da liberdade pessoal e pela provisoriidade. A culpa, neste contexto, irá sair de cena. O casamento indissolúvel não mais se coloca como pilar da estabilidade social.³⁸

Se a mesa de audiência não deve ser o local para discussão da torturadora culpa, não se pode ter uma visão simplista de que a separação judicial vai processar-se sempre de maneira serena, pois, “quando é a família que vai ao tribunal, as relações que ali serão tratadas estão muito além do discurso objetivo e devem ser compreendidos, também, com sua forte carga de subjetividade, aceitando-se a presença do inconsciente”³⁹. O âmbito da questão deveria sair da sala de audiência, para o espaço da equipe multidisciplinar, envolvendo psicólogos e terapeutas de família, inclusive a mediação familiar, pois a desconsideração da culpa, juridicamente falando, não pode apagar o processamento do luto da separação.

6. PARA ALÉM DO JURÍDICO—O LUTO PELA SEPARAÇÃO

Fernando Pessoa já dizia que “ninguém a outro ama, senão que ama o que de si há nele, ou suposto”. O casamento apresenta-se como um projeto de completude, cercado de expectativas, envolto no inconsciente, com muita coisa que não é dita e nem a própria pessoa conhece.

³⁷ RIBEIRO, Renato Janne. *A família na Traveessa do Milênio*. In: Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família, Belo Horizonte, Del Rey, 2000. p. 19.

³⁸ Idem, ibidem, p. 19.

³⁹ ESTROUGO, Mônica Guazzelli. *Direito de Família: Quando a família vai ao tribunal*. In: Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica. ZIMMERMAN, David & COLTRO, Antônio Carlos Mathias, organizadores. Campinas: Millennium, 2002. pág. 203, 204.

Afirma Alba Lima que, ao analisar a construção do espaço conjugal, pode-se reconhecer uma dose importante de ilusão e expectativas para a realização de projetos individuais com a ajuda do parceiro, e que, na maioria das vezes, ocorrem de modo inconsciente. Observa a psicóloga que, em quase a unanimidade dos casos recebidos para perícia ou mediação nos processos de separação ou na regulamentação do direito de visitas, a capacidade de elaborar o luto de separação é proporcional à possibilidade do sujeito poder renunciar aos antigos projetos solidificados, que desaguaram em desilusões, insatisfações e frustrações.⁴⁰

Na música e poesia, encontramos a presença constante dessas vicissitudes de duas pessoas que apostaram na vida a dois e, após a desilusão, atribuem a culpa ao outro ⁴¹. Muitas vezes, a descoberta de que não é mais possível a continuidade do casamento ocorre em momentos desencontrados: um não admite que o projeto acabou e não quer a separação. Aí, do amor ao ódio vai distância pequena. ⁴² Já se disse que a incapacidade de se afastar na hora certa gera os piores momentos das relações; a separação - elaboração da perda, neurose do abandono - é a tragédia de nosso mundo; a separação se faz uma tortura e uma agonia.

Adverte Peluso que, quem decide separar-se do outro, por já não amar ou não tolerar o parceiro, tem suas razões que podem não ser a culpa atribuível ao outro. No entanto, “o desfazimento do vínculo jurídico não basta para dissolver a aliança, se não é acompanhado pela dissolução do vínculo psicológico”⁴³.

Além da necessidade psíquica de atribuir ao outro as causas da quebra dos deveres matrimoniais, podem ocorrer também outros mecanismos, inclusive religiosos. Como esclarece Motta, a separação acarreta um verdadeiro luto afetivo pela morte de um projeto a dois, pelos sonhos acalentados e não realizados, por tudo aquilo que depositamos no nosso parceiro e que verificamos não ser nada além do reflexo de nosso próprio desejo de completude. No momento da separação, cada parte projeta no outro e nega em si mesmo os motivos que conduziram à separação, como mecanismo que tenta evitar a vivência do fracasso, a dor de reconhecer a participação ativa e direta

⁴⁰ LIMA, Alba Abreu. *A psicanálise e as novas formas de sexualidade e da família*. Palestra realizada, em 2002, em reunião científica do Ibdfam/SE, em Aracaju.

⁴¹ Amei como ninguém te amou querida/(....).perfidia mandaste em troca, não esqueci(....)/Tu deixaste que murchassem minhas flores, meu buquê de fantasias/ Perfidia -*Alberto Dominguez* -versão Lamartine Babo

⁴² Quem não conhece a belíssima letra da música: Quando olhaste bem nos olhos meus/ E o teu olhar era de adeus/ Juro que não acreditei /Eu te estranhei/ Dei pra maldizer o nosso lar/ Pra sujar teu nome, te humilhar/ E me vingar a qualquer preço/ Te adorando pelo avesso/ Pra mostrar que inda sou tua(Atrás da porta- de Francis Hime/ Chico Buarque).

⁴³ PELUSO, Antônio Cezar. *O desamor como causa de separação*, in: Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica. ZIMERMAN, David & COLTRO, Antônio Carlos Mathias, organizadores. Campinas: Millennium, 2002, p.425.

de cada um naquilo que não deu certo⁴⁴ .

Assim, quando os operadores da separação pensam num culpado e num inocente podem aprofundar fissuras, distanciando as pessoas, impedindo o diálogo e incentivando o uso de tudo o que estiver ao alcance para atacar o inimigo e vencê-lo. Pertinente a conclusão de Maria Antonieta Pisano Motta:

Nossa tarefa como operadores das vicissitudes do casal, sendo psicólogos, assistentes sociais, advogados ou juizes, está em compreender a situação geral e não perder de vistas os maiores interesses que são os das crianças envolvidas. Não cabe a nós dar razão a este ou àquele, uma vez que a razão está em todos os lugares e ao mesmo tempo não se encontra em lugar algum. Cabe-nos, ao invés de incentivar batalhas ou guerrilhas, para que os auxiliemos a serem capazes de cooperar individualmente para a realização do todo.⁴⁵

Pode haver necessidade de um tempo de reflexão para processar o luto da perda e reencontrar-se.⁴⁶

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Será que, em casos de separação litigiosa – em que cada um dos cônjuges propõe-se a provar a culpa do outro no fracasso do casamento – pode o judiciário ignorar todo esse processo de desgaste mútuo, de acusações recíprocas que não se lograram provar e manter o casamento? Que significaria um provimento jurisdicional pela improcedência do pedido de separação? Nada, do ponto de vista da realidade daquele casal que continuaria “casado” apenas formalmente, só explicável uma decisão desse teor pelo apego exagerado ao formalismo que sempre permeou o mundo jurídico, o que obrigaria os litigantes a renovarem a ação de separação pela ruptura fática da sociedade conjugal, após um ano de separação de fato ou, através de uma ação de divórcio direto, após dois anos de separação, como lhes permite a lei e, aí, sem perquirição de culpa.

De outro lado, imputar a culpa exclusivamente a um dos parceiros pare-

⁴⁴ MOTTA, Maria Antonieta Pisano. *Além dos fatos e dos relatos: uma visão psicanalítica da Direito de Família*. In - A família na travessia do milênio. Belo Horizonte, 2000. Página 49 e segs.

⁴⁵ MOTTA, Maria Antonieta Pisano. *Além dos fatos e dos relatos: uma visão psicanalítica da Direito de Família*. In- A família na travessia do milênio. Belo Horizonte, 2000, p. 52.

⁴⁶ Novamente, a música popular brasileira expressa esse dolorido sentir: Começar de novo/ E contar comigo/ Vai valer a pena/ Ter amanhecido/ Ter me rebelado/ Ter me debatido/ Ter me machucado/ Ter sobrevivido/ Ter virado a mesa /Ter me conhecido/ Ter virado o barco / Ter me socorrido /Começar de novo/ E contar comigo/ Vai valer a pena/ Ter amanhecido/ Sem as tuas garras/ Sempre tão seguras/ Sem o teu fantasma/ Sem tua moldura/ Sem tuas escoras/ Sem o teu domínio/ Sem tuas esporas/ Sem o teu fascínio .Começar de novo/ E contar comigo/ Vai valer a pena/ Já ter te esquecido / Começar de novo (Começar de Novo -Ivan Lins & Vitor Martins)

ce-nos traduzir uma visão eivada de maniqueísmo, segundo o qual o universo é absolutamente bipolar, dividido sempre entre bons e maus, justos e injustos, superiores e inferiores, culpados e inocentes⁴⁷.

Deve haver limites na intervenção do estado-juiz na intimidade do casal. O certo é que o direito à intimidade é hoje considerado parte integrante dos direitos humanos.⁴⁸ Rodrigo da Cunha Pereira coloca a questão nos devidos termos: “Qual é a linha que separa, ou determina, a intervenção do Estado nas questões de foro mais íntimo das pessoas? Até que ponto o Estado deve ou pode intervir nas relações familiares? É de se questionar, por exemplo, se o Estado teria o direito de impedir que uma pessoa se separe da outra se esta não apresentar um dos motivos elencados pela lei, como adultério, dever de coabitação etc”⁴⁹. Com razão, a desembargadora do TJRS, Maria Berenice Dias que afirma ser difícil atribuir a um só dos cônjuges a responsabilidade pelo fim do vínculo afetivo, sendo absolutamente indevida a intromissão na intimidade da vida das pessoas, constituindo violação do sagrado direito à dignidade da pessoa humana a ingerência do Estado na vida dos cônjuges, obrigando um a revelar a intimidade do outro, para que, de forma estéril e desnecessária, imponha o juiz a pecha de culpado ao réu.⁵⁰

Assim, andam por bom caminho as decisões judiciais mais recentes que determinam a decretação de separação judicial, mesmo sem imputação de culpa a qualquer dos cônjuges, numa construção hermenêutica possibilitada pelo parágrafo único do artigo 1573 do Código Civil que contém uma grande abertura semântica, pois tal disposição normativa utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente “aberta” ou “fluida”, uma cláusula geral, um conceito jurídico indeterminado, conferindo ao juiz a competência para que, à vista dos casos concretos, progressivamente, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas.

Como lembra Larenz, é forçoso abandonar a opinião de que o Juiz é apenas o “servidor” do legislador que em “obediência pensante” executa os comandos de seu senhor, ainda que de “maneira inteligente”. O juiz, de modo semelhante ao legislador, é *descobridor* e ao mesmo tempo *conformador* do Direito que ele traz sempre de novo para a realidade num processo interminável... O Juiz que interpreta ou integra uma lei almejará sempre julgar não só “segundo a lei” mas, para além disso, também com Justiça⁵¹.

⁴⁷ Nesse sentido, consultar BAPTISTA, Francisco das Neves. O mito da Verdade Real na Dogmática do Processo Penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2001 – especialmente o capítulo Verdade e Justiça.

⁴⁸ Cf. LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras. Pág. 239

⁴⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A Sexualidade Vista Pelos Tribunais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 47.

⁵⁰ DIAS, Maria Berenice. *Da separação e do divórcio*. In: DIAS, Maria Berenice e PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coordenadores) *Direito de Família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 71.

⁵¹ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1969, p. 271/272.

A nova orientação do STJ e de vários tribunais estaduais, no sentido de que descabe a discussão da culpa para a investigação do responsável pela erosão da sociedade conjugal, cumpre papel importantíssimo do judiciário que é o de re-significação de práticas e instituições, estabelecendo novos paradigmas em sintonia com a axiologia dos princípios constitucionais.⁵² Servirá, com certeza, de referencial importante para demais juizes e tribunais de todo o país e, ainda, influenciará os rumos legislativos da matéria.

Concluindo, fazemos nossas as palavras inspiradas de Renato Janine Ribeiro, na Conferência de Abertura do II Congresso Brasileiro de Direito de Família, realizado em Belo Horizonte, em 1999:

“A família continua, e mais empenhada que nunca em ser feliz. (Não quero dizer que *seja* mais feliz, e sim que *queremos*, todos, ser felizes; assim a manutenção da família, hoje, depende sobretudo de se buscar, por meio dela, a felicidade). Nada disso põe termo ao casamento ou à família, justamente porque mantê-la não é mais obrigatório, ela só sobrevive quando vale a pena. É um desafio”.⁵³ (grifo nosso)

⁵² Neste sentido: CARCOVA, Carlos Maria. *Direito Política e Magistratura*; tradução de Rogério Viola Coelho, Marcelo Ludwig Domelles Coelho. São Paulo: LTr, 1996, pág. 156.

⁵³ RIBEIRO, Renato Janine. *A família na Travessia do Atlântico* Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família, Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 23.

PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA*

Paulo Lôbo**

SUMÁRIO: 1. Princípios constitucionais aplicáveis ao direito de família; 2. Dignidade da pessoa humana e família; 3. Princípio da solidariedade familiar; 4. Princípio da igualdade e direito à diferença; 5. Aplicação do princípio da liberdade às relações de família; 6. Princípio jurídico da afetividade; 7. Princípio da convivência familiar; 8. Princípio do melhor interesse da criança.

1. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AO DIREITO DE FAMÍLIA

Um dos maiores avanços do direito brasileiro, principalmente após a Constituição de 1988, é a consagração da força normativa dos princípios constitucionais explícitos e implícitos, superando o efeito simbólico que a doutrina tradicional a eles destinava. A eficácia meramente simbólica frustrava as forças sociais que pugnavam por sua inserção constitucional e contemplava a resistente concepção do individualismo e do liberalismo jurídicos, que repugnam a intervenção dos poderes públicos nas relações privadas – especialmente as de natureza econômica -, inclusive do Poder Judiciário. Sem a mediação concretizadora do Poder Judiciário, os princípios não se realizam nem adquirem a plenitude de sua força normativa.

Ainda que não seja este o espaço para se discorrer sobre esses temas, amplamente discutidos no âmbito do direito constitucional e da teoria do direito, perfilhamos o entendimento de que as normas constitucionais, todas com força normativa própria, classificam-se em princípios e regras, distinguindo-se por seu conteúdo semântico e, consequentemente, pelo modo de incidência e aplicação. A regra indica suporte fático hipotético (ou hipótese de incidência) mais determinado e fechado, cuja concretização na realidade da vida leva à sua incidência, confirmando-a o intérprete mediante o meio tradicional da subsun-

* Conferência apresentada no II Congresso Nordestino de Direito de Família: Relações de Família na Sociedade Contemporânea, Aracaju/SE, 2 a 4 de agosto de 2007, ESMP/SE – IBDFAM/SE.

** Doutor em Direito Civil pela USP. Professor Emérito da UFAL e de seu Programa de Pós-Graduação em Direito. Membro do Conselho Nacional de Justiça. Membro da Diretoria Nacional do IBDFAM.

ção (exemplo, na CF: “Art. 226, § 4º: Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”; ou seja, toda vez que uma pessoa passar a conviver com um filho, seja ele biológico ou não biológico, ainda que sem a companhia de cônjuge ou companheiro, a regra incidirá para assegurar a constituição de uma entidade familiar; em outras palavras, a norma constitucional incidirá sobre esse suporte fático concreto e o converterá no fato jurídico por ela previsto, que passará a produzir os efeitos jurídicos por ela tutelados).

O princípio, por seu turno, indica suporte fático hipotético necessariamente indeterminado e aberto, dependendo a incidência dele da mediação concretizadora do intérprete, por sua vez orientado pela regra instrumental da equidade, entendida segunda formulação grega clássica, sempre atual, de justiça do caso concreto. Tome-se o exemplo do princípio da dignidade da pessoa humana, referido expressamente no § 7º do art. 226 da Constituição: o casal é livre para escolher seu planejamento familiar, mas deve fazê-lo em obediência ao princípio da dignidade da pessoa humana, cuja observância confirmará o intérprete apenas em cada situação concreta, de acordo com a equidade, que leva em conta a ponderação dos interesses legítimos e valores adotados pela comunidade em geral.

No exemplo citado, um princípio constitucional (a dignidade) está a limitar e a conformar outro princípio constitucional (a liberdade de escolha). Todavia, quase sempre os princípios são dotados de mesma força normativa, sem qualquer hierarquia entre eles. Quando um entra em colisão com outro (e.g: dignidade de uma pessoa *versus* integridade física de outra), para que um seja prevalecente, resolvendo-se a aparente antinomia, o caso concreto é que indicará a solução, mediante a utilização pelo intérprete do instrumento hermenêutico de ponderação dos valores em causa¹, ou do peso que o caso concreto provocar em cada princípio.

Ilustrem-se os instigantes temas da força normativa e da colisão dos princípios com o julgamento do Supremo Tribunal Federal sobre o exame compulsório do DNA, ocorrido em 1996 (HC nº 71.373-RS). As autoras ajuizaram ação de investigação de paternidade, imputando-a ao réu, que se recusou a submeter-se ao exame. Houve decisão de primeira instância, confirmada pela segunda, no sentido de ser conduzido “debaixo de varas” a um laboratório para ser extraído seu material genético. Contra essa decisão, o réu interpôs

¹ A doutrina qualifica a Constituição como uma ordem concreta de valores. O princípio seria o valor positivado. HABERMAS, Jürgen *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. 1, p. 316 critica essa orientação doutrinária, amplamente utilizada pela jurisprudência constitucional alemã e brasileira, pois levaria ao arbítrio dos julgadores, o que contrariaria a ordem jurídica democrática e a segurança jurídica. As normas (e princípios) seriam válidas ou não, enquanto os valores determinariam relações de preferência.

habeas corpus no STF, que lhe foi concedido. A orientação adotada pela maioria considerou que a decisão de submissão compulsória ao exame genético violou os princípios da dignidade da pessoa humana, da intimidade, da integridade física, da vida privada, todos de valor constitucional e que a recusa é um direito inviolável, devendo o julgador levá-la em conta juntamente com as demais provas indiciárias. A minoria, por seu turno, também fundamentou-se em princípios constitucionais, inclusive o da dignidade da pessoa humana, que para a maioria pesou mais em favor do réu.

Como se vê, os princípios não oferecem solução única (tudo ou nada), segundo o modelo das regras. Sua força radica nessa aparente fragilidade, pois, sem mudança ou revogação de normas jurídicas, permitem adaptação do direito à evolução dos valores da sociedade. Com efeito, o mesmo princípio, observando-se o catálogo das decisões nos casos concretos, em cada momento histórico, vai tendo seu conteúdo amoldado, em permanente processo de adaptação e transformação. A estabilidade jurídica não sai comprometida, uma vez que esse processo de adaptação contínua evita a obsolescência tão freqüente das regras jurídicas, ante o advento de novos valores sociais.

Os princípios constitucionais são expressos ou implícitos. Estes últimos podem derivar da interpretação do sistema constitucional adotado ou podem brotar da interpretação harmonizadora de normas constitucionais específicas (por exemplo, o princípio da afetividade)². No Capítulo VII do Título VIII da Constituição há ambas as espécies, particularmente pela especificação dos princípios mais gerais às peculiaridades das relações de família.

O tradicional princípio da monogamia, de origem canônica e que vicejou no mundo ocidental, perdeu a qualidade de princípio geral ou comum, em virtude do fim da exclusividade da família matrimonial. Persiste como princípio específico, apenas aplicável à entidade familiar constituída pelo matrimônio. Todavia, até mesmo em relação ao matrimônio, esse princípio tem sido atenuado pelos fatos da vida, na medida em que o direito brasileiro tem admitido efeitos de família ao concubinato.

Em virtude das transformações ocorridas e que estão a ocorrer no direito de família, alguns princípios emergem do sistema jurídico brasileiro e que poderiam desfrutar de autonomia, como o princípio do pluralismo de entidades familiares, adotado pela Constituição de 1988, pois elas são titulares de mesma proteção legal. Tal princípio, por sua especificidade, encontra fundamento em dois princípios mais gerais, aplicáveis ao direito de família, a

² Entre os princípios implícitos, inclui Rodrigo da Cunha Pereira, forte na psicanálise, o da vedação do incesto, pois sem ele não haveria organização social e jurídica, e que se revelaria em certas interdições como o do impedimento para casar. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Uma principologia para o direito de família. Família e dignidade humana: I Congresso brasileiro de direito de família*. São Paulo: IOB Tompson, 2006, p. 844.

saber, o da igualdade e o da liberdade, pois as entidades são juridicamente iguais, ainda que diferentes, e as pessoas são livres para constitui-las³.

Para efeito didático, os princípios jurídicos aplicáveis ao direito de família e a todas as entidades familiares podem ser assim agrupados:

PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS:

I - Dignidade da pessoa humana;

II - Solidariedade;

PRINCÍPIOS GERAIS:

III - Igualdade;

IV - Liberdade;

V - Afetividade;

VI - Convivência familiar;

VII - Melhor interesse da criança.

A Constituição e, conseqüentemente, a ordem jurídica brasileira é repassada pela onipresença de dois princípios fundamentais e estruturantes: a dignidade da pessoa humana e a solidariedade. Sua presença no direito de família é também marcante, às vezes de modo explícito.

Após séculos de tratamento assimétrico, o direito evoluiu, mas muito há de se percorrer para que se converta em prática social constante, consolidando a comunhão de vida, de amor e de afeto, no plano da efetivação desses princípios e da responsabilidade⁴, que presidem as relações de família em nossa sociedade hodierna.

2. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E FAMÍLIA

A dignidade da pessoa humana é o núcleo existencial que é essencialmente comum a todas as pessoas humanas, como membros iguais do gênero humano, impondo-se um dever geral de respeito, proteção e intocabilidade. Kant⁵, em lição que continua atual, procurou distinguir aquilo que tem um preço, seja pecuniário seja estimativo, do que é dotado de dignidade, a saber, do que é inestimável, do que é indisponível, do que não pode ser objeto de troca. Diz ele: “No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto,

³ Esses são os fundamentos que nos fizeram desistir da autonomia do pluralismo das entidades familiares como princípio autônomo, que sustentamos em trabalhos anteriores. No sentido empregado neste texto, é subprincípio.

⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, n. 24, p. 136-156, jun./jul. 2004.

⁵ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Ed. 70, 1986, p. 77.

não permite equivalente, então tem ela dignidade”. Assim, viola o princípio da dignidade da pessoa humana todo ato, conduta ou atitude que coisifique a pessoa, ou seja, que a equipare a uma coisa disponível, ou a um objeto.

Seguimos Habermas, para quem deve ser feita distinção entre a dignidade da vida humana e a dignidade da pessoa humana, esta garantida juridicamente a toda pessoa. As manipulações genéticas impulsionaram essa distinção, pois o embrião não é pessoa, mas goza da dignidade da vida humana. “Somente a partir do momento em que a simbiose com a mãe é rompida é que a criança entra num mundo de pessoas, que *vão ao seu encontro*, que lhe dirigem a palavra e podem conversar com ela”.⁶

A doutrina destaca o caráter intersubjetivo e relacional da dignidade da pessoa humana, sublinhando a existência de um dever de respeito no âmbito da comunidade dos seres humanos⁷. Nessa dimensão, encontra-se a família, como o espaço comunitário por excelência para realização de uma existência digna e da vida em comunhão com as outras pessoas.

Na família patriarcal, a cidadania plena concentrava-as na pessoa do chefe, dotado de direitos que eram negados aos demais membros, a mulher e os filhos, cuja dignidade humana não podia ser a mesma. O espaço privado familiar estava vedado à intervenção pública, tolerando-se a subjugação e os abusos contra os mais fracos. No estágio atual, o equilíbrio do privado e do público é matizado exatamente na garantia do pleno desenvolvimento da dignidade das pessoas humanas que integram a comunidade familiar, ainda tão duramente violada na realidade social, máxime com relação às crianças. Concretizar esse princípio é um desafio imenso, ante a cultura secular e resistente. No que respeita à dignidade da pessoa da criança, o artigo 227 da Constituição expressa essa viragem, configurando seu específico *bill of rights*, ao estabelecer que é dever da família assegurar-lhe “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-la “à salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. Não é um direito oponível apenas ao Estado, à sociedade ou a estranhos, mas a cada membro da própria família. É uma espetacular mudança de paradigmas.

Na perspectiva tradicional, a família era concebida como totalidade na qual se dissolviam as pessoas que a integravam, especialmente os desiguais, como a mulher e os filhos. Desde a colonização portuguesa, a família brasileira, estruturada sob o modelo de submissão ao poder marital e ao poder paterno de

⁶ HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana*. Trad. Karina Janmmi. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 49-51.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 52.

seu chefe, não era o âmbito adequado de concretização da dignidade das pessoas. Somente nas últimas décadas do século XX, nomeadamente com o advento do Estatuto da Mulher Casada de 1962, da Lei do Divórcio de 1977 e da Constituição de 1988, houve um giro substancial, no sentido de emancipação e revelação dos valores pessoais. Atualmente, a família converteu-se em *locus* de realização existencial de cada um de seus membros e de espaço preferencial de afirmação de suas dignidades. Dessa forma, os valores coletivos da família e os pessoais de cada membro devem buscar permanentemente o equilíbrio, “em clima de felicidade, amor e compreensão”⁸. Consumaram-se na ordem jurídica as condições e possibilidades para que as pessoas, no âmbito das relações familiares, realizem e respeitem reciprocamente suas dignidades como pais, filhos, cônjuges, companheiros, parentes, crianças, idosos, ainda que a dura realidade da vida nem sempre corresponda a esse desiderato.

A Constituição proclama como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito e da ordem jurídica “a dignidade da pessoa humana” (art. 1º, III). No Capítulo destinado à família, o princípio fundamenta as normas que cristalizaram a emancipação de seus membros, ficando explicitados em algumas (art. 226, § 7º; art. 227. *caput*; art. 230). A família, tutelada pela Constituição, está funcionalizada ao desenvolvimento da dignidade das pessoas humanas que a integram. A entidade familiar não é tutelada para si, senão como instrumento de realização existencial de seus membros.

A Convenção sobre os Direitos da Criança de 1990 declara que a criança deve ser preparada individualmente para uma vida individual em sociedade, respeitada sua dignidade. O Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990 tem por fim assegurar “todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana” dessas pessoas em desenvolvimento (art. 3º) e a absoluta prioridade dos direitos referentes às suas dignidades (arts. 4º, 15 e 18). O Código Civil de 2002, cuja redação originária antecedeu a Constituição, não faz qualquer alusão expressa ao princípio; todavia, por força da primazia constitucional, este como os demais princípios determinam o sentido fundamental das normas infraconstitucionais. No sistema jurídico brasileiro, o princípio da dignidade da pessoa humana está indissoluvelmente ligado ao princípio da solidariedade.

3. PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR

A solidariedade, como categoria ética e moral que se projetou para o mundo jurídico, significa um vínculo de sentimento racionalmente guiado,

⁸ Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, de 1990.

limitado e autodeterminado que compele à oferta de ajuda, apoiando-se em uma mínima similitude de certos interesses e objetivos, de forma a manter a diferença entre os parceiros na solidariedade.⁹

O *pathos* da sociedade de hoje, comprovado em geral por uma análise mais detida das tendências dominantes da legislação e da aplicação do direito, é o da solidariedade; ou seja, da responsabilidade, não apenas dos poderes públicos, mas também da sociedade e de cada um dos seus membros individuais, pela existência social de cada um dos outros membros da sociedade¹⁰. Para o desenvolvimento da personalidade individual é imprescindível o adimplemento dos deveres inderrogáveis de solidariedade, que implicam condicionamentos e comportamentos interindividuais realizados num contexto social.¹¹

O princípio jurídico da solidariedade resulta da superação do individualismo jurídico, que por sua vez é a superação do modo de pensar e viver a sociedade a partir do predomínio dos interesses individuais, que marcou os primeiros séculos da modernidade, com reflexos até a atualidade. Na evolução dos direitos humanos, aos direitos individuais vieram concorrer os direitos sociais, nos quais se enquadra o direito de família, e os direitos econômicos. No mundo antigo, o indivíduo era concebido apenas como parte do todo social; daí ser impensável a idéia de direito subjetivo. No mundo moderno liberal, o indivíduo era o centro de emanção e destinação do direito; daí ter o direito subjetivo assumido a centralidade jurídica. No mundo contemporâneo, busca-se o equilíbrio entre os espaços privados e públicos e a interação necessária entre os sujeitos, despontando a solidariedade como elemento conformador dos direitos subjetivos.

A regra matriz do princípio da solidariedade é o inciso I do art. 3º da Constituição. No Capítulo destinado à família, o princípio é revelado incisivamente no dever imposto à sociedade, ao Estado e à família (como entidade e na pessoa de cada membro) de proteção ao grupo familiar (art. 226), à criança e ao adolescente (art. 227) e às pessoas idosas (art. 230). A solidariedade, no direito brasileiro, apenas após a Constituição de 1988 inscreveu-se como princípio jurídico: antes, era concebida como dever moral, ou expressão de piedade, ou virtude ético-teológica.¹² Para Paulo Bonavides, o princípio da solidariedade¹³

⁹ DENNIGER, Erhard. *Segurança, diversidade e solidariedade ao invés de liberdade, igualdade e fraternidade*. *Revista brasileira de estudos políticos*, Belo Horizonte: UFMG, nº 88, dez. 2003, p.36.

¹⁰ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1980, p. 719

¹¹ CIOCIA, Maria Antonia. *L'obbligazione naturale: evoluzione normativa e prassi giurisprudenziale*. Milano: Giuffrè, 2000, p. 12

¹² "Muitos, aliás, a entendem apenas sob este significado, afirmando que seu sentido principal teria permanecido vinculado às suas origens estoicas e cristãs, principalmente do catolicismo primitivo, cujos seguidores, por serem 'todos filhos do mesmo Pai' deviam considerar-se como irmãos. A noção de fraternidade seria a inspiração da solidariedade difundida na modernidade" MORAES, Maria Celina Bodin de. *O princípio da solidariedade*. www.idcivil.com.br/artigo.html. Acesso em 15.10.2006.

¹³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 259

serve como oxigênio da Constituição – não apenas dela, dizemos, pois, a partir dela se espalha por todo ordenamento jurídico –, conferindo unidade de sentido e auferindo a valoração da ordem normativa constitucional.

Apenas havia, no direito privado, o conceito de solidariedade – vindo do *Corpus Juris Civilis* e inteiramente distinto do ora empregado – subsumido à espécie de obrigação, quando um dos credores pode receber do devedor a totalidade da dívida (solidariedade ativa), ou quando um dos devedores pode ser obrigado a pagar a dívida integralmente (solidariedade passiva), o que significa individualização do crédito ou do débito plurais.

A solidariedade do núcleo familiar deve entender-se como solidariedade recíproca dos cônjuges e companheiros, principalmente quanto à assistência moral e material. A solidariedade em relação aos filhos responde à exigência da pessoa de ser cuidada até atingir a idade adulta, isto é, de ser mantida, instruída e educada para sua plena formação social¹⁴. A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança inclui a solidariedade entre os princípios a serem observados, o que se reproduz no ECA (art. 4º).

No Código Civil, podemos destacar algumas normas fortemente permeadas pelo princípio da solidariedade familiar: o art. 1.513 do Código Civil tutela “a comunhão de vida instituída pela família”, somente possível na cooperação entre seus membros: a adoção (art. 1.618) brota não do dever, mas do sentimento de solidariedade; o poder familiar (art. 1.630) é menos “poder” dos pais e mais múnus ou serviço que deve ser exercido no interesse dos filhos; a colaboração dos cônjuges na direção da família (art. 1.567) e a mútua assistência moral e material entre eles (art. 1.566) e entre companheiros (art. 1.724) são deveres hauridos da solidariedade; os cônjuges são obrigados a concorrer, na proporção de seus bens e dos rendimentos para o sustento da família (art. 1.568); o regime matrimonial de bens legal e o regime legal de bens da união estável é o da comunhão dos adquiridos após o início da união (comunhão parcial), sem necessidade de se provar a participação do outro cônjuge ou companheiro na aquisição (arts. 1.640 e 1.725); o dever de prestar alimentos (art. 1.694) a parentes, cônjuge ou companheiro, que pode ser transmitido aos herdeiros no limite dos bens que receberem (art. 1.700), e que protege até mesmo o culpado (§ 2º do art. 1.694 e art. 1.704), além de ser irrenunciável (art. 1.707) decorre da imposição de solidariedade entre pessoas ligadas por vínculo familiar.

O Código Civil, entretanto, estabeleceu regras para as relações familiares que contrariam frontalmente o princípio constitucional da solidariedade. Exemplo frisante é a fixação de causas para a separação judicial fundadas na

¹⁴ BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile La Famiglia - Le Successioni*. Milano: Giuffrè, 1989. v. 2, p. 15.

culpa dos cônjuges (arts. 1.572 e 1.573), quando o direito e a sociedade valorizam cada vez mais a consideração objetiva da ruptura da vida em comum, que favorece o acordo solidário sobre as questões relevantes da convivência com os filhos, os alimentos e a partilha dos bens comuns. Outro exemplo é o da incompreensível imprescritibilidade do direito do marido de impugnar a paternidade do filho da mulher (art. 1.601), em prejuízo da identidade pessoal e social do filho e da integridade psíquica deste, notadamente quando já adolescente ou adulto, e em desconsideração do estado de filiação socioafetivo constituído; além de que é, sob a técnica jurídica, incongruente pois as ações de estado “são prescrevíveis quando o legitimado age para contestar ou modificar o estado de outrem”.¹⁵ O art. 1.611 impede que o filho reconhecido por um dos cônjuges não poderá residir no lar conjugal sem o consentimento do outro, prevalecendo o desejo individual sobre a solidariedade e o interesse do menor. A preferência pela guarda exclusiva e o correspondente direito de visita expressa visão individualista da primazia dos interesses de cada pai, contra o interesse do filho que é de continuar convivendo com ambos os pais separados, impondo-se a solidariedade da guarda compartilhada.

Com fundamento explícito ou implícito no princípio da solidariedade, os tribunais brasileiros avançam no sentido de assegurar aos avós, aos tios, aos ex-companheiros homossexuais, aos padrastos e madrastas o direito de contato, ou de visita, ou de convivência com as crianças e adolescentes, uma vez que, no melhor interesse destas e da realização afetiva daqueles, os laços de parentesco ou os construídos na convivência familiar não devem ser rompidos ou dificultados.

Desenvolve-se no âmbito do direito de família estudos relativos ao “cuidado como valor jurídico”. O cuidado desponta com força nos estatutos tutelares das pessoas vulneráveis, como a criança e o idoso, que regulamentaram os comandos constitucionais sobre a matéria. O cuidado, sob o ponto de vista do direito, recebe a força subjacente do princípio da solidariedade, como expressão particularizada desta.

4. PRINCÍPIO DA IGUALDADE E DIREITO À DIFERENÇA

Nenhum princípio da Constituição provocou tão profunda transformação do direito de família quanto o da igualdade entre homem e mulher, entre filhos e entre entidades familiares. Todos os fundamentos jurídicos da família tradicional restaram destroçados, principalmente os da legitimidade, verdadei-

¹⁵ PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*, p. 138.

ra *summa divisio* entre sujeitos e sub-sujeitos de direito, segundo os interesses patrimoniais subjacentes que protegiam, ainda que razões éticas e religiosas fossem as justificativas ostensivas. O princípio geral da igualdade de gêneros foi igualmente elevado ao *status* de direito fundamental oponível aos poderes políticos e privados (art. 5º. I, da Constituição).

A legitimidade familiar constituiu a categoria jurídica essencial que definia os limites entre o lícito e o ilícito, além dos limites das titularidades de direito, nas relações familiares e de parentesco. Família legítima era exclusivamente a matrimonializada. Consequentemente, filhos legítimos eram os nascidos de família constituída pelo casamento, que determinavam por sua vez a legitimidade dos laços de parentesco decorrentes: os demais recebiam o sinito estigmatizante de filhos, irmãos e parentes ilegítimos. Após a Constituição de 1988, que igualou de modo total os cônjuges entre si, os companheiros entre si, os companheiros aos cônjuges, os filhos de qualquer origem familiar, além dos não biológicos aos biológicos, a legitimidade familiar desapareceu como categoria jurídica, pois apenas fazia sentido como critério de distinção e discriminação. Neste âmbito, o direito brasileiro alcançou muito mais o ideal de igualdade do que qualquer outro.

O princípio constitucional da igualdade (*a fortiori* normativo) dirige-se ao legislador, vedando-lhe que edite normas que o contrariem, à administração pública, para que implemente políticas públicas para superação das desigualdades reais existentes entre os gêneros, à administração da justiça, para o impedimento das desigualdades, cujos conflitos provocaram sua intervenção, e, enfim, às pessoas para que o observem em seu cotidiano. Sabe-se que costumes e tradições, transmitidos de geração a geração, sedimentaram condutas de opressão e submissão, no ambiente familiar, mas não podem ser obstáculos à plena realização do direito emancipador.

O princípio da igualdade está expressamente contido na Constituição, designadamente nos preceitos que tratam das três principais situações nas quais a desigualdade de direitos foi a constante histórica: os cônjuges, os filhos e as entidades familiares. O simples enunciado do § 5º do art. 226 traduz intensidade revolucionária em se tratando dos direitos e deveres dos cônjuges, significando o fim definitivo do poder marital: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e a mulher”. O sentido de sociedade conjugal é mais amplo, pois abrange a igualdade de direitos e deveres entre os companheiros da união estável. O § 6º do art. 227, por sua vez, introduziu a máxima igualdade entre os filhos, “havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção”, em todas as relações jurídicas, pondo cobro às discriminações e desigualdade de direitos, muito comuns na trajetória do direito de família brasileiro. O *caput* do art. 226 tutela e protege a

família, sem restringi-la a qualquer espécie ou tipo, como fizeram as Constituições brasileiras anteriores em relação à exclusividade do casamento.

O princípio da igualdade, como os demais princípios, constitucionais ou gerais, não é de aplicabilidade absoluta, ou seja, admite limitações que não violem seu núcleo essencial. Assim, o filho havido por adoção é titular dos mesmos direitos dos filhos havidos da relação de casamento, mas está, ao contrário dos demais, impedido de casar-se com os parentes consanguíneos de cuja família foi oriundo, ainda que se tenha desligado dessa relação de parentesco (art. 1.626 do Código Civil). A regra de restrição ou de causa suspensiva a novo casamento, durante dez meses depois da viuvez ou da dissolução do casamento anterior (art. 1.523, II, do Código Civil), apenas diz respeito à mulher cujo casamento foi declarado nulo ou anulado, ou à viúva, para que não haja dúvida sobre a paternidade de filho cujo parto se der nesse período.

Inexistindo hierarquia entre o casamento e a união estável não se justifica que o Código Civil tenha atribuído deveres distintos para os cônjuges e para os companheiros. A Constituição não desnivelou a união estável ao estabelecer que a lei deva facilitar a conversão dela em casamento. Cuida-se aí de faculdade ou de poder potestativo; é como dissesse que os companheiros são livres para manter sua entidade familiar, com todos os direitos, ou convertê-la em outra, se assim desejarem, para o que o legislador deve remover os obstáculos jurídicos. Do mesmo modo, o caminho inverso é possível, convertendo-se os cônjuges, após o divórcio, em companheiros. O Código Civil, no entanto, não facilitou a conversão; dificultou-a, ao impor deveres aplicáveis apenas aos cônjuges e não aos companheiros (cf. arts. 1.566 e 1.724 do Código Civil).

A igualdade e seus consectários não podem apagar ou desconsiderar as diferenças naturais e culturais que há entre as pessoas e entidades. Homem e mulher são diferentes; pais e filhos são diferentes; criança e adulto ou idoso são diferentes; a família matrimonial, a união estável, a família monoparental e as demais entidades familiares são diferentes. Todavia, as diferenças não podem legitimar tratamento jurídico assimétrico ou desigual, no que concernir com a base comum dos direitos e deveres, ou com o núcleo intangível da dignidade de cada membro da família. Não há qualquer fundamentação jurídico-constitucional para distinção de direitos e deveres essenciais entre as entidades familiares, ou para sua hierarquização, mas são todas diferentes, não se podendo impor um modelo preferencial sobre as demais, nem exigir da união estável as mesmas características do casamento, dada a natureza de livre constituição da primeira. “Uma ordem democrática [incluindo a democratização da vida pessoal] não implica um processo genérico de ‘nivelar por baixo’, mas em vez disso promove a elaboração da individualidade”.¹⁶

¹⁶ GIDDENS, Anthony. *A transformação da intimidade*. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Unesp, 1993, p. 205.

Há situações em que os pais podem adotar medidas diferentes na educação de cada um dos filhos, ou mesmo um dos filhos. Por vezes, a satisfação do princípio da igualdade na filiação impõe o atendimento às diferenças individuais, o respeito ao direito de cada um de ser diferente. Outras vezes, um dos filhos apresenta necessidades especiais a demandar medidas especiais. Nessas situações, em que são tratados desigualmente os desiguais, os pais não podem ser acusados de discriminação.¹⁷

4.1 DIREITO DAS MULHERES E (DIREITO A) DIFERENÇA ENTRE OS GÊNEROS

O direito de família avançou de modo revolucionário na viragem do século XX para o século XXI, como nenhum outro ramo do direito, mas não podemos subestimar as resistências culturais ancoradas nos resíduos do modelo patriarcal, no Brasil e na América Latina. Magistrados e membros do Ministério Público latino-americanos, em colóquio patrocinado pela ONU, em 2005, concluíram que há obstáculos reais para a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, em virtude da “persistência do sistema patriarcal que gera desequilíbrio de relações de poder entre a mulher e o homem”, dominado principalmente pela concepção tradicional da família nuclear influenciada por fatores religiosos e culturais.

Não é surpreendente que, duzentos anos após a revolução liberal, haja necessidade de um direito das mulheres, notadamente em países onde se supunha resolvido o problema. Não se trata de expressão de feminismo radical, mas de séria investigação das condições reais do ordenamento jurídico em assegurar-lhes a plenitude como sujeitos de direitos, em total paridade com os homens. A matéria é necessariamente interdisciplinar, não podendo ficar contida no campo tradicional do direito de família. Em interessante estudo dedicado à matéria, a jurista norueguesa Tove Stang Dahl¹⁸ faz aplicação desse direito no campo da teoria geral do direito, em situações específicas, dentre outras: a) ao direito das mulheres ao dinheiro, b) ao direito das donas de casa, c) à discriminação na situação de desemprego.

O tema assume importância relevante quando se discute o gênero neutro, que vê homens e mulheres como iguais em direito, afastando propositadamente as diferenças. Enquanto se avançava na busca da igualdade jurídica

¹⁷ LIMA, Taisa Maria Macena de. Responsabilidade civil dos pais por negligência na educação e formação escolar dos filhos. *Afeto, ética, família e o novo Código Civil*. Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 626.

¹⁸ DAHL, Tove Stang. *O Direito das Mulheres*. Trad. Tereza Beleza *et al.* Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993, passim.

integral entre homens e mulheres – no Brasil, só alcançável com a Constituição de 1988 – que vencesse a desigualdade, justificada em preconceitos e discriminações em razão do sexo, as diferenças foram obscurecidas porque não contribuíam para se alcançar o penoso objetivo.

Vencida a etapa da igualdade jurídica, o contributo de outras ciências, como a psicanálise, trazem à tona a rica dimensão psicossocial das diferenças entre os gêneros, que a dogmática do direito de família não pode mais descurar. O imenso desafio é a compatibilidade das diferenças com o princípio da igualdade jurídica, para que não se retroceda à discriminação em razão do sexo, que a Constituição veda.

Porque será que o juiz brasileiro, na quase totalidade dos casos de separação de casais, prefere a mãe ao pai, para guardião dos filhos? O senso comum atribui à mulher o papel de *dona de casa* (espaço privado) e ao homem o de provedor (espaço público). Essa diferença é negativamente discriminatória, ou seja, é juízo de valor negativo do papel da mulher. A escolha pode estar fundamentada em dado de ciência que demonstre, no geral, estar a mulher mais apta biológica ou psicologicamente para exercer esse papel, quando os pais estejam separados, salvo se em situação concreta tal não ocorrer. Essa diferença decorre de juízo de valor positivo, e atende melhor ao estágio atual do direito que determina seja observado o benefício do menor.

5. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LIBERDADE ÀS RELAÇÕES DE FAMÍLIA

O princípio da liberdade diz respeito ao livre poder de escolha ou autonomia de constituição, realização e extinção de entidade familiar, sem imposição ou restrições externas de parentes, da sociedade ou do legislador; à livre aquisição e administração do patrimônio familiar; ao livre planejamento familiar; à livre definição dos modelos educacionais, dos valores culturais e religiosos; à livre formação dos filhos, desde que respeitadas suas dignidades como pessoas humanas; à liberdade de agir, assentada no respeito à integridade física, mental e moral.

O direito de família anterior era extremamente rígido e estático, não admitindo o exercício da liberdade de seus membros, que contrariasse o exclusivo modelo matrimonial e patriarcal. A mulher casada era juridicamente dependente do marido e os filhos menores estavam submetidos ao poder paterno. Não havia liberdade para constituir entidade familiar, fora do matrimônio. Não havia liberdade para dissolver o matrimônio, quando as circunstâncias existenciais tornavam insuportável a vida em comum do casal. Não

havia liberdade de constituir estado de filiação fora do matrimônio, estendendo-se as consequências punitivas aos filhos. As transformações desse paradigma familiar ampliaram radicalmente o exercício da liberdade para todos os atores, substituindo o autoritarismo da família tradicional por um modelo que realiza com mais intensidade a democracia familiar. Em 1962 o Estatuto da Mulher Casada emancipou-a quase que totalmente do poder marital. Em 1977 a Lei do Divórcio (após a respectiva emenda constitucional) emancipou os casais da indissolubilidade do casamento, permitindo-lhes constituir novas famílias. Mas somente a Constituição de 1988 retirou definitivamente das sombras da exclusão e dos impedimentos legais as entidades não matrimoniais, os filhos ilegítimos, enfim, a liberdade de escolher o projeto de vida familiar, em maior espaço para exercício das escolhas afetivas. O princípio da liberdade, portanto, está visceralmente ligado ao da igualdade.

Na Constituição brasileira e nas leis atuais o princípio da liberdade na família apresenta duas vertentes essenciais: liberdade da entidade familiar, diante do Estado e da sociedade; e liberdade de cada membro diante dos outros membros e diante da própria entidade familiar. A liberdade se realiza na constituição, manutenção e extinção da entidade familiar; no planejamento familiar, que “é livre decisão do casal” (art. 226, § 7º da Constituição), sem interferências públicas ou privadas; na garantia contra a violência, exploração e opressão no seio familiar; na organização familiar mais democrática, participativa e solidária.

O princípio da liberdade diz respeito não apenas à criação, manutenção ou extinção dos arranjos familiares, mas à sua permanente constituição e reinvenção. Tendo a família se desligado de suas funções tradicionais, não faz sentido que ao Estado interesse regular deveres que restringem profundamente a liberdade, a intimidade e a vida privada das pessoas, quando não repercutem no interesse geral.

O princípio também se concretiza em normas específicas, como a do art. 1.614 do Código Civil que permite ao filho maior exercer a liberdade de recusar o reconhecimento voluntário da paternidade feito por seu pai biológico, preferindo que no seu registro de nascimento conste apenas o nome da mãe. Do mesmo modo, se o reconhecimento se deu quando o filho era menor, pode este impugná-lo, ao atingir a maioridade, o que demonstra que o estado de filiação não é necessariamente uma imposição da natureza. Outro exemplo de valorização da autonomia ou da vontade livre é o direito concedido aos que se utilizarem da inseminação artificial para concepção do filho, inclusive da chamada inseminação artificial heteróloga, mediante o consentimento do marido para que sua mulher utilize sêmen de outro homem (art. 1.597, V, do Código Civil).

Por outro lado, o princípio é violado em normas que restringem desarrazoadamente a autonomia das pessoas, como se dá com o art. 1.641, II, do Código Civil, que não permite que o maior de sessenta anos possa livremente escolher o regime matrimonial de bens.

6. PRINCÍPIO JURÍDICO DA AFETIVIDADE

Demarcando seu conceito, é o princípio que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico. Recebeu grande impulso dos valores consagrados na Constituição de 1988 e resultou da evolução da família brasileira, nas últimas décadas do século XX, refletindo-se na doutrina jurídica e na jurisprudência dos tribunais. O princípio da afetividade especializa, no âmbito familiar, os princípios constitucionais fundamentais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da solidariedade (art. 3º, I), e entrelaça-se com os princípios da convivência familiar e da igualdade entre cônjuges, companheiros e filhos, que ressaltam a natureza cultural e não exclusivamente biológica da família. A evolução da família “expressa a passagem do fato natural da consangüinidade para o fato cultural da afinidade”¹⁹ (este no sentido de afetividade).

A família recuperou a função que, por certo, esteve nas suas origens mais remotas: a de grupo unido por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida. O princípio jurídico da afetividade faz despontar a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais, além do forte sentimento de solidariedade recíproca, que não pode ser perturbada pelo prevailecimento de interesses patrimoniais. É o salto, à frente, da pessoa humana nas relações familiares.

O princípio da afetividade está implícito na Constituição. Encontram-se na Constituição fundamentos essenciais do princípio da afetividade, constitutivos dessa aguda evolução social da família brasileira, além dos já referidos: a) todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, § 6º); b) a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º); c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, § 4º); d) a convivência familiar (e não a origem biológica) é prioridade absoluta assegurada à criança e ao adolescente (art. 227).

A afetividade, como princípio jurídico, não se confunde com o afeto,

¹⁹ LEVI-STRAUSS, Claude. *As estruturas elementares do parentesco*. São Paulo: Edusp, 1976, p. 72

como fato psicológico ou anímico, porquanto pode ser presumida quando este faltar na realidade das relações; assim, a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles. O princípio jurídico da afetividade entre pais e filhos apenas deixa de incidir com o falecimento de um dos sujeitos ou se houver perda do poder familiar. Na relação entre cônjuges e entre companheiros o princípio da afetividade incide enquanto houver afetividade real, pois esta é pressuposto da convivência. Até mesmo a afetividade real, sob o ponto de vista do direito, tem conteúdo conceptual mais estrito (o que une as pessoas com objetivo de constituição de família) do que o empregado nas ciências da psique, na filosofia, nas ciências sociais, que abrange tanto o que une quanto o que desune (amor e ódio, afeição e desafeição, sentimentos de aproximação e de rejeição). Na psicopatologia, por exemplo, a afetividade é o estado psíquico global com que a pessoa se apresenta e vive em relação às outras pessoas e aos objetos, compreendendo “o estado de ânimo ou humor, os sentimentos, as emoções e as paixões e reflete sempre a capacidade de experimentar sentimentos e emoções”.²⁰ Evidentemente essa compreensão abrangente do fenômeno é inapreensível pelo direito, que opera selecionando os fatos da vida que devem receber a incidência da norma jurídica. Por isso, sem qualquer contradição, podemos referir a dever jurídico de afetividade oponível a pais e filhos e aos parentes entre si, em caráter permanente, independentemente dos sentimentos que nutram entre si, e aos cônjuges e companheiros enquanto perdurar a convivência. No caso dos cônjuges e companheiros, o dever de assistência, que é desdobramento do princípio jurídico da afetividade (e do princípio fundamental da solidariedade que perpassa ambos) pode projetar seus efeitos para além da convivência, como a prestação de alimentos e o dever de segredo sobre a intimidade e a vida privada.

Fazer coincidir a filiação com a origem genética é transformar aquela, de fato cultural e social em determinismo biológico, o que não contempla suas dimensões existenciais, podendo ser a solução pior. A origem biológica era indispensável à família patriarcal e exclusivamente matrimonializada, para cumprir suas funções tradicionais e para separar os filhos legítimos dos filhos ilegítimos. A família atual é tecida na complexidade das relações afetivas, que o ser humano constrói entre a liberdade e o desejo. A família, tendo desaparecido suas funções tradicionais, no mundo do ter liberal burguês, reencontrou-se no fundamento da afetividade, na comunhão de afeto, pouco importando o modelo que adote, inclusive o que se constitui entre um pai ou mãe e seus filhos. A afetividade, cuidada inicialmente pelos cientistas sociais, pelos educadores, pelos psicólogos, como objeto de suas ciências, entrou nas cogitações dos juristas, que buscam explicar as relações familiares contemporâneas. Essa virada de Copérnico foi bem apreendida por Or-

²⁰ <http://www.psiqweb.med.br/cursos/afet.html>, acesso em 13.12.2006.

lando Gomes: “O que há de novo é a tendência para fazer da *affectio a ratio* única do casamento”.²¹ Não somente do casamento, mas de todas as entidades familiares e das relações de filiação.

A chamada verdade biológica nem sempre é adequada, pois a certeza absoluta da origem genética não é suficiente para fundamentar a filiação, especialmente quando esta já tiver sido constituída na convivência duradoura com pais socioafetivos (posse de estado) ou quando derivar da adoção. Os desenvolvimentos científicos, que tendem a um grau elevadíssimo de certeza da origem genética, pouco contribuem para clarear a relação entre pais e filho, pois a imputação da paternidade biológica não substitui a convivência, a construção permanente dos laços afetivos. O biodireito depara-se com as consequências da dação anônima de sêmen humano ou de material genético feminino. Nenhuma conclusão da bioética aponta para atribuir a paternidade ao dador anônimo de sêmen. A inseminação artificial heteróloga não permite o questionamento da paternidade dos que a utilizaram, com material genético de terceiros.

O problema da verdade real, que tem sido manejada de modo equivocado quando se trata de paternidade, é que não há uma única, mas três verdades reais: a) a verdade biológica com fins de parentesco, para determinar paternidade – e as relações de parentesco decorrentes – quando esta não tiver sido constituída por outro modo e for inexistente no registro do nascimento, em virtude da incidência do princípio da paternidade responsável imputada a quem não a assumiu; b) verdade biológica sem fins de parentesco, quando já existir pai socioafetivo, para os fins de identidade genética, com natureza de direitos da personalidade, fora do direito de família; c) verdade socioafetiva, quando já constituído o estado de filiação e parentalidade, em virtude de adoção, ou de posse de estado de filiação, ou de inseminação artificial heteróloga.

O art. 232 do Código Civil estabelece que a recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame. Essa norma tem sido interpretada de modo literal e equivocado como se o legislador brasileiro tivesse feito opção exclusiva para a verdade biológica, afastando a socioafetiva. Essa presunção não é legal, mas judiciária, ou seja, depende da convicção do juiz, ante o conjunto probatório que se produziu. Se, por exemplo, o estado de filiação da paternidade estiver provado, a presunção resultante da recusa ao exame não prevalecerá. Já se disse que esse artigo “não tem muita utilidade, pois, de nada adianta o legislador ‘regrar’ a presunção judicial, que é raciocínio do juiz”.²²

No estágio em que se encontram as relações familiares e o desenvol-

²¹ GOMES, Orlando. *O Novo Direito de Família*. Porto Alegre, Sergio Antônio Fabris, 1984, p. 26.

²² DIDIER JR., Fredie. A recusa da parte a submeter-se a exame médico. O art. 232 do Código Civil e o enunciado 301 da súmula da jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça. *Revista de direito privado*. São Paulo: RT, n. 25: p. 177/180, jan/mar 2006, p. 177.

vimento científico, tende-se a encontrar a harmonização entre o direito de personalidade ao conhecimento da origem genética, até como necessidade de concretização e prevenção do direito à saúde, e o direito à relação de parentesco, quando este já se estabeleceu, fundado no princípio jurídico da afetividade.

Mesmo na família tradicional, a filiação biológica era nitidamente recortada entre filhos legítimos e ilegítimos, a demonstrar que a origem genética nunca foi, rigorosamente, a essência das relações familiares. As pessoas que se unem em comunhão de afeto, não podendo ou não querendo ter filhos, constituem também família protegida pela Constituição.

A igualdade entre filhos biológicos e não biológicos implodiu o fundamento da filiação na origem genética. A concepção de família, a partir de um único pai ou mãe e seus filhos, eleva-a à mesma dignidade da família matrimonializada. O que há de comum nessa concepção plural de família e filiação é sua fundação na afetividade.

O art. 1.593 do Código Civil enuncia regra geral que contempla o princípio da afetividade, ao estabelecer que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem”. Essa regra impede que o Poder Judiciário apenas considere como verdade real a biológica. Assim os laços de parentesco na família (incluindo a filiação), sejam eles consangüíneos ou de outra origem têm a mesma dignidade e são regidos pelo princípio da afetividade. Antecipando a dimensão onicompreensiva do art.1.593, aludiu-se: “o que merece ser ressaltado, enfim, é o afeto sincero destes homens pelos filhos de suas mulheres, independentemente de estarem a eles ligados por qualquer liame de parentesco [biológico] ou de saberem que, ali, a descendência se identifica apenas pela linha feminina”,²³ permitindo a emersão de vínculo parental próprio.

A força determinante da afetividade, como elemento nuclear de efetiva estabilidade das relações familiares de qualquer natureza, nos dias atuais, torna relativa e, às vezes, desnecessária a intervenção do legislador. A afetividade é o indicador das melhores soluções para os conflitos familiares. Para muitos, quanto menor a intervenção tanto melhor, como se dá com a união estável, cuja regulamentação distanciou-a de sua natureza livre, ou do reforço legal da culpa como causa de separação judicial dos cônjuges. Outras vezes a intervenção legislativa fortalece o dever de afetividade, a exemplo da Lei 11.112/2005 que tornou obrigatório o acordo relativo à guarda dos filhos menores e ao regime de visitas, na separação conjugal, assegurando o direito à companhia e reduzindo o espaço de conflitos.

²³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e casamento em evolução. *Revista brasileira de direito de família*. Porto Alegre: n. 1, abr./mai 1999, p. 10.

A doutrina jurídica brasileira tem vislumbrado aplicação do princípio da afetividade em variadas situações do direito de família, nas dimensões: a) da solidariedade e da cooperação; b) da concepção eudemonista;²⁴ c) da funcionalização da família para o desenvolvimento da personalidade de seus membros;²⁵ d) do redirecionamento dos papéis masculino e feminino e da relação entre legalidade e subjetividade;²⁶ e) dos efeitos jurídicos da reprodução humana medicamente assistida;²⁷ f) da colisão de direitos fundamentais;²⁸ g) da primazia do estado de filiação, independentemente da origem biológica ou não biológica.²⁹

A concepção revolucionária da família como lugar de realização dos afetos, na sociedade laica, difere da que a tinha como instituição natural e de direito divino, portanto imutável e indissolúvel, na qual o afeto era secundário. A força da afetividade reside exatamente nessa aparente fragilidade, pois é o único elo que mantém pessoas unidas nas relações familiares.

7. PRINCÍPIO DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR

A convivência familiar é a relação afetiva diuturna e duradoura entretecida pelas pessoas que compõem o grupo familiar, em virtude de laços de parentesco ou não, no ambiente comum. Supõe o espaço físico, a casa, o lar, a moradia, mas não necessariamente, pois as atuais condições de vida e o mundo do trabalho provocam separações dos membros da família no espaço físico, mas sem perda da referência ao ambiente comum, tido como pertença de todos. É o ninho no qual as pessoas se sentem recíproca e solidariamente acolhidas e protegidas, especialmente as crianças.

No fato da vida, em projeção de transeficácia, hauriu o princípio normativo seus elementos para assegurar direitos e deveres envolventes. A casa é o espaço privado que não pode ser submetida ao espaço público. Essa aura de intocabilidade é imprescindível para que a convivência familiar se construa de

²⁴ FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 306.

²⁵ TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. *A nova família: problemas e perspectivas*. Vicente Barreto (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 56.

²⁶ PEREIRA, Rodrigo. *Direito de Família: uma abordagem psicanalítica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 142.

²⁷ WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 205.

²⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. O direito personalíssimo à filiação e a recusa do exame de DNA: uma hipótese de colisão de direitos fundamentais. *Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova de filiação*. Eduardo de Oliveira Leite (Org.). Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 224.

²⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, n. 19, p. 133-156, ago./set. 2003, p. 133.

modo estável e, acima de tudo, com identidade coletiva própria, o que faz que nenhuma família se confunda com outra. O inciso XI do art. 5º da Constituição estabelece que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém podendo nela penetrar sem consentimento do morador”. Mas, a referência constitucional explícita ao princípio será encontrada no art. 227. Também no Código Civil, o princípio se expressa na alusão do art. 1.513 à não interferências “na comunhão de vida instituída pela família”. A Convenção dos Direitos da Criança, no art. 9.3, estabelece que, no caso de pais separados, a criança tem direito de “manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos, ao menos que isso seja contrário ao interesse maior da criança”.

O direito à convivência familiar, tutelado pelo princípio e por regras jurídicas específicas, particularmente no que respeita à criança e ao adolescente, é dirigido à família e a cada membro dela, além de ao Estado e à sociedade como um todo. Por outro lado, a convivência familiar é o substrato da verdade real da família socioafetiva, como fato social facilmente aferível por vários meios de prova. A posse do estado de filiação, por exemplo, nela se consolida. Portanto, há direito à convivência familiar e direito que dela resulta.

A convivência familiar também perpassa o exercício do poder familiar. Ainda quando os pais estejam separados, o filho menor tem direito à convivência familiar com cada um, não podendo o guardião impedir o acesso ao outro, com restrições indevidas. Por seu turno, viola esse princípio constitucional a decisão judicial que estabelece limitações desarrazoadas ao direito de visita do pai não guardião do filho, pois este é titular de direito próprio à convivência familiar com ambos os pais, que não pode restar comprometido. O senso comum enxerga a visita do não guardião como um direito limitado dele, apenas, porque a convivência com o filho era tida como objeto da disputa dos pais, quando em verdade é direito recíproco dos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles.

O direito à convivência familiar não se esgota na chamada família nuclear, composta apenas pelos pais e filhos. O Poder Judiciário, em caso de conflito, deve levar em conta a abrangência da família considerada em cada comunidade, de acordo com seus valores e costumes. Na maioria das comunidades brasileiras, entende-se como natural a convivência com os avós e, em muitos locais, com os tios, todos integrando um grande ambiente familiar solidário. Consequentemente têm igualmente fundamento no princípio da convivência familiar as decisões judiciais que asseguram aos avós o direito de visita a seus netos.

8. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

O princípio do melhor interesse significa que a criança – incluído o adolescente, segundo a Convenção Internacional dos Direitos da Criança – deve ter seus interesses tratados com prioridade, pelo Estado, pela sociedade e pela família, tanto na elaboração quanto na aplicação dos direitos que lhe digam respeito, notadamente nas relações familiares, como pessoa em desenvolvimento e dotada de dignidade. Em verdade ocorreu uma completa inversão de prioridades, nas relações entre pais e filhos, seja na convivência familiar, seja nos casos de situações de conflitos, como nas separações de casais. O pátrio poder existia em função do pai; já o poder familiar existe em função e no interesse do filho. Nas separações dos pais o interesse do filho era secundário ou irrelevante; hoje, qualquer decisão deve ser tomada considerando seu melhor interesse.

Sua origem é encontrada no instituto inglês do *parens patriae* como prerrogativa do rei em proteger aqueles que não poderiam fazê-lo em causa própria. Foi recepcionado pela jurisprudência norte-americana em 1813, no caso *Commonwealth v. Addicks*, no qual a Corte da Pensilvânia afirmou a prioridade do interesse de uma criança em detrimento dos interesses dos pais. No caso, a guarda da criança foi atribuída à mãe, acusada de adultério, já que este era o resultado que contemplava o melhor interesse daquela criança, dadas as circunstâncias.³⁰

Valerio Pocar e Paola Ronfani³¹ utilizam interessante figura de imagem para ilustrar a transformação do papel do filho na família: em lugar da construção piramidal e hierárquica, na qual o menor ocupava a escala mais baixa, tem-se a imagem de círculo, em cujo centro foi colocado o filho, e cuja circunferência é desenhada pelas recíprocas relações com seus genitores, que giram em torno daquele centro. Nos anos mais recentes, parece que uma outra configuração de família relacional está se delineando, em forma estelar, que tem ao centro o menor, sobre o qual convergem relações tanto de tipo biológico quanto de tipo social, com os seus dois genitores em conjunto ou separadamente, inclusive nas crises e separações conjugais.

O princípio é um reflexo do caráter integral da doutrina dos direitos da criança e da estreita relação com a doutrina dos direitos humanos em geral. Assim, segundo a natureza dos princípios, não há supremacia de um sobre outro ou outros, devendo a eventual colisão resolver-se pelo balanceamento dos interesses, no caso concreto. Nesse sentido, diz Miguel Cillero Brruñol que sendo as crianças partes da humanidade, “seus direitos não se exerçam

³⁰ PEREIRA, Tânia da Silva. Da adoção. *Direito de família e o novo Código Civil*. Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 131, citando GRIFFITH, Daniel B.

³¹ POCAR, Valerio. RONFANI, Paola. *La famiglia e il diritto*. Roma: Laterza, 2001, p. 207.

separada ou contrariamente ao de outras pessoas, o princípio não está formulado em termos absolutos, mas que o interesse superior da criança é considerado como uma ‘consideração primordial’. O princípio é de prioridade e não de exclusão de outros direitos ou interesses”. De outro ângulo, além de servir de regra de interpretação e de resolução de conflitos entre direitos, deve-se ressaltar que “nem o interesse dos pais, nem o do Estado pode se considerado o único interesse relevante para a satisfação dos direitos da criança”.³²

No direito brasileiro, o princípio encontra fundamento essencial no art. 227 que estabelece ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente “com absoluta prioridade” os direitos que enuncia. A Convenção Internacional dos Direitos da Criança, com força de lei no Brasil desde 1990, estabelece em seu art. 3.1 que todas as ações relativas aos menores devem considerar, primordialmente, “o interesse maior da criança”. Por determinação da Convenção, deve ser garantida uma ampla proteção ao menor, constituindo a conclusão de esforços, em escala mundial, no sentido de fortalecimento de sua situação jurídica, eliminando as diferenças entre filhos legítimos e ilegítimos (art. 18) e atribuindo aos pais, conjuntamente, a tarefa de cuidar da educação e do desenvolvimento. O princípio também está consagrado nos arts. 4º e 6º da Lei n. 8.069, de 1990 (ECA).

O princípio não é uma recomendação ética, mas diretriz determinante nas relações da criança e do adolescente com seus pais, com sua família, com a sociedade e com o Estado. A aplicação da lei deve sempre realizar o princípio, consagrado, segundo Luiz Edson Fachin como “critério significativo na decisão e na aplicação da lei”, tutelando-se os filhos como seres prioritários.³³ O desafio é converter a população infanto-juvenil em sujeitos de direito, “deixar de ser tratada como objeto passivo, passando a ser, como os adultos, titular de direitos juridicamente protegidos”.³⁴

³² BRUÑOL, Miguel Cillero. Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios. *Infancia. Boletín del Instituto Interamericano del Niño*. O.E.A., n. 234, p. 1-13, oct. 1997, p.8.

³³ FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p.125.

³⁴ PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do “melhor interesse da criança”: da teoria à prática. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: n. 6, p. 31-49, jul/set. 2000, p.36.

EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NO ÂMBITO DO DIREITO DE FAMÍLIA*

Marcos Colares**

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Acesso ao direito no Brasil. 3. Acesso à justiça. 4. Direitos de família na contemporaneidade Brasileira. 5. Há efetividade na prestação jurisdicional no âmbito do direito de família no Brasil?. 6. Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

Falar sobre a prestação jurisdicional no Brasil é enveredar por uma estrada composta pela história do poder econômico em nosso País, sobre a adoção do modelo tripartite de Montesquieu, bem como acerca da aura de onipotência que cerca o exercício da Jurisdição.

Porém é preciso ter em mente que as falhas e mazelas do sistema judicial pátrio não se circunscrevem unicamente à atuação dos Magistrados. A sociedade, e notadamente a comunidade jurídica – se é que se pode chamar de comunidade os feudos que congregam, por exemplo, a Magistratura, a Advocacia e o Ministério Público no Brasil – é responsável pela reprodução de modelos freqüentemente questionados pelo cidadão, pelas mídias e, até mesmo por esses operadores do Direito.

Creio que os problemas afetos à familiaridade trazidos ao espaço jurisdicional revelam apenas uma diferença do que se vislumbra no sistema judiciário como um todo: o objeto.

No caso do nosso objeto, mais do que determinar guardas, pensões alimentícias e direito de visitas, parece ser fundamental que o processo judicial possa servir como meio de fomentar entre as partes o espírito de análise de suas histórias de vida. Creio que isso não se alcança com “lições de moral” tão freqüentes nas falas dos julgadores, mas, verdadeiramente, com diálogo; com busca da verdade; com persecução do justo – no sentido filosófico e não sobre a forma de censura.

Pretendo aqui, apenas, levantar algumas questões para o debate do Direito de Família no Brasil. Não tenho fórmulas solucionadoras para todas as questões que tratarei, mas espero contribuir para um debate que possa gerar a

* Trabalho apresentado no II Congresso Nordestino de Direito de Família: Relações de Família na Sociedade Contemporânea, Aracaju/SE, 02 a 04 de agosto de 2007, ESMP/SE – IBDFAM/SE.

** Advogado, Sociólogo, Doutor em Educação, Mestre em Sociologia, professor da UFC e UECE, autor, dentre outras obras, de *A sedução de ser feliz: uma análise sociojurídica de casamentos e separações*. Brasília: Letra-viva, 2000.

superação das falácias que costumeiramente encobrem graves problemas enfrentados no dia-a-dia por operadores do Direito e jurisdicionados.

2. ACESSO AO DIREITO NO BRASIL

Considero que além do acesso à Justiça o cidadão brasileiro tem um problema de fundo – anterior e mais grave –, a enfrentar: a superação do não saber, ou a oportunidade de acessar à informação, essa odisséia de ingresso no mundo do conhecimento.

Ora, o desconhecimento, dirão alguns, em questões jurídicas não se limita aos contornos do Direito de Família. É freqüente encontrarmos pessoas que moram em imóveis alugados e desconhecem seus direitos e deveres como locatários; que trabalham e não conhecem todos os seus direitos trabalhistas; que adquirem bens e serviços todos os dias, mas desconhecem filigranas da sua condição de consumidor. Concordo, mas ao contrário das relações locatícias, trabalhistas e de consumo, as questões familiaristas têm o condão de intercambiar relações, a primeira vista estranhas ao problema em tela. Quem se separa, por exemplo, além das questões próprias dessa esfera das relações humanas também precisa estar atento a outros vieses. Em outras palavras, os separandos do meu exemplo, além de precisarem de informações sobre partilha de bens, guarda dos filhos e alimentos devem estar informados sobre coisas como: quem ficará morando no apartamento alugado; como seu empregador poderá reagir diante dos descontos alimentares no contra-cheque; agora, quem poderá reclamar da garantia da televisão comprada durante o casamento.

O Direito, historicamente, tem se colocado como o espaço privilegiado dos doutos e, por vezes, dos afortunados. Quando Gramsci¹ faz questão de alertar para a importância do acesso à alta cultura como instrumento revolucionário, está dizendo, implicitamente: as camadas populares além de precisarem conhecer música erudita e danças clássicas, precisam conhecer o Direito que os rege, para poderem melhor se situar diante das decisões que a vida lhes traz.

Se para Paulo Freire² era preciso romper com a “educação bancária” – burocrática e repetitiva – para vislumbrar-se a compreensão do cotidiano, aí não se está falando apenas de ler códigos lingüísticos. Mas de ler a vida; de ler o mundo. E nosso mundo é composto também de direitos e deveres. Nesse sentido, cabe entendermos a leitura da familiaridade e seu cotidiano como parte dos processos de socialização.³

¹ GRAMSCI, Antonio. *Os intelectuais e a organização da cultura*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1988.

² FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.

³ Não há de se falar em *socialização* no singular, posto que cada sociedade e momento histórico procede um modo específico de socialização

Antes de chegar ao Judiciário, o cidadão comum se vê diante do dilema de precisar equilibrar os seus conhecimentos empíricos sobre a Justiça com o conteúdo presente nas Leis (que ele não pode dizer que desconhece, mesmo que não tenha chegado, ou passado das primeiras letras da cartilha de alfabetização). Por outro lado, vivemos em um País onde os mais esclarecidos falam em “lei que pega e lei que não pega”, querendo dizer que algumas normas jurídicas não são cumpridas, constituindo-se em “letra morta”. Entretanto, se parece acudir ao desinformado sobre seus direitos e deveres esse aforismo, logo ele chegará à conclusão, via decisões judiciais em seu desfavor, que o pensamento popular nem sempre traduz a realidade jurídica.

Penso que uma sociedade que proporciona o mais amplo acesso ao conhecimento jurídico, não o transformando em armadilha com fito meramente sancionador, contribui para o aperfeiçoamento das relações de sociabilidade. Entendo, que se por um lado as mídias podem ser extremamente úteis nesse mister, é dever do Estado – aí incluído o Judiciário – cuidar para que os seus cidadãos conheçam as leis que os regem, inclusive compreendendo os princípios que nortearam a sua edição. Um exemplo disso, pouco exercido pelo Estado, está no art. 88, inciso VI, do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA,⁴ que estabelece como diretriz da política de atendimento à criança e ao adolescente o dever de *mobilização da opinião pública no sentido da indispensável participação dos diversos segmentos da sociedade* na implementação de políticas de atendimento a essas pessoas em desenvolvimento.

Alguns poderão dizer que isso tudo é utopia, ou que sempre haverá desinformados, como sempre haverá pobres. Concordo com a paráfrase aos Evangelhos, mas há de se saber que assim como existe diferença entre pobres e miseráveis também há distinção entre desinformados e totalmente ignorantes em matéria jurídica.

Veja-se, que assim como o conhecimento sobre princípios de higiene não faz de qualquer pessoa um médico, mas lhe melhora a qualidade de vida, o conhecimento jurídico não deve se estender apenas aos versados em Direito, mas a todos, pois não se estará tentando formar juristas, mas ampliando o raio de ação consciente desses cidadãos.

3. ACESSO À JUSTIÇA

Há dois elementos objetivos a avaliar quando tratamos do acesso à Justiça, no caso em apreço, na órbita do Direito de Família: necessidade e oportunidade. Sabemos que grande parte dos pleitos familiaristas fundamen-

⁴ BRASIL. *Estatuto da criança e do adolescente*. Brasília: CONANDA, 2002.

tam-se no argumento, *lato sensu*, de necessidade. Nesses casos é o imperativo da sobrevivência e da superação de conflitos que dificultam a qualidade de vida que estimula uma das partes ou ambas a buscarem a jurisdição. Por outro lado, há demandas que são provocadas principalmente pela oportunidade; quer dizer, pela chance de fazê-lo.

A existência de amparo jurídico para que se proponha certo pleito judicial faz com que o argumento da oportunidade ganhe fôlego, existindo ou não a necessidade fática. Um exemplo disse repousa nos pedidos de alimentos, quando não motivados pela impossibilidade de alguém ver suprida a sua existências por seus próprios meios, mas fundada na possibilidade de uma parte se ver alimentada por outra, visando com isso diminuir a própria faina para alcançar pessoalmente o sustento das suas necessidades.

Nesse mister nota-se, novamente, a propriedade de se discutir o quanto à informação (acesso ao Direito) diferencia as pessoas. É mais freqüente nos depararmos com casos nos foros de família onde a motivação do pleito se encontra na *possibilidade* de fazê-lo entre os mais letrados e até melhor aquinhoados materialmente. Nota-se que a maior parte das demandas familiarista movidas pelos cidadãos mais pobres são motivadas por imperativos de *necessidade*. Não considero com isso que exista um fenômeno ético a diferenciar os pleitos dos mais pobres e dos menos pobres, simplesmente considero que o acesso à informação também é um fator impulsionador dos pleitos jurisdicionais.

Considero que fatores econômicos influenciam não só o conteúdo das demandas judiciais em matéria familiarista, mas também proporcionam ao “pelejadores” outros instrumentos, tais como: a possibilidade deles demandarem com amparo em Advogados especializados ou que, no mínimo, compõem uma elite pensante no Direito; e, até mesmo, a possibilidade dessas partes de ver a demanda se perder no tempo sem que isso os estimulem a conciliarem, como forma de por fim à lide e alcancarem parte do pretendido.

Um aspecto importante no acesso à Justiça diz respeito ao exercício do direito de pleitear. Tal direito em nosso País se faz possível, por exemplo, no campo do Direito de Família, exclusivamente por meio de Advogado. Nesse sentido, a atuação dos escritórios de prática forense (nos Cursos de Direito), as assessorias jurídicas (via entidades acadêmicas, religiosas, parlamentares, da esfera do Poder Executivo, ou por meio de ONGs) funcionam como um lenitivo para aqueles que não podem custear os honorários de um Advogado e que, doutra forma, somente poderiam ser assistidos via Defensoria Pública – que não possui quadros suficientes, na maioria dos Estados – para responder com precisão às demandas que lhes chegam.

Também diz respeito ao mecanismo de acesso à Justiça a atenção dispensada pelo Poder Judiciário no tocante a criação de varas especializadas (em assun-

tos de Direito de Família e afetas à Criança e ao Adolescente) em número proporcional à população de cada Comarca e à demanda por socorro jurisdicional em tais áreas. Ao lado disso, têm-se requerido⁵ a criação, na órbita dos Tribunais de Justiça, de Câmaras específicas para tratar de assuntos familiaristas.

Sem dúvida alguma, a criação pelo ECA de varas específicas para tratar de assuntos relativos à infância e à adolescência representam um importante avanço nesse campo do Direito de Família. Por força dessa Lei (art. 150 do ECA) as Varas da Infância e da Adolescência devem ser dotadas de equipe interprofissional que funcionarão como serviço auxiliar à Justiça, subordinada ao Juiz daquela vara, mas assegurada a livre manifestação técnica (art. 151 do ECA). Porém, como a Lei estabeleceu que a criação dessas equipes está vinculada à proposta orçamentária do Poder Judiciário, na maioria dos Estados, apenas a Comarca da capital goza dessa possibilidade.

É de se observar que as equipes interprofissionais são uma realidade, embora que deficitária, exclusiva das Varas da Infância e da Adolescência, não se consubstanciando nas Varas de Família. Talvez a experiência do judiciário francês – onde *um juiz profissional pode ser assistido por dois assessores escolhidos por sua competência, por exemplo, no tribunal para crianças, com pessoas que demonstraram interesse na matéria*,⁶ pudesse vir a ser uma forma de dotar-se as Varas de Família e da Infância e Adolescência do País de meios efetivos de se discutir familiaridade com maior profundidade.

4. DIREITO DE FAMÍLIAS NA CONTEMPORANEIDADE BRASILEIRA

O Brasil vem ingressando, nas últimas três décadas, na discussão contemporânea da família e da humanidade como sendo realidades complexas. Isso tem contribuído para a especialização de profissionais do Direito e para a abertura de possibilidades novas aos jurisdicionados.

Talvez a principal mudança que esteja ocorrendo em nosso País relativo ao Direito de Família seja fruto da constatação de que não se tem mais um modelo único e universal de família (DIAS), mas que hoje se tem de falar em famílias, pois essa realidade é cada vez mais plural.

São frutos dessa mudança de mentalidade, ainda em curso, as aproximações teóricas como a que se dá entre o Direito e a Psicanálise; a presença de

⁵ Tendo, inclusive, o Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, atuado como um dos canais de vazão dessa demanda.

⁶ O judiciário francês. Disponível em www.artnet.com.br/~lgm/judfran.doc. Consultado em 15/07/2007.

entidades corporativas de carreiras jurídicas (OAB⁷ e ABMP⁸) em fóruns de instituições da sociedade civil e conselhos atentos às questões acerca da infância e de adolescência; decisões favoráveis ao reconhecimento de uniões civis entre pessoas do mesmo sexo e adoções por casais que desenvolvem relações homoafetivas. Veja-se que em todos esses casos o Direito não está criando situações, mas simplesmente reconhecendo a sua existência da diversidade e respeitando a possibilidade das pessoas de agirem segundo convicções diversas da dominante. Isso é respeitar os Direitos Humanos e, eticamente, reconhecer que podem existir formas diferentes e igualmente válidas de organização familiar.

Não estou defendendo que o familiarista deva se mover exclusivamente pela inovação, mas que se mantenha aberto a avaliar a pertinência das questões ainda não legisladas e atento à possibilidade de contribuir para a melhoria da qualidade de vida das pessoas envolvidas nas demandas de Direito de Família. Preocupa-me bastante observar que posturas preconceituosas em relação à mulher e às crianças – por vezes aparentemente protetivas-, ou aos homens – considerando-os, por exemplo, como menos qualificados para o exercício da guarda dos filhos –, são tão nefastas quanto tratar direitos como modismos.

Considero que há duas novidades no Direito de Família. A primeira diz respeito à coragem de falarmos de questões ancestrais antes jogadas para debaixo do tapete (homossexualidade, adultério, filiação extraconjugal etc.). A segunda é oriunda das novas possibilidades trazidas por conta dos avanços da Medicina e de suas ciências auxiliares (cirurgias de mudança de sexo ou tratamentos com reflexos na anatomia humana) e seus efeitos na familiaridade.

O enfrentamento da diversidade das questões de familiaridade no Brasil representam um importante avanço da cultura jurídica nacional. Entretanto, a história nacional já demonstrou que em situações ligadas à familiaridade por vezes as instituições são mais lentas do que o senso comum para absorver mudanças culturais. Como exemplo disso, veja-se que se por um lado as necessidades sociais clamavam por um modelo que regularizasse a situação das famílias constituídas após a separação (de fato ou de direito – desquite), via divórcio, desde o final dos anos 1960, o Congresso, talvez colocando-se como arauto da moral, somente veio aprovar tal mudança institucional em 1977.

Por outro lado, ainda teremos que empreender um longo caminho até que a sociedade absorva e naturalize o dever constitucional de velar pela infância e adolescência brasileira (art. 227 da Constituição da República, de 1988), principalmente assumindo isso como um valor. Observe-se que isso representa uma mudança cultural: não mais, cada família que cuide dos seus –

⁷ Ordem dos Advogados do Brasil.

⁸ Associação Brasileira de Magistrados e Promotores da Infância e da Juventude.

como lecionam os ventos da contemporaneidade, pós-revolução industrial –, mas de certa forma, um retorno à sociedades indígenas brasileiras do século XVI – onde as crianças eram “filhos” de seus pais e de toda a comunidade. Implicitamente, a Lei parece dizer-nos que se não cuidarmos, concomitantemente, dos nossos filhos e dos filhos dos outros, não poderemos esperar num futuro promissor para a nossa prole. Pois, somente uma sociedade que busca efetivar a cidadania para todos pode crer na sua longevidade pacífica, caso contrário, estará gerando, a cada conflito de interesses, meios para sua autogeração.

5. HÁ EFETIVIDADE NA PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL NO ÂMBITO DO DIREITO DE FAMÍLIA NO BRASIL?

Um dos entraves mais freqüentemente denunciado por pessoas que aspiram por uma prestação jurisdiccional diz respeito à demora na tramitação dos feitos na Justiça nacional. A esse respeito, alguns Magistrados se defendido dessa acusação valendo-se de comparações com o Judiciário de outros países. É o caso dos que se referem ao Judiciário português afirmando que ali, as decisões em matéria cível demoram em média três anos. Por outro lado, tais Magistrados consideram que há uma espécie de esquizofrenia nacional pela celeridade, e argumentam que as questões familiaristas as vezes demoram a ser decididas porque exigem um tempo maior de maturação e estudo dos julgadores.⁹ Considero que a sociedade não deseja decisões açodadas, mas soluções jurídicas tempestivas.

Há de se observar que o tempo de tramitação de um feito está relacionado a elementos objetivos e subjetivos. Nos casos de Direito de Família o aspecto objetivo, como nas demais áreas do Direito fica por conta da natureza da ação e seu rito processual, bem como a desejada celeridade da Justiça. No tocante aos aspectos subjetivos têm uma gama de pressupostos – como, por exemplo, o desejo das partes em litigar como meio de expiação de questões, não jurídicas, vivenciadas na órbita familiar. Nesses casos, não se pode atribuir, linearmente, ao Judiciário o longo tempo de duração da demanda, pois isso estará a cargo de aspectos patológicos da relação ora analisada judicialmente.

Como as questões do espírito não são a única razão das longas esperas por decisões judiciais há de se observar, principalmente no tocante à matéria familiarista, que não cabe aos operadores do Direito, notadamente os detento-

⁹ ZAHLOUTH JÚNIOR, Carlos. A importância do Judiciário em Portugal e o desmanche do Judiciário brasileiro. Disponível em: www.jusnavigandi.com.br. Consultado em 20/07/2007.

res de Estado, postergarem seus atos, prolongando a demanda ou contribuindo, até, para a nulidade de atos processuais.

Infelizmente, já me deparei com situações onde: a julgadora permaneceu com um feito concluso por vários meses, para somente depois de provocar esse desconforto ao jurisdicionado, se dar conta de que era irmã de uma das partes, logo impedida de atuar no feito – o que denota não ter sido feita sequer a leitura da capa do caderno processual –; ou de ações onde se discute a guarda de criança sob pressão psicológica de um dos genitores e que a primeira audiência de conciliação se dá depois de quinze meses do ingresso da ação competente. Também se afiguram diversas situações desconcertantes em relação ao Ministério Público, desde a demora para apresentar suas cotas, até a requisição de provas desnecessárias ou impossíveis, chegando, em casos extremos, ao cúmulo de sempre subsumirem o seu pensamento ao esposado pelo Magistrado, demonstrando uma submissão intolerável e incompatível com a altivez que a função representa.

Doutra sorte, o crescimento do número de cursos de Direito no Brasil, aliado à corrida por concursos públicos, no afã de alcançar rapidamente níveis de estabilidade financeira tem proporcionado o ingresso precoce de jovens bacharéis em carreiras jurídicas de alta complexidade. No tocante ao Direito de Família, é preocupante encontrarmos jovens com idade inferior a trinta anos, na Magistratura e no Ministério Público estaduais, decidindo em comarcas, onde geralmente é pequeno o número de outros operadores do Direito, sobre a vida de jurisdicionados, na sua maioria, com uma trajetória cronológica muito mais ampla do os seus “tutores” de Estado.

Nesse senti do, referindo-se aos Magistrados, a professora de Direito espanhola, Nuria Belloso Martín, assim se manifestou em entrevista concedida à Folha de S. Paulo: *Um juiz que começa a julgar aos 30 anos conhece mais as coisas da vida do que um juiz que começa aos 24 anos. Está mais em condições de poder decidir o que é justo e o que não é justo.*¹⁰ Tendo em vista a matéria familiarista ser objeto freqüente na ação do Ministério Público, considero que as colocações da jurista espanhola também se aplicam aos nossos Promotores de Justiça. Como garantir qualidade na manifestação sobre a vida de outrem, efetividade, quando não chegou a vivenciar situações que palidamente nos dêem elementos para entender os fatos que nos chegam, para além da letra fria da Lei e das alegações?

Considero, porém que as dificuldades do Ministério Público e da Magistratura, em se tratando de matéria familiarista, contam com um outro fator problematizador: a ausência de preparo psicossocial para o exercício de suas

¹⁰ WESTIN, Ricardo. *Juiz no Brasil é muito jovem e não tem formação adequada*. São Paulo: Folha de S. Paulo, 29/3/2004. Disponível em: www.fspaulo.com.br. Consultado em 15/07/2007.

funções em Varas de Família ou da Infância e da Adolescência. Por vezes, o desejo de alcançar mais celeremente as entrâncias superiores pode fazer com que um Magistrado ou Promotor Público não indicado psicossocialmente para essas varas venha a aceitar a nova lotação. Se por um lado isso pode funcionar como um desafio e trazer surpresas positivas à Justiça ao longo do tempo, mais frequentemente essas situações revelam-se desastrosas.

Tais situações não acodem apenas aos membros do Ministério Público e Magistrados. A falta de uma especialização na advocacia para a área familiarista, bem como a ausência de uma preparação para que se busque a mediação em lugar do conflito, também pode comprometer a qualidade da defesa de interesses prestada por esse profissional. Devido a sua aparente simplicidade, o Direito de Família tem sido praticado por profissionais mais afeitos ao rito do que à motivação para tal investidura. Não basta, de fato, ser graduado em Direito e inscrito na OAB para bem atuar em Direito de Família. Creio que se faz necessário, além da formação e institucionalidade, equilíbrio emocional, espírito investigativo e capacidade de vencer os próprios preconceitos, na perspectiva de aspirar com seu gesto contribuir para a felicidade de seus constituintes; sempre atento aos pressupostos éticos que inspiram o Direito.

Há alguns meses uma colega, minha ex-aluna num curso de pós-graduação em Direito me inquietou sobre a oportunidade de um casal de clientes do seu escritório pleitearem a guarda compartilhada de seus filhos. A colega disse-me que temia pela decisão judicial ao pleito, posto que o considerava ousado para a cultura jurídica local. Coloquei para a colega que o mais importante a ser analisado não era o resultado jurisdicional, até porque ela poderia estar contribuindo para mudar posições teóricas arraigadas no seu Estado, se não com aquele caso, mas com um conjunto de demandas semelhantes ou mesmo através da via da exposição acadêmica (via conferências e publicações). Porém, dizia-lhe, o mais importante é combinar dois pressupostos: a constatação de que o casal mostra-se preparado para o exercício dessa via de guarda, e, a clareza de que isso atende ao melhor interesse das crianças envolvidas na experiência. Parece-me ser dever do Advogado, aqui me referindo mais precisamente ao Direito de Família (mas sem excetuar os demais campos), contribuir para que novas teses sejam objeto de análise e que, com isso, perspectivas distintas das tradicionais possam ser analisadas e, com o tempo, por refletirem uma perspectiva do justo, virem a ser aplicadas.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quem precisa buscar o Estado-juiz tem pressa. Em outras palavras, não há efetividade da prestação jurisdicional quando tal direito é prestado tardiamente.

O jurisdicionado no campo do Direito de Família precisa ver consubstanciado o reconhecimento de Direitos relativos a questões prementes como a sua existência (alimentos), a possibilidade de ser amado (poder familiar), a realização da sua amorosidade em relação ao outro (guarda, adoção, casamento, união estável, relação homoafetiva), meios para reconstrução da vida (adoção, separação e divórcio) ou declaração de pleno exercício de seus deveres como pai, cônjuge ou outro parentesco nas relações familiares que trava.

Atualmente não é adequado se analisar a família como um ente estático. A efetivação dos direitos constitucionais na órbita familiar exige do operador jurídico a capacidade de respeitar a pluralidade de modelos de organização familiar.

Para que se dê a efetivação da prestação jurisdicional no âmbito do Direito de Família é imperioso que: seja garantido a todos acesso ao conhecimento jurídico; oportunidade de uso de serviços psicosociais que permitam ao jurisdicionado compreender a perspectiva sistêmica das relações familiares; objetividade dos operadores do Direito envolvidos na demanda para tratar cada caso como se fosse único, logo, merecedor de toda a atenção possível; e respeito a fragilidade emocional das partes envolvidas na demanda.

Tratar de uma das mais antigas instituições da humanidade é um problema, na medida que o sistema está pronto “para dizer o Direito”, não para apreender cotidianamente explicações sobre o modo como as famílias querem se organizar em determinado lugar e momento histórico e, maieuticamente, se dispor a discutir a ética nas relações sociais entre as partes.

Por fim, considero que a efetividade jurisdicional no Direito de Família é histórica, mas em qualquer tempo se faz necessário que os operadores jurídicos respeitem a condição de fragilidade das partes envolvidas em ações dessa natureza.

Creio que sempre seremos instados sobre a efetividade do Direito – aqui particularizado enquanto Direito de Família –, pois sempre estaremos diante da necessidade de equalizarmos o parâmetro objetivo do cumprimento do devido processo legal com a concretização da perspectiva subjetiva da Justiça. Assim sendo, somente a convicção de que fundamos nossas ações – como Advogados, membros do Ministério Público, ou Magistrados – nos pressupostos éticos do nosso tempo e na vontade de sermos justos nos socorrerá.

O ESTATUTO DO CONSUMIDOR EM MUDANÇA PERMANENTE OU “AS ARTES DO SAPATEIRO REMENDÃO”

Mário Frota*

Com o alarido tradicional, lá se celebrou mais um **DIA MUNDIAL DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR**.

E os arremedos de ocasião de novo vieram a lume.

De há muito que o projecto de lei dos serviços essenciais se apresentara no Parlamento.

E tornaram à ribalta, como convinha, aspectos mais que requeitados dos outrora denominados “*serviços públicos essenciais*”, resultantes de uma reverberável cultura de empresa (dos monopólios e oligopólios que preponderam em tais domínios), que se traduz em obliterar normas de protecção que se deferem em homenagem ao estatuto do consumidor e se compaginam com princípios de direito natural plasmados no quadro dos direitos económicos, sociais e culturais do Texto Fundamental.

Os tão decantados “*alugueres*” dos instrumentos de medida, os *mínimos* que – formalmente proibidos em 1996 – se passeiam sob distintos apodos, a saber, *quota de serviço*, *taxa de tarifa* ou *quota de disponibilidade*, *taxa de potência*, *termo fixo natural*, *tarifa aberta*... e o mais que a ensandecida imaginação dos gestores públicos e privados se pode permitir, voltam a estar na moda...

Com o que se torna à estaca zero.

A insaciável usura de gestores públicos e privados condu-los, em geral, a exigir prestações, contrapartidas, que de todo são indevidas.

Hipotise-se os *ramais de ligação* que servem os consumidores dos serviços de distribuição predial de águas e de saneamento de águas residuais.

E o que se nos oferece?

Municípios e concessionários do serviço de distribuição de águas impõem (imperativamente – passe a redundância), sob pena de execução forçada, a cobrança de tarifas por instalação, substituição ou renovação dos ramais domiciliários de ligação aos sistemas públicos de distribuição de água e drenagem de efluentes.

E, no entanto, até o próprio **Instituto Regulador de Águas e Resíduos**, em louvável atitude de autonomia e independência do seu presiden-

* Presidente da APDC – Associação Portuguesa de Direito do Consumo

te, Jaime Melo Baptista, diz - *preto no branco* – e cite-se: presidente da apDC – *associação portuguesa de Direito do Consumo*:

Porém, o Decreto-Regulamentar nº 23/95, de 23 de Agosto, parece ter espelhado, entretanto, uma orientação diferente. Este diploma caracteriza os ramais como parte integrante da rede pública de drenagem (artigos 282 e seguintes), competindo, pois, à entidade gestora a respectiva instalação, conservação, substituição e renovação – este continua a ser o regime vigente. Porém, o pagamento dos ramais só estava previsto para o caso de proprietário ou usufrutuário requerer para o ramal de ligação do sistema predial modificações, devidamente justificadas, às especificações estabelecidas pela entidade gestora. Tal redacção parece legitimar, em face da excepionalidade da norma, a aplicação de um argumento a contrario sensu, mediante o qual a regra geral consistiria na não repercussão tarifária, de forma individualizada, dos custos com os ramais de ligação.

E, no entanto, os consumidores são esportulados de somas avultadas sem que eventuais reacções sejam coroadas de êxito.

Os montantes ilicitamente arrecadados, a este título, atingem cifras que, no cômputo geral, não cabem, em dígitos, numa extensa linha de uma folha de tamanho normalizado regular.

O “descaramento” vai a tal ponto, em situações definidas, que – ainda que as obras hajam sido comparticipadas através de apropriados fundos europeus, a “fundo perdido” - se cobra impiedosamente às populações por inteiro, como ora sucede com as Águas da Figueira, SA -, em relação à povoação da Marinha das Ondas.

E ainda há quem despudoradamente se increspe por tanto se falar de direitos subjectivos em Portugal, quando a postura das autoridades e empresas em pleno “regime democrático” (?) tanto “enobrece” as medidas adoptadas em pleno regime autocrático emergente da Revolução do 28 de Maio de 1926...

Mas alguém vai à palma a tais tratantes pela verdadeira onda de extorções com que se aligeira a bolsa de consumidores economicamente vulneráveis?

Quem se aprestará a pôr cobro ao “*é furtar, vilanagem!*” a que se assiste entre nós?

Não é com meros paliativos de leis que se sucedem a leis, porque clamorosamente incumpridas, que se confere maior dignidade e tutela ao estatuto do consumidor...

Em uma consequente interpretação dos elementos estruturais de um Estado de Direito cumpriria ao Ministério Público, enquanto garante da legalidade com raiz no povo de onde dimana teoricamente o poder, consoante o artigo 20 da denominada Lei do Consumidor (Lei nº 24/96, de 31 de Julho):

Incumbe também ao Ministério Público] a defesa dos consumidores no âmbito da presente lei e no quadro das respectivas competências, intervindo em acções administrativas e cíveis tendentes à tutela dos interesses individuais homogéneos, bem como de interesses colectivos ou difusos dos consumidores.

Presidente da apDC – *associação portuguesa de Direito do Consumo*

No entanto, e enquanto não houver um autêntico, autónomo e genuíno CÓDIGO DE DIREITOS DO CONSUMIDOR, que se refundam as miríades de leis em matéria de serviços públicos essenciais, e se edifique de forma congruente, sistemática, harmónica uma **CARTA DO CONSUMIDOR DE SERVIÇOS ESSENCIAIS DE INTERESSES GERAIS** para que, dentro de um ano, o DIA MUNDIAL DE DIREITOS DO CONSUMIDOR não seja de novo rememorado por se trazer à colação uma lei mais para que se aspire a cumprir o que por cumprir ficou das alterações a 15 de Março pretérito tão festejadas...

É fácil, é barato... só não dá milhões!

Que o Santo Padroeiro dos Consumidores (a propósito, por que não eleger um, alcandorando-o aos altares da cidadania... para crentes e menos crentes?) a todos abençoe!

Para o ano... há mais!
Mario Frota

DESJUDICIALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTO DE INVENTÁRIO PELA LEI 11.441/07 (EM FAVOR DE HERDEIROS, CREDORES E DEMAIS BENEFICIADOS PELA VONTADE PRIVADA)*

Hércules Aghiarian**

Em primeiro lugar, registre-se o reconhecimento pela oportunidade pelo convite a este significativo evento em favor da reflexão das causas sociais e jurídicas da família, uma instituição em permanente transformação diante dos *novos* costumes e, quiçá, em muitas circunstâncias, diante da realidade econômica e cultural, como não poderia deixar de ser.

Lamenta-se, contudo, que a oportunidade obrigue a utilização de um tempo tão curto para uma abordagem de ilações tão complexas. Contudo, seguem as nossas modestas considerações sobre o tema.

A Lei 11.441/07, agora já bem assimilada pela sociedade, trouxe, em primeiro momento, uma certa insegurança, diante da facilitação com que o legislador permitiu à própria sociedade dispor de valores submetidos, há tantos séculos, a concepções simbióticas de caráter, muitas vezes, ou no mais das vezes, religioso.

Assim, dizer do término do casamento ou da solução patrimonial de um defunto, sempre soaram, na cultura nacional, impregnada por uma historicidade católica, com lugares sagrados aos quais se reservou o judiciário como instituição mais próxima, talvez, da deidade. Isto aqui é, de certa forma, brincadeira. Mas é fato, que deixar submeter-se ao judiciário valores mais transcendentais de uma cultura internalizada, traz a idéia de um lugar mais neutro, mais seguro e, por sua vez, mais legitimador para o encontro destas soluções.

Passado o momento da novidade, para não citarmos outras legislações - como a portuguesa, que já no século passado permitia aos seus nacionais, e a todos os que por questões de eficácia normativa se submetessem à sua legislação, como em questões de terras, p.e. -, dispor por forma negocial, por escritura pública, a solução patrimonial em casos de sucessão.

A bem da verdade, houve entre nós que uma repentina contramão no tratamento político que o legislador atribuía às questões de família. Isto porque, com o advento da Constituição da República, em seu texto atual, interventivo nas questões até então de característica e formação

* Palestra proferida no II Congresso Nordestino de Direito de Família, em Aracaju/SE. Em 4 de agosto de 2007. ESMP/SE - IBDFAM/SE.

** Mestre em Direito Civil e Processual Civil; Professor de Direito, Tabelião em Salgado.

infraconstitucional privadas, exigiu o surgimento de novas leis regulamentadoras. Estas, por sua vez, consagraram uma tendência – que se diria – de reflexo kelseniano. Isto porque, por via atrativa, constitucionalizou, e por consequência, publicizou questões de tradição privada. Todas elas, sempre, unidas a valores de um nível quase transcendente, como o casamento, a filiação e a sucessão hereditária, para não se adentrar a questões outras fora do painel a cujo tema se propõe, o presente.

Mais ainda, entre nós, quando por influência da obra de Perlingieri¹ se deu nova atenção à projeção do direito subjetivo em nível de pretensão, mais ampla que o interesse privado, voltado simplesmente para seus próprios sentidos e reflexos. Por via de consequência, para não se dispersar o presente, atentar para a necessidade da valoração constitucional das categorias jurídicas privadas.

Mas enfim, o Estado, este paquiderme que a todos pune com a sua forma de atuação meio, quando deveria ser meramente reguladora de um certo e determinado fim – o bem e a igualdade social –, entendeu de ver chegada a hora de se retirar, o mais possível, de certas questões jurídicas. Parece que chegou o momento da conscientização da privatização das vias, não apenas públicas de rodagem, mas da própria rodagem do complexo social: o ser social e seus interesses.

Por esta razão, deve-se indagar, de primeiro momento, se não se houve com imprudência o legislador, da noite para o dia, na virada do ano, deixar órfãos e desprotegidos valores tão interpenetrados, como já dito, pelo moral, pelo social de uma cultura centenária: a solenização máxima e pretorial do Estado.

Em primeira mão há de se distinguir no estudo do Direito e no enfrentamento de suas questões, o que seja *público* ou, neste caso que se vê aqui, de *interesse público*, e o que se veja de interesse privado.

Em segunda mão, há por sua vez de se distinguir, no estudo do Direito e no enfrentamento de suas questões, o que seja *patrimonial* e o que seja *extra patrimonial*. Mais ainda, o que esteja vinculado intrinsecamente à noção de personalidade e seus direitos. Como tais, indisponíveis, inalienáveis e todos os *is* consagrados pela doutrina, a tornar plenamente interventiva a legitimidade do Estado em inviabilizar a manifestação de vontade mesmo por alguém capaz se julgarmos estar violado o comportamento médio de valores pessoais, consagrados na régua axiomática do artigo quinto, do texto constitucional, voltado para a proteção indisponível dos direitos da personalidade.

¹ Pietro Perlingieri, *Perfis do direito civil*, Rio de Janeiro, Renovar, 1997. Em próximo sentido, ver FACHIN, Luiz Edson. *Da função pública ao espaço privado: aspectos da "privatização" da a família no projeto do "Estado mínimo"*. In: *Direito e Neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*. Curitiba: EDIBEL, 1996.

Como sabido, sintetizados, por assim dizer, no enunciado normativo do artigo 11 da lei civil ordinária, que assim se expressa: “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”.

Por certo que esta limitação de vontade dispositiva genérica, se dá intrinsecamente e extrinsecamente. Nem se concebe, em alguns casos, que se disponha de valores – como na renúncia –, nem que se prive a violação de meios de sua reparação, e ainda preventivamente, criados mecanismos para que se evite chegar a esta ameaça de violação.

Então, soa simples entender que a nova Lei 11.441/07, se deixou a todos de cabelos em pé, entendeu-se por bastante coerente e afinada com a introdução política e social legisladora acima: preservou, como indisponíveis livremente os interesses extra patrimoniais, “rectius”, os de proximidade ou de natureza vinculados ao núcleo da expressão *direitos da personalidade*². Ao mesmo tempo, por via de consequência, impediu a disposição de vontade daqueles, ou em favor daqueles, que não têm ou não podem ter certas e determinadas expressões de vontade, como os incapazes, genericamente vistos.

Por outro lado, ainda, internalizado o sentimento faraônico na expressão testamentária que se preserva no mundo, forma de não violar o sagrado desejo dos mortos em perpetuarem sua presença e vontade na esfera patrimonial, restou defesa a legitimidade na disposição da vontade livre dos herdeiros: ainda que maiores e capazes, por meio negocial sem intervenção do Estado Juiz quando existente testamento³.

Por esta razão, dispõe a nova lei, integrada à nova redação do texto normativo do artigo 982 do CPC, que não se permitirá dispor sem o procedimento jurisdicional quando houver testamento, houver interessado incapaz, ou quando não houver acordo. Sim, porque, o instrumento extrajudicial da escritura, nada mais é que a formalização de um documento de natureza dispositiva patrimonial privada, a que se consagrou chamar de negócio jurídico.⁴

E aí está uma das mais simples expressões primárias principiológicas do Direito: *tudo o que for de natureza patrimonial e privada será de livre dispo-*

² Aqui não se enfrentam questões de separação ou divórcio, onde a afirmativa seria temerária na disposição de vontade que têm, livremente, o casal de alterar sua realidade social e familiar, inclusive quanto ao nome.

³ É neste sentido que se vê uma certa cristalização milenar em se preparar a vida após a morte perpetuada em testamentos e deixas testamentárias muitas vezes a inviabilizar a fruição patrimonial pelos herdeiros.

⁴ Em observação muito pessoal, a título de reflexão, questiona-se se não estaria viabilizado o inventário pela nova lei, após aprovado o testamento pelo juiz orfanológico. Na hipótese, a título de provocação jurídica, uma vez aprovado e registrado, em juízo, o testamento, sua regularidade, forma e eficácia, ademais de oportunizado aos herdeiros e interessados sua impugnação pela via judicial, se o caso, parece que resta certa a idoneidade técnica do notário em adequar a partilha escritural aos termos do testamento aprovado. Se de *ordem prática ou não*, a providência, não se está aqui a enfrentar mas apenas quanto a possibilidade ou não de uma interpretação mais favorecedora da referida Lei, diante de sua teleologia permissiva, intitulada, hoje, de desjudicialização.

sição. Nos limites do interesse público e social, salvaguardados os direitos dos incapazes e, se crescente, ausentes.

INVENTÁRIOS E PARTILHAS

Como mencionado por Arnaldo Rizzardo, Pontes de Miranda ressaltava que inventário pressupõe “a numeração e descrição dos bens móveis e de raiz, títulos, papéis, e dívidas ativas e passivas do defunto”.⁵

Desta forma, embora pela *saisine* os bens passem ao domínio e posse jurídica dos herdeiros com a simples morte do autor da herança, fica certo que a especialização dos bens dependerá do procedimento de inventário e sua disponibilidade da partilha e do registro final junto ao Registro de Imóveis, quando for o caso, ressalvada a prévia tributação incidente.

Da mesma forma, dependerá do inventário a certeza dos herdeiros, quicá da existência de credores, ou mesmo da inexistência de bens – no caso do inventário negativo⁶. Neste caso, de certo, ficarão os herdeiros publicamente protegidos em seus bens como indiferentes ao do patrimônio do defunto; e, assim, não atingidos por suas obrigações nem por elas obrigados a responder.

A partilha, por seu turno, é parte do processo de inventário, como corolário de certeza e divisão dos bens. Aí se encontra, em síntese, o que se pode reconhecer como verdadeiro *negócio jurídico*.

A capacidade e a livre disposição da vontade – muitas vezes os bens não se prestam à efetiva disposição, quer pelos mais variados gravames – podem autorizar, livremente, a disposição de vontade no que toca a forma de divisão do acervo. Neste sentido, podem os herdeiros impor regras de constituição de encargos, prazos de condomínio civil subsistente, inalienabilidade, enfim, toda sorte de limitações que bem entenderem, haja vista a natureza jurídica de verdadeiro negócio jurídico.

DA LEGITIMIDADE DO TABELIÃO

Uma das instituições mais idôneas do Estado chama-se, vulgar e impropriamente, *cartório*. Dê-se a essa estrutura pública este *status* – de instituição – pela concepção do termo justificada pela historicidade de sua existência, eficácia e efetividade sociais.

Ademais por sua forma de consagração política, segundo dispõe o

⁵ RIZZARDO, Arnaldo. Direito das Sucessões. Forense, RJ. 2ª. Ed. 2002. pág. 586

⁶ A doutrina vê, de forma simplória, a utilidade e eficácia do inventário negativo, com fins de permitir aos eventuais nubentes, quando um deles, ou ambos, foram casados em núpcias anteriores, provarem sua aptidão para o novo casamento afastado o regime obrigatório da separação de bens, a que se refere o CCB em proteção da prole existente. Mas com razão, o inventário negativo se impõe, da mesma forma, para deixar certa a terminação fiscal da vida do defunto.

Código Civil no texto do artigo 215, “A escritura pública, lavrada em notas de tabelião, é documento dotado de fé pública, fazendo prova plena”. E isto fez a lei civil em consonância com a lei de verdadeira substância orgânica, a Lei 8.935/94, que estabelece no enunciado do seu artigo 3º: “Notário, ou tabelião, e oficial de registro, ou registrador, são profissionais do direito, dotados de fé pública”, por sua vez com força regulamentar do artigo 236 da Constituição da República.

Não há dúvidas de que em alguns casos as partes interessadas podem de forma livre dispor de sua vontade com a assistência de seus advogados.

Mas a questão não é apenas a legitimidade da vontade, mas a eficácia da instrumentalização da vontade.

Neste mister, fora da seara jurisdicional, o delegatário de notas, considerado por Carnelutti *um escultor da vontade*, está aparelhado pela ordem jurídica, e em especial pela lei civil, a se qualificar como imparcial e habilitado a dar ao simples papel do ajuste, conteúdo documental.

Uma feição de imparcialidade, de técnica, de idoneidade solene e, por questão de efetividade, de registrabilidade. Como sabido, circunstância formal, o registro não é mero lugar de arquivo e certidão, mas é onde se atingem, pela publicidade, a terceiros que não podem negar conhecer a mudança do status jurídico do domínio pleno e disponível ou da condição da pessoa.

Se o Estado abriu mão da intervenção do seu braço orgânico, o Judiciário, como necessário para legitimar a destinação patrimonial sucessória em casos de morte, o fez com reservas, mantendo sob controle de uma, como dito, verdadeira instituição política que integra o seu corpo - os tabelionatos e registros -, o papel deste controle neutro e fiscalizador.

Como sabido, os notários, ou tabeliães, e, por outro lado, os registradores, estão submetidos a uma atividade pública de interesse público. A discricionariedade é reserva mínima, de pouca ou quase nenhuma atuação em suas atividades. Ademais de estarem postos a permanente fiscalização do Poder Judiciário, através de suas corregedorias ou de seus juizes de foro que fazem as vezes de corregedores pontuais.

No mais, se dá a eles a responsabilidade próxima privativa, e não exclusiva, que por atuação ordinária desenvolve o Ministério Público como “custus legis”: zelam pelo interesse público e social, zelam pela submissão às obrigações fiscais e, por sua vez, garantem a perpetuidade e a oponibilidade da vontade das partes, em favor até mesmo de terceiros credores, que podem, pelo tempo de materialização dos registros, garantirem seus privilégios patrimoniais. Ou ainda, em favor de terceiros interessados, onde se consubstancia pela elaboração da escritura ou do registro, o *momento* e *quem* se fez responsável pela eventual lesão de direitos. A exemplo, um menor, um

incapaz ou qualquer ausente em sentido comum do termo.

Por fim, para não se deixar de mencionar, os delegatários, além de formação técnica especializada, como tinham os antigos tabulares milenares da Roma e Grécia, e ainda hoje entre judeus observantes da Lei Mosaica, prestam um serviço de técnica, para a qual estão, ou devem estar, aparelhados *na forma de escrever* o que determina ou permite a lei. Do contrário, ou porque lhes faltem técnica, ou porque lhes faltem zelo ou, mesmo, idoneidade, responderão com seu patrimônio, pessoal, pelos atos ilícitos que praticarem ou que se descurem por si ou por seus prepostos, de praticar, como dispõe o artigo 22 da Lei 8.935/94: “Os notários e oficiais de registro responderão pelos danos que eles e seus prepostos causem a terceiros, na prática de atos próprios da serventia, assegurado aos primeiros direito de regresso no caso de dolo ou culpa dos prepostos”. Isto para não se mencionar a Lei 6.015/77, ou mesmo, genericamente, a lei civil ordinária, em caráter de previsão de responsabilidade civil genérica. Ademais, na hipótese de ineficaz a pretensão indenizatória em face do tabelião, ou do registrador, restará responsável o Estado, em caráter subsidiário.

E como prestígio à intimidade ou confiança dos interessados, consagra a Lei 8.935/94, no enunciado do artigo 8º, que “É livre a escolha do tabelião de notas, qualquer que seja o domicílio das partes ou o lugar de situação dos bens objeto do ato ou negócio”.

Para os menos afetos às peculiaridades do Direito notarial e registral, aponte-se que o princípio da vinculação ao serviço só se dá, exclusivamente, quanto à atribuição *registral*. Ou seja, a situação do imóvel é o lugar do registro, ou o lugar onde o casal queira produzir os efeitos do pacto será o lugar do registro, v.g., mas não quanto ao delegatário que se escolha para instrumentalizar a vontade das partes. Afastou-se a determinação do artigo 96 do CPC, que limita o domicílio ou lugar de suas principais relações jurídicas do defunto como o lugar para se processar o inventário, em casos de extrajudicialidade de forma.

Estas, por fim, as vantagens de se entender do interesse da própria sociedade que o Estado tenha afrouxado a corda mas não a tenha largado.

DO DIREITO POTESTATIVO À INVENTARIANÇA E PARTILHA EXTRAJUDICIAIS

A lei não impõe um dever, antes ressalva um direito potestativo, ou seja, a ninguém se obriga realizar, mas a todos se permite cumprir o inventário e a partilha, por meio da instrumentalização notarial.

Houve, é força reconhecer, que alguns juízes, alhures, ao se darem consciência da lei autorizativa em comento, simplesmente, mandaram arquivar os processos pendentes de inventário – e outros de divórcio e separação -,

remetendo as partes às vias extrajudiciais.

Lógico que de imediato intervieram os Tribunais responsáveis, com lucidez, fazendo cumprir a lei que estabelece que mesmo sendo todos maiores e capazes os herdeiros, e não existindo testamento *poderá* fazer-se o inventário e a partilha por escritura pública. Vê-se, aqui, o caráter de faculdade, de uma nova hipótese de verdadeiro direito potestativo.

Mas algumas perguntas faltam, enquanto outras, já foram solucionadas pelo Conselho Nacional de Justiça, em encontro de Corregedores nacionais.

A necessidade da intervenção do tabelião e do registrador se justifica pela natureza jurídica do acervo patrimonial sucessório, independente da concepção classificatória dos bens em particular. Assim dispõe o Código Civil Brasileiro que são bens imóveis o direito à sucessão aberta (artigo 80), bem como, que se atribui natureza de unitariedade indivisível, até a partilha, logo, de feição pura condominial (artigo 1.791). Interessa ver no aspecto da natureza imóvel do espólio a necessidade da solenidade da forma escritural pública e do registro como lugar da transmissão, ainda que o acervo se dê em coisas móveis, afasta-se a *tradição* como lugar de aquisição e transmissão de direitos.

DA LEGITIMIDADE REPRESENTATIVA DO ESPÓLIO

O CNJ bem observou a natureza de negócio jurídico a esta forma de inventariar e partilhar. Por essa razão, afastou o critério do artigo 990 do Código de Processo Civil, ao conceber como óbvio que às partes se dê escolher quem irá representar o acervo e o interesse dos herdeiros e, eventualmente, dos credores intervenientes.

Distinguem-se os papéis. O advogado assistente dará sua contribuição na forma como se expressa o tabelião, o que querem as partes e o que elas podem querer, enquanto ao inventariante, ao representante das partes, cabe comparecer perante órgãos públicos e exigir ou providenciar certidões, solicitar guias, parcelamentos de impostos apurados, enfim, todos os poderes que se puderem dispor, preventivamente, em um documento bem elaborado pelo delegatário. Soa diversa a atribuição do advogado assistente, do inventariante representante do espólio e, talvez por esta razão – um possível e verdadeiro conflito de interesses – salvaguardou o CNJ a posição de que são incompatíveis os papéis e ilegítimos estariam aqueles que desejassem cumular tais desempenhos.

Uma facilitação veio a ser reconhecida, a possibilidade de cumulação, em um mesmo instrumento, de vários inventários. Imagine-se que faleceu o avô, posteriormente o filho e ainda, para piorar, aparece um credor.

Diante da possibilidade do inventário administrativo, ou extrajudicial, não há impedimento que se realize, em uma mesma escritura, tanto os dois inventários, cumulativamente, como ainda reconhecerem como válido o compromisso firmado em favor do terceiro, que se pague ou se transmita em seu favor o direito que lhe fora prometido. Estaremos, apenas, diante de três atos escriturais, três emolumentos distintos e três fatos geradores tributários. Privilegiado o princípio da continuidade, dar-se-á, por conclusão tantos registros quantas transmissões.

Consagrou o CNJ a possibilidade de retificação de erros materiais, de ofício, pelo tabelião, como a requerimento da parte. Mas se ressalve, contudo, pela segurança e definitividade dos atos de tabelionato, que uma escritura somente se corrige, ou se retifica, uma vez encerrada, por outra escritura, a que chamamos de escritura de re-retificação. Mas vale lembrar aqui, à luz mesmo do que prevê o artigo 1.028 do CPC, que a qualquer tempo as partes podem modificar a partilha. Bem, ressalte-se, contudo, que há um limite instrumental para essa retificação: enquanto não houver registro. Sim porque, após este, há que se reconhecer que um novo negócio jurídico se dará, com todas as consequências de novo negócio jurídico, em especial, para o interesse da fazenda. Não se descure que se trata aqui, sempre, de vontades consensuais.

PESSOAS LEGITIMADAS À PROMOÇÃO DO INVENTÁRIO EXTRAJUDICIAL

Da mesma forma prevista no CPC, qualquer interessado poderá promover o inventário, desde que seja sua qualidade incontroversa, visto pelo seu interesse. Se algum herdeiro, aparente ou presumido (como chamado no direito sucessório), ou companheira ou companheiro, pretender instaurar o inventário, desde que só, na forma de adjudicação do acervo hereditário, deverá obter decisão judicial que o reconheça, como tal, herdeiro.

O processo judicial não só definirá a certeza de sua qualidade como servirá de veículo ficto de publicidade da pretensão do interessado. Quanto ao cessionário, se for incontroversa sua qualidade e, neste caso, caberá ao tabelião o cuidado máximo de analisar, com rigor, a eficácia e certeza do título apresentado, seja judicial ou extrajudicial, limitando o pagamento ao previsto no título de cessão.

Poder-se-á, igualmente, conceber que em uma única escritura de inventário, se pague ao cessionário de um dos herdeiros ou se adjudique àquele pela cessão que fizeram todos os herdeiros, observado o que dispõe o artigo 1.794 do CCB.

Será ainda eficaz o inventário como título executivo para habilitação

e pagamento de verbas previdenciárias ou de fundo de garantia, a que se refere a Lei nº 6.858/80, no limite de valor ali previsto.

Se o tempo da sucessão define a condição do herdeiro, o tempo do inventário se subsume à sua condição momentânea, dada a sua natureza histórica processual. Logo, pouco importa se o menor, há anos se tornou herdeiro; agora capaz, poderá processar o inventário administrativo. Isto já se praticava na forma judicial.

Havendo-se esquecido, no inventário judicial findo, de incluir certo ou certos bens, poderão os herdeiros ou herdeiro único lançar mão do procedimento administrativo para sobrepartilha.

Da mesma forma se concebe a realização de inventário negativo, quer para encerrar a personalidade fiscal do defunto, quer para deixar certo, aos seus credores, que os herdeiros possuem bens que ficarão imunes às obrigações do defuntado.

Como estabelecido na LICC os bens que se encontrarem no exterior se submetem às regras do país alienígena onde se encontrarem. Desta forma seria ineficaz processar inventário administrativo no Brasil, o que veda o CNJ.

A normatização fiscal em alguns Estados e a necessidade de prévio recolhimento tributário e punitivo em caso de atraso na abertura de inventário e pagamento de tributos

Conforme o artigo 15 da Lei, “O recolhimento dos tributos incidentes deve anteceder a lavratura da escritura”. Por tal razão diversos Estados baixaram procedimentos próprios, preparatórios, a exigir dos interessados, como condição prévia, processar perante a Fazenda Estadual, a apuração do imposto *causa mortis*.

Registre-se, aliás, que o E. Tribunal de Justiça do Estado do Acre, foi o primeiro a de forma ampla normatizar administrativamente este procedimento. Chegou mesmo a publicar, em seu site, modelos de escritura permitidos pela Lei em comento.

INVENTÁRIO E PARTILHA POR EMANCIPADO

Ainda uma questão, de certa forma, polêmica.

A nova Lei, ao determinar a alteração da redação do artigo 982 do CPC, estabelece que “se todos forem *capazes* e concordes, poderá fazer-se o inventário e a partilha por escritura pública, a qual constituirá título hábil para o registro imobiliário” (grifamos). Desta forma, há de se reconhecer ao emancipa-

do, igualmente, legitimação para manifestar sua vontade livre no procedimento extrajudicial.

Ainda que opiniões outras, e até mais autorizadas, ou mesmo de força, como a simples resistência do Oficial do Registro Imobiliário, se recuse ao registro de um ato em que tenha figurado um emancipado, é de se reconhecer, por coerência de critérios jurídicos que a lei, neste particular, não é taxativa (“*numerus clausus*”), mas enunciativa (“*numerus apertus*”).

Repise-se: que a natureza do inventário é um procedimento de apuração de bens, direitos e obrigações; quanto à natureza da partilha, com razão se trata de um simples e comum negócio jurídico.

Sem discussões. Senão que o inventário é condição para a partilha. Até porque, seria impossível partilhar um universo de bens indefinidos, de constituição desconhecida.

Então, retornando-se, em socorro e fundamentação, às lições de Rizzardo, ali se estabelece que uma vez emancipada certa pessoa, assume, para logo a condição de plenamente capaz. Desta forma, “não mais se exige a assistência dos responsáveis nos contratos mesmo os que envolvam alienações de imóveis”.

Não para por aí o estudioso, consagrando os valores que outros civilistas, mais antigos e igualmente consolidados em princípios e critérios de coerência doutrinária fizeram: “Se vinculado o patrimônio de que é titular o emancipado a cláusulas de inalienabilidade e incomunicabilidade, fica de imediato liberado, podendo exercer-se o poder e disposição”.⁷

Veja-se que a doutrina consolidada não vê, e não poderia ver, a emancipação como um dado de caráter parcial. Afinal, se verificado que se trata de uma aquisição da personalidade, em novo e definitivo atributo, como tal, há de se confundir com os demais. Neste caso, ao se tornar um atributo da personalidade não há como torná-lo menor ou maior, condicionado ou limitado.

Enfim, estabeleceu como em sentido comum, a autoridade mencionada, que uma vez tornado capaz, está plenamente capaz para os atos de disposição de vontade, inclusive o de alienação de bens imóveis. No que, em pano de fundo, se resume por gênero a partilha.

Querer se ver diferente a emancipação, para negar ao emancipado o direito de figurar e dispor em inventário e partilha nos termos da nova lei, é verdadeira afronta à dignidade da pessoa humana consagrada na Carta Máxima. Estaria a lei, na interpretação dos que lhe afastam legitimidade, a admitir uma “*capitis diminutio*” à teoria legal da personalidade e dos direitos da plena capacidade.

Infelizmente, pelo tempo concedido para a exposição deste tema, urge por um fim, ainda que um corte, mas necessário enquanto se ouça, com generosidade, a uma exposição de mera proposição de alguns aspectos da lei.

⁷ Idem, página 226. Parte Geral Forense, RJ, 3ª Edição, 2005

PEÇA PROCESSUAL
2ª INSTÂNCIA

AGRAVO DE INSTRUMENTO IMUNIDADE PARLAMENTAR

***AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMUNIDADE PARLAMENTAR.
VEREADOR. AUSÊNCIA DO NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE
A OFENSA E O EXERCÍCIO DO MANDATO. PELO CONHECI-
MENTO E DESPROVIMENTO DO RECURSO.***

PARECER

Trata-se de Agravo de Instrumento com efeito suspensivo interposto por (xxxxxxx), irressignado com a decisão interlocutória que não acolheu a preliminar de carência da ação, por impossibilidade jurídica do pedido, fundamentado no artigo 267, IV do CPC.

Em suas razões, aduz que em virtude de ser Vereador pelo município de Aracaju possui imunidade material, sendo que, os fatos que foram narrados na peça vestibular, os quais originaram a Ação de Indenização por Danos Morais, são desdobramentos naturais do exercício da função pública, protegidos pela inviolabilidade prevista no artigo 29, VIII da Carta Política.

O Eminentíssimo Relator, às fls. 22, denegou o efeito suspensivo ao agravo, sob a alegação da ausência do *periculum in mora*.

De acordo com a certidão exarada às fls. 25, o recorrido deixou transcorrer *in albis* o prazo para o oferecimento das contra-razões.

Sucinto, o relatório.

O Ministério Público, instado a se manifestar, entende que a decisão *sub examine* é irreprochável. Vejamos.

Inicialmente, compulsando o sítio do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, na seção consultas, vislumbramos que a Juíza de 1º Grau, no dia 16 de fevereiro de 2006, conheceu e deu provimento aos Embargos Declaratórios apostos pelo Senhor (xxxxxxx). Porém, no relatório do referido recurso, obser-

vamos uma pequena transcrição da inicial da Ação de Indenização por Danos Morais, a qual citamos: *“no último dia 23 de julho de 2004, o autor quedou-se em estado de torpor e espanto, quando foi acordado às primeiras horas da manhã com uma entrevista bombástica, ao vivo, prestada pelo réu, em uma emissora de rádio local [...] quando passou a assacar contra a honra e a moral do autor”*.

Dito isto, passamos a ter conhecimento do fato ensejador da demanda, que foram as ofensas proferidas pelo recorrente em uma emissora de rádio em face do agravado. Contudo, nas razões do Agravo de Instrumento, mais precisamente no item 4, o agravante tenta induzir os eminentes Desembargadores a erro, afinal junta Jurisprudência do STF diversa do presente caso, ou seja, reproduz as palavras do Ministro Pertence relativas ao julgamento do Recurso Extraordinário 140.867-7 no qual aduz sobre a imunidade absoluta do vereador que na Tribuna da Câmara ofendeu terceiro, entretanto, no caso em testilha o recorrente utilizou-se de um programa de Rádio para desabonar a honra do Senhor (yyyyyyy).

A inviolabilidade do vereador está prevista na Carta Magna, nos seguintes termos do artigo 29, VIII:

VIII - inviolabilidade dos Vereadores por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato e na circunscrição do Município;

É oportuno, neste momento, aprazarmos os ensinamentos do mestre Carlos Augusto Alcântara Machado:

“A imunidade material, tratada pelo texto constitucional vigente como inviolabilidade, afasta a responsabilidade cível e penal do parlamentar, enquanto se encontrar no exercício do mandato.” (Direito Constitucional, Editora RT, 2005, p. 198).

O fator preponderante para se determinar se o Edil estará coberto pelo manto da imunidade parlamentar é o nexo de causalidade existente entre a sua manifestação de vontade e o exercício do mandato, desde que dentro da circunscrição do Município.

Neste caso, o então vereador pelo município de Aracaju proferiu suas palavras e opiniões dentro dos limites territoriais da nossa Capital, entrementes numa emissora de radiodifusão que alcança quase que a totalidade do território sergipano. Assim sendo, será que o agravante não exorbitou suas funções de representante do povo de Aracaju? Afinal, suas ilações tomaram um âmbito estadual.

Nesse sentido, citamos os ensinamentos do Professor Julio Fabbrini Mirabete: *“Sendo, porém, restrita ao âmbito de seus municípios, a inviolabilidade dos vereadores não abrange as declarações prestadas em emissora de radiofusão, cujo alcance é indeterminado”*. (Processo Penal, 8ª Edição, Editora Atlas, 1998).

Perlustrando-se os autos, vemos às fls 10, que o agravante em sede de contestação suscitou que as declarações prestadas contra o requerente/agravado não tiveram caráter pessoal, mas à Instituição à qual é vinculado. Estamos falando de qual estabelecimento? Do Banco do Estado de Sergipe – BANESE, o qual tem como Presidente o recorrido e em virtude desse cargo é que teve sua honra abalada.

Cumpre-nos, neste instante, fazer uma indagação: o que tem o BANESE ver com a municipalidade da capital? Como sabemos, o Banco do Estado de Sergipe é um órgão do Governo Estadual.

Isto posto, será que quando o Edil, utilizando-se de um programa de rádio, manifestando sua opinião, estava no exercício do *múnus* parlamentar, defendendo ou fiscalizando os interesses do município de Aracaju? Ou seja, existe o nexo causal entre o exercício do mandato e a manifestação de vontade? Pelo exposto, fica evidenciado que não, afinal a imunidade parlamentar não serve de salvo-conduto para que o vereador fale e aja do jeito que lhe melhor aprouver. Existem limites opostos pela própria Constituição Federal para evitar os abusos, delimitando a jurisprudência e a doutrina os contornos possíveis para que seja preservada a independência do Poder Legislativo, ensejando aos seus representantes ampla liberdade de opinião para exercer livremente e sem receio a função conferida pelo povo.

Outro ponto levantado pelo agravante é de que, além da imunidade material, o vereador possui imunidade formal, devendo a Câmara Municipal a qual pertence o Edil ser ouvida antes de se prosseguir o feito.

No entanto, tais argumentos quanto à possibilidade de imunidade formal por parte de vereadores inexistem, sendo que não há previsão na Constituição Cidadã da referida imunidade para os Edis.

No mesmo sentido vejamos a Jurisprudência do STF:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUÇÃO DO ESTADO DE SERGIPE, ARTIGO 13, INCISO XVII, QUE ASSEGURA AOS VEREADORES A PRERROGATIVA DE NÃO SEREM PRESOS, SALVO EM FLAGRANTE DE CRIME INAFIANÇÁVEL, NEM PROCESSADOS CRIMINALMENTE SEM A DEVIDA AUTORIZAÇÃO DA RESPECTIVA CÂMARA LEGISLATIVA, COM SUSPENSÃO DA PRESCRIÇÃO ENQUANTO DURAR O MANDATO. COMPETÊNCIA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. 1. O Estado-membro não tem competência para estabelecer regras de imunidade formal e material aplicáveis a Vereadores. A Constituição Federal reserva à União legislar sobre Direito Penal e Processual Penal. 2. As garantias que integram o universo dos membros do Congresso Nacional (CF, artigo 53, §§ 1º, 2º, 5º e 7º), não se comunicam aos componentes do Poder Legislativo dos Municípios. Precedentes. Ação direta de inconstitucionalidade procedente para declarar inconstitucional a expressão contida na segunda parte do inciso XVII do artigo 13 da Constituição do Estado de Sergipe. (ADI 371, Min. Maurício Corrêa, J. 05/09/2002. DJ 23/04/2004).

Ex positis, somos pela conhecimento e desprovemento do recurso, devendo a decisão guerreada ser mantida em todos os seus termos, ante a inexistência da imunidade parlamentar do agravante neste caso.

É como opinamos.

Aracaju, 6 de abril de 2006.

José Luiz Melo
PROCURADOR DE JUSTIÇA

PEÇA PROCESSUAL
1ª INSTÂNCIA

AÇÃO CIVIL PÚBLICA PORATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

“Não há maior crime contra os interesses públicos do que ser indulgente com aqueles que os violam”. (Cardeal De Richelieu).

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE, no exercício de uma de suas funções institucionais, legitimado pelo artigo 129, inciso III, da Constituição Federal; artigos 1º, *caput*; 25, inciso IV, alíneas ‘a’ e ‘b’, da Lei nº 8.625/93; artigos 1º, inciso IV; 2º e 5º; todos da Lei nº 7.347/85, artigos 1º, 2º e 17, da Lei nº 8.429/92, e demais preceitos legais aplicáveis à espécie, com amparo no substrato probatório consubstanciado nas peças informativas inclusas, vem ante esse Juízo, propor a presente **AÇÃO CIVIL PÚBLICA PORATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**, em face de xxxxxxxxxxxx, brasileiro, Secretário de Transporte de Moita Bonita/SE. residente e domiciliado na Rua y, s/n, Moita Bonita/SE, pelos motivos fáticos e jurídicos a seguir adunados:

SINOPSE FÁTICA

Instado por representação formal de populares desta cidade, informando acerca de possíveis irregularidades perpetradas pelo Demandado, na qualidade de agente político e relacionadas à indevida utilização de bens públicos, objetivando a satisfação de interesses exclusivamente particulares, como comprova o **Requerimento** em anexo (**DOC. 01**), este Órgão do Ministério Público, no exercício de seus misteres institucionais, promoveu as necessárias medidas administrativas no sentido de apurar as comentadas ilicitudes, sublinhando-se que tais informes também foram veiculados por meio de imprensa escrita de circulação regional, como evidencia cópia do noticiário encartada a esta petição (**DOC. 02**).

Com o desenvolvimento da persecução administrativa, restou demonstrado que na data de 27 de fevereiro de 2006, na localidade denominada Praia do Saco, município de Estância/SE, mais precisamente nas proximidades do imóvel de veraneio de domínio da pessoa nominada por (MMMM) , parente da atual Chefe do Poder Executivo Municipal, o Requerido se encontrava conduzindo o veículo da marca Fiat e modelo Uno Mille, com placa (ZZZZZ), cor cinza, de propriedade do Município de Moita Bonita/SE, além de se utilizar do

referido bem público para se deslocar desta cidade para o ambiente litorâneo suscitado, visando unicamente proporcionar lazer a si próprio.

Impende considerar que, segundo manifestam as pessoas auscultadas administrativamente, cujos **termos** seguem inclusos (**DOCS. 03 e 04**), o Demandado, naquele dia, passara a tarde na aduzida praia, com vestimentas apropriadas ao lazer, conversando com amigos, pescando, enfim, realizando atos de entretenimento e sempre no uso do bem público comentando. Registre-se, por oportuno, que desse cenário fático não se afastam, em demasia, as declarações do requerido, conforme se vislumbra do correlato **termo** em anexo (**DOC. 05**).

Por outro lado, merece veemente rechaça a alegação do demandado que, tentando pálida e illogicamente justificar seu comportamento antijurídico retratado, chega a aduzir que o deslocamento em questão fora motivado pela necessidade de atendimento de interesses coletivos, porquanto o mesmo precisava encaminhar alguns documentos para que a Prefeita Municipal pudesse despachá-los.

Por certo, essa elucubração não se sustenta, pois no interstício temporal entre as datas de 23 de fevereiro a 10 de março do fluente ano, a referida Chefe do Poder Executivo, após solicitar e ter atendido o seu pleito de licença, ausentou-se do município de Moita Bonita, para ser empossada em cargo público, como demonstram as inclusos **Requerimento (DOC. 06)** e **Ata da Sessão Legislativa (DOC. 07)**.

DAS ARGUMENTAÇÕES JURÍDICAS

I – DA LEGITIMIDADE DOS SUJEITOS PROCESSUAIS

Conforme dispõem os artigos 127, *caput*; e 129, inciso III, ambos da Constituição da República Federativa do Brasil, é **dever institucional do Ministério Público zelar pela manutenção da Ordem Jurídica**, bem como atuar na **proteção do patrimônio público e social**, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, podendo, para tal, fazer uso de vários instrumentos legais, a exemplo da **Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa**. Como desdobramento lógico, a Constituição do Estado de Sergipe perfilha o mesmo regramento, *ex vi* do disposto nos artigos 116 e 118, inciso III. Explicitando as referidas funções institucionais, imiscui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei nº 8.625/93), mormente em seus artigos 1º, *caput*; 25, inciso IV, alíneas *a* e *b*; o Representante do Ministério Público na defesa da **Moralidade Administrativa**, promovendo, para tal mister, medidas

judiciais visando a anular os atos inquinados de irregularidades.

Como se não bastasse essa série de preceitos legais, brotados da própria estrutura política do Estado Democrático de Direito Brasileiro, avultam razões bastantes para se apurar a **plena legitimidade do Ministério Público para a defesa dos valores básicos da República Federativa do Brasil**, a Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), em vários artigos manifesta essa excelsa função institucional, *ex vi* do prescrito nas normas dos artigos 1º, incisos III e IV e 5º; ambos do referido Diploma Legal, assim como preceitua no mesmo quadrante o artigo 17, da própria Lei nº 8.429/92.

No tocante aos sujeitos passivos, maior análise não se exige quanto à possibilidade de o agente público demandado figurar no pólo passivo dessa demanda, conforme disciplinam os artigos 1º e 2º, da Lei nº 8.429/92. No caso em apreço, o Demandado se valeu do cargo público que ostenta – *Secretário Municipal de Transportes* – para usufruir de bem público, em detrimento do erário e da coletividade. Ademais, deflui-se a sua condição de agente público pela qualificação expressa por este, na oportunidade de suas declarações administrativas, e diante do comportamento da própria Prefeita que, instada a encaminhar o requerido para prestar informações nesta Promotoria de Justiça, assim o fez, sem apresentar reparos ao ato de comunicação ministerial, como se observa, respectivamente, do **Termo de Declaração (DOC. 05)** e **Ofício (DOC. 08)**, em anexo.

II – DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Em princípio, cumpre registrar que a probidade Administrativa apresenta-se como sinônimo de honestidade, decência, retidão. O dever de probidade impõe ao agente público, e por que não dizer, ao particular também, o desempenho de suas funções mediante atitudes retas, leais, justas e honestas, demonstrando integridade de caráter e lisura de conduta. Deve o administrador buscar sempre o melhor para a Administração, fazendo as opções acertadas e realizar os melhores negócios para o Erário, sob pena de tornar inválidos os seus atos.

Como se pode observar das sobreditas peças de informação, o requerido, ostentando o cargo de Secretário de Transportes, utilizou, em benefício próprio – *viagem de lazer* –, um bem móvel de domínio do ente público municipal.

Destarte, resulta hialina a vantagem indevida obtida pelo Demandado, posto que ao se utilizar de bem público para seu deslocamento, deixou de despender numerário, poupando uma despesa que certamente realizaria com a viagem, gerando, em contrapartida, prejuízo ao erário.

Nesse sentido é o magistério do douto jurista **Francisco Bilac Moreira**.¹ *In verbis*:

“A vantagem econômica, sob a forma de prestação negativa, é aquela que nada acrescenta, diretamente, à fortuna do agente passivo da corrupção. Ela representa, porém, para o servidor público, enriquecimento ilícito indireto, porque corresponde à poupança de despesas a que se obrigou, ou pela utilização de serviços de qualquer natureza, ou pela locação de móveis ou imóveis, ou pela aceitação de transporte ou hospedagem gratuitos ou pagos por terceiros.”

Similar é o escólio do emérito doutrinador **Marcelo Figueiredo**.² *Litteris*:

“É, no entanto, ter presente que o administrador público não pode dispor dos bens ou valores públicos, deve zelar, conservar e mantê-los, sob pena de responsabilidade”.

Outrossim, também não se pode olvidar o papel de revelo que é ocupado pelos **Princípios**, os quais atuam como verdadeiros ‘*mandados de otimização*’, expressando os valores fundantes de uma sociedade, de promoção de bem-estar coletivo, de harmonia nas relações sociais, etc. Os princípios possuem eficácia jurídica direta e imediata e exercem a função de diretrizes superiores do sistema, vinculando a atuação dos operadores do Direito na aplicação das normas, no respeito aos mesmos.

O legislador constituinte brasileiro atento a esses fenômenos, em vários dispositivos legais e de forma expressa no artigo 37 da Carta Política do País, submeteu os Poderes Públicos e, em especial, a Administração Pública, em sua totalidade, não só ao princípio da legalidade, mas também ao da Impessoalidade, Moralidade, Finalidade, Publicidade, Eficiência, entre outros. A Administração Pública, por conseguinte, vem sendo, no seu agir, submetida não só a regras formais, mas a princípios materiais de Direito, que, antes de normas de direito são normas de justiça, de conteúdo axiológico. Impende também que os mesmos balizamentos legais e valorativos, a rigor, devem ser observados pelos particulares, quando do exercício de quaisquer atividades de interesse público.

Com isso, comprovados os **ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA** catalogados nos artigos 9º, inciso XII e 11, *caput*, ambos da Lei nº 8.429/

¹ *Apud* MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Proibição Administrativa*. Ed. Saraiva, São Paulo (SP), 2001, p. 184.

² FIGUEIREDO, Marcelo. *Proibição Administrativa*. 2ª ed. Ed. Malheiros, São Paulo (SP), 1997, p. 42.

92, determinando, assim, a aplicação, no que couber, das sanções aduzidas, nos termos do artigo 37, parágrafo 4º, da Constituição Federal de 1988, combinado com as disposições dos artigos 6º e 12, da Lei nº 8.429/92.

DOS PEDIDOS

1 - Sejam **RECEBIDAS** e **AUTUADAS** a presente **PETIÇÃO INICIAL** e as **PEÇAS DE INFORMAÇÃO** anexas, determinando a **CITAÇÃO** do Demandado no endereço supra, para querendo, contestar a presente ação, no prazo que lhe faculta a lei, cientificando-se-lhe que a **ausência de defesa implicará em revelia e presunção de veracidade em relação aos fatos articulados na inicial**, adotando-se o **RITO ORDINÁRIO**, prescrito no Código de Ritos Cíveis.

2 - Seja **NOTIFICADO** o **MUNICÍPIO DE MOITA BONITA** para, assim querendo, nos termos do art. 17 § 3º da Lei 8.429/92, na condição de pessoa jurídica interessada, venha a integrar a lide como litisconsorte ativo, suprindo eventuais omissões, bem como apresentando possíveis provas de que disponha.

3 - Restando demonstrado, de forma contundente, a prática de diversos atos de improbidade administrativa cometidos pelo Demandado, com esteio nos dispositivos supra elencados, principalmente no artigo 37, parágrafo 4º, da Constituição da República Federativa do Brasil e na Lei n.º 8.429/92, sejam **JULGADOS INTEGRALMENTE PROCEDENTES OS PLEITOS CONTIDOS NA PRESENTAÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**, para o fim de ser o requerido condenado nas sanções descritas pelo art. 12, da Lei n.º 8.429/92. Assim, o valor do dano a ser ressarcido deve ser aferido na instrução do feito.

4 - Postula para que se oficie ao **MUNICÍPIO DE MOITA BONITA/SE**, a fim de **comprovar o domínio em relação ao automóvel Fiat/Uno Mille, com placa (ZZZZZ)**, além de juntar aos autos decreto de nomeação do Demandado.

5 - Requer, ainda, a produção de todos os meios de provas admitidas em lei, mormente a documental, testemunhal e pericial, além do depoimento pessoal do Demandado.

Por fim, dá à causa o valor de R\$ 1.000,00 (um mil reais).

Moita Bonita (SE), 28 de abril de 2006.

ALONSO GOMES CAMPOS FILHO
Promotor de Justiça

DISCURSOS

DISCURSO DE SAUDAÇÃO AO PROCURADOR DE JUSTIÇA EDUARDO DE CABRAL MENEZES *

José Carlos Oliveira Filho

Senhoras e Senhores:

Peço-lhes uns poucos minutos de sua atenção.

Para que as senhoras e senhores não se surpreendam, nem esperem além do que gostariam de ouvir, devo dizer-lhes que este não é um discurso tradicional.

Embora devidamente credenciado pelo Colendo Colégio de Procuradores de Justiça para, em seu nome, fazer as honras da Casa, resolvi sem prévia consulta a meus pares, tecer um cântico de pura emoção a um querido colega e amigo, nosso Dr. Eduardo de Cabral Menezes.

Assim, dentro da necessária informalidade, sem me distanciar, contudo, da pompa, cerimônia e circunstância que este ato oficial exige, asseguro-lhes que cada palavra foi extraída do fundo do coração, como quem arranca do peito o sentimento mais íntimo e mais profundo, porque, em verdade, não farei a biografia do homenageado, nem me perderei em elogios à sua digna pessoa, mas direi alto e bom som, como vai ser difícil para todos os seus colegas e amigos, viver desde hoje sem ele por perto, convivendo desde então, apenas, com a tristeza da sua ausência, e com a sua saudade.

E ninguém melhor que Luiz Gonzaga e Humberto Teixeira, traduziram o que é saudade, na sua imortal composição “QUI NEM GILÓ”, quando disseram:

“Se a gente lembra só por lembrar,
Do amor que a gente um dia perdeu,
Saudade então assim é bom,
Pro Cabra se convencer que foi feliz sem
saber, pois não sofreu.

Porém se a gente vive a sonhar,
Com alguém que se deseja rever,
Saudade, então, assim é ruim,

* Proferido pelo Procurador de Justiça José Carlos de Oliveira Filho, em sessão realizada no Auditório do Ministério Público de Sergipe no dia 1º de outubro de 2007

*Eu tiro isso por mim,
E vivo triste a sofrer".
E acredite, amigo Cabral, nós já estamos com saudades de você.*

*Senhora Procuradora-Geral de Justiça,
Senhoras Procuradoras de Justiça,
Senhores Procuradores de Justiça,
Senhoras Promotoras e Promotores de Justiça,
Autoridades todas presentes,*

*Familiares e amigos do Dr. Eduardo de Cabral Menezes,
Querido colega e amigo Cabral.*

Que dia é hoje? Sinto no ar qualquer coisa de triste. Há uma certa melancolia na natureza. Amanheceu e anoitecerá sem dúvida.

Mas, por que essa inquietude? Por que esse desassossego?

É que hoje, você Cabral, de malas prontas na plataforma da estação onde todos embarcaremos um dia, vai viajar rumo à merecida aposentadoria, após tantos anos de trabalho constante, contínuo e profícuo.

Não estamos tristes, porque você nos dirá apenas um até breve, enquanto ficaremos olhando a porta de saída por onde você passará, sem olhar para trás, até para não nos vejamos todos chorando lágrimas de tristeza pela dor de sua ausência de nosso convívio.

Mas a verdade é que você, agora, está aposentado, Cabral.

Diferentemente daquele livro que você leu ultimamente, sobre a expectativa do velho funcionário público em saber se no seu último dia de trabalho, antes da aposentadoria, receberia algum tipo de homenagem dos colegas.

E passou a manhã e veio o expediente da tarde e todos se comportavam como em todos os dias. E o velho funcionário pensava: eles querem me fazer uma surpresa e por isso agem como em todos os dias.

E chegou o fim do expediente e todos apanharam seus paletós colocados nos espaldares das cadeiras e saíram do local de trabalho se cumprimentando, como se para o velho funcionário fosse haver o dia seguinte de igual labuta.

E o velho funcionário, no seu último dia de trabalho, como o fazia todos os finais de expediente, apanhou também seu surrado paletó, pôs o velho chapéu na cabeça, bateu o ponto e, como o fez sempre em seus cinquenta anos de trabalho, foi o último a sair e num ato derradeiro, apagou as luzes da sala e não mais voltou, porque também, para ele, fechavam-se as cortinas

e terminava o espetáculo...

Mas nós nunca nos despediríamos de você assim, amigo Cabral, porque o último dia de trabalho do Decano não seria esquecido, muito menos ignorado.

Para você, Cabral não mais horários e prazos processuais a cumprir. Não mais opinamentos sobre o patrimônio ou a liberdade das pessoas. Não mais será preciso ler frases meramente retóricas porque destituídas de qualquer fundamento lógico ou jurídico.

Você está, finalmente, livre dessa massacrante rotina de trabalho, Cabral.

Não quero dizer que estamos tristes. Prefiro dizer que estamos alegres, por mais paradoxal que pareça, porque o perdemos apenas, momentaneamente.

É que saindo, assim tão precocemente, você nos deixa um problema a resolver com sua ausência.

E fico pensando, então, como faremos para nos dias de terças-feiras, quando das nossas reuniões semanais de trabalho, substituir e encarnar o seu insubstituível personagem Condestável, Heiduque e Arcipreste Alberon Guilherme Nepomuceno da Luz, e nos divertirmos numa pausa de trabalho, com a leitura da última correspondência que lhe fora remetida, pelo também personagem Acácio Tupiniquim, de Gôngora e Silva, e que mais parecia saída do imaginário de Dias Gomes, na famosa novela "O Bem Amado", da qual lhes dou uma amostra da extravagante missiva, assim:

"Inebriado com a honraria de que fui alvo, desvanece-me acusar recebida a missiva em qual Vossa Excelência, descendo dos páramos em que se elevou, pela magnificência de sua esplendorosa inteligência, a par da multiforme, multifária e polifacetada cultura, se dignou de a mim dirigir-se".

Esse texto dá bem uma mostra da arguta inteligência de nosso Cabral...

Ou quem enviará a colegas desatentos uma longa missiva dizendo de sua inutilidade neste Planeta, convidando o incauto a espontaneamente comparecer ao crematório mais próximo, portando dois litros de gasolina azul e duas sacolas de supermercado, sem qualquer timbre da empresa, para recolhimento das cinzas do precoce falecido...

Agora, quando sair de casa, aposentado, você não dirá a D. Ivanete, ADEUS, ao invés de ATÉ LOGO, como era de seu hábito atualmente...

Quem fará tudo isso sem perder a magia da pura graça ou o gracejo puro do riso?

Mas, brincadeiras à parte, mesmo o irreverente Cabral tem seu lado extremamente sério quando comandou as reuniões de trabalho, quando foram tratados assuntos graves desta Instituição.

E que duvidará de seu opinamento jurídico, respeitado e respeitável, pela história de quem se notabilizou na difícil arte de dizer o Direito.

Agora, sem as amarras do trabalho, você tem todo o tempo do mundo para continuar sua vida intensa e cheia de emoções.

Neste momento, contudo, quero marcar como registro para a história do Ministério Público de Sergipe a passagem do Dr. Eduardo de Cabral Menezes por nossos quadros.

Quero dizer do seu referencial para o mundo jurídico deste Estado, como indicador positivo do nosso Ministério Público, em memoráveis assentadas também junto ao Egrégio Tribunal de Justiça de Sergipe.

E o tempo foi o melhor amigo e conselheiro do colega e amigo que hoje encerra um ciclo em nossa Instituição, para entrar, definitivamente e com o pé direito na galeria dos maiores mestres do glorioso Ministério Público de Sergipe.

Sua cadeira de Decano será agora preenchida pela Dra. Maria Eugênia da Silva Ribeiro, que ali sentará. Mas sua presença continuará marcante, Cabral.

Mas agora já está chegando a hora de ir e, como disse o poeta, viemos aqui nos despedir e lhe dizer que em qualquer lugar onde formos nos lembraremos de você.

E este seu amigo, como poderei esquecer, por exemplo:

Das tardes de sábado na Curva do Rio. Do cointreau sorvido ao final da tarde, pôr do sol e ouvindo "Ne me quitte Pás" na voz de Maysa, enquanto o sol desmaiava no horizonte?

Do charuto Havana aceso longe das narinas sensitivas de D. Ivanele. Do espoucar das bombas no aniversário dos meninos e das netinhas. E a vista que se descortina do mirante do Sítio?

Dos pavões empoleirados no frondoso Piroso que se desfolha no outono. E que ninguém menos avisado lhe pergunte qual a utilidade medicinal da folha do Piroso, porque você certamente o dirá, e alguns irão rir, mas outros podem não gostar, como não gostou o Cônsul daquele país sul-americano que lhe visitava, lembra?

De Adalberto e suas crias enchendo a monotonia da Curva do Rio com seus sonoros latidos.

Lembra do “Puerra como é bom viver?”. Das centenas de viagens, nacionais e internacionais. Do quase incidente com a temerosa senhora no teleférico em Bariloche?

Ou quando no Museu ao lado do Palácio do Catete, no Rio de Janeiro, após verificar da desnecessidade de conferir sua identidade que dava gratuidade no acesso aos maiores de 65 anos, a velhinha carioca encarnando o espírito da Terra de Noel lhe disse já com os olhinhos piscando com a antecipação da piada: pode entrar moço, desde que você consiga subir os degraus...

Ainda no Rio de Janeiro, zombando da plebe ignara, quando você me disse que lá só andava de Mercedes, mas que na verdade se tratava dos coletivos. De na terra carioca, finais de tarde, nunca perder a ida à padaria do Sr. Marickson que tem nome feio mas onde se fabricam os melhores produtos de trigo de Copacabana...

E como poderia esquecer daquela vez em que fomos a uma festa no Clube do Banco do Brasil e, em, lá chegando, enquanto eu olhava o enorme salão procurando um lugar para ficarmos, com a melhor das intenções caí na bobagem de lhe perguntar: Cabral, onde vamos nos sentar? E você já com o riso engatilhado no canto da boca me respondeu: espero que seja nas cadeiras...

Amigo Cabral:

As lembranças são muitas. As memórias também. E num futuro bem próximo serão apenas recordações encravadas nos arquivos bolorentos de nossos cérebros. Tudo quanto a gente fez ou fará na vida será colocado no baú da existência. Poderemos guardar coisas boas ou ruins, e guardaremos coisas supérfluas até, mas serão nossas coisas...

Não se deve jogar fora nada que nos compôs a vida. Um lenço atirado a esmo na gaveta terá, ainda, o perfume que não se quer esquecer. Um livro desleixado na estante, tendo uma página marcada de propósito, servirá para nos lembrar do trecho que nos tangeu num determinado momento e com o qual nos retratamos num instante de nossa vida.

Nada é efêmero no passado. São lembranças, todavia.

Acredite amigo Cabral que ficaremos tristes com sua saída antecipada pela aposentadoria precoce, como você mesmo afirmou em muitas oportunidades.

Mas ficaremos também saudosos por não tê-lo mais participe de nossos acontecimentos, embora você já esteja inserido na história desta Instituição que continuará sendo sua, tenha certeza.

Vá continuar vivendo sua densa vida, sim. Sem amarras nem grilhões.

Vida vivida e sorvida em doses homeopáticas para não se engasgar de puro prazer. Vida de quem a tem refém de sua alegria.

Vá colher a alegria de estar rodeado de D. Maria Antônia, sua mãe, dos seus meninos como carinhosamente você chama Zezinho e Duduzinho; de Dona Ivanete, sua consorte; de Cristiane e Rosemária, suas noras; de Eduzinho, Ticiane e Letícia, seu neto e netas.

Abra a janela dos seus pensamentos e pense que, diariamente, a cada manhã, o sol nasce mais forte, revitalizando a natureza e emoldurando a paisagem cotidiana.

O tempo que agora você terá de sobra, lhe dará muito mais oportunidades para você continuar conversando com o Sr. José de Faro, seu saudoso pai, sempre que tiver de tomar alguma decisão importante na sua vida, como, aliás, você fez sempre.

E nessas longas e agradáveis conversas, cada um presente em um mundo físico e metafísico, você aqui e ele do outro lado da vida, trocando experiências e confidências para quem acredita que nada morre, porque a gente apenas se transporta para onde nos leva nossa imaginação, porque é para esse lugar onírico que vão nossos espíritos desencarnados, assim também onde repousa a alma generosa do Sr. José de Faro, seu querido pai.

Amigo, Cabral,

Uma vida que não se vive intensamente passa despercebida e não se viveu no final.

Assista a todos os filmes. Leia todos os livros que puder. Ouça todas as músicas que quiser. Tome todas e mais algumas. Abra a camisa e respire fundo a brisa que vem lá do mar.

Ponha o óculos escuro, e aquele velho calção de banho como diria o poeta Vinicius e fique completamente esparramado na areia da praia ou na borda da piscina.

Dance com D. Ivanete aquele bolero, "Perfume de Gardênia", se possível cantado por Bienvenido Granda ao som da Orquestra "Sonora Matancera", e bailem os dois pelo amplo salão de festas de suas vidas, de rostos colados e olhos fechados, trocando confidências, como se dançava antigamente.

Telefone de vez em quando e nos diga como você está vivendo essa sua nova etapa de vida, e não esqueça que enquanto você curte seu novo tempo de puro ócio, nós continuaremos trabalhando, suando em bicas, para também chegar a esse seu tempo glorioso.

Faça-nos inveja com sua aposentadoria, Cabral.

Mas encerro lhe dizendo, amigo Cabral:

Obrigado pela sua presença no nosso Ministério Público de Sergipe. Obrigado pela dedicação em todo o seu tempo de serviço. Obrigado pela solidariedade nas grandes causas que combatemos todos juntos, ombro a ombro, enfileirados num único propósito. Obrigado por ser um dos referenciais de nossa Instituição. Obrigado por nos dar seu nome, sua trajetória e seu trabalho incansável de intelectual.

Obrigado, enfim pelos méritos e pelo sucesso de tantos luminares pareceres, verdadeiras aulas doutrinárias do velho mestre para gerações de promissores profissionais do Direito.

Seja muito feliz nessa sua precoce aposentadoria.

Isto tudo é o que lhe desejo e o que lhe desejamos todos os seus colegas deste Colegiado e do nosso Ministério Público, amigo Cabral, porque desde, agora, como disse no início, você não será apenas uma saudade, mas uma ausente presença em nossos dias rotineiros, e em nossas vidas.

Muito obrigado.

José Carlos Oliveira Filho
Procurador de Justiça

DISCURSO PROFERIDO PELO PROCURADOR DE JUSTIÇA EDUARDO DE CABRAL MENEZES *

Senhoras e Senhores:

No instante em que me vejo expelido dos quadros do Ministério Público, instituição a qual dediquei toda a minha vida, por força de um dispositivo constitucional anacrônico, perverso e profundamente injusto, acho de meu dever proceder algumas reflexões.

Não quero me referir ao fato, cientificamente comprovado, de que nos dias atuais a vida útil de homens e mulheres ultrapassa a casa dos setenta anos, embora não deixe de ser este um considerável argumento na abordagem do tema, sendo objeto de projeto de reforma que se encontra engavetado, perdido ou abandonado como tantos outros de interesse público, em um escaninho qualquer do Congresso Nacional.

Desejo apenas acentuar que não ingressei numa carreira como a de estivador ou calceteiro, nobres como qualquer outra, mas em que a força física é exigida durante todo o tempo em que alguém a exerce. Na nossa carreira, o que realmente vale é o vigor intelectual e, sendo assim, somente dela deveriam ser alijados aqueles que comprovadamente não tivessem mais condições de atuar.

Experiência não é coisa que se adquira da noite para o dia. O conhecimento, a cultura, o preparo, o saber, o refinamento são qualidades que se vão sedimentando com o tempo, enriquecendo pouco a pouco o cabedal do profissional não só do direito, como da medicina, da engenharia, da economia, do jornalismo, enfim, de qualquer que seja o ramo de atividade.

Tiro por mim: as peças jurídicas que produzi ao longo de minha vida profissional, ainda que não se lhes possa hoje atribuir algum valor, certamente que no início da carreira eram piores do que as que escrevi até ontem, já que estas pouco, ou quase nenhum esforço, demandaram para sua elaboração.

Mas, por estar completando setenta anos, sou considerado automaticamente inválido, física e mentalmente, para o serviço público.

E tanto faz: do porteiro, do contínuo, do oficial administrativo, ao Ministro, ao Desembargador, ao membro do Ministério Público, todos são considerados inaptos para a atividade profissional pelo simples fato do implemento da idade limite.

Eu disse todos ? Todos não, pois que há uma classe que pode trans-

* Em sessão, realizada no dia 1º de outubro de 2007, no Ministério Público de Sergipe.

cender legalmente tal limite e continuar no exercício, ainda que dêem, às vezes, nitidos sinais de decrepitude e alienação. São eles exatamente aqueles que fazem as leis ou que as executam, os quais cautelosamente se deixam ficar de fora, permanecendo inatingidos pela restrição que impõem aos demais.

Ulisses Guimarães, José Sarney, Antonio Carlos Magalhães, Jefferson Peres, Nelson Carneiro, Epitácio Cafeteira, Itamar Franco e Lourival Batista, para ficarmos apenas em uns poucos, – alguns dos quais, inclusive, falecidos – não eram exatamente mais crianças quando votaram a Constituição Federal onde a idade limite foi estabelecida, mas os que tiveram condições políticas ou financeiras de se reeleger continuam ainda hoje exercendo os seus mandatos. Estes não se consideram decrepitos, nem arcaicos, nem ultrapassados...

É dizer: esses que superaram a barreira dos setenta anos e continuam legislando para os outros, continuavam lúcidos, antenados e capazes. E como a classe a que pertencem é unida, o privilégio foi estendido a todos os cargos eletivos. Um mero servidor público, física e mentalmente sadio, não pode continuar sendo útil à Administração. Mas um Presidente da República, cujas responsabilidades são extremas, por exemplo, pode ser eleito e continuar governando com mais de setenta anos, mesmo que, como já aconteceu por mais de uma vez na história do nosso país, emita todos os sinais de que não mais se encontra no pleno domínio de suas faculdades mentais.

Como consequência de não poder um consagrado jurista continuar no seu labor após a data fatídica, temos que o Supremo Tribunal Federal, para só falar em tempos mais atuais, perdeu figuras do porte de um José Carlos Moreira Alves, Maurício Correia, Carlos Velloso e Ilmar Galvão. O Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, perdeu Artur Oscar de Oliveira Deda, Epaminondas Silva de Andrade Lima, José Nolasco de Carvalho, Manuel Candido Filho e Manuel Pascoal Nabuco d'Ávila. O Colégio de Procuradores do Ministério Público perdeu Darcilo Melo Costa, Fernando Ferreira de Matos, José Costa Cavalcante, Jorge Mesquita e Hely Nascimento.

De nenhum deles, obviamente, se poderia dizer que não reunia mais condições de permanecer no cargo.

Mas, habemus legem...

Vejamos o que me resta de hígidez mental para empreender esta que será a minha oração de despedida.

Agora que me vejo na iminência de deixar esta instituição, a qual dediquei nada menos que quarenta e sete anos de minha existência, volto os olhos no tempo e vejo a figura de um menino, um menino postado no início de uma estrada, perplexo e aflito antes de iniciar uma jornada que sabia ser a da sua

história, desconfiado da própria capacidade e mais ainda da extensão dos conhecimentos que lhe foram transmitidos nos bancos acadêmicos.

Ali fora colocado pelas mãos de destino, após prestar concurso para ingresso na carreira ministerial, onde logrou ser aprovado em primeiro lugar.

Tal concurso, diga-se de logo, coroou os esforços de uma turma da Faculdade de Direito que parecia predestinada ao Ministério Público. Nele foram aprovados e depois nomeados Promotores de Justiça Darcielo Melo Costa, José Teles Prudente, José Jorge Mesquita, Laurindo Alves Campos, Maria Ester Lima de Andrade, José Dias de Oliveira, Fernando Ferreira de Matos, Alysson Joel Porto, Pedro Iroito Dorea Leô, Maria da Conceição Cardoso Ribeiro, José Arquibaldo Mendonça de Araújo e Maria Zita Pires, além de mim.

Coube-me prover a Comarca de Laranjeiras, opção concedida pelo então Governador Luiz Garcia, a quem coube o mérito de instituir o certame para provimento de cargos até então preenchidos ao talante do governante de plantão. Estivera, é certo, exercendo a Comarca de Frei Paulo, como substituto de um cargo que não possuía titular.

Agora, como efetivo, pude lecionar no Colégio Possidônia Bragança, emprestando modesto contributo à formação da juventude local. Pouco tempo passei ali, pois que três anos depois já era promovido, pelo critério do merecimento, para a Comarca da Capital. Mas ainda como Promotor de Laranjeiras ocupei, em comissão, os cargos de Procurador da Fazenda Estadual, Diretor Geral do Departamento do Serviço Público – que hoje equivale a Secretário de Administração – Primeiro Delegado da Capital – hoje Superintendente da Polícia Civil – e, nesta qualidade, assumi várias vezes o cargo de Secretário de Segurança Pública.

Fui, também, Secretário Particular do Governador do Estado, na época o Dr. Sebastião Celso de Carvalho, de quem, para grande honra minha, tornei-me fiel amigo, e a quem não canso de reverenciar pela honradez, correção e dignidade demonstrados durante todo o seu período governamental.

Pouco tempo passei, também, no exercício da Promotoria da Capital.

É que no governo seguinte fui promovido a Sub-Procurador de Justiça, cargo depois transformado em Procurador de Justiça e que venho exercendo há mais de trinta e sete anos. Cheguei a ocupar o posto máximo da instituição, tendo exercido a Procuradoria Geral de Justiça, no início denominada do Estado, durante cerca de oito anos, ou seja, de 1971 a 1979.

Por essa época submeti-me a concurso para professor da Universidade Federal de Sergipe, na cadeira de Direito Penal, conseguindo também o primeiro lugar, hoje podendo-me jactar de ter entre meus ex-alunos advoga-

dos, Desembargadores, em Sergipe e em outros Estados, Juizes federais e estaduais, Promotores de Justiça, Defensores Públicos e Delegados, além do próprio Governador do Estado. Digo, com orgulho, que se nada mais houvesse produzido na vida, esta seria uma obra de que me orgulhar.

Fui ainda Secretário de Assuntos Jurídicos da Prefeitura Municipal de Aracaju. Publiquei dois livros de pareceres que, para gáudio meu, encontraram boa receptividade no seio de colegas e amigos. Fiz palestras. Ministrei cursos.

Julgo ter algum direito a descansar.

A um espírito menos avisado, porém, poderia parecer que cheguei ao fim de minha carreira.

Não chego ao fim, asseguro, chego ao ápice.

Agora posso contemplar com tranquilidade tudo quanto pude fazer ao longo de minha vida.

Calmamente. Passivamente. Saboreando o passar das horas.

Lembro de um livro de STEFAN ZWEIG em que o célebre autor, tristemente desaparecido, enfoca o ponto culminante na vida de conhecidos vultos da história universal tais como Cícero, Lenin, Wilson e outros, obra a qual denominou mui adequadamente de O Momento Supremo.

Ali se procede ao relato, por exemplo, da épica campanha empreendida por Vasco Nunez de Balboa para alcançar a descoberta de um oceano até então inominado, jamais avistado por qualquer europeu anteriormente, aquele que um dia seria denominado de Pacífico.

Ocorreu que após retornar à Espanha, vindo da descoberta das Índias Ocidentais, Colombo, em sua marcha triunfal pelas ruas apinhadas de Sevilha e Barcelona, trazia consigo grande número de coisas preciosas e notáveis. Eram homens de pele vermelha, de uma raça nunca vista na Europa, e estranhas aves e bestas, tais como papagaios de plumagem variegada e tapires de porte avantajado, tudo objeto de grande estupefação. Além disso, trazia considerável variedade de vegetais, como milho, tabaco e coco, produtos também desconhecidos da multidão, que por esta eram minudentemente examinados. O que, porém, mais intrigou o rei e a rainha, bem como os seus companheiros, foram algumas caixas e cestas que continham ouro.

Fernando, o Católico, que sempre fora curto de dinheiro, ficou entusiasmado ao ouvir falar do novo Ofir, tesouro que poderia ser seu, pouco ou nada desconfiado da sublime loucura de Colombo. Prontamente se equipou com uma grande frota para a viagem. As notícias, contudo, de que tinha sido descoberto ouro, facilmente acessível em qualquer quantidade, havia enlouquecido o país e o seu povo afluíu às centenas e aos milhares para embarcar rumo ao Eldorado.

A cobiça turvava agora a mente das cidades, povoados e aldeias. Não vinham somente os nobres na ânsia de redourar os braços. Acorreram também aventureiros e soldados. “Amigos do alheio”, como diz ZWEIG, “gatunos e salteadores, devedores que desejavam escapar dos seus credores, maridos cansados das línguas viperinas das esposas, fugitivos e desesperados de todo naipe, na maior parte homens a quem os aguazis procuravam, acorriam agora em massa para servir na frota, num misto de aventureiros destemidos e velhacos arruinados, decididos a enriquecer depressa e a qualquer custo, mesmo que para isso tivessem de praticar quaisquer crimes”.

Se isso livrou a Espanha de muitos indesejáveis e de perigosos indivíduos, por outro lado criou uma série de problemas. É que o Governador da ilha de Ispaniola, onde atualmente se localizam Haiti e São Domingos, mostrou-se alarmado com a chegada desses hóspedes às terras que estavam sob suas ordens, em fluxos que duraram vários anos. Pior: Vendo estes que ali não havia ouro, como se noticiara, passaram a rondar por toda parte, vagabundos e ladrões que se constituíram em terror para os infelizes índios e perpétuo aborrecimento para o governador.

É nesse contexto que surge a figura de Balboa. Após muito vagabundar, viera este ter a Ispaniola, onde debalde tentara o governador transformá-lo num colono. Fez-se clandestino num navio capitaneado pelo bacharel Martín Fernandez de Enciso e, após descoberto, convenceu a tripulação a transportá-lo para Darien, no istmo do Panamá, ali se instalando, depois da usual matança dos nativos. Cedo, o desditoso financiador da nova colônia, o bacharel Enciso, teve boas razões para se lamentar de não haver atirado pela borda a caixa de provisões onde se escondera Balboa em sua clandestinidade. É que em poucas semanas o audacioso aventureiro havia tomado as rédeas do poder, tendo Enciso fugido para salvar a vida.

Vasco Nunez de Balboa iniciou então a campanha para a conquista do oceano desconhecido, para o qual debalde Colombo, Cabot, Corte Real e outros famosos navegadores haviam tentado abrir caminho. O homem que primeiro vislumbrou o novo oceano e dele tomasse posse para a Espanha obteria fama imortal. Além disso, estaria propiciando a até ali imaginária circunavegação do globo. Balboa tomou a si então a tarefa: seria o primeiro a atravessar o istmo para o Mar del Sur, o mar que representava a rota para as Índias e conquistaria o novo Ofir para a corte espanhola.

A empresa foi árdua. Ignorando a topografia da região, Balboa não escolhera o trajeto mais reduzido, alongando o arriscado percurso por vários dias. Isto custou-lhe vidas e equipamentos. Esgotados pelas vigílias noturnas, cercados por miríades de insetos mordazes e sugadores, com as roupas esfarrapadas e os pés feridos pelos espinhos, de olhos injetados e faces

inchadas das picadas dos mosquitos, sem descanso de dia e sem sono à noite, os homens sentiam-se cada vez mais fatigados. Finda a primeira semana considerável proporção deles já não podia mais e Balboa, sabendo que o pior ainda estava por vir, determinou que os dominados pela febre e os extenuados pelo esforço ficassem para trás.

Após dezoito dias de terríveis percalços, enfrentando dificuldades de toda espécie, dentre as quais os renhidos combates que lhes davam tribos locais, aproximaram-se os exploradores da culminância de um monte de onde, segundo os guias nativos, poderiam avistar os dois oceanos, o familiar Atlântico e o desconhecido, ainda sem nome, que depois viria a se chamar Pacífico.

Deixemos que agora o próprio autor nos relate como ocorreu o momento supremo na vida de Vasco Nunez de Balboa:

A noite, um dos nativos, apontando uma elevação adjacente, disse que aquele era o lugar de onde se poderia avistar o desconhecido Mar del Sur. Prontamente, Balboa tomou suas decisões. Os feridos e os esfalfados ficariam na aldeia por eles pillhada. O resto – setenta e sete dos cento e noventa do princípio – escalaria a montanha. Chegaram perto do cume às dez da manhã. Faltava apenas um pequeno cabeça a galgar ainda e, então, se conseguiria desfrutar a vista sobre o infinito. Foi então que Balboa ordenou à tropa que fizesse alto. Ninguém deveria segui-lo enquanto não ordenasse. Para começar queria fazer a escalada sozinho. Sozinho queria lançar o primeiro olhar ao oceano incógnito. Sozinho queria ser o primeiro europeu, o primeiro cristão que, depois de cruzar o Atlântico, o gigantesco oceano que banha o nosso hemisfério, lançasse um olhar ao outro oceano, o mar ainda desconhecido. Devagar, com o coração palpitante, na profunda compreensão do que significava tal momento, subiu, a bandeira desfraldada na mão esquerda, a espada na destra, um vulto isolado na grandiosa perspectiva. Lentamente, sem pressa, ascendeu, porque a maior parte de sua obra já estava realizada. Poucos passos mais, e cada vez menos, e, então, atingindo o topo, descortinou a vista. Por trás das vertentes da cordilheira, por sobre as verdes frondes das florestas que as toucavam, pode afinal discernir enorme disco a luzir qual metal polido: o oceano, o novo, o desconhecido mar com o qual muitos tinham sonhado, mas que até então ninguém vira, o lendário oceano que durante anos Colombo e seus sucessores debalde haviam procurado, o mar do Sul, cujas águas banham as costas da Índia e da China. Vasco Nunez de Balboa olhou, olhou, olhou, sorvendo com orgulho e felicidade o espetáculo na certeza de serem os seus os primeiros olhos europeus que contemplavam essa infinita extensão azul.

Aquele era o momento supremo na vida de Balboa.

Este, senhoras e senhores, é o momento supremo na minha vida.

Do alto da montanha que pude erigir com meu trabalho honesto, com minha pertinácia e com a minha obstinação, posso agora olhar para trás e contemplar tudo quanto consegui conquistar ao cabo de uma existência, bem como olhar para a frente e divisar tudo quanto me reserva o porvir no gozo de uma, afinal de contas, merecida aposentadoria.

O mar conhecido é para mim o que foi vivido durante um período de intenso labor, durante o qual o menos que pude fazer foi angariar patrimônio material mas que me foi extremamente grato pelo que pude auferir de conceito, de renome, de respeito e de estima de todos com quem convivi.

O mar agora divisado é o do descanso e da recompensa. Poderei, com a graça de Deus, sentar-me ao cair da tarde, na Curva do Rio, e de mãos entrelaçadas com minha mulher contemplar placidamente o por do sol.

Estreitar meu relacionamento com meus filhos, aos quais talvez não tenha dedicado a atenção devida, tão engolfado me encontrava com a observância dos prazos legais.

Tornar-me ainda mais abastalhado para os meus netinhos, para quem o carinho e o cuidado de um avô jamais serão suficientes.

Percorrer o nosso sítio sentindo o perfume das flores e ouvindo o cantar dos pássaros. Observar ali os pavões e os gansos multiplicarem-se com alacridade. Ouvir música. Ler poesia. Quem sabe, até, escrever...

Apreciar um charuto. Degustar um bom vinho. Levar meu cachorro a passear. Receber os amigos...

Viajar...

Enfim, fazer todas essas coisas que os velhos costumam fazer quando estão de bem com sua consciência.

É o quanto basta.

É a minha despedida.

Por mais que o quisesse fazer, porém, não posso terminar essa oração sem escapar do lugar comum dos agradecimentos.

Não agradecerei aqui a Deus por tudo quanto generosamente me tem dado, no decorrer da minha existência, pois que já o faço, cotidianamente, antes do adormecer e depois do despertar, dirigindo-me àquele que tem se mostrado tão magnânimo com um esse humilde servo.

Também não irei aqui externar os meus agradecimentos a meus pais, de cujo exemplo pude aurir todas as qualidades que eventualmente possa ostentar, já que os defeitos fui me acrescentando por minha própria conta e risco.

Mas quero traduzir aqui o quanto devo a Ivanete, minha mulher, pelo tanto de estímulo, apoio e encorajamento que sempre recebi durante esses avultados quarenta e dois anos de casados. Valente, franca, leal, dedicada e resoluta, capaz dos mais duros sacrifícios por seus filhos, tem sido para mim o que a agulha imantada de uma bússola significa para o navegante temerário, sempre a indicar o norte de nossas vidas e evitando assim que pereçamos nos quadrantes mais conturbados.

A ela hei de guardar sempre a mais estrita fidelidade, na medida do possível.

Tenho orgulho de meus filhos e a eles também quero endereçar algumas palavras.

Primeiro Zezinho – legítimo herdeiro do nome e das virtudes de seu avô, José de Faro – homem de bem, íntegro, correto, competente e reservado, meu braço direito durante todo o tempo em que me assessorou não só na atividade ministerial como no dia-a-dia dos meus afazeres particulares, a quem me confesso grande devedor.

Depois Dudu, eterno menino a quem o Criador, na sua imensa sabedoria, negou asas mais fortes para que continuasse sempre preso ao ninho, servindo de elo amoroso entre seu pai e sua mãe, mesmo nos momentos mais tormentosos. Cordial, alegre, solidário, brincalhão, sei que vai fazer falta quando deixar de freqüentar esta casa.

Às minhas noras Cristiane e Rosemária, na verdade filhas – e filhas queridas – pelo coração, também só tenho que agradecer pelo carinho, pela ternura, pela atenção.

E aos meus netos Ticiane, Letícia, Eduardo Neto e Maria Eduarda, motivo maior, hoje, do meu desejo de continuar habitando este mundo, pela alegria que têm me proporcionado, meu melhor muito obrigado. Vocês conseguiram a mágica de transformar o açúcar lambuzado de seus beijos nessa doçura que me enleva o coração.

Poderia terminar aqui.

Mas falta ainda um agradecimento. E a quem seria ele devido senão ao egrégio Colégio de Procuradores como, de resto, a todo o Ministério Público do Estado de Sergipe?

Aos eminentes integrantes deste órgão colegiado quero registrar aqui, como último ato no exercício da função, o meu imorredouro reconhecimento por tudo quanto voluntária ou involuntariamente fizeram para o aprimoramento do meu ser. Aqui recebi lições que me valeram e continuarão a valer ao longo do tempo. Aqui desfrutei momentos de inefável prazer. Aqui pude forjar, consolidar e enriquecer minha personalidade, à sombra de nomes que jamais perecerão na história da nossa vetusta instituição.

Esse agradecimento estendo a todos os demais colegas Promotores de Justiça e aos servidores administrativos, sem exceção, de quem sempre recebi as mais variadas manifestações de respeito, apreço e amizade.

Peço-lhes perdão se alguma vez me mostrei intransigente ou se de outra fui inoportuno ou irreverente. Na verdade, não me recordo de uma palavra mais dura que tenha lhes tenha dirigido, mas quanto aos chistes, às blagues e aos ditos espirituosos, tão do meu feitio, lembro-me muito bem e, se com isso alguma vez lhes atingi, este é o momento azado para me penitenciar. A começar, aliás, pelo Dr. José Carlos Oliveira Filho, amigo fraterno mas, nem por isso, imune as armadilhas que lhe antepus, minha vítima predileta, e que aqui, tal como o sândalo, me retribuiu com uma oração repassada do mais fino humor, perfumando assim o machado que tantas vezes o feriu.

É bom sair assim.

Em paz com os colegas e, principalmente, em paz comigo mesmo. Ao invés de mágoas, saudades. Em lugar de ressentimentos, recordações.

Quando transpuser, daqui a pouco, o umbral daquela porta, poderei fazê-lo de cabeça erguida. Feliz, tranquilo, sereno, guardando no peito o sentimento do dever cumprido.

Ao concluir, quero valer-me das inspiradas palavras que GIBRAN pôs na boca de seu Profeta, ao despedir-se de sua gente:

“Adeus povo de Orphalese.

O dia já se foi.

E está se cerrando sobre nós, como o nenúfar se cerra sobre seu próprio amanhã.

O que nos foi dado aqui, nós o conservaremos.

Mais um curto instante e minha nostalgia começará a recolher espuma e argila, para um novo corpo.

Mais um curto instante, mais um descanso rápido sobre o vento e outra mulher me conceberá.

Meu adeus à vós e à juventude que passei entre vós.

Foi somente ontem que nos encontramos em um sonho.

Cantastes para mim na minha solidão e eu, com vossas aspirações, construí uma torre no céu.

Mas agora, nosso sono fugiu, e nosso sonho desvaneceu-se, e já não é mais a aurora.

O meio-dia nos abrasa, e nossa sonolência transformou-se em pleno despertar, e devemos nos separar.

Se nos encontrarmos outra vez no crepúsculo da memória, conversaremos de novo, e cantareis para mim uma canção mais profunda.

E, se nossas mãos se encontrarem noutro sonho, construiremos mais uma torre no céu”.

É o canto do cisne.

Senhoras e senhores, não lhes darei mais nunca uma maçada como esta.

Compulsoriamente, assim o prometo.

Eduardo de Cabral Menezes
Procurador de Justiça

DISCURSO DE SAUDAÇÃO AO PROCURADOR DE JUSTIÇA JOSENIAS FRANÇA DO NASCIMENTO

José Luiz Melo*

Senhoras e Senhores.

Estamos reunidos nesta tarde para dar as boas-vindas ao mais novo integrante do Egrégio Colégio de Procuradores de Justiça do Estado de Sergipe. Como tradição desta Casa, o último empossado é a pessoa incumbida de fazer a saudação especial para aquele que está chegando. Não há negar, para mim é uma satisfação muito grande desempenhar esse papel.

A ritualística que ora se apresenta é festiva, sem sombra de dúvida. Um novo Procurador irá compor este nobre colegiado, substituindo um dos maiores ícones do Ministério Público Estadual, o Procurador de Justiça e professor de muitas gerações, Dr. Eduardo de Cabral Menezes. Certamente novas idéias, novos sonhos, novas buscas, novos desafios estão aflorando do escaninho d'alma do Dr. Josenias França do Nascimento.

De fato, uma vida nova está por começar, um sonho que pode ter-lhe parecido distante, jamais impossível. Afinal, a eleição para o cargo de Procurador de Justiça foi bastante concorrida, com 12 Promotores candidatos, todos de grande envergadura, o que eleva a conquista que ora é celebrada. Como diria o poeta Mário Quintana:

*"Se as coisas são inatingíveis...ora!
Não é motivo para não querê-las...
Que tristes os caminhos, se não fora
A mágica presença das estrelas!"*

É importante ressaltar que não se chega a este colegiado por mera casualidade – caso fortuito ou força maior. Não! A caminhada é íngreme, fruto de uma longa peregrinação, repleta de abnegações e renúncias, que se tornam dignificantes exatamente por visar ao engrandecimento da Instituição – braço forte da sociedade no corpo sólido do estado de direito.

Dr. Josenias França do Nascimento colou grau em Ciências Jurídicas e Sociais, foi Técnico em Contabilidade e exerceu, com galhardia, até hoje, o cargo de Promotor de Justiça junto à Vara Cível da Comarca de Estância. Nasceu naquela cidade jardim, filho de Félix da Paixão Nascimento e Ernestina

* Proferido pelo Procurador de Justiça José Luiz Melo, em sessão realizada no Auditório do Ministério Público de Sergipe no dia 19 de novembro de 2007.

França do Nascimento. Após a conclusão do antigo curso primário no Educandário Camerino, com apenas 10 anos de idade, submeteu-se ao Exame de Admissão no Ginásio Graccho Cardoso, sendo aprovado.

Cursou o Ginásio naquele estabelecimento e, ao concluir o curso em 1968, matriculou-se no Instituto Diocesano de Estância, onde concluiu o científico; em 1982 prestou exame vestibular na UFS para o Curso de Direito Noturno, depois de 14 anos sem estudar, sendo aprovado sem que se submetesse a qualquer curso pré-vestibular, tendo concluído o Curso de Direito em 17 de setembro de 1987, quando colou grau. Registre-se que antes mesmo de terminar o Curso de Direito, prestou o exame da OAB, Seccional de Sergipe, assim que encerrou o Estágio de Prática Forense, e foi aprovado com louvor, portanto, sendo advogado, antes mesmo de colar o grau de Bacharel.

Concluído o curso superior, prestou, em abril de 1988, concurso público de provas e títulos ao ingresso no cargo de Promotor de Justiça do Ministério Público de Sergipe, e mereceu ser aprovado no certame. Após sua habilitação, teve como primeira Promotoria a de Cristinápolis, onde passou dois anos prestando serviços à comunidade, sendo promovido, por merecimento, para a Promotoria de Itabaianinha.

Dali foi guindado, em 1992, também por merecimento, para a Comarca de Estância e, durante dois anos, oficiou como Promotor de Justiça Criminal; por questão de saúde, permutou para a Promotoria de Justiça Cível, onde, com altivez, espírito público e sensibilidade social, desempenhou suas nobilíssimas funções como Curador do Meio Ambiente, Urbanismo e Consumidor.

Dando seqüência à sua lida como agente político viu o seu trabalho reconhecido por ambientalistas nacionais e internacionais, reunidos na cidade de Fortaleza, recebendo moção de apoio pelo seu desprendimento em prol do meio-ambiente, que foi publicada em nível internacional por diversas ONGs. Também tem alguns trabalhos publicados na Revista do Ministério Público, enfrentando temas das searas penal e cível.

No dia-a-dia vem se revelando um excelente parecerista, como se pode comprovar nos diversos processos em que tem funcionado e, de igual modo, pelo que se infere das correições levadas a efeito, merecendo, inclusive, registro em sua ficha funcional pelos Membros do Conselho Superior do Ministério Público. Por quatro anos, dedicou sua vida profissional à defesa dos interesses da criança e do adolescente, fundando o Conselho Tutelar na cidade de Estância e teve, pelos bons serviços prestados, o reconhecimento dos Poderes Executivo e Legislativo locais, conferindo-lhe algumas comendas.

Como se pode perceber, o currículo do empossado é bastante extenso, o que demonstra a dimensão do seu labor direcionado à sociedade. Em cada Promotoria por onde passou deixou sua marca registrada, fazendo-o merecedor

desta promoção.

Senhoras e Senhores. Caríssimo colega Josenias.

Neste momento festivo, lembro-me da poesia de Luís Vaz de Camões, que consigna:

*Ah, essa honraria, esse ouro vão
Melhor é merecê-los sem os ter
Do que tê-los sem os merecer.*

A Coroação que se completa no dia de hoje configura a plenitude de sua interpretação. Nessa ordem de idéias, melhor é ter porque merecedor de tê-lo. Vossa Excelência ocupa hoje o cargo mais elevado de sua carreira, e o conquistou pelo critério de merecimento, numa concorrência árdua, sendo a lista triplice composta por Promotores de semelhante brilhantismo, tais como: Dra. Marilene Barreto Figueiredo e o Dr. Luiz Alberto Moura Araújo. Este, egresso do Tribunal do Júri, com profícua atuação, exerce seu mister, atualmente, perante a 1ª Promotoria Criminal de Aracaju, arrostando a criminalidade em seus diversos matizes. Aquela, pela sua eficiência e ótimo desempenho junto à 3ª Promotoria de Justiça Distrital de Aracaju, oficiando e vivenciando as agruras por que passam as camadas mais pobres de nossa sociedade, que ali acorrem, cotidianamente, em busca da resolução de seus conflitos.

Nesse contexto, o eminente colega foi o vencedor, sendo o Promotor de Justiça mais votado, o que legitima e dignifica, sobremaneira, a escolha de seu nome.

Lançou sua candidatura sem alarde. Aliás, esse é o seu perfil. Discreto, tranqüilo e obstinado. Homem modesto, de poucas palavras, cristão exemplar, mas de idéias fortes. Sabe administrar o conhecimento, com a peculiar singularidade de demonstrá-lo na dose e momento certos, sem qualquer intuito exibicionista. Como na construção genial de Fernando Pessoa:

*Coroai-me de versos
E de folhas breves
E basta.*

Não pediu voto - o que seria natural fazê-lo -, nem tampouco enveredou por uma campanha eleitoral desenfreada. Soube ser ético, agiu com serenidade e respeitou as prescrições contidas nas Resoluções de números 02/2005, do CNMP e 02/2007, do CSMP/SE.

Apenas continuou desempenhando seu **munus**, lá no interior, imbuído de uma fé inquebrantável, na certeza de que Deus, no momento propício, reservar-lhe-ia uma grata surpresa, presenteando-o com o reconhecimento público

da instituição e convidando-o a compor este pariato.

Com essas qualidades de homem a serviço da coisa pública, do bem comum e das ações virtuosas, o preclaro colega demonstra cultivar valores universais, quais sejam: igualdade e fé, fraternidade e paz, respeito às instituições e ao trabalho, liberdade e justiça.

Nesta toada, como diria o imbatível cientista político e pensador italiano, **Norberto Bobbio**, em sua obra “Elogio da serenidade”:

O fundamento de uma boa república, do Estado de direito, mais do que as boas leis, é a virtude dos cidadãos. Eu deixaria bem claro que a serenidade, virtude singular, não deve ser confundida nem com a submissão nem com a concessão.

Não hesito em afirmar, perante essa seleta platéia, composta de autoridades, colegas, funcionários da Casa, familiares e amigos do Dr. Josenias, que o novo Procurador de Justiça ora empossado elevará o nome da Instituição, com um trabalho pautado na luta pelos interesses sociais, pela efetivação do regime democrático e de direito, do exercício da cidadania plena, combatendo a criminalidade com rigor e defendendo os interesses das classes mais vulneráveis, a saber: o menor, o idoso, o hipossuficiente.

Pugnando pelo carinho e vigilância ao erário público, mirando o fiel cumprimento dos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Enfim, descortinando um horizonte onde haja menos desigualdades sociais, menos violência, menos impunidade. Este é, indiscutivelmente, o perfil fidedigno que vislumbro no Procurador agora investido no cargo. Eis o País, o Estado e o Município com os quais cada um de nós tanto sonha. Vale a pena acreditar.

Senhoras e Senhores:

Não quero alongar-me nesta honrosa saudação. Resta-me apenas assinalar a plena convicção de que ao Colégio de Procuradores de Justiça se incorpora, hoje, um nome de escol, que certamente transcenderá os limites do simples exercício da atividade ministerial, desempenhando relevante papel na própria perpetuação da gloriosa história desta Casa, respondendo, positivamente, às esperanças que o povo sergipano deposita no seu Ministério Público.

Arremato, pois, esta singela reflexão exaltando todo homem que tem um sonho, uma aspiração, um desejo de melhorar a vida do próximo e de construir uma sociedade justa, isonômica e pluralista, sem discriminação e preconceito.

Máxime quando esse ideário está plasmado em compromissos e sentimentos nobres, consciência e tarefa a cumprir. É o suficiente.

Tenho certeza de que esse espírito e essa vibração vêm norteando a caminhada do novel Procurador de Justiça, como gizado na música do cancionista popular Milton Nascimento:

*Quero a utopia, quero tudo e mais,
Quero a felicidade dos olhos de um pai,
Quero a alegria, muita gente feliz,
Quero que a Justiça reine em meu país.*

Muito obrigado.

José Luiz Melo
Procurador de Justiça

DISCURSO DE POSSE DE JOSENIAS FRANÇA DO NASCIMENTO COMO PROCURADOR DE JUSTIÇA

Auditório da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de Sergipe, em
19 de Novembro de 2007

Saudações

A história festejará os grandes homens, porém cada qual foi grande pelo objeto de sua esperança; um tornou-se grande na esperança de alcançar o possível; um outro na expectativa das coisas eternas - porém aquele que desejou atingir o impossível foi de todos o maior. Os grandes homens não de permanecer na memória dos pósteros, porém cada qual deles foi grande pela importância do que combateu. Viram-se aqueles que em si mesmos se apoiaram de tudo triunfarem e os demais, fortes em sua fortaleza, tudo sacrificarem, porém o maior de todos foi aquele que creu em Deus". Soren Kierkegaard.

Os grandes momentos de nossas vidas tornam-se maiores quando nos permitem a oportunidade de, ao invés de destinatários de homenagens, invertermos a chamada ordem natural das coisas, para aí sim, homenagear, reverenciar ou mesmo dizer da nossa gratidão e reconhecimento a tantos quantos nos possibilitam tal oportunidade.

A grandeza desse momento, portanto, me aflora o dever ingente de tal proceder. Por certo, a fragilidade da minha memória não me permitirá o nome de todos, nesse universo de pessoas que direta ou indiretamente contribuíram para esse acontecimento.

É para mim imperioso, antes de tudo, agradecer.

Primeiro, agradecer a Deus pela graça de poder viver este momento, que somente pelos teus santos designios e decreto, me foi possível galgar o degrau mais elevado do nosso amado Ministério Público, ou seja, esta alvissareira vitória. Por tal razão, neste momento, quedo-me a meditar no teu profundo saber, ó Deus Criador! Saber sem igual e de grande esplendor, pois, o teu intento ninguém pode sondar; conselhos ninguém foi a Ti, ó Grande Deus, ditar; porque a sabedoria Contigo está, e o conhecimento com certeza, não me negará. Segundo, obedecendo ao cenário do contexto, exsurge algo que não pode ser esquecido. O núcleo fundamental de tudo, o inabalável alicerce, a base sólida,

1 Discurso proferido pelo Procurador de Justiça Josemas França do Nascimento, realizado no dia 19 de novembro de 2007 no Ministério Público do Estado de Sergipe, em sessão solene de sua posse.

a fortaleza solidamente edificada, a grande locomotiva constituída por vagões carregados de fé, esperança, compreensão, dedicação e manifestação inaudita de amor ao próximo.

É claro, minhas senhoras, meus senhores, refiro-me ao núcleo chamado família e permitam-me, a ela me dirigir especificamente.

Imbuído desse desiderato, contemplo neste momento, aqueles que foram o início de tudo. Que me conduziram por essa vida, ensinando-me que o homem vale pelo que faz e que o nosso grande tesouro, nossa riqueza maior, está na dignidade e força de caráter. Mostraram-me tantas outras coisas que a final me trouxeram até aqui, estou falando dos meus queridos, meus amigos, meus mestres de ontem e de hoje, ou simplesmente meus pais: **Felix da Paixão Nascimento e Ernestina França do Nascimento**, que hoje não estão aqui para participarem deste momento ímpar de alegria, porque há anos já partiram para o lugar santo de repouso eterno. Muito me orgulha ser filho de vocês.

Não sei se devo lhes dizer muito obrigado, porque um muito obrigado certamente não representará a imensurabilidade da minha gratidão. Mas receba meu pai, lá no plano da eternidade, a parcela maior que lhe cabe, ou que lhe devo e agora tento retribuir. De igual modo, minha mãe, também o meu profundo agradecimento, pois a senhora foi e continuará sendo para mim e para todos os seus filhos, a razão de nossa existência, o nosso ancoradouro maior, símbolo de candura, dedicação, amor e compreensão.

Agradeço a minha tia-mãe, **JOSELITA DE FRANÇA SANTOS**, minha primeira Professora, que me ensinou desde as primeiras letras até o quarto ano do ensino fundamental, que ao meu lado há trinta e três anos me ajuda a transpor os inúmeros obstáculos que surgem na vida profissional e pessoal. Por saber que será ela, talvez, quem mais sentirá os efeitos do encargo que hoje assumo, em termos de ausência e redução da atenção, desde já, te peço paciência e fé, pois já restou comprovado que és uma guerreira. Muito me orgulha estar com você nesta caminhada, por vezes apoiando, mas na maior parte do tempo, sendo apoiado.

Agradeço aos meus irmãos, mesmo não estando presentes no dia-a-dia, sei que quando preciso, posso contar com vocês e que, mesmo quando acredito que não estou precisando, vocês surgem e iluminam meu dia. Orgulho-me de ter vocês junto a mim.

Aos meus sobrinhos quero declarar que a distância não nos separará. A existência de vocês é o ânimo constante e diário para que eu continue lutando

por um país melhor, com as limitações que possuo como pessoa e como agente público. Muito me orgulha ser parte de vocês e que vocês seja parte de mim.

Aos Membros do Conselho Superior do Ministério Público, por terem no processo de escolha indicado o meu nome para formação da lista triplíce, e a sua Presidente, pelo voto de desempate, e pela nomeação final. O trabalho de Vossas Excelências traduz-se em um momento histórico, onde o processo de escolha obedeceu ao critério da legitimidade técnica, trazendo alento e esperança à classe no sentido de que o denodo ao trabalho sem o estardalhaço de estar na mídia diuturnamente, teve e terá o mérito aprovado no momento oportuno. Tal formato de escolha recebeu a aprovação de toda a classe do Ministério Público Sergipano, sendo respaldada a legitimidade em face do consenso da classe. Daí a incumbência de responsabilidade ser ainda maior ante os meus pares e perante a sociedade sergipana, para o exercício do cargo que honrarei acima de qualquer interesse privado, próprio ou alheio.

A todos os colegas Promotores de Justiça, que de uma maneira ou de outra, colaboraram para que eu chegasse até aqui, meu mais sincero muito obrigado.

Preciso agradecer aos amigos que de vários modos ajudaram para que este dia se concretizasse.

A todos os que torceram por nossa vitória, eu agradeço.

Ainda, a todos os presentes, que deixando seus afazeres, inclusive em outros Municípios do Estado, vieram até aqui para prestigiar-me e prestigiar o Ministério Público de Sergipe, muitíssimo obrigado.

Por último, desejo expressar minhas homenagens a uma jovem que esteve presente na minha vida acadêmica quando cursava na UFS o Curso de Direito Noturno, que foi a semelhança de um anjo enviado por Deus para me conduzir durante os cinco anos e meio de duração do Curso. Seu nome, **LINDITA TOURINHO PIO**. Ela foi involuntariamente construtora deste momento ímpar, todavia, não pode com sua presença física aqui estar, vez que ao cumprir sua missão aqui na terra, Deus a chamou para o plano superior. Sem a sua intimação coercitiva eu não teria feito o concurso de provas e títulos para o cargo de Promotor de Justiça, em abril do ano de 1987. Para cumprir o desiderato da intimação, pois durante a vida acadêmica nunca aquela esteve em minha residência, mas após o seu término com a colação de grau e o advento do concurso, lá me apareceu a minha doce estrela, no penúltimo dia para o encerramento das inscrições, e acreditando em meu potencial disse: *“Estou sabendo que não vais fazer o concurso, então resolvi vir intimá-lo a fazê-lo, porque tenho certeza que obterá aprovação, porque acredito e conheço da sua competência, e quero ver se me negas o pedido.”* Como sempre fui obediente aos seus

reclamos, me inscrevi no último dia, e qual não foi a minha surpresa, é que a premonição da minha querida colega se materializou e fui aprovado. Mas, infelizmente, não sobreviveu para saber que sua intimação foi vitoriosa, pois quinze dias após ter me visitado adoeceu e morreu, e no seu ataúde pude dizer-lhe: Minha querida amiga, meu doce anjo protetor, fui vitorioso no concurso. Os anos passaram Lindita, e hoje na carreira do Ministério Público, novamente galguei mais um degrau, mas como da primeira vez, você não está aqui presente fisicamente. Lá onde quer que você esteja, sei que podes estar vibrando com a minha vitória. E eu aqui neste momento presto-lhe esta tão singela e fiel homenagem. Você foi uma ponte de vitória na minha vida. Nesta hora agradeço a Deus, pelos momentos fugazes e felizes que sua estrela brilhou entre nós. Saiba que no dia de hoje, na platéia, existem muitos colegas que te conheceram, assim como muitos de nossos mestres, e que aqui vieram prestigiar o seu pupilo, e todos em uma só voz e em um só sentir, vos prestam esta tão merecida homenagem. Lindita, você foi o símbolo da felicidade em minha vida. Que Deus a tenha lá na eternidade.

Esse é o meu pretoito de gratidão.

MINHAS SENHORAS, MEUS SENHORES!

A maior recompensa do nosso trabalho não é o que nos pagam por ele, mas aquilo em que ele nos transforma. (John Ruskin).

A presença das senhoras e dos senhores neste auditório reflete a atenção que tem merecido, merece e sempre merecerá o Ministério Público no Brasil.

Hoje estou sendo investido no cargo de Procurador de Justiça do Ministério Público de nosso Estado, mercê do processo de escolha legítimo pela proficiente atuação dos membros do Conselho Superior do Ministério Público, a quem, repito, manifesto o meu mais profundo agradecimento, pela elevada confiança que me foi deferida, dizendo-lhes ainda, da minha honra e desmedida emoção com que recebo incumbência tão nobre e salutar.

A minha trajetória profissional começa após ter concluído o curso Direito na UFS em 19/09/1987, ao prestar em abril de 1988, concurso público de provas e títulos para o cargo de Promotor de Justiça junto Ministério Público do Estado de Sergipe, tendo alcançado aprovação no certame. Após minha nomeação, tive como minha primeira Comarca a de Cristinápolis, onde passei

dois anos prestando serviços à comunidade daquele Município. Após, fui promovido por mérito para a Comarca de Itabaianinha, permanecendo ali até Julho de 1992. Daquela Comarca fui promovido também, por mérito, ainda no mês de Outubro de 1992, para a Comarca de Estância, onde por dois anos fui Promotor de Justiça Criminal, e por questão de saúde fui obrigado a permutar para a Promotoria de Justiça Cível. Decorrido o tempo, com a criação de duas Varas Cíveis, passei a ser titular da 1ª Promotoria de Justiça Cível da Comarca de Estância, onde até então exerci minhas nobres funções. Ali exerci com honradez e obstinação as atribuições de Promotor de Justiça do Meio Ambiente, Urbanismo e Consumidor, bem como a Curadoria da Infância e da Adolescência, durante quatro anos, sendo o mentor e fundador do 1º Conselho Tutelar da Criança e do Adolescente, e de igual modo o fundador do 1º Conselho Municipal do Meio Ambiente no Estado de Sergipe.

De fato, terei a honrosa e difícil missão de suceder no cargo, o insigne Procurador de Justiça, hoje aposentado, Eduardo de Cabral Menezes, o qual sempre pautou sua conduta de parecerista de escol e de homem, com a probidade, a impessoalidade, a imparcialidade e o inquestionável espírito público, de quem se pôde esperar, nesses anos de convívio, o dom de servir e a certeza de trabalhar incessantemente pelo fortalecimento do Ministério Público.

O Procurador Eduardo de Cabral Menezes aqui se caracterizou como um humanista. Um humanista que, embora preocupado com as angústias e sofrimentos de seu povo, jamais se olvidou da pessoa humana, do indivíduo por detrás da massa anônima, sobretudo daquele a quem, quase sempre, nega-se o acesso aos mais elementares bens da vida. Como nos versos de Fernando Pessoa, nada exagerou ou excluiu. Seus pareceres e manifestações, reveladoras de um conhecimento superior do Direito, notabilizaram-se pela escrita clara e acessível, a partir da qual construiu sólido acervo de Pareceres, especialmente na área cível e criminal.

No eterno evoluir das coisas deste mundo, vão os homens e as instituições periodicamente se renovando. Seres e fórmulas, tudo está sujeito às leis imperiosas do passar dos tempos. Tudo cumpre sua missão e cede o lugar que ocupava. É um processo doloroso, esse, o do dinamismo da vida, que a inteligência iluminada de um monge fixou com tanta precisão: Os fatos e as estações se sucedem. Nunca paramos completamente. A nossa vida aqui na Terra está sob a lei do “vir-a-ser”. Para chegarmos a uma fase ulterior, a um estado mais evoluído e mais maduro, temos que abandonar posições anteriores. Uma laran-

jeira carregada de flores é uma festa para os olhos. Encanta-nos com seu perfume, mas as pétalas têm que cair para criar o fruto. E amadurecido o fruto, a árvore não o pode prender: ele cai no chão. Todo progresso, todo crescimento, é comprado com sacrifício de uma separação. Toda evolução é comprada com uma renúncia, com a perda de outra que já possuímos.

Quis a providência divina que este Orador traduzisse esta mutação, sendo, vamos assim dizer, o fruto decorrente da pétala caída. Então, com palavras de fé e aceitação de meus pares, tenho a convicção de que não encararei a Justiça como uma mera oferta de serviço público. Na verdade, ela é muito mais do que isso. Possui uma alma que vibra no coração dos juizes, advogados e promotores, na procura do justo, até em confronto com o legal, pois, como enfatizou Drummond: “As leis não bastam... lírios não nascem das leis”. A Justiça é eterna e imutável. As formas de variação do justo é que são variáveis e contingentes. Adaptam-se às exigências do tempo.

Sei que a sociedade me incumbiu um grande desafio, ou seja, adaptar as atividades do Ministério Público às exigências do nosso tempo, sem transformá-las em mero serviço burocrático, como faz um nefelibata, confinado no gabinete e preso às rotinas processuais. E confiando na sabedoria de Deus, que não me negará, vencerei o desafio, vez que terei a meu favor a voz clara da inteligência, a robustez da cultura, a firmeza de convicção e, principalmente, pela experiência desses dezenove anos de Ministério Público. Circunstâncias várias me fazem compreender que a eficiência e a qualidade da justiça dependem diretamente do ser humano, elemento indispensável para o pleno funcionamento da estrutura do Parquet se sintonizado com os anseios da população a que serve. População esta, marcada por extrema desigualdade, miséria, pobreza e exclusão social. Acredito que através de minhas manifestações e ações, em um ato de fé contínua, poderei sempre reafirmar os valores democráticos, no sentido de ver promovida a construção de uma sociedade mais justa e solidária, como quer a Constituição Federal.

É inegável o fato do Ministério Público brasileiro, haver se tornado mais um agente de desenvolvimento, quando trata de cumprir papel constitucional de órgão incumbido da defesa dos interesses sociais.

Lanço mão de uma comparação feita por Machado de Assis, em meados do século XIX e várias vezes lembrada por Ariano Suassuna, aquela em que são mencionados o Brasil oficial e o Brasil real.

Pois bem, falo-vos agora em Ministério Público oficial e Ministério

Público real.

O Ministério Público oficial é o que consta na Constituição Federal de 1988, com uma série de atribuições das mais nobres e relevantes: “essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Atribuições que são esmiuçadas por uma infinidade de leis complementares e ordinárias.

O Ministério Público oficial é a instituição presente em solenidades, festividades e eventos das mais diversas áreas, merecendo sempre honras e atenções da imprensa, de autoridades e de empresários, sendo os seus membros (de beca, paletó ou *tailleur*), respeitados, prestigiados e por vezes elogiados.

Há, no entanto, a necessidade de se fazer a distinção entre esse Ministério Público oficial e o Ministério Público real.

No Ministério Público real, parte do Brasil real, as coisas não correm tão bem.

Enquanto tentamos cumprir nosso papel constitucional de zelar pelos interesses sociais, combatendo a corrupção, defendendo o meio ambiente, os consumidores, a saúde, a educação, a segurança e a cidadania do povo, somos taxados pelos mentores do Brasil oficial, “caricato e burlesco”, nas palavras de Machado de Assis, de querer administrar no lugar de prefeitos, governadores e do presidente da República.

Não. Não é isso o que queremos. Queremos, sim, que os recursos seus e minguados dos cidadãos brasileiros, que trabalham cinco meses e meio do ano só para pagar impostos, sejam empregados da maneira mais adequada aos preceitos constitucionais, aos ditames legais e aos interesses sociais.

Por isso, somos alvo de tentativas constantes de calar, amordaçar, desmoralizar, desacreditar e desestruturar o Ministério Público.

Pode ocorrer de um ou outro membro da instituição contribuir para aumentar as insatisfações por agir com certos arroubos, mas, na imensa maioria das vezes essas tentativas partem dos “incomodados”.

Pessoas e instituições que se acham acima da lei, supostamente legiti-

madas pelos votos conquistados ou pelo dinheiro acumulado, têm plena convicção de que não podem ser “importunadas” no cumprimento de suas missões de amealhar poder – político ou econômico.

Esse é um dos mais importantes embates travados pelo Ministério Público real, hoje. Mas não é o único. Sem deixar de lado, obviamente, toda a enorme gama de atribuições judiciais e extrajudiciais do Ministério Público, a defesa do meio ambiente e o combate à corrupção deverão estar no topo das prioridades de qualquer gestão.

Crianças, mulheres e homens largados às suas próprias sortes, sem saúde, educação ou segurança adequados, em face de ganância de uns e inoperância de outros, são frutos desses dois males.

Quando o legislador constituinte colocou a defesa do meio ambiente entre os princípios da ordem econômica foi para indicar que não existe progresso econômico sem que o meio ambiente esteja protegido.

Observe-se que esse preceito consta no art. 170 da Carta Magna desde 1988, e não é fruto de um suposto modismo de defesa ambiental.

Aliás, aqui é preciso corrigir um fato: defender o meio ambiente não é moda. É obrigação, é necessidade, é questão de sobrevivência – nossa, dos nossos filhos e netos. Das futuras gerações.

Em nome do Ministério Público sergipano assumo agora, perante toda a sociedade, os meus pares e os meus familiares, reafirmo o meu compromisso profissional na defesa ferrenha do meio ambiente. Faço isso lembrando palavras de Ignácio de Loyola Brandão, que em seu “Manifesto Verde”, de 1985, afirma:

“Aos da minha idade, o apelo é desesperado. Aos outros, quero relatar o horror, na agressiva esperança de provocar a reação indignada e, conseqüentemente, uma ação direta”. ‘Escrevo, portanto, para que as pessoas se revoltem e gritem: – Vocês não têm direito ao suicídio, porque esse suicídio significa um assassinato, o nosso. E não queremos morrer”.

Sei que não é uma luta fácil. Inúmeras vezes, em razão dela, somos apontados como obstáculos ao crescimento, à riqueza e ao progresso. E eu vos digo: se defender nossos mangues, nossas praias, nossa saúde, nossa flora,

nossa fauna e o ar que respiramos, exigindo um crescimento sustentável, respeitando as leis e a Constituição, for sinônimo de obstáculo ao progresso, exercermos, com muita honra, com mais vontade e energia do que nunca, esse papel. E acredito que a Procuradora-Geral de Justiça, lutará ombreada com os membros da instituição incumbidos da nobre tarefa de permitir que nosso Estado avance sem que se deixe o rastro da degradação, da destruição e da desolação.

Em um país como o nosso, onde existem gestores públicos, eleitos pelo sufrágio do voto, que entram por uma porta de chinelos e saem, por essa mesma porta, quatro anos depois, de carros importados, fazendas e mansões; onde há Ministro de Estado que faz pouco da desgraça da população ou prega a discriminação e o preconceito; onde alguns parlamentares duvidam da inteligência da população e tratam de maneira descarada de acobertar as falcaturas de outros; e, ainda, no qual surgem certos magistrados que vendem a honra de suas togas por alguns tostões, a luta contra a corrupção não pode ficar em segundo plano. Não em uma instituição que deve zelar pela democracia, pela Justiça e pelos interesses da sociedade.

O poeta cearense, Patativa do Assaré, em seu ABC do Nordeste, na letra “T” escreveu:

“Tudo sofre e não resiste
este fardo tão pesado,
no Nordeste flagelado
em tudo a tristeza existe.
Mas a tristeza mais triste
que faz tudo entristecer,
é a mãe chorosa, a gemer,
lágrimas dos olhos correndo,
vendo seu filho dizendo:
mamãe, eu quero morrer!”

Em um Brasil que ocupa posições de duvidoso destaque em *rankings* mundiais de impunidade, miséria e desigualdade social, a luta contra a corrupção deve ser bandeira erguida no mais elevado mastro.

O Ministério Público real não quer administrar, quer apenas zelo na administração da coisa pública, para que não falem àqueles menos favorecidos pelo Brasil oficial, o pão, a saúde, o trabalho, a segurança e a escola.

O Ministério Público deve ser visto e deve atuar como importante cola-

borador do desenvolvimento, sim, em um país onde a população mais necessitada está sobrevivendo de esmola através de cartão magnético. E sobre esmola, já dizia Zé Dantas em “Vozes da Seca”: “Mas doutô uma esmola a um homem que é são ou lhe mata de vergonha ou vicia o cidadão”.

Temo minhas senhoras e meus senhores, que estejamos caminhando mais para um exército de viciados, do que para uma legião de envergonhados.

O dinheiro para suprir necessidades emergenciais deve ser dado, reconheça-se. Mas não pode nem deve ser tudo. Precisamos colegas membros do Ministério Público, fazer mais e fazer melhor pelo Brasil real.

E boa parte desse fazer, está na defesa do patrimônio público. Para tanto, não precisamos mais do que vontade, certa estrutura material e o apoio da sociedade, das mulheres e dos homens públicos compromissados com um país melhor.

No que tange às obrigações de um Procurador de Justiça, estejam con fiantes neste que se apresenta diante de vós, que de corpo, alma e ações, envidará todos os esforços possíveis para repensar a atuação do Ministério Público, direcionado para as seguintes metas: a) lutar em parceria com os demais Membros do Colegiado por uma práxis transformadora na Instituição, formada por pessoas independentes, com postura crítica, compreensão da realidade econômica, política, e consciência de sua função social; b) buscar, em parceria, o entendimento para um processo legítimo de composição dos órgãos de direção interna, para o desenvolvimento de uma política que reflita os compromissos institucionais e não os transformem em aparelhos de controle ideológico; c) buscar a criação de uma consciência social em torno da Instituição, para que encontre respaldo na opinião pública e na sociedade a que deve servir; d) procurar estabelecer uma consciência para redimensionar a atuação do Ministério Público no desiderato de acertar a sua postura diante do fato social, abandonando a práxis viciosa de esperar o processo para intervir; deve se organizar para ir ao encontro do fato social, para efetivar os interesses sociais e, como resultado, ensejar o acesso à justiça para uma massa oculta de pessoas que está à margem do contexto social; e) conscientizar os Promotores de Justiça de que todos têm para com a sociedade o compromisso de usar os instrumentos que lhes foram confiados, de provocar constantemente a intervenção do Judiciário, objetivando a aplicação da lei em prol do interesse social e dos direitos inerentes à cidadania; f) ser um instrumento de viabilização para o Ministério Público ocupar os novos espaços que lhe foram abertos, não abrindo mão de suas prerrogativas e atribuições, exercendo-as com altivez e

destemor, compromissado apenas com a sociedade e o Estado, que tem a precípua missão de defender: g) não prescindir do fortalecimento do Ministério Público, a fim de que ele seja o mais poderoso instrumento da efetiva promoção da justiça social; h) combater, sem quartel, o crime-causa e o crime-efeito e amparando as camadas sociais carentes ou desvalidas, bem como as minorias marginalizadas, ajudando-as a conquistar seu espaço no contexto social, sem falar no controle da Administração Pública com muito maior ênfase, buscando efetivamente concretizar seus desígnios constitucionais; i) contribuir para desarmar espíritos, afastar incompreensões e incentivar simpatia, visando concentrar as postulações institucionais, abrindo margem ao diálogo com os que detém os mecanismos de poder e facilitando a criação de canais de comunicação social; j) incentivar o processo de reformulação interna da própria Instituição mediante redefinição do papel dos órgãos da Administração superior, os quais devem se preocupar com o Promotor de Justiça, oferecendo-lhe as melhores condições possíveis de trabalho.

A missão de aprimorar o Ministério Público a cada dia, não é de uma só pessoa. Diversos agentes possuem papéis fundamentais nesse labor. Não é trabalho de um Procurador-Geral apenas, mas de vários ao longo dos anos, devendo aqui ser lembrados todos os que representando o Ministério Público oficial fizeram com que a nossa Instituição atingisse o nível de respeito que hoje detém.

Que o Colégio de Procuradores de Justiça continue a colocar sempre, em primeiro plano, o interesse coletivo ao invés dos interesses de cada um.

Um Colégio de Procuradores ciente do seu papel, empenhado no progresso da instituição, valorizado por executar as suas diversas missões com ânimo e bravura, cujo resultado irá aflorar na sociedade.

Os servidores do Ministério Público não podem ser esquecidos. Eles exercem tarefas que possibilitam um dia-a-dia administrativo sem percalços, pavimentam a estrada de sucesso da Instituição, sucesso que é de todos e de cada um.

Sem demérito aos servidores de outras instituições, digo a todos os presentes e onde quer que eu vá que o Ministério Público e o povo do Estado de Sergipe, têm o privilégio de contar com mulheres e homens que são verdadeiros servidores públicos.

Muito me honra o trabalho desempenhado pelos senhores e continuo

esperançoso de que o entusiasmo, a dedicação e o zelo que vocês têm pelo nosso Ministério Público jamais se arrefeçam. E mais, que cresça a cada dia, porque não só eu, mas todo o Estado de Sergipe precisa muito desses nobres senhores e senhoras servidores da nossa querida Instituição.

Volto agora minhas atenções aos meus bravos colegas Promotores de Justiça. Já tive oportunidade de dizer e quero aqui reafirmar: nós temos um dos melhores Ministérios Públicos do país, tido, havido e reconhecido como tal. Sem querer, de maneira alguma, diminuir os demais, digo-lhes que podemos nos orgulhar de nosso trabalho, de nossa coragem e do nosso valor.

É preciso reafirmar, para o Brasil oficial, que não há hierarquia entre membros do Ministério Público – não há sequer cogitar-se a possibilidade do Procurador-Geral de Justiça impor a vontade dele a qualquer colega.

Não existe possibilidade, vontade ou interesse de se “controlar promotores”. Existem, sim, instrumentos de fiscalização da atividade ministerial que devem ser utilizados pela Corregedoria-Geral, pela Ouvidoria da Instituição, ou pelo Conselho Nacional do Ministério Público quando necessário.

Jamais poderá haver, por instrumentos que não sejam constitucionalmente reconhecidos, controle ou direcionamento dos atos do promotor de justiça, que deve pautar sua atuação pela Constituição, pelas leis do país e por sua própria consciência.

Tenham certeza, colegas, que por todas as prerrogativas de nossa instituição e de seus membros, velarei sem descanso.

Aproveitando o ensejo, quero lembrar aos nobres colegas Promotores de Justiça, que as funções de atender o público, sem o caráter de advogar o interesse particular do atendido, são intrinsecamente próprias do Ministério Público. Mais do que institucional, trata-se de função típica, peculiar à sua natureza de órgão de defesa dos interesses indisponíveis da sociedade.

Sei que apesar da importância da função, nem todos os promotores vêm com bons olhos tal atendimento: pequena parcela dos membros da instituição não se presta a tal tarefa com o mesmo denodo como se dedica às demais do seu mister. Talvez, nem tanto porque o atendimento ao público em si não denote um maior refinamento jurídico ou porque alguns, injustamente, afirmem ser função alheia ou pelo menos circunstancial do Ministério Público.

Talvez nem tanto por isso, mas principalmente pela sobrecarga de serviços, ora incidente sobre os membros do Ministério Público.

É certo que alguns promotores têm rejeitado ou dificultado o atendimento aos mais carentes, o que é desagradável, pois, a nossa remuneração é oriunda de tributos pagos por todos os cidadãos, inclusive, os excluídos. A Constituição cidadã realça o homem, a dignidade. Esse é o princípio, a obra é nossa. Devemos nos envolver nesse projeto visando colocar o homem no centro do espaço social a que lhe reservou a lei maior.

Não poderia encerrar sem lembrar os que já deixaram nossa instituição e que deram alguns de seus melhores dias para que tivéssemos um futuro também melhor.

Parodiando o trovador paraibano Vital Farias, costumo dizer que só é Promotor de Justiça quem traz no peito a lembrança do sangue dos seus mortos, e a certeza de luta dos seus vivos.

Pretendo, pois, contribuir para honrar o sangue dos nossos mortos e prestigiar a luta de nossos vivos, para que os que aqui presentes e os que estão por vir saibam de toda a luta e de todo o valor do Ministério Público sergipano.

Espero corresponder a tais expectativas. Trabalharei para isso.

Faço minhas as palavras do mestre Câmara Cascudo: “Eu sou apenas uma célula, uma pequenina célula que procura ser útil na fidelidade da função”. Por isso, agora e nos anos seguintes, com a Graça de Deus, como uma pequenina célula do Ministério Público oficial no nosso Estado, mas, sobretudo como operador do Ministério Público real, buscarei de maneira incansável a união daquilo que um e outro têm de melhor, para aproximá-los ainda mais dos legítimos e verdadeiros interesses sociais, porque oficial ou real, no Ministério Público nossa matéria prima é a Constituição, nossa força é a do povo, nosso combustível a esperança e nossa recompensa uma sociedade mais justa e igualitária.

Lutarei por isso.

Muito obrigado.

Josenias França do Nascimento
Procurador de Justiça

**EQUIPE TÉCNICA DA ESCOLA SUPERIOR DO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE SERGIPE**

ANA PAULA DE CARVALHO MOURA

CÂNDIDA ALVES CARVALHO

ELZA CESPEDES RAMOS SIQUEIRA

HILDEMARIA MENDONÇA BARRETO

JOÃO RICARDO ANDRADE CÔRTEZ

JOSÉ ALBERTO MENEZES DE OLIVEIRA

MARIA DE LOURDES ALVES COSTA

**ESTAGIÁRIOS DA BIBLIOTECA PROFESSOR GONÇALO
ROLLEMBERG LEITE**

ALLAN MARTINS ALVES

MILLIANE PINHEIRO DA SILVA

REVISÃO GERAL

LUIZ CARLOS SILVA LIMA

