



Ministério Público de Sergipe

revista

do Ministério Público do Estado de Sergipe

ANO XVIII

2008

Nº 22

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

OUVIDORIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Josenias França do Nascimento

**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 ROCHA DEL 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 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
Procuradora de Justiça ANA CHRISTINA SOUZA BRANDI*

**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 ALCÂNTARA 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

Substituto: Procurador de Justiça LUIZ VALTER RIBEIRO ROSÁRIO

CÂMARAS CÍVEIS

Procuradores de Justiça:

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

JOSENIAS FRANÇA DO NASCIMENTO

ANA CHRISTINA SOUZA BRANDI

CÂMARA CRIMINAL

MARIA EUGÊNIA DA SILVA RIBEIRO

MARIA JOSELITA ALMEIDA BARBOSA

JOSÉ LUIZ MELO

**CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DO
MINISTÉRIO PÚBLICO**

DIRETOR

Promotor de Justiça **EDUARDO ANTÔNIO SEABRA**

NÚCLEO DE SEGURANÇA PÚBLICA

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**

**1ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DOS DIREITOS DO CIDADÃO COM
FUNÇÕES RELATIVAS À DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO, SOCIAL
E CULTURAL E PREVIDÊNCIA PÚBLICA DE SERGIPE**

Promotores de Justiça

EDUARDO BARRETO D'AVILA

ALEXANDRO SAMPAIO SANTANA

JOÃO RAIMUNDO MOREIRA GUIMARÃES

MAURA SILVA DE AQUINO

**2ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DOS DIREITOS DO CIDADÃO COM FUN-
ÇÕES RELATIVAS AOS SERVIÇOS DE RELEVÂNCIA PÚBLICA, CON-
TROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL E QUESTÕES AGRÁRIAS**

Promotores de Justiça

EDUARDO ANTÔNIO SEABRA

DEJANIRO JONAS FILHO

3ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DOS DIREITOS DO CIDADÃO COM FUNÇÕES RELATIVAS À DEFESA DOS DIREITOS À SAÚDE

Promotores de Justiça

MIRIAM TERESA CARDOSO MACHADO

LUÍZ FAUSTO DIAS DE VALOIS SANTOS

4ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DOS DIREITOS DO CIDADÃO COM FUNÇÕES RELATIVAS À DEFESA DO ACIDENTADO DO TRABALHO, IDOSO, DEFICIENTE E DIREITOS HUMANOS EM GERAL

Promotora de Justiça

BERENICE ANDRADE DE MELO

5ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DOS DIREITOS DO CIDADÃO COM FUNÇÕES RELATIVAS AO MEIO AMBIENTE, URBANISMO, PATRIMÔNIO SOCIAL, CULTURAL E CONTROLE E FISCALIZAÇÃO DO TERCEIRO SETOR

Promotores de Justiça

ANA PAULA MACHADO MENESES

AUGUSTO CESAR LEITE DE RESENDE

GILTON FEITOSA CONCEIÇÃO

6ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DOS DIREITOS DO CIDADÃO COM FUNÇÕES RELATIVAS À DEFESA DOS DIREITOS À EDUCAÇÃO

Promotores de Justiça

ORLANDO ROCHA DEL MOREIRA

LUÍZ FAUSTO DIAS DE VALOIS SANTOS

PROGRAMA DE DEFESA COMUNITÁRIA

Promotor de Justiça EDUARDO ANTÔNIO SEABRA

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

Promotora de Justiça ADÉLIA MOREIRA PESSOA

Promotor de Justiça JORGE MURILO SELXAS 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 UNGAR

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 SELXAS 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

*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

2º Promotor de Justiça Criminal (2ª Vara Criminal)
AUGUSTO CÉSAR LOBÃO MOREIRA

3º Promotor de Justiça Criminal (3ª Vara Criminal)
FÉLIX CARBALLAL SILVA

4º Promotor de Justiça Criminal (4ª Vara Criminal)
PAULO LIMA DE SANTANA

5º Promotor de Justiça Criminal (9ª Vara Criminal)
GLÁUCIA QUEIROZ DE MORAIS

6º Promotor de Justiça Criminal (11ª Vara Criminal)
JOSÉ ELIAS PINHO DE OLIVEIRA

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

2º Promotor de Justiça do Tribunal do Júri (8ª Vara Criminal)
JOSÉ RONY SILVA ALMEIDA

3º Promotor de Justiça do Tribunal do Júri (5ª Vara Criminal)
ROGÉRIO FERREIRA DA SILVA

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

3º Promotor de Justiça Especial
(JESP CÍVEL E CRIMINAL – SANTA MARIA)
ODIL SILVA OLIVEIRA

COMARCAS DO INTERIORE DE ENTRÂNCIA FINAL

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)

FRANCISCO JOSÉ DE OLIVEIRA GOIS

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

PRÓPRIA

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

13 ^{2º}
Prom. Jus

COMARCAS DO INTERIOR DE ENTRÂNCIA INICIAL

AQUIDABÃ

Promotor de Justiça
VAGO

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

FREIPAULO

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***Promotor de Justiça***VAGO****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***LÚCIO JOSÉ CARDOSO BARRETO LIMA****POÇO REDONDO***Promotor de Justiça***EDYLENO ÍTALO SANTOS SODRÉ**

PORTO DA FOLHA

Promotora 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

RENATO VIEIRA DANTAS BERNARDES

24 Pontas
15

PROMOTORES DE JUSTIÇA SUBSTITUTOS

Promotora de Justiça Substituta
TATIANA SOUTO QUIRINO

Promotora de Justiça Substituta
MARIA RITA MACHADO FIGUEIRÊDO

Promotora de Justiça Substituta
ALESSANDRA PEDRAL DE SANTANA

Promotora de Justiça Substituta
CLÁUDIA VIRGÍNIA OLIVER DE SÁ

Promotora de Justiça Substituta
MÔNICA ANTUNES ROCHA RIGO DA SILVA

Promotor de Justiça Substituto
IURI MARCEL MENEZES BORGES

Promotor de Justiça Substituto
SOLANO LÚCIO DE OLIVEIRA SILVA

Promotor de Justiça Substituto
RAIMUNDO BISPO FILHO

Promotora de Justiça Substituta
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
PEDRO IROITO DÓRIA LEÓ*

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 PELXOTO ARAÚJO*

APRESENTAÇÃO

Com grande satisfação lançamos à comunidade jurídica mais um número da Revista do Ministério Público de Sergipe.

Este veículo se caracteriza como um espaço de divulgação e debate dos trabalhos produzidos no dia-a-dia da atividade funcional, além daqueles resultantes de estudos especializados sobre os mais diversos temas do Direito.

Dando continuidade à política de estímulo e difusão da produção científica entre os membros e servidores do Ministério Público, apresentamos os arrazoados premiados na edição 2008 do Concurso Melhores Arrazoados Forenses e Jurídicos.

Questões jurídicas relevantes são abordadas nos pareceres dos Procuradores de Justiça e nas peças promotoriais que integram este número.

Na seção de artigos doutrinários, inclusive contando com contribuição estrangeira, nossos colaboradores expõem suas teses e suscitam análises críticas sobre os temas explorados.

Destacamos os pronunciamentos proferidos em ocasiões solenes e os seus registros detêm a função de sempre retratar aquele determinado momento histórico, preservando a memória institucional.

A Ouvidoria do Ministério Público de Sergipe, criada em 2006 para ser um canal de comunicação com a sociedade, divulga os dados estatísticos em razão do encerramento do mandato do primeiro Ouvidor.

Agradecemos a todos que contribuíram para mais um lançamento da Revista do Ministério Público de Sergipe, com especial menção aos integrantes do conselho editorial.

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

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	23
PRÊMIO MELHOR ARRAZOADO JURÍDICO 2008	29
ANÁLISE COMPARATIVA DAS PENAS ALTERNATIVAS NO DIREITO PORTUGUÊS E BRASILEIRO Verônica Lazar Amado	31
A VALIDADE DOS ATOS DE POLÍCIA JUDICIÁRIA PRATICADOS PELA POLÍCIA MILITAR Adson Alberto Cardoso de Carvalho	51
DA APARENTE CRISE ENTRE O SISTEMA DE NULIDADES DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E O PRINCÍPIO DISPOSITIVO DO PROCESSO CIVIL Diogo Henrique Pereira Montalvão	69
PRÊMIO MELHOR ARRAZOADO FORENSE 2008	87
AÇÃO CIVIL PÚBLICA : VISANDO O RECONHECIMENTO DO VA- LOR CULTURAL DA IGREJA SÃO SALVADOR Augusto César Leite de Rezende	89
AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE C/C ANULAÇÃO DE REGIS- TRO CIVIL E EXONERAÇÃO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA Lenilde Nascimento Araújo	103
RECURSO ELEITORAL CRIMINAL Sandro Luiz da Costa	107
ARTIGOS	129
A FRATERNIDADE COMO CATEGORIA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL Carlos Augusto Alcântara Machado	131
GILBERTO AMADO - A SORBONNE E A ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - Darcilo Melo Costa	153

INCONSISTÊNCIAS DO PROJETO DE TRANSPOSIÇÃO DAS ÁGUAS DO RIO SÃO FRANCISCO Eduardo Lima de Matos Luciana Khoury	159
PONDERAÇÕES SOBRE INFRAÇÕES E SANÇÕES ADMINISTRATIVAS NO ÂMBITO DAS LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Rita Tourinho	167
PRISÃO CIVIL COMO MEDIDA COERCITIVA INOMINADA: CONSTITUCIONALIDADE E CABIMENTO DO INSTITUTO PREVISTO NO ART. 461, §5, DO CPC Allana Rachel Monteiro Batista Soares Costa	183
INOVAÇÕES DO PROCESSO PENAL: COMENTÁRIOS À LEI FE- DERAL N. 11.719, DE 20 DE JUNHO DE 2008 Renê Erba	193
CRIMINALIDADE E GLOBALIZAÇÃO Verônica Lazar Amado	215
LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN LA REPUBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY Prof. Dr. Ruben Flores Dapkevicius	221
RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E DO PARTICULAR FRENTE AO LICENCIAMENTO AMBIENTAL E À SOCIALIZAÇÃO DO DANO AO AMBIENTE Luciana Duarte Sobral Menezes	267
CONJUGAÇÃO DE LEIS PENAIIS EM BENEFÍCIO DO RÉU DIAN- TE DAS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI Nº 11.343/2006. Maria Alice Alves Santos Melo	283
POSSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO DE OFÍCIO PELO JUIZ NO PROCESSO CIVIL (ART. 219, §5º DO CPC) Patrícia Cunha B. de Carvalho	295

PEÇAS JURÍDICAS	303
REPARAÇÃO DE DANOS Pedro Iroito Dória Leó	305
LEGITIMIDADE RECURSAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO Pedro Iroito Dória Leó	309
PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO - RECLASSIFICAÇÃO DE PROMOTORES DE JUSTIÇA DE PRIMEIRA ENTRÂNCIA Maria Luiza Vieira Cruz	311
LIMITAÇÃO DOS EFEITOS DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA À CIRCUNSCRIÇÃO TERRITORIAL DO ÓRGÃO PROLATOR José Luiz Melo	319
APLICABILIDADE DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA AOS AGENTES POLÍTICOS José Luiz Melo	325
FILIAÇÃO SÓCIO AFETIVA Josenias França do Nascimento	335
AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE Ana Paula Machado Costa Meneses	343
AÇÃO CIVIL PÚBLICA – TERCEIRIZAÇÃO DE OFERECIMEN- TO DE SERVIÇOS DE SAÚDE Alonso Gomes Campos Filho	351
APELAÇÃO – EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS – PESSOA COM DEFICIÊNCIA Ana Galgane Paes	367
MEDIDA CAUTELAR PREPARATÓRIA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE Alex Maia E. de Oliveira	373

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - NULIDADE DE ATOS E DECRETOS QUE CONCEDEM GRATIFICAÇÕES LESIVAS AO PATRIMÔNIO PÚBLICO José Lucas da Silva Gois	393
DISCURSOS	401
DISCURSO DA PROCURADORA-GERAL DE JUSTIÇA NA SOLENIDADE DE POSSE DA DESEMBARGADORA MARIA APARECIDA GAMA DA SILVA Maria Cristina da Gama e Silva Foz Mendonça	403
DISCURSO DA PROCURADORA-GERAL DE JUSTIÇA NA SOLENIDADE DE POSSE DO DESEMBARGADOR NETÔNIO MACHADO Maria Cristina da Gama e Silva Foz Mendonça	409
DISCURSO DA PROCURADORA-GERAL DE JUSTIÇA NA SOLE- NIDADE DE POSSE DO DESEMBARGADOR EDSON ULISSES DE MELO Maria Cristina da Gama e Silva Foz Mendonça	413
DISCURSO DO PROCURADOR DE JUSTIÇA JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA FILHO NA DESPEDIDA DO PROCURADOR DE JUSTIÇA PEDRO IROITO DÓRIA LEÓ A CASA CONTINUA SUA - José Carlos de Oliveira Filho	419
DISCURSO DA PROCURADORA-GERAL DE JUSTIÇA NA SOLENIDADE DE POSSE DA DESEMBARGADORA SUZANA MARIA CARVALHO OLIVEIRA Maria Cristina da Gama e Silva Foz Mendonça	423
PRONUNCIAMENTO DE ABERTURA DO I WORKSHOP SOBRE INCLUSÃO E ACESSIBILIDADE - PESSOA COM DEFICIÊNCIA Rodomarques Nascimento	427
RELATÓRIO DA OUVIDORIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO	431

**PRÊMIO
MELHOR ARRAZOADO JURÍDICO
2008**

ANÁLISE COMPARATIVA DAS PENAS ALTERNATIVAS NO DIREITO PORTUGUÊS E BRASILEIRO*

Verônica Lazar Amado**

Sumário: Introdução I – AS GRANDES LINHAS DA REFORMA PENAL NO CAMPO PUNITIVO. II - SISTEMA PENAL ALTERNATIVO. NOTAS INTRODUTÓRIAS 2.1 Algumas notas sobre penas alternativas no direito comparado. III. AS PENAS ALTERNATIVAS NA REFORMA PENAL PORTUGUESA 3.1 Do Código Penal de 1982 ao Código Penal de 1995 3.2 Revisão do Código Penal de 1995 3.3. Revisão do Código Penal pela Lei nº. 59/2007 IV. O CONTEXTO BRASILEIRO DE ALTERNATIVAS À PRISÃO 4.1 Considerações Iniciais 4.2 Reforma da parte geral de 1984 V. QUESTÕES MERECEDORAS DE AVALIAÇÕES CRÍTICAS 5.1. Primeira: a conversão da pena de multa em prisão na legislação penal portuguesa 5.2. Segunda: Aceitação do condenado como condição para a PTFC. CONSIDERAÇÕES FINAIS

INTRODUÇÃO

O movimento de reforma penal em Portugal, iniciou-se na década de sessenta com a introdução de novas idéias em decorrência da evolução das concepções da política criminal centradas na firmeza inabalável de que o direito penal constitui a *ultima ratio* da política social, e, consequentemente, de que a intervenção penal deve submeter-se ao princípio político-criminal primário da menor intervenção possível, culminado com a entrada em vigor do Código Penal português de 1982, oriundo dos projetos de autoria de Eduardo Correia.

Na esteira desse movimento reformista, em 1975 entraram em vigor novos códigos penais na Alemanha e na Áustria. Na Suíça em 1986, na Espanha o Código de 1995 reformulou a matéria referente às reações criminais e, na Itália, foi publicada uma lei em 1981 reformulando o sistema das penas.

No Brasil, desde 1963, por incumbência do governo federal, o penalista Nelson Hungria apresentava um anteprojeto de sua autoria ligando-se à reforma da legislação penal. No entanto, somente em 1984, através da Lei 7.209 de 13.07 foi alterada a parte geral do Código Penal, fruto do trabalho de uma comissão presidida por Francisco de Assis Toledo.

*Prêmio Melhor Arrazoado Jurídico- 2008. categoria Membro do Ministério Público – 1º lugar

** Promotora de Justiça das Execuções Criminais, atuando perante a Vara de Execuções das Medidas e Penas Alternativas (VEMPA), Mestranda em Ciências Jurídico-Criminais na Universidade de Lisboa, Professora Universitária.

O presente trabalho pretende analisar comparativamente o instituto jurídico das penas substitutivas nas legislações penais portuguesa e brasileira à luz dos princípios norteadores da reforma penal.

O estudo comparado dos dois institutos punitivos requer do comparatista duas ordens de problemas: o que se compara (objeto da comparação) e como se compara (processo de comparação)¹.

Circunscrevemos o âmbito das comparações aos seguintes elementos: princípios vetores; classificação das penas substitutivas; critérios legais de substituição e conversão e, por último, uma avaliação crítica dos dois sistemas penais alternativos em termos de aplicabilidade e coerência aos vetores comuns do movimento de reforma, quais sejam: restrição da pena de prisão, luta contra a pena de prisão de curta duração, ampliação das penas não detentivas, limitação dos efeitos estigmatizantes e criminógenos das sanções penais.

Ressalvamos que não foi objeto de avaliação o índice de reincidência entre os condenados a penas alternativas em nível nacional em face da dificuldade em encontrar dados confiáveis, além da inexistência no Brasil de um sistema central de controle de processos que abranjam todos os estados brasileiros.

Por outro lado, o conhecimento desses números se faz relevante essencialmente na medida em que fosse possível confrontá-los com os índices de reincidência entre os condenados a penas privativas de liberdade, também em termos nacionais. No entanto, não obstante se propague a existência de altíssimas taxas de reincidência no que se refere à pena de prisão, que ora estariam próximas de 70%, ora alcançariam 80% fato é que, até a presente data, não se registra qualquer estudo quantitativo que tenha sido realizado em todo o país ou com alguma representatividade, de modo a ser desconhecido o verdadeiro índice de reincidência de indivíduos que cumpriram pena de prisão. Inexiste, da mesma forma, um sistema de dados integrado entre as diferentes instâncias de poder que produza, de forma contínua, essa informação.

I AS GRANDES LINHAS DA REFORMA PENAL NO CAMPO PUNITIVO

A partir das matrizes comuns ao movimento de reforma no plano nacional e internacional, o novo código penal português, como não poderia deixar de ser, está afinado com as normas da Lei fundamental. Daí que as restrições às liberdades e garantias fundamentais dos indivíduos que esse direito comporta, hão de ter sempre um fundamento constitucional e, portanto, limitar-se ao necessário para salvaguardar direitos constitucionalmente protegidos (art. 18, nº. 2).

¹ ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Direito Comparado: ensino e método*. Lisboa: Edições Cosmos, 2000.

Em tema de aplicação das sanções criminais, evidenciam-se três proposições político-criminais fundamentais. A primeira proposição tem o seguinte teor: um direito penal de tutela subsidiária de bens jurídicos, segundo a qual o Estado é instância legítima para assegurar as condições de vida em comunidade, mas é instância ilegítima para impor a cada cidadão uma ideologia ou qualquer moral². A segunda proposição³ diz o seguinte: não há pena sem culpa e a medida da pena não pode ultrapassar a medida da culpa. A pena ganha assim uma função de limite, ou seja, uma função de proteção das liberdades e das garantias da pessoa em face de possíveis arbtrios e excessos da intervenção punitiva estatal.

Em nome da eminente dignidade da pessoa humana, segue-se uma terceira proposição político-criminal fundamental: a pena deve cumprir, em toda a medida possível, uma função positiva de (re)socialização do delinqüente. Só uma pena cuja aplicação e execução possuam conteúdo pessoal e socialmente positivo, direcionada à prevenção da reincidência pode ser aceita e reconhecida.

No domínio da penologia, o sistema punitivo revela, no nosso entender, grande progresso e modernidade à medida que foram reforçados os princípios político-criminais da necessidade, da proporcionalidade e da subsidiariedade da pena de prisão⁴.

O novo sistema, no que é acompanhado pelos sistemas punitivos de direito comparado, entende que não é possível prescindir das penas privativas de liberdade. Entretanto, são elas alçadas a *ultima ratio* dos sistemas punitivos. Embora considerada como um mal necessário buscou-se reduzir ao máximo os seus males. E o primeiro passo foi estabelecer os seus limites mínimos e máximos (art. 41 do CP).

II. SISTEMA PENAL ALTERNATIVO. NOTAS INTRODUTÓRIAS

As penas e medidas alternativas ganharam relevo a partir da segunda metade do século passado. No plano internacional tem sido uma preocupação constante da ONU a redução do uso da prisão por meio de um eficiente programa de penas e medidas alternativas.

² Contra essa proposição se vem defendendo uma função promocional do direito penal diante da caracterização da sociedade contemporânea como sociedade do risco, de modo a justificar o direito penal como instrumento de governo, como meio de realização da política estadual. A respeito do tema, a interessante análise de Paulo Silva Fernandes. *Globalização, "Sociedade de Risco" e o Futuro do Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2001.

³ Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Oportunidade e Sentido da Revisão do Código Penal Português*. In: Jornadas de Direito Criminal. Revisão do Código Penal. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários. pp. 15-37.

⁴ A propósito Eduardo Correia desenvolve os pressupostos fundamentais das reações criminais nos *Estudos sobre a reforma do Direito Penal de 1974*. In: Revista de Legislação e Jurisprudência. Anos 118° (1986), p. 353-356 e 119° (1986), pp. 5-8.

No 6º Congresso das Nações Unidas expediu-se a Resolução 8 e no 7º Congresso a Resolução 16 encarecendo-se a necessidade de oportunizar soluções alternativas à prisão com o escopo de reinserção social dos delinquentes⁵. Neste último conclave, recomendou-se a adoção das Regras Mínimas sobre penas alternativas, que ocorreu em dezembro de 1990, pela Resolução 45/110, da Assembléia Geral, acolhendo-se a recomendação de denominá-las “Regras de Tóquio”, cujo objetivo fundamental é “promover o emprego de medidas não privativas de liberdade”.

De todos os mecanismos mencionados para reduzir o uso da prisão (desarcerização), ou seja, a utilização das sanções alternativas, paradoxalmente o mais utilizado, resultou para alguns autores ser também o mais problemático para conseguir tal redução. Essa dificuldade está fundamentada no fato de que normalmente os sistemas penais que recorrem às alternativas, costumam usar a pena privativa de liberdade como forma de garantir o cumprimento destas.

No mesmo sentido desse paradoxo, o desenvolvimento de alternativas distintas da detenção fomentou um processo de extensão da rede penal. Há argumentos de que a proliferação de demandas não detentivas havia inadvertidamente conduzido mais delinquentes ao sistema de justiça criminal. No entanto, a introdução de uma camada que se supunha serem sanções mais benignas e humanitárias foi o que encaminhou mais indivíduos à rede de controle social, com o resultado de que muitos infratores menores fossem etiquetados como criminais e, portanto, ratificados conforme seu desvio. Também que a circulação de delinquentes entre as diversas alternativas criou uma situação na qual muitos deles estavam sendo desviados (dentro) do mesmo sistema, mais que fora dele.

Desse modo, esse novo método de condução, não possui mecanismos de reabilitar, reformar ou confrontar os valores do delinquente, senão que mais que simplesmente pretende monitorar seus movimentos e vigiar suas atitudes⁷.

A partir dos anos oitenta do século passado se pôde presenciar uma “nova cultura do controle sobre o delito”, instituído através de determinadas transformações políticas que inverteram os papéis e instituíram novas medidas de intolerância⁸.

⁵ Cf. APOLINÁRIO, Marcelo Nunes. “As penas alternativas entre o direito mínimo e máximo” [On line]. Observatorio de la Economía Latinoamericana. Disponível em <http://www.eumed.net/cursecon/ecolat/bri/07/mna.htm>. Acesso em 24.03.2008.

⁶ As Regras de Tóquio foram traduzidas por Damásio de Jesus em trabalho publicado pelas edições Paloma.

⁷ Cf. MATTHEWS, Roger. *Pagando Tiempo. Una introducción a la sociología del encarcelamiento* (trad. por Alejandro Piombo). Barcelona: Bellaterra, 2003.

⁸ Dentre essas medidas, pode-se citar algumas como a *windows Broken*, *Zero Tolerance*, *Justice Model*, *Law and Order* e *Three Strikes and you are out*. Todas essas medidas fazem parte da cultura norte-americana sobre o controle do delito e que de forma gradativa vai ganhando mais adeptos no mundo todo. Sobre um estudo mais específico nesse tema: GARLAND. *La cultura del control*; J. YOUNG. *A Sociedade Excludente*; WACQUANT. *As prisões da miséria*, entre outros.

A nova onda de “castigos comunitários”⁹ reforça a idéia de eficácia através de um maior grau de exigência do infrator e um controle mais rígido sobre o descumprimento da pena não detentiva com a constante ameaça do castigo com pena de prisão. Isto sucede na Inglaterra, mais é também visível nos Estados Unidos onde as infrações às regras de conduta que acompanham a pena alternativa se punem com pena de prisão.

A maneira manipuladora de caráter pragmático que os Estados implementaram tais medidas, gerou certa desconfiança e incerteza na condicionante de sua eficácia em nossos contextos sociais. Uma das conseqüências é atribuída ao fato de que ademais de conter a superpopulação carcerária, contribuíram com a afirmação de um sistema penal muito mais planejado, onde as estruturas de controle apresentam uma magnitude complexa e resultados completamente inesperados.

2.1 ALGUMAS NOTAS SOBRE PENAS ALTERNATIVAS NO DIREITO COMPARADO

Os países de língua alemã caracterizam-se pelo privilégio concedido à multa como substitutiva da pena de curta duração. A reforma alemã ao contrário da austríaca eliminou radicalmente as penas de prisão inferiores a um mês, centrando na multa o principal instrumento de luta contra a pena de prisão breve.

O reformador alemão de 1975 destinou um papel secundário à suspensão condicional da pena nas condenações não superiores a um ano (§56 ss. dStGB), admitindo em casos excepcionais a suspensão nas penas que não excedam dois anos. Segundo a jurisprudência, a suspensão condicional seria uma modalidade de execução da pena, uma espécie de “execução ambulante”¹⁰.

A prestação de trabalho de utilidade pública é prevista não como pena autônoma, mas como uma das condições (encargos) impostas ao condenado por ocasião da suspensão. Na opinião prevalente da doutrina essas obrigações de caráter sancionatório (retributivo para alguns) são configuradas como meros instrumentos substitutos da detenção suspensa em relação à necessidade social de compensação pela ilegalidade cometida.

O ordenamento jurídico da Inglaterra foi pioneiro na experiência internacional pela implantação do “*community service order*”, um modelo de trabalho

⁹ Sobre as novas tendências das penas alternativas e uma crítica ao populismo punitivo ver de forma mais extensa LARRAURI, Elena, “*Nuevas tendencias en las penas alternativas*”. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais* n° 53, mar.-abril, São Paulo, 2005, pp. 66-84.

¹⁰ Cf. DOLCINI, Emilio; PALIERO, C. Enrico. *Il Cárcere há alternative? Le sanzioni sostitutive della detenzione breve nell'esperienza europea*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1989.

não remunerado com a grande vantagem de servir como pena e, ao mesmo tempo, ser um tratamento de readaptação social¹¹.

A França comparativamente a Inglaterra teve uma implementação bastante tardia da pena de prestação de serviço à comunidade. A medida foi introduzida a partir de um de janeiro de 1984 em uma dupla forma: como pena substitutiva e como obrigação especial no quadro de suspensão da execução da pena¹², semelhantemente ao Brasil, que também adotou a PSC como condição obrigatória a ser cumprida pelo condenado no primeiro ano de suspensão (art. 78 do CP).

A reforma sancionatória francesa, aprovada em 1975, orientada a reduzir o uso das penas de curta duração, adotou uma solução típica das interdições utilizadas como sanções autônomas da pena de prisão, através de uma cláusula geral que permite ao juiz aplicar qualquer tipo de pena complementar ou acessória cominada em lei. Num segundo momento, indicado pela lei 83-466149, de 10 de junho de 1983, a política sancionatória francesa introduziu outras sanções alternativas à prisão de curta duração: multa, trabalho livre, a confiscação do veículo, a sua imobilização, confisco da arma, etc.¹³.

O atual regime de prestação de serviços à comunidade foi introduzido na Itália com a Lei 689, de 24.11.1981. Ela se insere como uma pena substitutiva da pena pecuniária quando o condenado não pode arcar com o pagamento da pena de multa dada a impossibilidade de conversão da pena pecuniária em privativa de liberdade.

As sanções alternativas à detenção após a reforma de 1981 são essencialmente a semi-detenção (para penas não superiores a seis meses), a liberdade controlada (para penas não superiores a três meses) e a multa (para penas de prisão não superior a um mês)¹⁴.

As etapas de evolução do sistema sancionatório italiano podem ser sintetizadas em três fases: racionalidade retributiva (1931), solidariedade reeducativa (1975) e utilidade política (1986). Percebe-se que a evolução do sistema de medidas alternativas na Itália está relacionada, por um lado, com a expansão da criminalidade organizada (terrorista e depois da mafiosa) e por outro, com o grau de colaboração útil dos condenados com as autoridades inquiridoras¹⁵.

¹¹ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR. *Teoria da Pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 170.

¹² Cf. SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR. *Teoria da Pena...* Op. cit. p. 171.

¹³ Cf. DOLCINI, Emilio; PALIERO, C. Enrico. *Il Cárcere há alternative?... Op. cit...* p.

¹⁴ Cf. PALAZZO, Francesco C. "*La Recente Legislazione Penale*". 2. ed., Padova: CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Milani. 1982.

¹⁵ Sobre as razões do insucesso das penas de substituição na Itália ver, especialmente, Francesco Palazzo, *A Evolução do Sistema Sancionatório em Itália*. (trad. por Cláudia dos Santos). In: *Revista Portuguesa da Ciência Criminal*. Ano 6. Coimbra: Coimbra Editora, jan. - mar., 1996, pp. 45-59.

A reforma do sistema de penas operada pelo novo Código Espanhol de 1995 é, segundo reconhece a exposição de motivos, a novidade mais significativa cujas penas restritivas de direitos podem sistematizar-se em quatro grupos¹⁶: a) as que se referem ao emprego ou cargo público; b) inabilitações especiais; c) penas privativas de outros direitos; e por último os trabalhos em benefício da comunidade.

Este quadro demonstra que o movimento internacional de reforma penal teve como um dos pontos fortes a revisão do papel assumido pela pena de prisão, com a consequente formulação do princípio da *extrema ratio*.

III AS PENAS ALTERNATIVAS NA REFORMA PENAL PORTUGUESA

3.1 Do Código Penal de 1982 ao Código Penal de 1995

O Código Penal de 1982 simplificou a escala das penas distinguindo entre as penas principais e as penas acessórias. São penas principais: a pena de prisão com duração mínima de um mês e a máxima de 20 anos e a pena de multa fixada em dias-multa.

Ao lado dessas, constava do catálogo de sanções a pena de substituição estreitamente vinculada ao problema da escolha da pena aplicava, ainda que de forma limitada, para penas de prisão não superior a três meses. Permanecendo, no entanto, a pena de prisão como esteio fundamental do sistema punitivo legal¹⁷.

As penas acessórias contempladas são aquelas que só podem ser cominadas conjuntamente com uma pena principal e são: a demissão e suspensão temporária da função pública e a interdição ou perda de direitos civis, profissionais e políticos (art. 65º e ss.).

Como corolário da idéia de luta contra as penas de prisão de curta duração, o diploma penal estatuiu que a privação da liberdade concreta pudesse ser substituída por prisão por dias livres (art. 44º). Podia ainda a pena de prisão aplicar-se em regime de semi-detenção (art. 45º), e se não for superior a seis meses, ser substituída por pena de multa (art. 43º).

Acrescente-se que a pena privativa de liberdade não superior a três anos podia ser suspensa, substituída pelo regime de prova, pela admoestação e até, em certos limites, pela prestação de trabalho a favor da comunidade (art. 60º).

¹⁶ Uma análise mais detalhada desses grupos foi feita por Mara Cocepción Molina Blázquez. *El Sistema de Penas Del Código Penal de 1955*. In: *Boletín de Información*. Ano LI.

¹⁷ Cf. FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. *Lições de Direito Penal: parte geral*, Lisboa: Editorial Verbo, 1989.

Por outro lado, as penas privativas de liberdade devem substituir-se por penas não privativas de liberdade¹⁸, ou seja, por penas não institucionais sempre que possível, no âmbito de uma penologia diferenciada, como recomenda o Conselho da Europa (art. 71º).

Certo que o modelo punitivo consagrado no Código Penal de 1982 estava amparado nas idéias de direito ou da Constituição que são referências meta jurídicas que lhe dão validade. Logo, idéias de humanidade, de flexibilidade das penas, necessidade e ressocialização nortearam o legislador de modo a evitar, ao menos, a reincidência, como se deduz da lei sobre execução das penas. Problemática que foi largamente planificada pelo serviço de reinserção social, regulado pelo Dec-Lei nº. 319/82.

3.2 Revisão do Código Penal de 1995

O novo texto do Código Penal introduziu algumas alterações reformadoras procurando reforçar a eficácia sancionatória das medidas alternativas à pena de prisão de modo a lhes dar maior credibilidade.

Extraí-se da nova redação do art. 40º que a escolha da pena será feita em razão das finalidades da punição: proteção de bens jurídicos e reintegração do agente na sociedade¹⁹.

A finalidade da pena, na concepção de Hassemer, deve ser caracterizada como prevenção geral positiva já que a pena é reação estatal perante fatos puníveis²⁰, aprofundando a consciência dos valores jurídicos por parte dos cidadãos.

A função da pena e, portanto, do próprio direito penal é a de proteção de bens jurídicos através da prevenção geral (positiva e negativa) e prevenção especial.

É expressamente atribuída à culpa uma função na determinação da medida da pena (arts. 40º, nº. 2, e 70º do Código Penal)²¹. Ou seja, não se pode, por razões preventivas, aplicar uma pena desproporcional à da culpa do agente.

Acrescente-se que foi atribuído à pena de multa um papel relevante na opção político-criminal pelas medidas sancionatórias não detentivas, além de agravar as penalidades no âmbito dos crimes contra a pessoa.

¹⁸ Ver a contradição apontada entre o ideal despenalizador e a real concretude das penas de substituição por Manuel Cavaleiro de Ferreira, *Lições de Direito Penal...*, *Op.cit.*, pp. 55-56.

¹⁹ Nesse sentido, o projeto alternativo alemão propôs em seu § 2º: "As penas e medidas de segurança servem para a proteção dos bens jurídicos e para a reintegração do autor na comunidade jurídica".

²⁰ Cf. HASSEMER, Winfried, *Fines de la pena en el derecho penal de orientación científico-social. Derecho Penal y ciencias sociales*. Barcelona: Santiago Mir, 1982.

²¹ Cf. PALMA, Maria Fernanda. *As alterações reformadoras da parte geral do código penal: desmantelamento, reforço e paralisia da sociedade punitiva*. In: Casos e materiais de direito penal, 3. ed., Coimbra: Almedina, 2004, p. 33.

A pena de multa é tratada como pena principal alternativa à pena de prisão num grande número de tipos legais com a introdução do regime de pena subsidiária (art. 49º). Desapareceram as penas mistas de prisão e multa e foi suprimida a condenação em prisão alternativa sempre que seja aplicada uma multa.

As principais alterações foram as seguintes:

- a) O não cumprimento da multa importa o cumprimento de prisão subsidiária reduzida a 2/3. A substituição da multa por prestação de trabalho depende de requerimento do condenado (art. 48º).
- b) A conversão da multa verifica-se mesmo que o crime não seja punível com prisão (art. 49º).
- c) A conversão da pena de prestação de trabalho a favor da comunidade em prisão em caso de incumprimento substituindo o regime previsto na versão de 1982 que previa a condenação na pena de desobediência.
- d) Intensificação da efetividade punitiva mediante o aumento das possibilidades da imposição de deveres por ocasião da suspensão da execução da pena de prisão, inclusive com regime de prova (art. 50º e ss.).
- e) Reforço da preferência pelas medidas não privativas de liberdade à pena de prisão até seis meses (art. 44º).
- f) Deixa de haver suspensão da pena de multa em geral, no momento da condenação.

Extrai-se da Revisão de 1995 do Código Penal de 1982 a consagração da concepção preventivo-ética da pena²² ao colocar no art. 40º, dedicado às consequências jurídicas do crime, as finalidades da pena como exclusivamente preventivas, desempenhando a culpa somente o papel de pressuposto e limite máximo da pena.

3.3 Revisão do Código Penal pela Lei n.º. 59/2007

Inspirando-se em dificuldades experimentadas na aplicação da lei penal e na emergência de novos fenómenos criminais a recente revisão operada no Código Penal português procura fortalecer a defesa dos bens jurídicos, sem nunca esquecer que o direito penal constitui a *ultima ratio* da política criminal do Estado.

Assim, conforme consta da exposição de motivos, entre as suas principais orientações, destacam-se: a consagração da responsabilidade penal das

²² Cf. CARVALHO, Américo A. Taipa de. *Direito penal - parte geral: questões fundamentais*, Porto: Universidades Católicas Lusitana, 2003, p. 79.

pessoas coletivas, tida como indispensável para prevenir atividades especialmente danosas; a diversificação das sanções não privativas da liberdade, para adequar as penas aos crimes, promover a reintegração social dos condenados e evitar a reincidência; a resposta mais eficaz a fenômenos criminais graves, como o tráfico de pessoas, etc.

No Título III, que versa sobre as consequências jurídicas do crime, para tornar as sanções mais eficazes e promover a reintegração social dos condenados, prevêem-se novas penas substitutivas da pena de prisão e alarga-se o âmbito de aplicação das já existentes.

Assim, a prisão passa a poder ser executada em regime de permanência na habitação quando não exceder um ano e, em casos excepcionais (gravidez, idade, doença, deficiência, menor a cargo ou familiar ao cuidado), dois anos. A proibição de exercício de profissão, função ou atividade poderá substituir penas de prisão até três anos. O trabalho a favor da comunidade pode substituir doravante penas de prisão até dois anos e não apenas até um ano. Os restantes institutos - substituição por pena de multa, prisão por dias livres e regime de semi-detenção - passam a referir-se a penas de prisão até um ano.

Procurando ainda adequar a execução das sanções penais às correspondentes infrações e às necessidades de prevenção criminal, foi modificado o pressuposto formal da suspensão da pena alargando o seu campo de aplicação a penas de prisão até cinco anos, em vez do limite anterior de três anos. Todavia, impondo a aplicação obrigatória do regime de prova quando a pena de prisão suspensa exceder três anos.

IV. O CONTEXTO BRASILEIRO DE ALTERNATIVAS À PRISÃO

4.1 Considerações Iniciais.

A origem das sanções ditas alternativas se concretizaram em finais do século XIX, com as diversas discussões elaboradas nos Congressos Penitenciários Internacionais, quando GAROFALO e PRINS propuseram novas medidas para punir determinados delitos e delinquentes. Também, nesses congressos, debateram sobre os efeitos criminógenos que a pena privativa de liberdade de curta duração pode proporcionar a indivíduos que nela não mereciam permanecer.

No Brasil, somente na fase de transição da ditadura para a democracia política, ocorrida no início dos anos 80 do século passado, é que foi intensamente refletida a situação criminológica mundial a favor da necessidade de se adotar medidas punitivas mais adequadas à realidade social, num movimento que originou a Reforma Penal de 1984.

Ao analisar o projeto de reforma penal brasileiro é de se reconhecer que

o art. 59 do Código Penal ao explicitar que o juiz estabelecerá a pena para “reprovação e prevenção do crime” o legislador inequivocamente optou por uma concepção eclética da pena, em que esta possui a natureza retributiva e uma função preventiva²³. Por outro ângulo, os textos da lei penal (art. 59) e da lei de execução penal (art. 1º) incorporaram um dos postulados de Von Liszt, segundo o qual não se pode castigar sem necessidade, quando outras medidas de política social garantem uma suficiente proteção de bens jurídicos ou quando a pena seja político criminalmente inoperante.

Esses postulados estão explícitos na expressão “conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime” e implícitos no novo sistema de penas que enfatiza as sanções pecuniárias e restritivas de direitos.

4.2 Reforma da parte geral de 1984

O sistema de medidas punitivas ao fato ilícito foi o principal objeto da Reforma, que modificou a parte geral do Código Penal vigente desde 1940. A maior inovação dessa Reforma, que manteve a prisão como base do sistema penal, foi a eliminação do sistema binário e a implantação do sistema vicariante: pena ou medida de segurança. Ademais, introduziu as sanções restritivas de direitos como substitutivos da pena de prisão, com duração idêntica a da pena detentiva e dividida em penas de prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana, seguindo orientação despenalizadora: efeitos maléficos dos estabelecimentos prisionais e busca por novos mecanismos alternativos à prisão, restrita aos casos de reconhecida necessidade.

Essas penas eram aplicadas aos delitos dolosos cuja pena não ultrapassasse um ano e aos delitos culposos de modo geral. Para dotá-las de força coativa, previu-se duas circunstâncias em que haveria a conversão das penas restritivas de direitos em privativa de liberdade pelo tempo da pena aplicada.

A primeira está prevista no parágrafo 4º do art. 44 do CP, mencionando que a pena restritiva de direitos, quando descumprida injustificadamente, terá sua pena transformada em pena privativa de liberdade. No entanto, também é imprescindível ressaltar, que o indivíduo, caso não cumpra a pena substituída a ele determinada, terá direito ao contraditório e à ampla defesa, para demonstrar qualquer justificativa sobre o ato que impossibilitou o cumprimento efetivo da pena imposta anteriormente.

A segunda circunstância está prevista no parágrafo 5º (acrescentado pela Lei . 9.714/98) do mesmo artigo, onde sobrevivendo condenação a pena

²³ CASTILHO, Ela Wieklo Volkmer de. *Teorias Atuais da Pena e o Projeto de Reforma Penal Brasileiro*. In: Revista da Faculdade de Direito. Ano 22, n. 22. Curitiba, 1985, p.193.

privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidiria sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior.

O projeto revalorizava a pena de multa adotando o critério de dia-multa e o seu pagamento em parcelas mensais além de prever a sua conversão em prisão quando o condenado deixava de pagá-la ou frustrava a execução.

Mais tarde, a participação do Brasil no 9º Congresso da ONU, realizado em Viena, nos meses de maio e abril de 1995, muito contribuiu para a edição das Leis 9.099/1995 e 9.714/1998, pois foi nesta ocasião que a delegação que representava o país se comprometeu a estudar a possibilidade de ampliar as sanções alternativas no ordenamento jurídico brasileiro. A Lei 9.099/95²⁴, que produziu o que muitos consideram uma revolução no sistema de justiça criminal, popularizou as respostas penais alternativas à prisão, que até esse momento, gozavam de pouca utilidade e credibilidade pelos operadores do sistema de justiça criminal.

Essa lei, prevê um tratamento diferenciado para as infrações de menor potencial ofensivo – consideradas assim, aquelas com pena máxima cominada não superior a um ano²⁵, com possibilidade de conciliação entre as partes e transação com o Ministério Público, mediante a aprovação imediata da aplicação de uma pena restritiva de direitos ou multa, ou ainda, como nos casos dos países anglo-saxônicos, a suspensão condicional do processo. A partir da Lei 9.714/98, as penas restritivas de direito adquiriram caráter de sanções autônomas e substitutivas das penas privativas de liberdade, pelo mesmo período destas últimas²⁶.

No entanto, a introdução e ampliação das penas alternativas não implicou necessariamente uma diminuição da população carcerária brasileira segundo dados contidos no Levantamento Nacional sobre Execução de Penas Alternativas promovido pelo Ministério da Justiça, entre dezembro de 2004 e janeiro de 2006 em nove capitais brasileiras. O relatório²⁷ mostrou maior eficácia do sistema de penas alternativas nas cidades em que o Poder Judiciário implantou Vara de Execução de Penas Alternativas.

Isso porque o sistema punitivo alternativo apresenta algumas incoerências legais que dificultam a sua aplicabilidade, a exemplo da proibição da subs-

²⁴ Ver crítica de Maria Lúcia Karan à Lei 9.099/95 ao instituir uma modalidade antecipada de punição em *Juizados Criminais Especiais: A concretização antecipada do poder de punir*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004.

²⁵ Ver art. 2º da Lei 10.259/01 que criou os Juizados Especiais Criminais no âmbito da Justiça Federal e ampliou esse limite para dois anos.

²⁶ Por disposição expressa, o Código de Trânsito Brasileiro prevê a aplicação cumulativa de pena privativa de liberdade, restritiva de direitos e multa para os crimes tipificados nos arts. 306, 307 e 308 da Lei n. 9.503/97-CTB, o que implica em triplice punição pelos fatos incriminados.

²⁷ O relatório final de pesquisa realizado pelo Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente - ILANUD/Brasil está disponível no site www.mj.org.br

tuição para crimes cometidos com violência física ou moral. Além do que, o perfil dos crimes praticados pelos beneficiários das penas alternativas é diferente daqueles sujeitos à pena de prisão. Sem olvidar que grande parte dos juízes ainda resistem em efetuar a substituição de penas superiores a dois anos, em que pese o limite legal previsto para substituição ter passado a ser de quatro anos.

O atrelamento da substituição em relação aos crimes não violentos também findou por restringir a opção por penas alternativas, já que no crime de roubo, de grande incidência delitiva, ainda que o condenado receba uma pena compatível com a substituição e os requisitos subjetivos recomendem a não detenção, o juiz estará formalmente obstaculizado pela lei a realizá-la.

Antes do advento da Lei n.º 9.714/98, o Código Penal já contava com seis penas alternativas substitutivas. Com a nova lei, o quadro aumentou e, hoje, contamos com dez²⁸. Tais sanções visam a substituir a pena privativa de liberdade quando não superior a quatro anos (excluídos os crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa) ou, qualquer que seja a pena, quando o crime for culposo. Ressalta-se que o réu reincidente em crime doloso a princípio não terá o direito, bem como aquele cuja culpabilidade, os antecedentes, a conduta ou personalidade, os motivos e as circunstâncias não o indicarem.

A lei teve, dentre outros, os seguintes propósitos²⁹:

- 1) Diminuir a superlotação dos presídios, sem perder de vista a eficácia preventiva geral e especial da pena;
- 2) Reduzir os custos do sistema penitenciário;
- 3) Favorecer a ressocialização do autor do fato pelas vias alternativas, evitando-se o pernicioso contato carcerário, bem como a decorrente estigmatização;
- 4) Reduzir a reincidência;
- 5) Preservar, sempre que possível, os interesses da vítima.

Segundo grande parte da doutrina, essa lei retrata um movimento penal moderno, pois, ao aplicar uma punição ao infrator, reverteria sua conduta ilícita em reparação do dano causado à vítima ou à comunidade.

A medida de prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas apresenta-se como a mais relevante por ter um caráter pedagógico, permitindo adequar mais facilmente a sanção às condições pessoais do infrator, reforçando o sentimento de alteridade. Além disso, faz o infrator e os beneficiados sentirem a “justiça” em seu cotidiano, facilitando a reeducação no tratamento com as pessoas e agrega um certo caráter punitivo ao atingir exclusivamente o autor do fato, nas suas horas de lazer.

²⁸ Ver redação atual do art. 43 do diploma penal brasileiro que traz o rol de penas restritivas de direitos.

²⁹ Cf. GOMES, Luiz Flávio. *Penas e medidas alternativas a prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 96.

A limitação de fim de semana até hoje tem sido um fracasso³⁰ porque não existe casa do albergado na grande maioria das comarcas. Se de um lado é inegável a inexistência desses estabelecimentos penais (por falta de iniciativa do Executivo), de outro, grande parte da inoperosidade dessa pena deve-se ao próprio Judiciário, porque a lei faculta o seu cumprimento em outro estabelecimento adequado.

Por outro lado, as penas pecuniárias se mostram inadequadas quando a baixa renda dos apenados a torna ineficaz e a boa situação financeira a torna inócua. Ademais, não gera a percepção pela sociedade de que houve resposta do Estado; ao contrário, produz o sentimento de que “pagou para ficar livre”. A sua execução não é frutífera e a sua aplicação gera repulsa especial nos casos de agressão pessoal ou violência doméstica. Por tudo isso, a facilidade na sua fiscalização não pode ser motivo determinante para a sua utilização.

É fundamental ressaltar que após o advento da Lei n. 11.343/2006 (nova lei de drogas) restou proibida a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos no que concerne ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes. Exceção importante agora temos no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 (consumo pessoal de substância entorpecente), que contempla uma peculiar infração penal punida exclusivamente com penas não detentivas (advertência, prestação de serviços à comunidade e comparecimento a programa ou curso educativo).

V. Questões merecedoras de apreciações críticas

Primeira: a conversão da pena de multa em prisão na legislação penal portuguesa.

Em que pese a pena de multa atender às necessidades atuais de descaracterização, punindo o autor da infração penal com o pagamento de certa quantia em conformidade com a sua situação econômica e limites estabelecidos na lei penal, merece registro as críticas³¹ tecidas por Ferrajoli à pena de multa por considerá-la aberrante sob vários aspectos.

A pena de multa encontra-se prevista no art. 47º do Código Penal português como espécie de pena principal. O art. 49º prevê que em caso de não ser substituída a pena de multa por trabalho, o não pagamento implica na conversão em prisão subsidiária pelo tempo correspondente reduzido a dois terços,

³⁰ Cf. GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Direito Penal: parte geral*. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 811.

³¹ No seu entendimento, a pena de multa é, sobretudo, impessoal, que qualquer um pode saldar, de forma que resulta duplamente injusta: em relação ao réu, que não a quita e se subtrai, assim à pena; em relação à terceiro, amigo ou parente que paga e fica assim submetido a uma pena por um fato alheio. Ademais, a pena pecuniária é uma pena desigual porque recai de maneira diversamente aflictiva segundo o patrimônio, e, por conseguinte, é fonte de intoleráveis discriminações no plano substancial. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 334.

ainda que o crime não seja punível com prisão. A ameaça da prisão aqui adquire um efeito intimidador já que a execução da prisão pode ser suspensa quando o condenado paga a multa aplicada na sentença (art. 49º, 2).

Da mesma forma, dispõe a legislação penal portuguesa que haverá a conversão da pena de multa substituta da prisão em caso de inadimplemento injustificado (art. 43º, 2) de acordo com a pena aplicada na sentença condenatória.

Com a reforma penal que atribuiu à multa um âmbito de aplicação tão vasto seja como pena autónoma, alternativa e de substituição, a prisão sucedânea da multa não paga é político-criminalmente tão pouco desejável quanto irrenunciável, pondera Figueiredo Dias³².

Qual a razão da conversão em prisão tendo em vista os princípios vetores da reforma penal? Alegam alguns o reforço da eficácia sancionatória da pena de multa. A ameaça da prisão seria um forte elemento impulsor do cumprimento da pena pecuniária. Além disso, quando ocorresse o não pagamento por justa causa, a prisão subsidiária seria suspensa com a imposição de deveres ou regras de conduta. Portanto, a pena de multa só seria substituída por prisão em caso de descumprimento injustificado.

Ora, se a reforma do sistema punitivo teve como paradigma fundamental a concepção básica da pena privativa de liberdade como *ultima ratio* da política criminal, parece-nos uma incongruência apelar-se para a pena de prisão como substituto da pena de multa como se ela se mostrasse suficiente para promover a recuperação social do agente e atender às exigências da prevenção do crime (art. 71º).

A necessidade social aliada ao princípio da solidariedade ou sociabilidade, assumem um status constitucional onde vigora a cláusula do Estado de Direito social incumbindo-lhe um dever de ajuda e de solidariedade para com o condenado, proporcionando-lhe condições para prevenir a reincidência.

A conversão da pena de multa não produz nenhum efeito ressocializador porque a transforma em prisão de curta duração cujos efeitos criminógenos e estigmatizantes, já conhecidos, foram fortemente combatidos pelos ideários da reforma, principalmente em se tratando de criminalidade de baixa ofensividade.

O Código Penal brasileiro adotou, após a reforma de 1984, o sistema de dia-multa prevendo a possibilidade de conversão da pena de multa em privativa de liberdade. Com a alteração do art. 51 do CP pela Lei n. 9.268/96, a multa passou a ser considerada dívida de valor. E, de acordo com a Constituição Federal, ninguém pode ser preso por dívida, salvo em caso de inadimplemento voluntário de obrigação alimentícia e a do depositário infiel (art. 5º, inc. LXVII).

³² Para Figueiredo Dias por mais indesejável que se mostre o cumprimento de uma pena privativa de liberdade em vez de uma multa, tal pode tornar-se absolutamente indispensável para preservar a efetividade da pena de multa. *Direito Penal Português: parte geral. As consequências jurídicas do crime*. Coimbra: Coimbra Editora. 2005, p. 145.

O legislador brasileiro optou em considerar o não pagamento da pena de multa como dívida de valor passível de execução pela Fazenda Pública, nos termos da legislação fiscal. Assim, em nenhuma hipótese o não pagamento da pena de multa conduz a aplicação da pena de prisão. Tampouco a multa pode ser convertida em restritiva de direitos.

É forçoso reconhecer que somente os condenados pobres, que não tinham condições de pagar a pena de multa, é que viam as suas penas convertidas. A praxis na aplicação da pena de multa, sem observância dos critérios legais gerava sensações de impunidade e injustiça. O homem de classe média e alta conseguia efetuar o pagamento da pena de multa a fim de não vê-la convertida e mais uma vez, o condenado pobre insolvente invariavelmente tinha a sua pena convertida.

Por outro lado, quando o valor da multa fixado na sentença não excede determinado *quantum* estabelecido em lei³³, a Fazenda Pública, seja federal ou estadual, não tem interesse processual na execução - por questões de economicidade -, o que de fato enseja uma dispensa tácita do pagamento da multa aplicada aos condenados inadimplentes.

Devemos salientar que ainda não foi bem compreendida a técnica de aplicação da multa e a eficácia que tal pena pode ter como meio de repressão. Encontram-se sentenças em que não há proporção ou coerência entre o valor do dia-multa fixado e o número de dias pelo qual é multiplicado aquele valor. Se o juiz fixa o dia-multa no mínimo, não deve multiplicá-lo senão pelo número mínimo de dias, pois a fixação do dia-multa no mínimo há de significar que se trata de condenado de baixa renda ou que vive somente de salário; logo, a pena deve situar-se no mínimo.

Segunda: Aceitação do condenado como condição para a PTFC

A legislação penal portuguesa assim como a generalidade dos países como Inglaterra, Espanha, Itália e França, salvo a República Federal Alemã, em todas as modalidades, a prestação de trabalho a favor da comunidade só pode ser imposta mediante consentimento do arguido. Em alguns casos a lei exige a manifestação expressa da vontade (requerimento ou consentimento), noutros a lei atribui a faculdade de recusar.

O Código Penal alemão admite a prestação de trabalho a favor da comunidade como uma das condições impostas no caso de suspensão da pena. O §

³³ Cf. art. 1º. da Lei Estadual nº. 4.983, de 30 de setembro de 2003: "Independentemente de inscrição do débito de origem tributária na Dívida Ativa do Estado e de sua conseqüente cobrança administrativa, não será proposta, judicialmente, a cobrança da Dívida constituída de valor correspondente a um montante igual ou inferior a 100 (cem) vezes a UFP/SE - Unidade Fiscal Padrão do Estado de Sergipe".

56b, II, 3, desse código dispõe que “o Tribunal poderá impor ao condenado.... realizar prestações de trabalho de utilidade pública”.

Na Alemanha, não se exige a aquiescência prévia do condenado, por entenderem que o trabalho a favor da comunidade tem uma natureza específica, estranha ao circuito produtivo e normalmente de curta duração, não devendo ser abrangido pelo sentido da proibição constitucional sobre o trabalho forçado³⁴.

O principal fundamento para tal exigência encontra amparo nas disposições constitucionais ou em convenções e tratados internacionais³⁵ sobre a proibição de trabalho forçado.

Por outro lado, a motivação do acusado parece constituir um fator preponderante a ser levado em consideração pelo Tribunal no momento da escolha da pena a ser substituída.

No Brasil, semelhantemente ao ordenamento jurídico alemão, a prestação de serviços à comunidade, pena de maior aplicabilidade pelo Judiciário³⁶, independe de aceitação do acusado para ser aplicada³⁷. Embora a Constituição de 1988 vede a pena de trabalhos forçados (art. 5º, inc. XLVII, alínea c) considere-se a natureza desta alternativa penal diversa, não se confundindo com trabalho forçado.

Em que pese considerar que a aceitação pelo acusado já constitui um primeiro passo para a eficácia da alternativa penal, não vislumbro inconstitucionalidade na aplicação da prestação de serviço à comunidade (PSC) sem o consentimento do arguido. A PSC é uma pena de caráter substitutivo, de curta duração, completamente distinta da pena outrora utilizada de trabalhos forçados em que o condenado sofria privação da liberdade e ainda era obrigado a trabalhar como um escravo por tempo indeterminado. A finalidade da PSC é evitar a segregação do réu, não afastando o condenado de seus afazeres normais, do trabalho, de sua família, sem que com isso, se enfraqueça a reprovação penal.

Na minha ótica, a pena de prestação de serviço a favor da comunidade constitui uma verdadeira pena com o seu conteúdo e o seu sentido autônomo, do lado de quem a cumpre, num sofrimento passivo da punição, mas importa uma prestação ativa a favor da comunidade.

³⁴ JARDIM, Maria Amelia Vera, *Trabalho a favor da comunidade: a punição em mudança*. Coimbra: Almedina, 1988, p. 119.

³⁵ Os trabalhos forçados do passado são incompatíveis com a Convenção de Genebra de 1930, com o Tratado de Roma de 1950 e com a Convenção de Nova York de 1966.

³⁶ No Brasil, segundo dados do ILANUD a modalidade de pena alternativa prestação de serviços à comunidade é a que apresenta maior incidência de aplicação em todas as Capitais estudadas e em praticamente todas elas com percentuais bastante superiores à segunda espécie mais aplicada, a prestação pecuniária.

³⁷ Damásio de Jesus afirma que a aceitação não é requisito para a PSC. *Penas alternativas, anotações à Lei 9.714, de 25 de novembro de 1998*, São Paulo: Saraiva, 1999, p. 154. Por outro lado, Cezar Roberto Bitencourt afirma que a aceitação é característica fundamental da PSC e deve estar presente. *Manual de Direito Penal: parte geral*, 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 467.

A pena de trabalho a favor da comunidade é reveladora e exemplar no contexto de um novo modelo da política criminal enquanto revela o seu caráter descentralizador e de participação das comunidades e mesmo de particulares na realização de tarefas político-criminais específicas.

Na prática, outras situações de diversa índole precisam ser superadas, desde as que derivam da mentalidade de alguns aplicadores do direito às famosas deficiências a nível estrutural, para que a PTFC seja preferencialmente vista como um instrumento de aperfeiçoamento do sistema penal alternativo.

Considerações Finais

De tudo que foi argüido e comentado nessa investigação, pode-se considerar conclusivas, as seguintes considerações sobre o fenômeno das sanções alternativas no contexto da reforma penal.

Sob o ponto de vista político-criminal, os Estados, a partir da configuração das Regras de Tóquio, perceberam a necessidade de introduzir novas sanções distintas daquelas privativas de liberdade. Nesse ponto, é pertinente sinalizar que a idéia em si, é notável, digna dos pressupostos que requerem um Estado de Direito; mas, também é verdade, que na prática, se nota que a adoção dessas novas medidas alternativas tornou os Estados mais penais, policiais e controladores, de modo que a aplicação da pena privativa de liberdade, assim como essas novas consequências jurídicas, vêm sendo executadas de maneira exacerbada. Nesse sentido, pode-se concluir que essa dinâmica criou uma forte desilusão naqueles otimistas que pensaram que esta gama de penalidades não carceraria, reduziria a população reclusa e flexibilizaria o Direito Penal.

A busca por alternativas à pena de prisão, ainda que baseada originariamente em pressupostos reabilitadores e de direito penal mínimo, faz parte da nova tendência mundial de expansão do direito penal, que decorre dos fundamentos globalizantes do sistema punitivo norte-americano e que se traslada aos demais centros do planeta implantando uma política de recrudescimento da punição e ampliação do controle social pelo Direito Penal.

O Código Penal português de 1982 apresentou uma evolução legislativa em relação ao CP de 1886, revisto em 1954, que consagrava uma concepção ético-retributiva da pena ao estabelecer no art. 72º-1 que “a determinação da medida da pena, dentro dos limites definidos na lei, far-se-á em função da culpa, tendo ainda em conta as exigências de prevenção de futuros crimes”.

A revisão de 1985 (reforma para alguns) consagrou uma concepção preventivo-ética da pena, conforme se extrai do art. 40º do Código Penal Português³⁸.

³⁸ Art. 40, 1: “A aplicação de penas e de medidas de segurança visa a proteção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade; n° 2 – “Em caso algum a pena pode ultrapassar a medida da culpa”.

Deduz-se do sistema penal alternativo português que: não foram estabelecidas diferenças de critérios de substituição para crimes dolosos (com ou sem violência) ou culposos; não estabeleceu-se uma harmonização de critérios na cominação das penas substitutivas, deixando ao arbítrio do aplicador a escolha da pena e a forma de execução que melhor atenda às finalidades da punição; com a ampliação do limite de pena para cinco anos a suspensão da execução da pena passou a englobar todas as situações permissivas de substituição, à exceção da pena de multa que não pode ser suspensa; a conversão da pena de multa em privativa de liberdade é uma medida extrema que não atende às finalidades da punição e nem se mostra suficiente para promover a recuperação social do delinquente.

Por outro lado, a execução da pena de multa, como prevista na legislação brasileira, não atende aos objetivos mínimos da prevenção, porque o agente que não possui bens capazes de suportar uma execução e deixa de efetuar o pagamento da multa, tornará inócua uma ação executiva, além do que, o Estado não terá interesse em cobrar judicialmente a dívida. Com o que desaparece, de todo, o efeito da prevenção individual que deve ser apanágio de toda a pena.

Uma solução seria a conversão da multa não paga em prestação de trabalho a favor da comunidade ou prestação social de outra natureza, como sucede na Itália e Alemanha – vista como sanção sucedânea do não pagamento da multa.

O trabalho a favor da comunidade implica pela primeira vez no sistema penal, a comunidade – não abstratamente considerada mas identificada de forma individual e personalizada – o delinquente e o Tribunal, numa relação inovadora. Esta proximidade não agressiva envolvendo o Estado, a sociedade e o cidadão delinquente visa criar condições que permitam àquele cidadão optar livremente por viver em sociedade sem cometer crimes, permitindo simultaneamente que a própria sociedade se modifique, se reforme, no sentido de eliminar os fatores crimínógenos que contém.

Em termos comparativos, não podemos afirmar seguramente dentre os sistemas punitivos investigados qual nos parece mais estruturado e capaz de resultar efeitos preventivos adequados às finalidades da punição. São duas ordens jurídicas distintas, em que pese possuírem em comum um estatuto constitucional que prima pela dignidade da pessoa humana e fundamenta-se em princípios de humanidade e justiça.

De todo modo, percebe-se claramente, nos dois ordenamentos jurídicos uma tendência despenalizadora, uma busca incessante por soluções alternativas à pena de prisão diante das mazelas inerentes e já conhecidas do sistema carcerário no cenário mundial.

Por fim, é necessária a audácia da magistratura³⁹ apelando a uma interiorização de valores extra-muros, como resposta às críticas que a criminologia tem dirigido às cerimônias degradantes das instâncias formais de controle, reduzindo a distância entre o cidadão respeitável e o delinquente selecionado, relativizando a imagem do homem que negou os valores sociais e diminuindo as oportunidades de estigmatização.

³⁹ Cf. JARDIM, Maria Amélia, *Trabalho a favor da comunidade...Op. cit.* p. 263.

A VALIDADE DOS ATOS DE POLÍCIA JUDICIÁRIA PRATICADOS PELA POLÍCIA MILITAR.*

Adson Alberto Cardoso de Carvalho**

Sumário: 1. A razão de ser do tema - 2. A proposição específica do problema. - 3.0 A Polícia Militar. - 3.1 A definição constitucional da Polícia Militar. - 3.2 O dia-dia da Polícia Militar e a sua freqüente atividade de produção de prova indiciária ou simplesmente indícios nas operações policiais. - 3.3 A imediata chegada ao local do crime: relevância. - 3.4 Os inegáveis atos de Polícia Judiciária praticados pela Polícia Militar. - 4.0 As consequências da investigação para a persecução penal. - 4.1 A importância de se proceder a um bom inquérito policial: a possibilidade de servir como fundamento da decisão judicial e meio de assegurar a preservação de indício que pode tornar-se irrepetível. - 5. Os limites. - 5.1 Os limites formais. - 5.2 Os limites circunstanciais - 5.3 Os limites materiais - 6. Uma questão que nos parece indiscutível: o papel da Polícia Militar em favor do suspeito. O cumprimento do princípio da dignidade da pessoa humana pela Polícia Militar - os atos investigativos produzidos pela Polícia Militar em favor do suspeito inocente. - 7. Conclusão. - 8. Referências Bibliográficas.

1. A razão de ser do tema.

Hoje, em termos de doutrina e de jurisprudência brasileiras, tem-se discutido sobre uma suposta exclusividade da Polícia Civil em instaurar e presidir investigações criminais. Neste contexto, a discussão mais polêmica se encontra ainda em debate no STF, dizendo respeito se o Ministério Público pode ou não instaurar e presidir investigações criminais.

Porém, não somente esta.

Recentemente, surgiram interessantes questionamentos sobre a legalidade da lavratura de TOC (termo de ocorrência circunstanciado) pela Polícia Militar.

Pois bem.

Em setembro de 2007, através da **ADIN 3614-9/PR**, o STF julgou inconstitucional decreto paranaense que atribua lavratura de TOC por Subtenentes e Sargentos da Polícia Militar e atendimento à população por estes em Delegacia de Polícia, quando não houvesse, na localidade, Delegado de Polícia de Carreira.

*Premio Menção Honrosa, pela originalidade e relevância do tema, no Concurso Melhor Arrazoado Jurídico 2008, categoria Membro do Ministério Público.

**Promotor de Justiça da Comarca de Carira. Pós-graduado em Processo Civil pela FANESE-Juspodvum.

Naquela oportunidade, assim ficou ementado o acórdão:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. DECRETO N. 1.557/2003 DO ESTADO DO PARANÁ, QUE ATRIBUI A SUBTENENTES OU SARGENTOS COMBATENTES O ATENDIMENTO NAS DELEGACIAS DE POLÍCIA, NOS MUNICÍPIOS QUE NÃO DISPÕEM DE SERVIDOR DE CARREIRA PARA O DESEMPENHO DAS FUNÇÕES DE DELEGADO DE POLÍCIA. DESVIO DE FUNÇÃO. OFENSA AO ART. 144, *CAPUT*, INC. IV E V E §§ 4º E 5º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE.

Aqui, porém, tenho por relevante ressaltar trechos da argumentação do ministro Gilmar Mendes, o qual foi voto vencido naquela ocasião entre os próprios ministros do STF, destacou a necessidade de se dar regramentos jurídicos diante de situações de necessidade.

Consoante as próprias palavras do Ministro:

“... mas em alguns outros Estados, eu saberia, até por ciência própria, que não há policias civis em número razoável para atender a demanda em todos os municípios. O que o Decreto faz aqui é meramente – como eu disse –, baseado na idéia de um pensamento possibilista e de um pensamento de necessidade, tentar dar regra a uma situação de necessidade. E tão-somente isso. O policial não se torne delegado, não exerce as funções de delegado; ele apenas lavra um termo circunstanciado e manda para o delegado da Comarca.”

Já em 26 de março de 2008, o STF não conheceu da ADIN 2862/SP, onde se questionavam as normas exaradas pelo Conselho Superior da Magistratura do Estado de São Paulo, atribuindo a integrantes da Polícia Militar a lavratura de termos de ocorrência circunstanciado.

Assim foi ementado o julgamento:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ATOS NORMATIVOS ESTADUAIS QUE ATRIBUEM À POLÍCIA MILITAR A POSSIBILIDADE DE ELABORAR TERMOS CIRCUNSTANCIADOS. PROVIMENTO 758/2001, CONSOLIDADO PELO PROVIMENTO N. 806/2003, DO CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, E RESOLUÇÃO SSP N. 403/2001, PRORROGADA PELAS RESOLUÇÕES SSP NS. 517/2002, 177/2003, 196/2003, 264/2003 E 292/2003, DA SECRETARIA DE SEGURANÇA PÚBLICA.

CADO ESTADO DE SÃO PAULO. ATOS NORMATIVOS SECUNDÁRIOS. AÇÃO NÃO CONHECIDA. 1. Os atos normativos impugnados são secundários e prestam-se a interpretar a norma contida no art. 69 da Lei n. 9.099/1995: inconstitucionalidade indireta. 2. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pacífica quanto à impossibilidade de se conhecer de ação direta de inconstitucionalidade contra ato normativo secundário. Precedentes. 3. Ação Direta de Inconstitucionalidade não conhecida.

Embora o mérito não tenha sido julgado, é interessante observar, nesta ADIN, trechos dos votos e dos apartes entre os Ministros Carlos Brito e Cezar Peluso, que bem sintetizaram o entendimento do STF naquele caso:

O Ministro César Peluso, em seu voto, argumentou:

“...Ademais e a despeito de tudo, ainda que, para argumentar, se pudessem ultrapassar o plano de estrita legalidade, não veria inconstitucionalidade alguma, uma vez que, na verdade, não se trata de ato de polícia judiciária, mas de ato típico da polícia ostensiva, e de preservação da ordem pública – de que trata o §5º do art. 144 -, atos típicos do exercício da competência própria da polícia militar, e que está em lavrar boletim de ocorrência e, em caso de flagrante, e encaminhar o autor e as vítimas a autoridade, seja policial, quando seja o caso, seja judiciária, quando a lei o prevê...”

O Ministro Carlos Britto interveio:

“Se Vossa Excelência me permite, esse termo circunstanciado apenas documenta uma ocorrência.”

Peluso arrematou:

“Esse não cria competência alguma, senão que explicita o que a Polícia militar faz costumeiramente e tem de fazê-lo dentro de sua atribuição.”

Ambos, porém, no decorrer do debate fizeram questão de deixar claro que não se trata de investigação, chegando a consignar Carlos Britto que essa documentação pura e simples não significa nenhum ato de investigação, porque, na investigação, primeiro se investiga e depois documenta-se o que foi investigado.

Deste acórdão, um dos mais recente sobre o tema, podemos concluir que o Supremo Tribunal Federal entende possível que Polícia Militar proceda à documentação de fatos aparentemente criminosos, notadamente daqueles considerados de menor potencial ofensivo, não admitindo, todavia, que a polícia ostensiva promova investigações criminais ou atos de polícia judiciária.

2. A proposição específica do problema.

O debate travado no acórdão não pode servir para por fim à discussão, mas sim para aprofundar algumas questões que estão por merecer maior reflexão. Aliás, particularmente acreditamos que a Jurisdição deve produzir da coisa julgada, não, porém, estancar as reflexões em termos de ciência do direito, seja dentro de um ambiente acadêmico, seja fora dele, ou mesmo impedir propostas legislativas. A coisa julgada produzida pelo Poder Judiciário não pode impedir a reflexão ou a liberdade de pensamento.

Se assim é, segue-se:

1. Os elementos colhidos, em sua atividade própria, pela Polícia Militar, podem ser enviados diretamente ao Ministério Público para início da persecução penal, seja através de requisição de instauração de inquérito policial, seja através da promoção do ato inaugural do devido processo legal?
2. Os indícios colhidos pela Polícia Militar, na sua atividade própria, podem ser aproveitados nos autos do Inquérito Policial para serem revistos ou complementados pela Autoridade Policial?
3. Os elementos de informação colhidos pela Polícia Militar são absolutamente imprestáveis, devendo ser descartados e até mesmo impedida a sua produção?

É importante não se perder de vista que aqui não desenvolveremos tese que trate de exercício de função de Autoridade Policial, notadamente presidência de procedimento investigativo, mas da execução de alguns atos de polícia judiciária, ou atos de documentação, como afirmaram os ministros, em determinadas circunstâncias.

3.0 A Polícia Militar.

3.1 A definição constitucional da Polícia Militar: (art.144 da CF/88).

Topicamente, a Polícia Militar está inserida no CAPITULO III, DA SEGURANÇA PÚBLICA, o qual se encontra no TITULO V – DA DEFESA DO ESTADO E DAS INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS. O art. 144 da CF/88 estabelece:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

- I – polícia federal;
- II – polícia rodoviária federal;
- III – polícia ferroviária federal;
- IV – polícias civis;
- V – polícias militares e corpos de bombeiros militares.

§ 5º Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.

Conjugando os dispositivos constitucionais, e com recursos puramente textuais, tem-se que a Polícia Militar é um dentre os vários órgãos de segurança pública, destinado ao policiamento ostensivo, incolumidade das pessoas e do patrimônio, bem como a preservação da ordem pública.

Realmente, a CF/88 não colocou a investigação como atribuição da Polícia Militar. Mas isto significa dizer que vedou-a de forma absoluta? Significa dizer que, excepcionalmente, ou em colaboração com a Polícia Civil, a Polícia Militar não possa praticar atos investigativos?

Este, em conjugação com os anteriores, é mais um problema proposto.

3.2 O dia-dia da Polícia Militar e a sua freqüente atividade de produção de prova indiciária ou simplesmente indícios nas operações policiais.

Como se sabe, até por causa da característica da ostensividade, a primeira instituição policial a ser chamada quando se está na iminência de ocorrer um crime, ou quando este ocorre, é a Polícia Militar. Em razão disso, é a Polícia Militar quem primeiramente tem contato com a cena criminosa, com o autor da conduta contrária à lei, com o ofendido, com as eventuais testemunhas, com o produto e os instrumentos utilizados para a prática da infração.

Todos os dias, todas as horas, a Polícia Militar prende em flagrante, revista pessoas e veículos, apreende armas e substâncias entorpecentes, moedas falsas e documentos falsos, etc. Frequentemente está a Polícia Militar em contato direto, imediato e em posição privilegiada para a produção probatória ou indiciária, porque é, normalmente, o primeiro órgão a se fazer presente no local do crime.

Álvaro Lazzarini, em lapidar artigo, chegou a mencionar¹:

É o policial militar o homem do primeiro combate ao crime. É ele que faz a chamada *repressão imediata*, que enfrenta o fato no calor dos acontecimentos, sendo, pois, o posto avançado da Justiça.

Disso não há o que se questionar.

3.3 A imediata chegada ao local do crime: relevância.

Não por acaso o Código de Processo Penal, em seu art.6º, I, coloca como primeiro dever da Autoridade Policial dirigir-se ao local do crime, a fim de não se permitir a alteração do estado das coisas. Naquele instante é que se ouvem os primeiros comentários a respeito do suspeito da prática do crime, com citação do próprio nome do autor da conduta criminosa; as testemunhas ainda estão ali, comentando com as demais pessoas o que viram e ouviram.

É intuitivo que, dentro da lógica investigativa, a chegada imediata ao local do crime tem suma importância, mas o consagrado Fernando da Costa Tourinho Filho aclara²:

Na verdade, é de suma importância a presença da Autoridade Policial no *locus delicti*, isto é, no lugar em que ocorrer a infração(...)O exame do lugar do crime é de interesse inestimável na elucidação das infrações e descoberta da autoria. Proibindo a alteração do estado e conservação das coisas, até terminarem os exames e perícias, a Autoridade Policial visa, com tal, atitude, impedir a possibilidade de desaparecerem certos elementos que possam esclarecer o fato e até mesmo determinar quem seja o seu autor. Um simples objeto de insignificante valor encontrado no *locus delicti* pode ser uma pista segura para a determinação do autor do crime. Uma impressão digital, deixada no instrumento do crime, ou mesmo em objetos que estejam por ali, poderá desaparecer, se a Autoridade Policial não se houver com a devida cautela, deixando de tomar a providência apontada no inc.I do art.6º, ora em estudo.

Por sua estrutura operacional, como já se disse, é a Polícia Militar a primeira instituição policial a receber a notícia criminosa, eis que é polícia ostensiva, normalmente é ela quem primeiro chega ao local do crime.

¹.LAZZARINI, Álvaro. Segurança Pública e Aperfeiçoamento da Polícia no Brasil, Revista Forense, Editora Forense, Vol. 316, pág.10.

².FILHO, Fernando da Costa Tourinho. PROCESSO PENAL. Vol. I, saraiva, 17ª Edição. 1995, pág. 217/218.

3.4 Os inegáveis atos de Polícia Judiciária praticados pela Polícia Militar.

Embora não haja uma conceituação legal de *ato de polícia judiciária*, podemos inferir do sistema do Código que ato de polícia judiciária é todo ato a cargo da Autoridade Policial, praticado no curso de um procedimento investigativo, destinado a, primeiramente, levantar dados e informações e em seguida formalizá-los, a respeito das infrações penais e quem seja o seu autor. E, alguns casos, exige a lei primeiramente a formalização e posterior execução, especialmente nos casos em que se pretende invadir um interesse tutelado constitucionalmente como direito fundamental, a exemplo da intimidade. Para estes casos, o ordenamento exige prévia autorização do Poder Judiciário, a fim de que a investigação se proceda.

A doutrina identifica no art.6º do Código de Processo Penal o guia da autoridade policial ao conduzir o procedimento sob sua presidência, havendo quase sinonímia entre o art.6º e a expressão atos de polícia judiciária.

É o que diz Mirabete³:

Inicialmente, a autoridade policial deve proceder de acordo com o art.6º, do CPP, embora não preveja a lei um rito formal nem uma ordem prefixada para as diligências que devem ser empreendidas pela autoridade. Ela indica, porém, as diligências que, regra geral, devem ser efetuadas(..)

Com efeito, reza o art.6º do Código de Processo Penal:

Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

- I – dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais;
- II – apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais;
- III – colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias;
- IV – ouvir o ofendido;
- V – ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura;

³.MIRABETE, Júlio Fabbrini. Processo Penal. Editora Atlas, 3ª Edição. São paulo, 1994, pág.86.

- VI – proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações;
- VII – determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias;
- VIII – ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes;
- IX – averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuam para a apreciação do seu temperamento e caráter.

De logo, é necessário estabelecer uma distinção: a execução do ato de polícia judiciária é algo diverso da sua formalização. Apreender objetos é algo diverso da lavratura do auto de apreensão correspondente, por exemplo. Colher relatos de pessoas que estejam no local do crime é algo que não se confunde com a tomada de seu depoimento e assim sucessivamente. O ato de polícia judiciária é o ato destinado a *esclarecer*, sendo a sua redução a termo, ou por escrito, apenas a sua formalização.

Assim, diante da posição privilegiada da Polícia Militar ao ser, normalmente, o primeiro órgão estatal a ter conhecimento do delito, é de se indagar: pode/deve a Polícia Militar praticar *alguns* dos atos de polícia judiciária, previstos no art.6º do CPP?

A apreensão de armas ou de substâncias entorpecentes pela Polícia Militar é ato ilegal e vedado pelo ordenamento jurídico? Se a Polícia Militar, quando prende em flagrante e recolhe balanças de precisão, substâncias entorpecentes, cadernetas com anotações as mais diversas, contendo nomes de pessoas, quantias, listas de telefones e endereços, é ato ilegal? Colher os dados identificadores de pessoas próximas à cena criminosa, no momento de sua chegada ao local, posteriormente entregando a Autoridade Policial é ato revestido de ilegalidade?

Tais atos são ilegais, meramente facultativos, ou é obrigação legal que deflui do sistema?

A certeza que temos é uma: da leitura do art.6º do CPP e demais dispositivos deflui-se que sistema deseja a preservação da prova ou simplesmente dos indícios.

Desta maneira, na impossibilidade da Autoridade Policial chegar pri-

meiramente no local da cena criminosa, cabe ao agente policial, seja ele civil, seja ele militar, seja ele rodoviário, que primeiro tiver contato com os indícios de autoria e materialidade criminosa, providenciar tudo o que for necessário para não haver diluição dos indícios, especialmente os atos previstos nos incisos I, II e III do art.6º do CPP, sob pena de, não o fazendo, comprometer seriamente a realização da justiça penal.

É justamente nestes termos que entende Lazzarini⁴:

O órgão policial que está exercendo atividade de polícia preventiva - polícia administrativa - diante do ilícito penal que não conseguiu evitar, passa, automática e imediatamente, ao exercício da atividade de polícia repressiva - polícia judiciária. Seria inadmissível que ele assim não pudesse proceder. Agindo dessa maneira, o órgão estará restaurando a ordem pública naquele momento e local, e mais, fazendo atuar as normas do Direito Processual Penal, terá em vista o sucesso da persecução criminal, pois não podem ser perdidos os elementos indispensáveis à realização da Justiça Criminal.

4.0 As conseqüências da investigação para a persecução penal.

Além do aspecto puramente abstrato – perquirir se o sistema admite a realização de atos de polícia judiciária pela Polícia Militar -, a importância de fazer tais reflexões tem também objetivos práticos: maior eficiência estatal na produção da prova e, por conseqüência, no resultado do processo penal.

Para aqueles que ainda levam em conta a prevenção geral, quanto mais eficiência estatal no processo penal, quanto mais forem os crimes esclarecidos e os seus autores punidos na forma da lei, desestimulada ficará, pelo menos em tese, a a conduta tendente à prática da infração penal.

Portanto, a possibilidade de praticar atos de polícia judiciária é pensado para além dos interesses das corporações, mas, com fundamento no ordenamento jurídico vigente, buscar eficiência do processo penal desde a sua fase inquisitorial, sem, contudo, permitir invasão naquilo que a Polícia Civil tem de nuclear: a presidência do inquérito policial. Jamais se permitirá que a Polícia Militar interfira no comando do inquérito policial, cabendo ao delegado de polícia decidir, dentro do âmbito de suas atribuições, quando, onde e qual medida tomar.

⁴Op. Cit. Pág.15

Nesta fase investigativa, busca-se a colaboração entre os entes estatais de segurança pública em favor da eficiência do processo penal, a qual logo começa na investigações preliminar. Eficiência, diga-se, em favor do processo penal e não em favor da acusação.

A busca desta eficiência não pode, segundo entendemos, descartar a colaboração de entes estatais diversos, particularmente da Polícia Militar.

4.1 A importância de se proceder a um bom inquérito policial: a possibilidade de servir como fundamento da decisão judicial e meio de assegurar a preservação de indício que pode tornar-se irrepetível.

A doutrina costuma classificar a atividade investigativa, quanto a profundidade de sua cognição, em plenária ou sumária. Segundo Bruno Calabrich, sumária é a investigação que cuida apenas de reunir elementos a apontar a plausibilidade da demanda penal, enquanto a plenária é a coleta exaustiva de todos os elementos de convicção⁵.

Aury Lopes Júnior⁶, em obra inestimável, defende que a investigação preliminar deve ser sumária, apresentando, para tanto, os sólidos argumentos: Desde logo pode-se constatar que a investigação preliminar não está destinada a formar um juízo de certeza, pois para isso estão o processo penal e a instrução definitiva. Como procedimento prévio e de caráter preparatório, ela está dirigida apenas a justificar o processo (preparando o exercício do da pretensão acusatória) ou o não-processo (pela via do arquivamento).

Nesta linha de entendimento, diz⁷:

Se a investigação preliminar está destinada a fornecer elementos que permitam justificar o exercício da ação penal (ou o arquivamento), e se para admitir a ação penal é necessário que ela demonstre a probabilidade do fato e da autoria, outra não pode ser a conclusão: a investigação preliminar está destinada a formar um juízo de probabilidade.

Após, arremata a respeito da profundidade da investigação preliminar⁸: Também não deverá conhecer profundamente da matéria, pois a cognição plena, destinada ao juízo de certeza, está reservada à fase processual e à correspondente instrução definitiva.

5. CALABRICH, Bruno. A investigação criminal pelo Ministério Público. Ed. RT, São Paulo, 2008, pág.63.

6. JUNIOR, Aury Lopes. Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal., Ed. Lumen Juris., 3ª Edição. Rio de Janeiro, 2005, pág.100.

7. Idem, pág.101.

8. Idem, pág.101.

Há, porém, pontos que merecem análise: a possibilidade do inquérito policial subsidiar a decisão judicial e a irrepetibilidade dos indícios colhidos na fase preliminar.

A doutrina admite que o inquérito policial tem apenas relativo valor probatório. Fernando Capez, por exemplo, pontua⁹:

(...) tem valor probatório, embora relativo, haja vista que os elementos de informação não são colhidos sob a égide do contraditório e da ampla defesa, nem tampouco na presença do juiz de direito. Assim, a confissão extrajudicial, por exemplo, terá validade como elemento de convicção do juiz apenas se confirmada por outros elementos colhidos durante a instrução processual.

A Jurisprudência brasileira dá guarida ao inquérito policial para fundamentar decisão condenatória, desde que corroborado pelo conjunto probatório produzido em juízo.

Não raras vezes, o STJ proclama que o inquérito pode se constituir em um dos fundamentos da decisão condenatória, conforme se pode verificar nos extratos abaixo:

HABEAS CORPUS – CONDENAÇÃO BASEADA EM ELEMENTOS DE CONVICÇÃO COLHIDOS NO INQUÉRITO POLICIAL – ESTREITA VIA DO WRIT – PROVAS PRODUZIDAS EM JUÍZO APTAS A CORROBORÁ-LOS – MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO – ORDEM DENEGADA.- A estreita via do habeas corpus, carente de dilação probatória, impede o profundo exame de questões atinentes ao mérito da ação penal ajuizada em desfavor do paciente.- É possível a utilização de elementos de convicção colhidos em sede de inquérito policial para sustentar a condenação do acusado, desde que corroborados pelo conjunto probatório produzido em juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. Ordem denegada. (HC 69.496/MS, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), QUINTA TURMA, julgado em 07.08.2007, DJ 03.09.2007 p. 197)

CRIMINAL. HC. EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO. NULIDADE. SENTENÇA FUNDADA EM PROVAS COLHIDAS SOMENTE DURANTE O INQUÉRITO POLICIAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. DECLARAÇÕES DA VÍTIMA RETIFICADAS EM JUÍZO. TESTEMUNHAS OUVIDAS PELO MAGISTRADO QUE NÃO PRESEN-

9.CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. Editora Saraiva. 4ª Edição, 1999, pág. 70.

CIARAM OS FATOS. DEPOIMENTOS QUE EMBASARAM A CONDENÇÃO NÃO RENOVADOS DURANTE A INSTRUÇÃO PROCESSUAL. ORDEM CONCEDIDA. As declarações prestadas pelo ofendido em sede policial e retificadas em Juízo não se prestam para fundamentar a condenação do paciente, sob pena de ofensa ao princípio do contraditório. As testemunhas ouvidas em Juízo não auxiliaram na revelação da verdade, pois afirmaram não ter presenciado os fatos, apenas sabendo destes pela descrição feita pelos parentes do ofendido ou por este mesmo, tendo em vista tratarem-se, quase todos, de servidores da Secretaria de Segurança Pública do Rio de Janeiro. A prova produzida em sede policial pode influir na formação do convencimento do Magistrado, mas somente quando amparada nos demais elementos probatórios colhidos na instrução criminal. Precedentes. Se a sentença foi lastreada em provas colhidas somente durante o inquérito, as quais não se submeteram ao crivo do contraditório, sendo impróprias para, por si só, justificar a condenação, resta configurada a apontada nulidade da decisão condenatória, em virtude da indevida ofensa aos princípios da ampla defesa e do devido processo legal. Deve ser anulada a sentença monocrática, bem como o acórdão confirmatório da condenação, para que outra decisão seja proferida, com fundamentação apta, observando-se o princípio do contraditório. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator. (HC 58.129/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 17.10.2006, DJ 20.11.2006 p. 348).

O Pretório Excelso, de igual forma, perfilha o mesmo entendimento. Confira-se:

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. OFENSA AO ART. 5º, INCISOS LIV E LV. INVIABILIDADE DO REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA STF Nº 279. OFENSA INDIRETA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INQUÉRITO. CONFIRMAÇÃO EM JUÍZO DOS TESTEMUNHOS PRESTADOS NA FASE INQUISITORIAL. 1. A suposta ofensa aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa passa, necessariamente, pelo prévio reexame de fatos e provas, tarefa que encontra óbice na Súmula STF nº 279. 2. Inviável o processamento do extraordinário para debater matéria infraconstitucional, sob o argumento de violação ao disposto nos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição. 3. Ao contrário do que alegado pelos ora agravantes, o conjunto probatório que ensejou a condenação dos recorrentes não vem embasado apenas nas declarações prestadas em sede policial, tendo suporte, também, em outras provas colhidas na fase judici-

al. Confirmação em juízo dos testemunhos prestados na fase inquisitorial. 4. Os elementos do inquérito podem influir na formação do livre convencimento do juiz para a decisão da causa quando complementam outros indícios e provas que passam pelo crivo do contraditório em juízo. 5. Agravo regimental improvido.”(RE-AgR 425734 / MG - MINAS GERAIS.AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. ELLEN GRACIE.Julgamento: 04/10/2005. Órgão Julgador: Segunda Turma)

EMENTA: - PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. DELAÇÃO FEITA POR CO-RÉUS. CONDENAÇÃO BASEADA EM PROVAS COLHIDAS NA FASE DO INQUÉRITO POLICIAL: VALIDADE. I. - Validade da prova feita na fase do inquérito policial, quando não infirmada por outros elementos colhidos na fase judicial. II. - HC indeferido.(HC 82622 / SP - SÃO PAULO.HABEAS CORPUS Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO. Julgamento: 08/04/2003.Órgão Julgador:Segunda Turma).

“EMENTA: - DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. ROUBO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO. PROVAS - “HABEAS CORPUS”. 1. Ao contrário do alegado na inicial, a sentença e o acórdão da apelação valeram-se dos elementos informativos do inquérito policial e também das provas colhidas em Juízo, para, em face do poder persuasivo desse conjunto, chegar à condenação pelo crime de roubo qualificado. 2. E não é o “Habeas Corpus” instrumento processual adequado para o reexame de tais elementos de convicção. 3. H.C. indeferido, com ressalva da via própria da Revisão Criminal.”(HC 77323 / SP - SÃO PAULO.HABEAS CORPUS.Relator(a):Min. OCTAVIO GALLOTTI. Relator(a) p/ Acórdão Min. SYDNEY SANCHES.Julgamento: 03/11/1998. Órgão Julgador:Primeira Turma)

Mais recentemente, a LEI Nº 11.690, DE 9 JUNHO DE 2008, ao introduzir modificações no Código de Processo Penal, positivou:

Art.155.O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Neste cenário, em que a própria lei admite que o juiz pode fundamentar a sua decisão em elementos informativos conjugados com elementos instrutó-

rios colhidos sob o contraditório e, numa *primeira leitura*, admitindo também que a decisão seja fundamentada em provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, desde logo abrindo a discussão a respeito da possibilidade de fundamentar a decisão com violação do contraditório, quando se tratar de provas cautelares, não repetíveis e/ou antecipadas.¹⁰

É com base neste horizonte, em que a jurisprudência desde algum tempo afirma a utilidade do inquérito policial, conjugados com os elementos colhidos na instrução processual, para sustentar a convicção do juiz, e agora se encontrando tal posição em texto expresso de lei, é forçoso reconhecer que a investigação caminhará para aproximar-se da cognição plenária, ou, pelo menos, maior profundidade e higidez, conforme preocupação de Verônica Amado¹¹:

Um inquérito policial, realizado sem uma profunda investigação e desprovido de elementos suficientes de identificação do autor do fato delituoso, compromete a futura ação penal, principalmente quando os elementos probatórios são obtidos por meios ilícitos.

Na tarefa de subsidiar o Estado para jurisdizer no campo penal, não se pode excluir os órgãos que, de algum modo, tenham efetiva capacidade de colaborar, ainda mesmo na fase investigativa, entre eles estando a Polícia Militar.

Ocupando aquela posição privilegiada de ser normalmente o primeiro órgão a chegar ao local do crime, é possível sustentar que o sistema impede a prática de certos atos de polícia judiciária praticados pela Polícia Militar, especialmente para preservação dos indícios?

Insistimos dizendo, com Lazzarini, que o sistema aponta para a necessidade de preservação das provas e indícios, e neste contexto não se pode negar a possibilidade e validade de atos de polícia judiciária praticados pela Polícia Militar.

5.0 Os limites.

Por outro lado, não se pode admitir a instauração, condução e presidência de inquérito policial, nem de procedimento investigatório, mas sim a execução de *atos isolados típicos de polícia judiciária* especialmente durante a realização da prisão em flagrante, ou quando a Polícia Militar é a primeira instituição a chegar no local do crime.

10. GOMES, Luiz Flávio Gomes *et alli*. Comentários às Reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito. São Paulo. Ed. RT, 2008, pág. 271.

11. AMADO, Verônica Lazar. A investigação criminal pelo Ministério Público. Aracaju, Gráfica textopronto, 2002, pág. 24

5.1 Os limites formais.

Não se deve confundir a execução do ato com a formalização. A formalização de tais atos, salvo lei expressa, não devem ser cometida à Polícia Militar, a exemplo de lavratura de auto de prisão em flagrante, interrogatórios, acareações, etc.

Embora seja clara a nossa cautela, Paulo Rangel, Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro e professor de Processo Penal, nos informa¹² que no Estado do Rio de Janeiro, a Polícia Militar exerce funções de Polícia Judiciária: É cediço, pelo menos no Estado do Rio de Janeiro, que a polícia militar exerce funções de polícia preventiva ostensiva, (cf. Art.144, § 5º, da CRFB) e de Polícia Judiciária, investigando e realizando operações policiais com combate ao narcotráfico, sequestros, assaltos a banco, etc. Há, inclusive, a 1ª Delegacia de Polícia Judiciária da polícia Militar, com resultados satisfatórios no âmbito dos crimes militares.

5.2 Os limites circunstanciais.

Os limites são circunstanciais na medida em que tais atos devem vir no bojo de sua atuação como polícia preventiva. Isto é, os atos são praticados em função da Polícia Militar se encontrar no momento e no local adequados à preservação dos indícios do crime e de quem seja o seu autor, no exercício de sua função típica: a prevenção. Tal ocorre sobretudo nas situações de prisão em flagrante, ou nos que, embora não ocorrendo prisão, haja a prevenção do crime e ostensividade da atuação.

Na fórmula pretendida por Lazzarini¹³:

Nesse ponto, convém esclarecer que meu entendimento quanto à repressão citada, é de que ela está limitada àquela imediata - segunda fase do ciclo de polícia - pois a ampla - terceira fase - cabe inegavelmente às Polícias Cíveis(..). Sendo a polícia *ostensiva* eminentemente *preventiva*, é portanto administrativa, desempenhando também funções repressivas, ou de polícia judiciária, limitada à repressão imediata, como examino amiúde neste trabalho. (grifei).

5.3 Os limites materiais.

Mas o limite maior advém da ausência de qualquer espécie de autoridade própria na condução das investigações, esta a cargo da Polícia Civil.

12. RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal, 8ª edição, Lumem Juris, 2004, pág. 94

13. Ob. Cit., pág. 16 e 17.

Além disso, os atos praticados pela Polícia Militar sempre deverão ser revistos pelo presidente do procedimento investigativo, o qual poderá referendá-los, complementá-los ou descartá-los. O controle das investigações é totalmente feito pela Polícia Civil ou pelo Ministério Público.

6. Uma questão que nos parece indiscutível: o papel da Polícia Militar em favor do suspeito. O cumprimento do princípio da dignidade da pessoa humana pela Polícia Militar - os atos investigativos produzidos pela Polícia Militar em favor do suspeito inocente.

Ainda que a doutrina e a jurisprudência e as próprias instituições não concordem com a tese ora defendida, pelo menos não se pode deixar de reconhecer que pode existir ultra importância nesta atividade da Polícia Militar: a proteção da dignidade da pessoa humana – a produção de indícios em favor do suspeito inocente.

O sistema constitucional, em muitos pontos, coloca em relevo a pessoa humana, não só na sua dignidade, mas também em sua inviolabilidade. Ou seja, a pessoa humana, ainda que em confronto com a lei, possui um especial arcabouço voltado à sua proteção. Assim, não poderá sofrer tratamento desumano ou degradante, tem assistência jurídica e religiosa, não pode ser presa senão em flagrante ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, não pode ser julgada por tribunal de exceção, não pode ser acusada nem fiscalizada por “promotor ad hoc”, tem direito ao devido processo legal e ser condenada apenas com base em provas lícitas, dentre outros.

Estas são algumas garantias instrumentais em favor da pessoa humana, ainda que em descompasso com a lei.

A documentação de operações feita pela própria Polícia Militar, para seu consumo interno, através, por exemplo, de filmagens, pode revelar que o suspeito não se encontrava no local do crime, ou que em nada colaborou para a prática criminosa, não podendo ser considerado autor, co-autor ou partícipe do delito. Tais elementos, colhidos pela Polícia Militar, ao serem introduzidos na investigação, podem conduzir à própria exclusão do persecução penal logo no seu nascedouro, através do arquivamento do procedimento.

É bem verdade que tais atos podem ser caracterizados apenas como atos de documentação. Ou seja, é ato essencialmente de documentação, através do qual se deseja apenas registrar fatos e não investigá-los. Ocorre, porém, que tais atos já podem ser pensados, anteriormente à sua execução, para a colheita de indícios, a serem usados futuramente em investigação policial ou processo penal. Existe *intenção* prévia em provar um fato, e não simplesmente registrá-lo.

Acreditamos que mesmo prevalecendo o entendimento da inadmissibi-

lidade da prática de atos de polícia judiciária praticados pela Polícia Militar, terá validade jurídica os atos – gravações, filmagens, apreensão de objetos, etc, - que excluam o erro judiciário ou até mesmo o processo penal em favor do suspeito inocente. Afinal, evitar o erro judiciário é tarefa de todo o aparelhagem estatal e não somente do Poder Judiciário.

Assim, tais elementos, colhidos pela Polícia Militar, ao serem introduzidos na investigação, podem conduzir à própria exclusão do processo penal logo no seu nascedouro, através do arquivamento do procedimento.

7. Conclusão.

Diante de tudo o que exposto, é possível lançar algumas conclusões sujeitas ao juízo crítico:

1.0 O sistema normativo das provas indica para a preservação dos indícios de infração penal e de autoria.

2.0 A Polícia Militar, na prática, não detém apenas características de polícia ostensiva ou preventiva.

3.0 Não são raras as vezes que a Polícia Militar atua como Polícia Investigativa/Judiciária. Algumas ações penais são baseadas apenas em auto de prisão em flagrante, praticamente produzido exclusivamente pela Polícia Militar, embora lavrado e presidido pela Autoridade Policial.

4.0 É ela também polícia investigativa no momento imediatamente posterior ao crime ou no próprio flagrante, quando se encontra em condições privilegiadas de melhor oferecer os indícios ao procedimento investigativo, visando a elucidação do crime, a sua classificação, autoria e busca da *verdade real*, seja em favor da sociedade ou suspeito.

5.0 A prática de atos de polícia judiciária pela Polícia Militar encontra limites, que vão desde a impossibilidade de formalização dos mesmos até à sua revisão pela Autoridade Policial e pelo Ministério Público.

6.0 Em qualquer caso, deve ser aceita a prática de atos de polícia judiciária pela Polícia Militar em favor do investigado inocente.

8. Referências Bibliográficas.

1. AMADO, Verônica Lazar. A investigação criminal pelo Ministério Público. Aracaju, Gráfica Textopronto, 2002, pág. 24.
2. CALABRICH, Bruno. A investigação criminal pelo Ministério Público. Ed. RT, São Paulo, 2008, pág.63.
3. CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. Ed. Saraiva.4ª Edição, São Paulo, 1999, pág. 70.
4. FILHO, Fernando da Costa Tourinho. Processo Penal. Vol. I, Ed. Saraiva, 17ª Edição, São Paulo 1995, pág. 217/218.
5. GOMES, Luiz Flávio Gomes *et alli*. Comentários às Reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito. São Paulo. Ed. RT, 2008, pág.271.
6. JUNIOR, Aury Lopes. Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal., Ed. Lumen Juris., 3ª Edição. Rio de Janeiro, 2005, pág. 100.
7. LAZZARINI, Álvaro. Segurança Pública e Aperfeiçoamento da Polícia no Brasil, Revista Forense, Editora Forense, Vol. 316, 1991, pág.10.
8. MIRABETE, Júlio Fabbrini. Processo Penal. Editora Atlas, 3ª Edição. São Paulo, 1994, pág.86.
9. RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal, 8ª edição, Lumen Juris, 2004, Rio de Janeiro, pág. 94

DA APARENTE CRISE ENTRE O SISTEMA DE NULIDADES DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E O PRINCÍPIO DISPOSITIVO DO PROCESSO CIVIL.*

Diogo Henrique Pereira Montalvão.**

Sumário: 1 – Da apresentação. 2 - Do sistema de nulidades do Código Civil. 3 - Do sistema de nulidade do CDC. 4 - Dos conceitos jurídicos indeterminados. 5 - Dos limites principiológicos à atuação judicial. 6 - Da conclusão: a revisão *ex officio* de cláusula tida como excessivamente onerosa inserida em contrato de consumo.

1. Da apresentação.

Com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor (lei n. 8.078/1990) abateu-se sobre o Poder Judiciário uma avalanche de ações revisionais de contratos (em sua imensa maioria, bancários), por meio das quais consumidores descontentes, sob alegação de estarem submetidos a condições excessivamente onerosas, buscavam rever ou mesmo anular cláusulas de seus contratos.

Via-se principiar uma nova etapa da história judicial brasileira e, de fato, a legislação de proteção ao consumidor tornou-se um marco evolutivo no sistema jurídico nacional. Seu caráter altamente protetivo, baseado em premissas tão amplas quanto poderosas, tais como o “[...] *atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo* [...]” criava uma nova perspectiva jurídica, nitidamente dissociada do caráter individualista e formal do Código Civil.

Não parece exagerado pensar que a Lei n. 8.078/1990 tornou popular o judiciário, e, assim, o então Código de Proteção e Defesa do Consumidor transmutou-se no prosaico CDC que habita a mente e, sobretudo, as bocas de todos os cidadãos brasileiros.

Muito da força do CDC - que proporcionou que essa lei *pegasse* - reside em dois fatores que, embora não sejam obviamente os únicos, merecem especial destaque para o presente trabalho. O primeiro deles foi a larga utilização de conceitos jurídicos indeterminados. O segundo – que deriva diretamente do

*Vencedor do Prêmio “Melhor Arrazoado Jurídico” oferecido pelo Ministério Público do Estado de Sergipe, ano 2008, na categoria Servidor.

**Bacharel de Direito formado pela Universidade Federal de Sergipe; assessor jurídico de Procurador de Justiça do Ministério Público de Sergipe desde 2006.

primeiro - é a letra do inciso V, do art. 6º do Diploma, que, em uma singela frase, pôs de ponta-cabeça toda a teoria contratual então estabelecida e apresentou à população os amplos corredores dos tribunais desse país.

Conforme esse dispositivo, garantiu-se ao consumidor o direito básico de *“modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;”*

Então, todo consumidor que se achasse exposto a uma cláusula contratual que estabelecesse prestação desproporcional ou excessivamente onerosa, poderia vir discuti-la em juízo. Mas, afinal, o que é uma prestação desproporcional? Ou uma cláusula excessivamente onerosa? Responder tal questionamento obrigava reconhecer, enquanto pressuposto lógico-jurídico, que o legislador lançou mão de ferramenta jurídica consubstanciada no emprego de *conceitos jurídicos indeterminados*, com o que visou proporcionar maior campo de ação ao Judiciário, de forma a conferir efetividade mais ampla possível ao sistema protetivo do CDC.

Boa intenção, sem dúvida, mas o quiproquó ficou nas mãos dos magistrados de todo o país que se viam obrigados a dizer se a plêiade de cláusulas - as mais díspares possíveis - que lhes eram apresentadas nas ações de consumo eram ou não abusivas.

A busca de uma solução positivada (tendência até então trivial dos juízes) fez criar embaraço a mais ao Judiciário. Pois, se é certo que o CDC, em seu art. 51, traz rol de cláusulas que considera abusivas, tal o é meramente exemplificativo e, mesmo aquelas mencionadas no texto, são elas próprias, em grande parte, redigidas em termos consideravelmente amplos de forma que se viram os magistrados transitando de um conceito jurídico indeterminado para outro. Pior, num rasgo de severidade, o legislador decretou que cláusulas abusivas eram nulas de pleno direito, o que implicava consequências sérias, dentre as quais a obrigação de o magistrado pronunciar de ofício a nulidade nos negócios jurídicos que conhecesse (parágrafo único, art. 168/CC).

Ocorre que, superadas essas dificuldades iniciais e, especialmente, com a sedimentação da jurisprudência ao derredor de certos temas, vê-se hoje, ao que parece, a tendência de os magistrados esquadriharem os contratos de consumo postos à sua apreciação, adquirindo fôlego para, além de examinar as questões propostas na lides pelos litigantes, avançarem na revisão/anulação de cláusulas que eles próprios considerem abusivas.

Dessa tendência não escapa a Justiça sergipana. A pesquisa do repertório da jurisprudência produzida pelo Judiciário sergipano demonstra que, nas revisões de contratos bancários, mais e mais os juízes vêm-se a cavaleiro para revisar juros remuneratórios, capitalização de juros, multas contratuais ou, ainda, a forma de cobrança da comissão de permanência.

Sempre em consideração da suposta abusividade da cláusula examinada, o Judiciário já não aguarda mais ser solicitado. Em situações singularíssimas, sentenças vão além de mero conhecimento de ofício, para chegar ao ponto de divergir da tese defendida pelo próprio consumidor, revisando contratos mediante **critérios próprios**, aparentemente em desconsideração dos interesses expostos nas petições iniciais.

Justamente nesse ponto prende-se o presente trabalho, acerca do que se indaga da viabilidade de o Judiciário, à guisa de suposta onerosidade excessiva ou abusividade, revisar contratos, mediante teses formuladas pelo magistrado, aplicando critérios não eleitos pelas partes, ou sequer ventilados pelo consumidor. Mais ainda, pondera-se acerca do ponto de equilíbrio necessário entre o sistema de nulidades abraçado pelo Código de Defesa do Consumidor - em especial quando baseado em conceitos jurídicos indeterminados como a *onerosidade excessiva* - e o *princípio processual dispositivo* ou da *demanda*.

Finalizando essa parte inicial, adverte-se o óbvio: esse trabalho não pretende solucionar a questão formulada; ao contrário disso, tem o fim de suscitar o debate, aguardando que mente mais inspirada ponha em bons termos o problema levantado.

2. Do sistema de nulidades do Código Civil.

Não se pode iniciar o presente capítulo, sem antes admitir certo equívoco do título escolhido. *Nulidade* é um termo ambíguo que tanto diz tudo (de forma mais coloquial e despreocupada) como pode falsear metade da verdade. O rigor técnico obriga a reconhecer que, para o intento do trabalho, o termo *nulidade* só exprime parte do fenômeno mais amplo de que se quer realmente tratar, qual seja a *invalidade* do ato jurídico que pode variar entre *anulabilidade* e *nulidade* propriamente dita.

Abraça-se aqui a teoria de Pontes de Miranda que reconhece, no mundo jurídico, planos distintos: o de *existência*, o de *validade* e o de *eficácia*.

No primeiro deles, importa saber se o *fato* praticado reúne condições mínimas de existência enquanto um *ato jurídico*, sem se buscar saber se é válido ou eficaz. No segundo, confirmada a existência de algum ato, importa avaliar se se fazem presentes, agora, os *requisitos* pertinentes para o *específico* ato praticado. Finalmente, no terceiro plano, investiga-se se o ato existente e válido também encontra-se apto para surtir seu efeito.

Não se pode perder de vista que o plano da existência é *inalterado* no ato jurídico. Eventuais alterações poderão ocorrer nos demais planos, que sempre partem do pressuposto da existência do negócio. Se alguma deficiência alcança requisitos residentes no plano de validade, ocorrerão defeitos no ato

jurídico que poderão levar a sua invalidade, seja enquanto anulabilidade ou nulidade.

Como explica LYRA JÚNIOR e FIGUEIREDO¹, em interessante artigo publicado no site jusnavegandi, “a invalidade nada mais é do que uma sanção adotada pelo ordenamento jurídico para punir determinadas condutas que sejam contrárias às normas de direito vigentes. Pode-se afirmar que a questão da invalidade dos atos jurídicos está diretamente relacionada com a violação das normas jurídicas: onde houver violação de preceitos jurídicos pré-estabelecidos, estar-se-á diante de um ato jurídico inválido. A não ser que a própria norma cogente preveja, especificamente, outro tipo de sanção, que não a invalidade.” Ainda segundo os autores, anulabilidade e nulidade constituem-se meros *graus* do mesmo fenômeno (invalidade), representando variação da *intensidade* com a qual o ordenamento jurídico vem a responder as condutas que lhe são ofensivas.

Todavia, a noção de intensidade, aí mencionada, nada tem a ver com os *efeitos* em si decorrentes da nulidade ou anulabilidade, que serão os **mesmos em ambos os casos**; tanto em um como em outro caso ocorrerá o *desfazimento* do ato inquinado. Daí, ser adequado sublinhar que a gradação entre tais níveis de invalidade tem justificativa na presença ou não do *interesse público*.

Nesse sentido, esclarece VENOSA² que “*nos casos de nulidade absoluta, em contraposição à nulidade relativa, que é a anulabilidade, existe interesse social, além de interesse individual para que o ato não ganhe força.*”

Logo, será a eventual ocorrência de agressão a interesse público que condicionará a escolha pelo legislador entre nulidade ou anulabilidade do ato.

Todo esse esquema teórico ganha corpo no Código Civil/2002. Lá se observa nos Capítulos IV e V, do Livro III, da Parte Geral – artigos 138 a 184, mais exatamente – o regramento dado pelo legislador às hipóteses de invalidade do ato jurídico. Resumidamente, merecem atenção os seguintes pontos:

a) as causas de *nulidades* podem ser argüidas por qualquer um, inclusive o Ministério Público, ao passo que devem ser pronunciadas pelo juiz nos negócios que conhecer (art. 168, *caput*, e parágrafo único), ao passo que as *anulabilidade* somente podem ser suscitadas pelos interessados, aproveitando aqueles que as alegarem, sendo defeso ao magistrado delas conhecer *ex officio* (art. 177);

b) o negócio nulo não é passível de confirmação, nem convalesce com o tempo (art. 169), ao passo que o anulável pode ser confirmado pelos interessados (art. 172), devendo ser impugnado no prazo decadencial de quatro anos, sob pena de preclusão (art. 178);

¹LYRA JÚNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de; FIGUEIREDO, Henrique Monteiro et al. “As invalidades no Direito Civil e sua caracterização no Código de Defesa do Consumidor”. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3303>>. Acesso em: 09 jul. 2008.

²VENOSA, Sílvio de Salvo. “Direito Civil: parte geral”. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, pág. 570

Nada disso constitui novidade. Deve-se dar atenção às causas eleitas pelo legislador a ensejar a nulidade ou anulabilidade do ato.

Quanto às nulidades absolutas, encontram-se suas hipóteses elencadas no artigo 166, do Código Civil, de cuja leitura extrai-se a nítida percepção de haver o legislador optado por *critérios* mais *objetivos* para sua caracterização. Assim se mostram as noções do que seja *pessoa absolutamente incapaz, objeto impossível ou indeterminável, forma prescrita em lei e solenidade essencial*. Mesmo quando a norma fala em *objeto* ou *motivo ilícitos*, ainda aí, é possível preencher-se de significado a expressão mediante critérios colhidos do próprio ordenamento jurídico ou, ao menos, de noção comum e geral do corpo social presente naquele momento histórico em que confrontada a norma.

O que se quer dizer com isso é que, aparentemente, o legislador buscou evitar o uso de subjetivismos, e mesmo quando empregou conceitos jurídicos indeterminados, o preenchimento de tais significados não se fez mediante a utilização de noções pessoais do magistrado, porém, extraídas do próprio ordenamento jurídico posto. Tal percepção é importante para a compreensão do texto.

Já em relação às causas de anulabilidade (ou nulidade relativa), merece atenção a figura da *lesão*, prevista no artigo 157, do Código Civil, conforme o qual ocorrerá quando “[...] *uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta*”. Não relacionada no Código de 1916, sobre ela fala VENOSA³:

“O instituto da lesão justifica-se como forma de proteção ao contratante que se encontra em estado de inferioridade. No contrato, mesmo naqueles paritários, ou seja, naqueles em que as partes discutem livremente suas cláusulas, em determinadas situações, um dos contratantes, por premissas variáveis, é colocado em situação de inferioridade. Esse agente perde a noção do justo e do real, e sua vontade é conduzida a praticar atos que constituem verdadeiros disparates do ponto de vista econômico. É evidente que sua vontade está viciada (vê-se, de plano, que posicionamos a lesão como vício de vontade), contaminada que é por pressões de natureza vária.”

PABLO STOLZE e RODOLFO PAMPLONA⁴, ao analisarem o instituto, decompõem-no em duas partes, denominando uma: de *objetiva* ou *material* – consubstanciada na desproporção das prestações avençadas – e outra, *subje-*

³VENOSA, *ibidem*, pág. 508.

⁴GALIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. “Novo Curso de direito civil: (abrangendo o código de 1916 e o Novo Código Civil)”. São Paulo: Saraiva, 2005, pág. 301.

tiva, imaterial ou anímica – que entendem ser a “premente necessidade, a inexperiência e a leviandade (da parte lesada), valendo destacar que, tradicionalmente, se acrescenta a noção de dolo de aproveitamento (da parte beneficiada), embora o texto do novo Código Civil brasileiro a ele não faça menção expressa.”

Tal instituto, como se poderá perceber mais adiante, guarda certa semelhança com a *teoria da onerosidade excessiva*, aninhada no art. 6º, V, do CDC, que permite, como já visto, a modificação ou revisão de cláusulas contratuais. A questão será aprofundada em momento posterior.

3. Do sistema de nulidade do CDC.

O Código de Defesa do Consumidor apresenta sistema próprio de nulidades, com o qual não são inteiramente compatíveis as regras do Código Civil. Essa diferenciação visa atender peculiaridades de cada ramo jurídico, como esclarece NELSON NERY JÚNIOR³:

“As invalidades, modernamente, reclamam tratamento microsistêmico, o que foi feito pelo CDC, a fim de poderem atender às peculiaridades existentes no microsistema. O CDC afastou-se do sistema de nulidade do Código Civil, restando, pois, superado o entendimento de que as nulidades pleno jure independem de declaração judicial para se fazerem atuar, e de que as nulidades absolutas precisam de sentenças judicial para produzirem seis efeitos no ato ou negócio jurídico. Abandonou-se no sistema do CDC, a dicotomia existente entre nulidades do Direito Civil (nulidades absolutas e relativas), pois o Código só reconhece as nulidades de pleno direito quando enumera as cláusulas abusivas, porque ofendem a ordem pública de proteção ao consumidor, base normativa de todo o Código, como se vê no art. 1º do CDC: ‘O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social...’”

Não prevê o CDC, portanto, hipóteses outras que não as de nulidades absolutas. Para esse intento, fez enumerar, em seu art. 51, rol exemplificativo daquilo que denominou *cláusulas abusivas*, todas as quais passíveis de impugnação via judicial, merecendo destaque, para o fim específico deste trabalho, a casuística do inciso IV, do aludido artigo, conforme o qual, serão consideradas abusivas as cláusulas que *“estabeleçam obrigações consideradas ínguas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou*

³“Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto”, Ada Pellegrini Grinover ... [et al.] - 8ª ed. - Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006, pág. 560.

sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;” (negrito). Comentando o dispositivo, esclarece NERY⁶ que “*aqui também os conceitos indeterminados de obrigações iníquas e vantagem exagerada deverão ser integrados pelo juiz, em razão das circunstâncias que envolvem o caso concreto. O Código estabelece, no §1º deste art. 51, algumas hipóteses de presunção de exagero da vantagem. Essas hipóteses são exemplificativas e outras poderão ser redutíveis aos conceitos de obrigação iníqua e vantagem exagerada.*”

Impossível não deixar de fazer o paralelo entre o comentado inciso e o inciso V, do art. 6º, ambos recheados de conceitos jurídicos indeterminados (*prestações desproporcionais, excessivamente onerosas, iníquas, abusivas, etc.*), que fazem revelar a adoção pelo CDC da *teoria da onerosidade excessiva*, em contraposição à teoria da imprevisão, como justificativa e fundamento para as revisões contratuais efetivadas com base nas normas de defesa do consumidor. A importância disso reside no fato de o CDC - contrariamente ao Código Civil - não exigir a *imprevisibilidade* enquanto requisito a mais para a discussão dos termos contratuais⁷, do que se conclui que, em direito do consumidor, tudo gira em torno da suposta iniquidade, abusividade ou onerosidade excessiva das cláusulas contratuais, situações essas que sequer precisam ocorrer supervenientemente, de forma que o consumidor poderá ingressar livremente com a lide revisional ou anulatória mesmo em face de dispositivos prévia e conscientemente contratados.

A crucial importância da delimitação do que seja *iníquo* ou *abusivo* esbarra no fato de que tais conceitos – como reconhecidos anteriormente por NERY - são juridicamente *indeterminados*, devendo ser *integrados* pelo juiz. Fácil perceber o tamanho do problema derivado disso, quando se observam inúmeros contratos de consumos expostos à modificação ou anulação com base em critérios tão vagos.

Dáí porque a relevantíssima atividade de integração - aparentemente nebulosa e por vezes confundida com mera discricionariedade - deve ser abordada a fim de se esclarecer a forma como ela exatamente ocorre, bem como o grau de interferência das partes e os limites da atividade judicial.

4. Dos conceitos jurídicos indeterminados.

Em interessante trabalho, EMMANUEL FONTENELE OLIVEIRA⁸ apresenta as opiniões de alguns juristas sobre o que sejam conceitos jurídicos indeterminados. Diz o articulista:

⁶NERY, *ibidem*, pág. 559.

⁷GALIANO e PAMPLONA FILHO, *op. cit.*, pág. 304.

⁸OLIVEIRA, Emmanuel Fontenele. Conceitos indeterminados. Jus Navigandi, Teresina, no 9, n. 558, 16 jan. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6194>>. Acesso em: 11 jul. 2008.

“[...] pode-se verificar, em Di Pietro (2001, p.97), que a expressão conceito indeterminado encontra-se sendo empregada para designar vocábulos ou expressões que não têm um sentido preciso, objetivo, determinado, mas que são encontrados com grande frequência nas normas jurídicas dos vários ramos do direito. Fala-se em boa-fé, bem comum, conduta irrepreensível, pena adequada, interesse público, ordem pública, notório saber, notória especialização, moralidade, razoabilidade e tantos outros.

Já, em Mello (1998, p.48), a discricionariedade administrativa 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 situação vertente.” (Grifos do autor, 2005)

Já para FREDERICO DO VALLE ABREU⁹, o conceito jurídico indeterminado seria *“a vaguidade semântica existente em certa norma com a finalidade de que ela, a norma, permaneça ao ser aplicada, sempre atual e correspondente aos anseios da sociedade nos vários momentos históricos em que a lei é interpretada e aplicada”*.

Em todas as definições emerge o traço característico dos conceitos jurídicos indeterminados: a intencional escolha do legislador por termos de ampla significação, a possibilitar a constante modernização da norma, mediante processo interpretativo adequado que a faça refletir os valores da época em que interpretada.

Dá-se dizer que a vacuidade do conceito não constitui imperfeição lingüística, antes técnica a permitir que o intérprete busque maior perfeição na valoração significante-significado¹⁰.

Bem se vê, mostra-se crucial, em se tratando de conceitos jurídicos indeterminados, a forma como *densificar* seu significado, de modo a extrair a melhor acepção da norma diante um caso proposto. Quanto a isso, existe um esforço doutrinário para diferenciar esse processo – que se entende mais ligado à interpretação normativa – da mera discricionariedade judicial.

⁹ABREU, Frederico do Valle. “Conceito jurídico indeterminado, interpretação da lei, processo e suposto poder discricionário do magistrado”. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 674, 10 maio 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6674>>. Acesso em: 11 jul. 2008

¹⁰ ABREU, *idem*.

Segundo ABREU¹¹, a tarefa de densificação de normas jurídicas indeterminadas em nada se assemelha à discricionariedade. Para ele “[...] quando existe indeterminabilidade semântica do conceito, necessário se faz certo juízo valorativo do intérprete, desde que este juízo valorativo esteja respaldado pelo sistema jurídico onde o intérprete seja integrado – razoabilidade, sociabilidade, operacionalidade etc”.

Do amplo rol de autores citado por OLIVEIRA¹², em seu artigo, merece destaque especial a seguinte passagem, conforme a qual explica o articulista:

“Bühler, na senda de Tenzer, é levado a concluir que todos os conceitos vagos são conceitos jurídicos, ou melhor, pertencem ao âmbito da vinculação legal, razão pela qual na aplicação dos conceitos indeterminados não haveria qualquer espaço que coubesse a atuação discricionária administrativa. Por conseguinte, o ‘grau de insegurança da palavra’ deve, em qualquer conceito legal, ser afastado por uma interpretação e aplicação pautada na opinião comum, ou melhor, recorrendo-se a Jellinek, na ‘opinião média da sociedade’, e não na consciência livre da autoridade administrativa.

Corroborando Di Pietro(2001, p.102) ao comentar o pensamento de Bühler, expondo que, para esse autor alemão, quando a lei emprega conceitos imprecisos, a fixação de seu sentido exige um trabalho pouco mais complicado, mediante aplicação de conhecimentos científicos ou mesmo de concepções dominantes no seio da sociedade em geral, nunca de concepções próprias do funcionário competente para aplicar a lei. É precisamente nesse campo de conceitos imprecisos ou das normas em branco que a função dos tribunais é mais importante para corrigir a decisão administrativa; qualquer que seja a imprecisão do legislador, o trabalho do juiz é o de determinar seu sentido, mediante interpretação; nesta inexistente qualquer discricionariedade.”

Encontra-se fora de qualquer cogitação o aprofundamento do tema no presente estudo, nada obstante se esteja consciente do fundo dissenso que impera na doutrina. Para o fim deste trabalho, no entanto, as opiniões citadas refletem o posicionamento que se entende ser mais adequado em relação à atuação judicial, muito embora EMMANUEL FONTENELE OLIVEIRA, ao tratar da densificação de conceitos indeterminados pela *Administração Pública*, no desempenho de suas atividades, culmine por admitir certa dose de discricionariedade por parte do administrador, constatação que se revela irrelevante em relação à atividade judicial

¹¹ABREU, *idem*.

¹²OLIVEIRA, *op. cit.*

5. Dos limites principiológicos à atuação judicial.

Esclarecidas essas noções preliminares, é possível retornar à questão inicial, agora, de forma mais objetiva: *afinal, é possível o judiciário, nas lides envolvendo direito do consumidor, conhecer - de ofício - qualquer hipótese de nulidade absoluta, caracterizada mediante conceito jurídico indeterminado, tal como a onerosidade excessiva?*

Meditar sobre esse problema implica considerar certos princípios processuais que impõem limites à atuação do magistrado.

A atividade processual do Poder Judiciário brasileiro é pautada pelo direito fundamental ao *devido processo legal*, conforme estabelecido na Constituição Federal em seu art. 5º, incisos LIV e LV.

Ao ver de DIDIER¹³, *“trata-se do postulado fundamental do processo. Segundo Nelson Nery Jr., trata-se do princípio base, sobre o qual todos os outros se sustentam. É a norma-mãe. Origina-se da expressão inglesa due process law.”*

A doutrina costuma cindir o postulado do devido processo legal em seu sentido *material* e *formal*. Ao fim deste trabalho, basta o exame desse último aspecto, de maneira que se pode dizer que o devido processo legal em sentido formal é *“o direito a ser processado e a processar de acordo com normas previamente estabelecidas para tanto, normas estas que, também, devem respeitar aquele princípio. Os demais princípios processuais são, na verdade, decorrência daquele.”*¹⁴

Para CRUZ e TUCCI¹⁵ a garantia constitucional do devido processo legal subdivide-se em outras sub-garantias: *“a) de acesso à justiça; b) do juiz natural ou preconstituído; c) de tratamento paritário dos sujeitos parciais do processo; d) da plenitude de defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes; e) da publicidade dos atos processuais e da motivação das decisões jurisdicionais; e f) da tutela jurisdicional dentro de um lapso temporal razoável.”*

Não é de balde a relevância conferida à garantia do devido processo legal. Considerando-se que, no Brasil, por força da ordem constitucional posta, vige o *princípio da inafastabilidade* do controle judicial, bem se justifica a necessidade de garantir ao cidadão um processo judicial (como também administrativo) adequado. Nessa perspectiva, avulta, em particular, a importância de um juiz natural e imparcial. Como bem diz DINAMARCO¹⁶, *“seria absolutamente ilegítimo e repugnante o Estado chamar a si a atribuição de soluci-*

¹³ DIDIER JR., Fredie. “Direito Processual Civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento”. 6ª ed. Salvador: Jus PODIVM, 2006, pág. 33.

¹⁴ DIDIER, *ibidem*, pág. 53.

¹⁵ *Apud* DIDIER, *ibidem*, pág. 53.

¹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel; Instituições de Direito Processual Civil, vol. 1, Editora Malheiros, São Paulo: 2001, pág. 98.

onar conflitos, exercendo o poder, mas permitir que seus agentes o fizessem movidos por sentimentos ou interesses próprios, sem o indispensável compromisso com a lei e os valores que ela consubstancia - especialmente com o valor do justo. Os agentes estatais têm o dever de agir com impessoalidade, sem levar em conta esses sentimentos ou interesses e, portanto, com abstração de sua própria pessoa. O juiz, ao conduzir o processo e julgar a causa, é naquele momento o próprio Estado, que ele consubstancia nessa atividade."

Ainda em sede principiológica e sofrendo reflexos da necessidade de o órgão judicial ser imparcial, menciona-se o *princípio da inércia*, ou da ação, ou ainda, da demanda, previsto no art. 2º, do CPC, o qual estabelece que "nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais." Parte da doutrina prefere considerar que o citado princípio encontra-se abrangido pelo *princípio dispositivo*. A questão é retratada por DIDIER¹⁷:

"José Roberto dos Santos Bedaque aponta a divergência doutrinária sobre o real conteúdo do chamado princípio dispositivo. O exame deste princípio passa, sobretudo, pela análise dos poderes processuais do juiz.. 'fala-se, por exemplo, que tal princípio significa, em sentido amplo, deixar para as partes os ônus de iniciação, determinação do objeto, impulso do processo e produção de provas'. É fundamental visualizar o problema sob dois aspectos: a) propositura da demanda: delimitação do objeto do processo: b) estrutura interna do processo: impulso processual, produção de provas, efeito devolutivo do recurso etc."

Adverte o doutrinador, porém, que "*Barbosa Moreira e Bedaque defendem uma outra acepção do princípio dispositivo: é 'preferível que a denominação princípio dispositivo seja reservada tão-somente aos reflexos que a relação de direito material disponível possa produzir no processo. E tais reflexos referem-se penas à própria relação jurídico-substancial. Assim, tratando-se de direito disponível, as partes têm ampla liberdade para dele dispor, através de atos processuais (renúncia, desistência, reconhecimento do pedido). (...) Trata-se de um princípio relativo à relação material, não à processual'*"¹⁸. Arremata DIDIER, todavia, afirmando persistir, independentemente da natureza do direito perseguido, o princípio da demanda, que impede o magistrado de dar início ao processo.

DINAMARCO¹⁹, ao que parece, aborda a questão sob a ótica do *princípio da liberdade das partes*, liberdade essa que entende ser valor humano de primeiríssima grandeza, tanto integrando a essência da democracia, como cons-

¹⁷DIDIER, *op. cit.*, pág. 69.

¹⁸DIDIER, *ibidem*, págs. 69/70.

¹⁹DINAMARCO, *op. cit.*, pág. 111.

tituindo verdadeiro centro em torno do qual uma série de garantias constitucionais gravita. Diz o renomado doutrinador:

"O pleno e eficaz exercício das garantias de ingresso em juízo e acesso à justiça (art. 5º, inc. XXXV), do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inc. LV) depende da liberdade que as partes tenham de atuar segundo suas próprias estratégias, suas escolhas, sua vontade e sua conveniência. O conteúdo dessa liberdade é representado pelo conjunto de faculdades de que as partes dispõem ao longo de todo o processo, qualquer que seja a espécie deste ou o tipo de procedimento. Sua medida é a medida das garantias constitucionais, cuja efetivação depende da livre atuação dos litigantes - porque a liberdade das partes outra coisa não é senão a faculdade de desfrutar dos benefícios oferecidos por aquelas. Respeitados os limites postos pela lei em harmonia com o sistema constitucional, cada uma das partes atuará como quiser e quando quiser, formulando pedidos e requerimentos na medida do que quiser e omitindo-se, se assim preferir, nos momentos em que entender de omitir-se. As manifestações da garantia constitucional da liberdade das partes transparecem ao longo de todo o processo, desde a sua instauração e até que se extinga."

Aliás, a liberdade dos litigantes vai ao pondo de o autor, em assim querendo, pedir menos - ainda que tenha direito a mais -, com a consequência de não poder receber tutela jurisdicional além dos limites do que tiver pedido (art. 128 e 460 do CPC).

Anota-se, todavia, pendor de se conferir proeminência ao *princípio inquisitivo* em face do dispositivo, em matéria relativa à prova e iniciativa de sua produção, possibilitando que o juiz abandone postura inerte e passe a interferir mais incisivamente na produção probatória. Tal tendência, todavia, como dito, restringe-se ao tema probatório, com algumas irradiações na condução do processo, mantendo-se íntegro, porém, o princípio da demanda no que tange à iniciação da demanda e delimitações da pretensão deduzida.

6. Da conclusão: a revisão *ex officio* de cláusula tida como excessivamente onerosa inserida em contrato de consumo.

Revistos todos esses conceitos prévios, resta enfrentar a questão proposta no início do trabalho, quando se indagou acerca da possibilidade de o Judiciário, à guisa de suposta onerosidade excessiva ou abusividade, revisar cláusulas contratuais mediante teses formuladas pelo magistrado, aplicando critérios não eleitos pelas partes ou sequer ventilados pelo consumidor.

Com bem visto, tanto no Código Civil, quanto no Código de Defesa do Consumidor, o acentuado desequilíbrio contratual constitui causa para modificação ou desfazimento do negócio jurídico firmado. A diferença, todavia, é que, enquanto no âmbito civil, tal desequilíbrio pode vir a dar causa à *anulabilidade* do negócio, mediante a configuração da *lesão* (art. 157/CC), no sistema consumerista, a onerosidade excessiva será motivo da *nulidade absoluta* da cláusula ou do contrato. Esse tratamento diferenciado traz consequências importantes.

A mais importante – sob foco do presente trabalho – é a forma como as nulidades podem vir a ser alegadas e declaradas.

No caso de o contrato submeter-se ao Código Civil, somente mediante alegação da parte é que poderá o juiz conhecer da matéria. Aqui, vigem, em sua plenitude, os princípios *dispositivo* e da *liberdade dos litigantes*. Deverá a parte que pretenda se beneficiar do instituto da *lesão*, além de demonstrar a premente necessidade, a inexperience e a leviandade da parte oposta, comprovar a *desproporcionalidade das prestações avençadas*. Nessa situação, o magistrado, ao analisar a pretensão ajuizada, desempenhará a tarefa de densificar o conceito jurídico indeterminado (*prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta*) baseado em tese construída pelo próprio interessado, quando fará o cotejo de tais alegações em face de todo o sistema jurídico e principiológico posto.

No que se refere às lides submetidas ao CDC, a coisa funciona diferente. Considerando que a onerosidade excessiva é causa de *nulidade*, torna-se, *a priori*, prescindível qualquer iniciativa do consumidor interessado a esse respeito. Pode e DEVE o juiz, quando do exame de contrato de consumo, apontar cláusula excessivamente onerosa, reconhecendo-lhe a nulidade. A razão disso repousa no fato de o CDC estabelecer normas de proteção e defesa do consumidor de ordem pública e interesse social (art. 1º, CDC), de modo que uma cláusula abusiva, mais que prejudicar o consumidor, ofende a própria ordem pública de defesa do consumidor.

A situação é curiosa. Ainda que o consumidor venha discordar da visão do magistrado e negue considerar onerosa a cláusula antipatizada pelo Judiciário, ainda assim, se o julgador mantiver sua opinião, tudo parece indicar não existir solução outra ao perplexo consumidor senão aceitar, goela abaixo, o ponto de vista do magistrado.

O quadro retratado, embora não seja comum, é factível. E, em se lhe aceitando a ocorrência, põe-se a baixo o pouco que restava da autonomia da vontade nos contratos de consumo. Mais que isso, cria-se algo que se pode chamar de *subjetivismo judicial*.

Quando se tratou do processo de densificação ou interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados, viu-se que não deveria ser confundido com mera discricionariedade. O juízo valorativo a se fazer não era pessoal do juiz, mas respaldado pelo sistema jurídico onde o intérprete esteja inserido, mediante o uso de conceitos e critérios fornecidos por esse próprio sistema.

Ocorre que a noção de onerosidade excessiva não pode ser obtida tomando-se como parâmetro único o sistema de proteção do consumidor; diferentemente, deve-se levar em consideração a situação concreta vivenciada pelo consumidor, situação essa que deverá ser *filtrada* pelo sistema protetivo do CDC, quando, então, poderá o magistrado concluir que aquele *fato-causa* alegado (cláusula contratual) é – ou não –, de fato, excessivamente oneroso, a ensejar sua anulação (fato-efeito).

Tira-se disso a conclusão de que a iniciativa do litigante é indispensável para o diagnóstico de cláusulas abusivas por onerosidade excessiva. É necessário intuir a seguinte diferença: o magistrado pode (deve), diante de certa lide proposta, dizer se o objeto do contrato é ilícito, ou se é impossível, ou se o agente é incapaz, situações essas que conduzem à nulidade. Basta, para tanto, a comparação da hipótese observada com o sistema jurídico. O mesmo não ocorre com a onerosidade excessiva. Não se mostra suficiente analisar determinada cláusula face às normas de consumo; porque a noção de onerosidade exige, antes de tudo, que dita situação cause *ônus, desvantagem, incômodo* a determinado sujeito (consumidor), que é o único apto a dizer o que lhe é oneroso²⁰. A partir daí – da efetiva discordância do consumidor diante de determinada cláusula –, é que o juízo fará uma análise de ponderação, de razoabilidade e proporcionalidade para concluir se, de fato, para o sistema, aquele suposto ônus, conforme justificado pelo interessado, é excessivo.

Tome-se, de exemplo, a hipótese dos juros remuneratórios praticados nos contatos bancários. O tema é absolutamente recorrente nos tribunais e animou uma acirradíssima discussão acerca da possibilidade ou não de sua limitação. Depois de idas e vindas, vem se firmando entendimento, capitaneado pelo Superior Tribunal de Justiça, que admite a revisão das aludidas disposições contratuais à luz da CDC, cuja abusividade, todavia, “(...) *só pode ser declarada, caso a caso, à vista de taxa que comprovadamente discrepe, de modo substancial, da média do mercado na praça do empréstimo, salvo se justificada pelo risco da operação.*” (REsp 407097/RS). Em atenção a essa denominada *taxa média de mercado*, muitos contratos têm sido revisados.

Então, considere-se que um determinado consumidor venha a juízo discutir seu contrato de financiamento bancário, não arrolando entre as matérias tratadas a questão dos juros remuneratórios, que, aliás, foram contratados em

²⁰Conforme anota o Dicionário Aurélio: *Oneroso* 1. Que envolve ou impõe ônus; que sobrecarrega; pesado; 2. De que resultam grandes despesas ou gastos; dispendioso; 3. Vexatório, incômodo, molesto:

2,5% (dois e meio por cento), ao mês. Considere-se, ainda, que o juiz da causa depare-se com essa mesma cláusula e perceba, muito diligentemente, que, segundo o Banco Central do Brasil, a taxa média praticada para pessoa física em relação ao crédito contratado ficou em 2,3% (dois vírgula três por cento), mensais. Poderá, ao sentenciar, revisar o contrato nesse particular e afirmar ocorrer onerosidade excessiva nos 0,2% (zero vírgula dois por cento) adicionados à taxa de juros do contrato? Perceba-se que o magistrado insere pretensão nova, formulando ele próprio causa de pedir e deduzindo pedido não-constante na lide originalmente proposta.

Considere-se, agora, uma outra situação. Esse mesmo consumidor, referido anteriormente, vem a juízo discutir seu contrato de financiamento bancário, mas, dessa vez, inclui entre as matérias versadas o problema dos juros remuneratórios (recorde-se, fixados em 2,5%, ao mês) acusando-os de abusivos e excessivamente onerosos, defendendo a revisão desse dispositivo contratual para limitá-los à taxa de 1% (um por cento), ao mês, como supostamente permite o Código Civil. Ao analisar o problema, o magistrado afasta essa tese jurídica e procede à revisão contratual com base na taxa média de mercado, reduzindo-os à taxa mensal de 2,30% (dois vírgula três por cento).

O que se vê, agora, é a absoluta modificação operada pelo magistrado na causa de pedir deduzida pelo consumidor com reflexo no próprio pedido formulado que se alterou completamente.

É bem provável que, em ambos os casos, o consumidor não recorra de decisão proferida, que, afinal de contas, lhe é *vantajosa*. Ocorre, que a vantagem auferida pelo consumidor não pode justificar tais tipos de comportamentos judiciais. O CDC não visa proporcionar, sempre e a qualquer preço, todo o tipo de vantagem ao consumidor. Essa é uma perspectiva míope. As normas de consumo formam, isso sim, um sistema *protetivo* do consumidor, baseado na *boa-fé* de ambos contratantes, visando a coibir excessos e abusos, a fim de obter uma relação comercial mais equilibrada e saudável.

Nos dois casos imaginados, percebe-se que o conceito de onerosidade excessiva torna-se *alheio* ao consumidor, totalmente dissociado da realidade factual exposta ao Judiciário. O processo de densificação do conceito indeterminado faz-se *abstratamente* na mente do julgador, levando em consideração apenas o *entendimento pessoal* do juiz sobre a matéria e as máximas cristalizadas da jurisprudência dos tribunais.

Essa forma de proceder, embora aparentemente útil para o consumidor – que acaba colhendo vantagem em relação à sua situação contratual anterior – bem como para o próprio Judiciário – que adquire agilidade, evitando *quebrar a cabeça* com a análise pontual da lide e de todas as nuances que cercam o conceito de onerosidade – constitui prática equivocada e, portanto, condenável.

De um lado, aniquila qualquer traço de autonomia de vontade nos contratos de consumo, dando azo à figura estranhíssima do *contrato judicial padrão*, formado (ou revisado) segundo a ladainha revisional adotada nos tribunais. De outro canto, constitui perigosíssima invasão judicial em esfera privada e pessoal, dando feição a um Judiciário excessivamente *inquisitivo*. Rompem-se cânones processuais muito caros, tais como da inércia judicial e da livre disposição pela parte do direito que possui, conforme o qual, cabe-lhe escolher aquilo que pretende levar a juízo.

Esse impertinente subjetivismo judicial que, armado do conceito jurídico indeterminado de *onerosidade excessiva*, esquadrinha e investiga os contratos de consumo em busca de cláusulas abusivas, tende a desviar em demasia o magistrado do ponto equidistante que deveria manter entre os litigantes, fazendo ele próprio atuar como se interessado fosse, rompendo de forma irremediável com o princípio da imparcialidade judicial.

Referência bibliográfica:

ABREU, Frederico do Valle. “Conceito jurídico indeterminado, interpretação da lei, processo e suposto poder discricionário do magistrado”. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 674, 10 maio 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6674>>. Acesso em: 11 jul. 2008

BRASIL. Código (1916). Código Civil Brasileiro.

BRASIL. Código (1990). Código de Defesa do Consumidor.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

DIDIER JR., Fredie. “Direito Processual Civil: Teoria feral do processo e processo de conhecimento”. 6ª ed. Salvador: Jus PODIVM, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. “Instituições de Direito Processual Civil, vol. 1”. Editora Malheiros, São Paulo: 2001.

GALIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. “Novo Curso de direito civil: (abrangendo o código de 1916 e o Novo Código Civil)”. São Paulo: Saraiva, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini... et al. "Código de Defesa do Consumidor: comentado pelo autores do anteprojeto". 8ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

LYRA JÚNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de; FIGUEIREDO, Henrique Monteiro et al. "As invalidades no Direito Civil e sua caracterização no Código de Defesa do Consumidor". *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3303>>. Acesso em: 09 jul. 2008 .

OLIVEIRA, Emmanuel Fontenele. Conceitos indeterminados . *Jus Navigandi*, Teresina, no 9, n. 558, 16 jan. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6194>>. Acesso em: 11 jul. 2008.

TUCCI, José Rogério Cruz e. "Garantia do processo sem dilações indevidas". *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: RT, 1999

VENOSA, Sílvio de Salvo. "Direito Civil: parte geral". 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

**PRÊMIO
MELHOR ARRAZOADO FORENSE
2008**

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA TOMBADA SOB NÚMERO 2008/2001866, EM
TRAMITAÇÃO NA 20ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE ARACAJU/SE;
VISANDO O RECONHECIMENTO DO VALOR CULTURAL
DA IGREJA SÃO SALVADOR*.**

Augusto César Leite de Rezende**

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE, por intermédio do seu representante, e no uso de suas atribuições que lhes são conferidas pelo art. 129, inciso III, da Constituição Federal e art. 5º da Lei 7.347/85, propõe **AÇÃO CIVIL PÚBLICA DECLARATÓRIA DE VALOR CULTURAL** em face de

1 - ESTADO DE SERGIPE, pessoa jurídica de direito público, representado judicialmente em Juízo, por força do art. 12, inciso I, do Código de Processo Civil, por seu Governador de Estado, DR. MARCELO DEDA CHAGAS, situado no Palácio de Despachos, Av. Adélia Franco, 3305, DIA, CEP 49027-900, Aracaju/SE;

2 - MUNICÍPIO DE ARACAJU, pessoa jurídica de direito público, representado judicialmente, por força do art. 12, inciso II, do Código de Processo Civil, por seu Prefeito Municipal, situado na Praça Getúlio Vargas, N.º 298, Centro, São Cristóvão/SE;

3 - ARQUIDIOCESE DE ARACAJU, pessoa jurídica de direito privado, CNPJ 01.043.021/0001-36, com sede na Praça Olímpio Campos, 228, Centro, CEP 49010-040, Aracaju/SE, pelos seguintes fatos e fundamentos:

1 - DOS FATOS

O Ministério Público do Estado de Sergipe instaurou o Inquérito Civil N.º 083/2007 visando apurar o real valor histórico da Igreja São Salvador, localizada na Rua de Laranjeiras, N.º 110, Centro, Aracaju/SE.

Em 17 de maio de 1983, o Instituto de Arquitetos do Brasil solicitou ao Conselho Estadual de Cultura o tombamento da Igreja São Salvador, por entender que o templo era dotado de relevante valor arquitetônico, histórico e cultural de Aracaju e representante vivo da memória de Aracaju.

*Peça vencedora do Concurso Melhor Arrazoado Forense/2008, categoria Membro do Ministério Público de Sergipe.

**Promotor de Justiça do Ministério Público de Sergipe.

Infelizmente, o Conselho Estadual de Cultural manifestou-se contrário ao tombamento da Igreja São Salvador na 279ª Sessão Plenária Extraordinária realizada em 25 de julho de 1983, por entender o Conselheiro Relator que o interior da igreja não se apresenta notável, apesar de reconhecer que o seu exterior conservava ainda o aspecto gótico da década de 1920.

Passados aproximadamente 25 (vinte e cinco) anos da decisão do Conselho Estadual de Cultura, o historiador Amâncio Cardoso publicou no Jornal da Cidade de 25 de outubro de 2007 o artigo titulado “Igreja São Salvador: primeiro templo católico de Aracaju” versando sobre o valor histórico da referida igreja.

No texto, o historiador e professor do CEFET-SE aduz que a Igreja de São Salvador já tem suficiente currículo para que mereça não apenas a bênção dos devotos, mas sobretudo a proteção legal do Estado.

Por ocasião das comemorações do sesquicentenário da fundação da Capela São Salvador, o Arcebispo Metropolitano de Aracaju Dom José Palmeira Lessa, sensível aos valores culturais do povo sergipano, assinalou que *“a Capela São Salvador é uma relíquia histórica da nossa Capital”*. E merece, assim, proteção legal.

Notório e de conhecimento público são, ainda, o apreço e desejo de manutenção pela comunidade do patrimônio cultural de Aracaju, conforme se pode extrair das inclusas matérias veiculadas na imprensa escrita.

A Igreja São Salvador, remanescente da arquitetura sergipana do século XIX, possui valor cultural (histórico e arquitetônico), de modo que há a necessidade premente de se preservar cada resquício da história e da cultura deste povo, sob pena do total desaparecimento dos registros das formas de ser e de viver daqueles que por aqui passaram e deixaram para os pósteros testemunhos materiais grandiloquentes, que bravamente – e apesar da indiferença de alguns – ainda sobrevivem ao passar dos séculos.

2 – DO DIREITO

2.1 – DO DIREITO FUNDAMENTAL DO PATRIMÔNIO CULTURAL

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 Miranda¹:

“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 equipamentos 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 cultu-

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

ral. 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 AGRAVO 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).

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

2.2 – DO CABIMENTO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA DECLARATÓRIA DE VALOR CULTURAL

A nossa Constituição Federal dispõe acerca do patrimônio cultural brasileiro:

“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:

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

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

V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

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

§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.”.

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 Miranda³: “...*apenas o imóvel individuado e expressamente reconhecido pelo poder público como bem cultural submete-se ao especial regime jurídico...*”.

Infelizmente, a Igreja São Salvador não é expressamente reconhecida de relevante valor cultural pelos Poderes Públicos, daí porque ser cabível a presente ação civil pública declaratória de valor cultural da Igreja São Salvador.

De fato, o art. 216, § 1º, da Constituição Federal é claro ao estabelecer que o tombamento é apenas uma das formas de proteção do patrimônio cultural, mas não a única, de modo que a doutrina e jurisprudência e, mais recentemente, a legislação federal, vêm consagrando a possibilidade do Poder Judiciário reconhecer o valor cultural de determinado bem, independentemente de prévio ato de tombamento.

A respeito da defesa do patrimônio cultural em juízo, aponta a doutrina:

“Além da defesa de outros interesses difusos e coletivos, cuida expressamente a Lei nº 7.347/85 da defesa em juízo dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a que se vem convencionalmente chamar em doutrina de patrimônio cultural (artigo 1º, III, da Lei da Ação Civil Pública). A Constituição de 1988, nos seus artigos 215-6, alargou bastante a abrangência dos interesses culturais, que evidentemente passam a merecer proteção também por via judicial. (MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo. 5. ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 102).

³ Tutela do Patrimônio Cultural Brasileiro, Ed. Del Rey, 2006, p. 54.

O escólio de Mazzilli é esclarecedor:

“Fica claro, no exame da legislação, que tanto se protege o patrimônio público tombado como o não tombado. Em caso de tombamento, temos proteção administrativa especial. Sempre que o legislador, por qualquer razão, quis exigir tombamento, ele o explicitou claramente. Na Lei 7.347/85, entretanto, o legislador não limitou a proteção jurisdicional de valores culturais apenas aos bens tombados — e seria rematado absurdo se o fizesse.

Afinal, nada impede que um bem tenha acentuado valor cultural, mesmo que ainda não reconhecido ou até mesmo se negado pelo administrador; quantas vezes não é o próprio administrador que agride um bem de valor cultural?!

O tombamento, na verdade, é um ato administrativo complexo: de um lado, declara ou reconhece a preexistência do valor cultural do bem; de outro, constitui limitações especiais ao uso e à propriedade do bem. Quanto ao reconhecimento em si do valor cultural do bem, o tombamento é ato meramente declaratório e não constitutivo desse valor; pressupõe este último e não o contrário, ou seja, não é o valor cultural que decorre do tombamento.” (MAZZILI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo. 3. ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 85).

Com efeito, não há nenhuma exigência da lei condicionando a defesa do patrimônio cultural ao prévio tombamento administrativo do bem, que, como se viu, é apenas uma forma administrativa, mas não sequer a única forma de regime especial de proteção que um bem de valor cultural pode ensejar.

Não é outro o entendimento jurisprudencial sobre o tema:

“[...] cabe ao Judiciário identificar o valor histórico e estético do bem, independentemente do critério administrativo”. (RJTJESP 114/38, maioria).

“O reconhecimento de que determinada coisa tem valor estético, histórico, turístico ou paisagístico pode ser feito pelo Poder Judiciário e não é privativo do Poder Legislativo ou do Executivo”. (RJTJESP 122/50).

O eminente Marcos Paulo de Souza Miranda, in *Tutela do Patrimônio Cultural Brasileiro*, Ed. Del Rey, 2006, p. 179, assinala que: *“a ação civil tem se mostrado como instrumento extremamente útil em caso de omissão dos Poderes Executivo e Legislativos no dever de preservar o patrimônio cultural brasileiro, sendo viável o reconhecimento judicial do valor de determinado bem e a imposição a seu proprietário e ao Poder Público de obrigações de fazer e não fazer necessárias à manutenção de sua integridade”*.

Nesse diapasão, a presente ação civil pública mostra-se juridicamente possível, necessária, útil e adequada para o reconhecimento judicial do valor cultural da Igreja São Salvador.

2.3 - DO VALOR CULTURAL DA IGREJA SÃO SALVADOR

Apesar de já narrado acima, vale repetir que o historiador Amâncio Cardoso publicou no *Jornal da Cidade*, de 25 de outubro de 2007, o artigo titulado “Igreja São Salvador: primeiro templo católico de Aracaju” versando sobre o valor histórico da referida igreja.

No texto, o historiador e professor do CEFET-SE aduz que a Igreja de São Salvador já tem suficiente currículo para que mereça não apenas a bênção dos devotos, mas sobretudo a proteção legal do Estado, apresentando, para tanto, as seguintes justificativas:

“No centro de Aracaju situa-se um dos mais antigos monumentos da cidade. Numa esquina, nº 110, da rua Laranjeiras com a da João Pessoa, jaz o primeiro templo católico da capital: a igreja de São Salvador. A igreja de São Salvador está fazendo 150 anos. Ela foi, e ainda é, importante casa de oração e patrimônio arquitetônico.

(...)

A igreja de São Salvador foi a primeira. Quanto à capela do atual bairro Santo Antônio, mais antiga, fazia parte do então povoado de Santo Antônio do Aracaju, filiado à freguesia de Nossa Senhora do Socorro da Cotinguiba; ficando assim, ao contrário da São Salvador, fora do projeto da capital traçado pelo engenheiro Sebastião José Basílio Pirro.

(...)

...a pedra fundamental foi assentada no dia 22 de maio de 1856, pouco mais de um ano da fundação de Aracaju. Logo depois, a capela foi ampliada e tornou-se uma igreja. Isto ocorreu, por um lado, devido ao crescimento da população que migrava do interior; e por outro, por ter sido necessário acompanhar o alinhamento da rua, conforme relato do então governante Salvador Correia de Sá e Benevides.

Aliás, o nome da igreja homenageia o referido administrador, enviado pelo imperador logo após a grave epidemia de cólera que dizimou e paralisou obras. Uma delas foi a matriz da capital, sob invocação da Imaculada Conceição, iniciada por Inácio Barbosa (1823-1855), fundador de Aracaju, cujo projeto ficou apenas nos alicerces (2), tanto por conta de seu falecimento em outubro de 1855 quanto pela devastação colérica, que obrigou o desvio de investimentos para assistência das vítimas e para o combate à doença, entre setembro de 1855 e fevereiro de 1856.(3)

Após esses fatos, iniciou-se imediatamente a construção de outro templo: a capela de São Salvador. Para impulsionar a obra, além do poder público, alguns cidadãos contribuíram. Exemplo disto foram as doações de duas cargas de pedra de lastro feitas pelos funcionários da Alfândega. Assim, com a construção em diligência, o oráculo aracajuano foi inaugurado em 23 de outubro de 1857.

(...)

A igreja de São Salvador, em seus primórdios, não funcionou apenas como casa de oração e cemitério. Ela também abriu suas portas para sediar eleições políticas. Exemplo disto ocorreu em 1861 quando houve sufrágio no interior do templo para escolha dos membros da 14ª legislatura da Assembléia Provincial. Este fato representa, entre outras coisas, a confraternização entre o poder político e o religioso; tão acentuada à época ...

Um fato político-religioso marcante, que rompeu o cotidiano da Igreja de São Salvador, foi a visita de suas majestades imperiais, D. Pedro II (1825-1891) e Dona Tereza Cristina (1822-1889). No dia 11 de janeiro de 1860, às 19h30, o casal e comitiva assistiram ao Te-Deum (missa com cântico em ação de graça) pela presença dos ilustres visi-

tantes.(8) D. Pedro II deixou anotada sua impressão sobre a São Salvador: “matriz bonita, mas simples capela”.(9) Com razão, a simplicidade e a beleza são, ainda hoje, atributos de nossa primeira igreja.

(...)

Além dos vivos e dos mortos, no primeiro templo de Aracaju realizaram-se sua função precípua: missas em louvor a santos católicos. Em dezembro de 1872, por exemplo, “celebrou-se com pompa” a festa da Imaculada Conceição; em janeiro de 1874, houve missa de Bom Jesus dos Navegantes e festa de São Benedito, em que o púlpito foi ocupado pelo influente político e então vigário geral José Gonçalves Barroso (1821-1882). Já em 1875, a filarmônica de Aracaju tocou na São Salvador durante missa de Corpus Christi.(14) Estas solenidades simbolizam a intensa presença e influência da crença católica na formação cultural dos sergipanos e, mais especificamente, aracajuanos.

(...)

Já no âmbito nacional, foi celebrada na São Salvador, em 1876, uma missa solene pelo dia 2 de julho de 1823, quando se travaram guerras na Bahia, com a participação de forças sergipanas, para garantirem a independência política do Brasil com relação a Portugal.(16)

Após tantos usos, em 1882, a igreja de São Salvador passou por “urgentes reparos”. Tais reformas foram dirigidas por uma comissão composta pelo professor Severiano Cardoso (1840-1907) e pelo padre e político Olímpio Campos (1853-1906). Quanto ao orçamento, foi confeccionado pelo engenheiro, militar e político José de Siqueira Menezes (1852-1931). (17) Todos eles se tornaram figuras de proa de nossa história em seus respectivos campos de atuação.

Além desses reparos, a São Salvador passou por outros no século XX, marcando diuturnamente o cotidiano do centro comercial de Aracaju. (18) Ainda hoje, nosso primeiro oráculo acompanha a vida religiosa, cívica e política da cidade. Nesse aspecto, ela se constitui num dos monumentos mais significativos do chamado “Centro Histórico” de Aracaju, com veemente potencial turístico.”.

Por ocasião das comemorações do sesquicentenário da fundação da Capela São Salvador, o Arcebispo Metropolitano de Aracaju Dom José Palmeira Lessa, sensível aos valores culturais do povo sergipano, assinalou que *“a Capela São Salvador é uma relíquia histórica da nossa Capital”*. E merece, assim, proteção legal.

Portanto, a Igreja São Salvador, remanescente da arquitetura sergipana do século XIX, possui valor cultural (histórico e arquitetônico), de modo que há a necessidade premente de se preservar cada resquício da história e da cultura deste povo, sob pena do total desaparecimento dos registros das formas de ser e de viver daqueles que por aqui passaram e deixaram para os pósteros testemunhos materiais grandiloquentes, que bravamente – e apesar da indiferença de alguns - ainda sobrevivem ao passar dos séculos.

2.4 - DO DEVER DOS PODERES PÚBLICOS EM PROTEGER O PATRIMÔNIO CULTURAL

A Constituição Federal, em seu art. 24, define ser competência concorrente entre Estados e União Federal legislar sobre proteção do patrimônio histórico, cultural, turístico e paisagístico, bem como sobre a responsabilização dos responsáveis por danos aos bens assim definidos.

No que concerne à competência material, definida assim como aquela *“que atribui a uma esfera de poder o direito de fiscalizar e impor sanções em caso de descumprimento da lei”*⁴, a Constituição define ser competência comum da União, Estados e Municípios a proteção dos bens de valor histórico e cultural, assim como impedir a destruição e descaracterização desses bens. A propósito:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

(...)

III – proteger documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;

IV – impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural;

⁴Freire, pg. 71.

V – proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência;

VI – proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;”.

Essa competência comum se reflete na *tarefa de executar os encargos e objetivos comuns, sem limites específicos*, vez que a lei prevista no parágrafo único do art. 23 nunca foi editada, e preferencialmente de forma cooperativa.

Apesar da inexistência da norma de cooperação prevista no art. 23, parágrafo único, o disposto em matéria de competência é *norma de eficácia plena*, independentemente, assim, de norma regulamentadora posterior. Essa cooperação pode ocorrer, como muitas vezes ocorre ainda na falta da referida norma, por meio de convênios celebrados entre os órgãos responsáveis pela defesa e fiscalização do Patrimônio Cultural, valendo-se da autorização constante no art. 241 da Constituição Federal.

Em face da competência comum, pouco importa quem seja o detentor do domínio do bem ou o ente que legistrou a respeito, todos os entes políticos são responsáveis pelo desempenho daquela parcela de poder constitucionalmente lhes atribuída, no caso a proteção do Patrimônio Cultural, bem como pela responsabilização por danos causados a ele.

Se assim não procedem, os entes imbuídos desse poder incorrem em omissão no desempenho de suas funções, cabendo ao Poder Judiciário, devidamente provocado, determinar as medidas cabíveis para a reparação do dano causado ao bem cultural vilipendiado.

Assim preceitua Vladimir Passos de Freire⁵,

“Não foi gratuita a outorga de competência comum, mas fruto do conhecido descaso da população brasileira por suas riquezas, principalmente pelas relacionadas com o aspecto cultural. (...) As nossas cidades históricas permaneceram intocadas e hoje constituem rico acervo patrimonial histórico e arquitetônico, mais pelo abandono econômico a que se viram relegadas do que pela ação das autoridades administrativas”.

Os entes estatais devem atuar no sentido de proteger e promover do patrimônio cultural. E como consequência, sempre que qualquer elemento possível de identificação como integrante do patrimônio cultural apresen-

⁵Pg. 76

tar-se em risco, por estar em processo de degradação ou desfiguração, todos os entes da federação incorrem em omissão de seus deveres constitucionais estabelecidos.

O proprietário, possuidor e os Poderes Públicos, federal, estadual e municipal, são co-responsáveis solidariamente pela conservação e reparação do bem declarado de valor cultural.

De fato, têm os entes estatais o dever de zelar pela conservação dos bens de valor cultural, notificando o proprietário ou possuidor para realização de obras de conservação, e aplicando as sanções cabíveis pela omissão, sob pena de responsabilização.

Assim, o Município de Aracaju e o Estado de Sergipe têm o dever de proteger documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos, por força do art. 23, inciso III, da Constituição Federal, ainda que tombados ou reconhecidos de valor cultural pela União.

No presente caso, têm o dever de proteger, juntamente com a Arquidiocese de Aracaju, a Igreja São Salvador.

A jurisprudência brasileira tem firme posicionamento no sentido de que os entes estatais são solidariamente responsáveis pelos danos causados ao patrimônio cultural, conforme se depreende do julgado abaixo relacionado:

“APELAÇÃO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMÓVEL TOMBADO – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO PROPRIETÁRIO DO BEM, DO ESTADO E DO MUNICÍPIO – I- O Decreto que institui o tombamento de imóvel urbano situada em área de preservação histórica, ainda que advindo do Poder Executivo Estadual, implica em responsabilidade solidária pelos danos causados ao patrimônio histórico e cultural em face do abandono e descaso, tanto do proprietário do imóvel quanto do Estado e do Município. III - Recursos improvidos.” (TJMA – AC 21.126/2003 – (52561/2004) – São Luís – 1ª Cív. – Rel. Des. Jorge Rachid Mubárack Maluf – J. 06.12.2004).

3 – DOS PEDIDOS

Isto posto, e ante aos argumentos expedidos, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE requer:

- 1. A citação dos réus para, querendo, apresentarem resposta, sob pena de revelia;**
- 2. Ao final da instrução requer seja a Igreja São Salvador declarada formalmente como detentora de relevante valor cultural para o povo aracajuano, impondo-se ao proprietário, bem como ao Município de Aracaju e ao Estado de Sergipe, a obrigação de preservá-la para a fruição das presentes e futuras gerações.**
- 3. Protesta provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, com especial atenção às perícias, testemunhas e documentos.**

Dá-se á causa o valor de R\$ 1.000,00 (hum mil reais).

**Nestes termos,
Pede e espera deferimento.**

Aracaju, 24 de janeiro de 2008.

AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE C/C ANULAÇÃO DE REGISTRO CIVIL E EXONERAÇÃO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA

Lenilde Nascimento Araújo*

ADOÇÃO À BRASILEIRA E FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. INTERESSE DA CRIANÇA. ÚNICA REFERÊNCIA DE PAI. RECONHECIMENTO VOLUNTÁRIO, IRREVOGÁVEL E IRRETRATÁVEL.**

XXXX ajuizou ação negatória de paternidade c/c anulação de registro civil e exoneração de pensão alimentícia em face de XXXX, menor, representada por XXXX, alegando, em síntese, que em 1999, quando a criança nasceu nem conhecia sua genitora e apenas manteve algumas relações sexuais com a mesma em 2000, não chegando a ter relacionamento estável. Disse que registrou a criança forçadamente pela genitora, a qual se aproveitou de grave estado de saúde do autor que na época se encontrava afetado por crise reumática, que lhe causava confusão mental. Juntou documentos.

A ré contestou, alegando que viveu em união estável com o autor por cerca de 03 anos. Informa que é absurda a alegação de que teria forçado o mesmo a registrar a ré, tendo realmente a mesma nascido antes da convivência dos dois e o autor feito uma "adoção à brasileira", de livre vontade, não sendo necessário exame de DNA pois a criança não é sua filha biológica. Disse ainda que seus problemas de saúde jamais o tornaram indefeso ou incapaz. Ao final requereu fosse julgada improcedente a ação com base nos institutos da paternidade responsável e da filiação socioafetiva e, ainda, que o direito a identificação genética não se confunde com paternidade.

Em réplica, o autor pediu a cessação de desconto mensal dos alimentos, disse que sendo casado não poderia ter união estável com a mãe da menor, até por impedimento legal. Disse que adoção à brasileira é crime, que o autor não o fez, que não tem afeto pela criança, não a visita e nem convive com ela. Reiterou os pedidos iniciais.

Na fl. 68, negou-se o pedido liminar.

Nas fls. 76 e seguintes, exame de DNA que corrobora que o autor não é o pai biológico da ré.

*Promotora de Justiça

**Peça premiada com Menção Honrosa - Peça Cível no Concurso Melhor Arrazoado Forense/2008, promovido pelo Ministério Público de Sergipe.

Seguiu-se a coleta da prova oral, com depoimentos pessoais e oitivas de testemunhas. Após derradeiras alegações reiterativas, os autos vieram para parecer.

Trata-se de negatória de paternidade c/c anulação de registro civil e exoneração de pensão alimentícia.

Na verdade, não se discute se a ré é ou não filha biológica do autor, pois a peça de resposta deixou claro que a criança não é filha nesta condição e que o pai a registrou por livre vontade, tendo feito o que popularmente se conhece como uma adoção à brasileira.

Resta averiguar como foram as circunstâncias nas quais se deu o registro e a relação existente entre pai e filha.

Pois bem, observando os autos, vê-se que as testemunhas arroladas pelo autor nada sabem sobre a convivência entre as partes, não eram do seu convívio social, portanto não podem atestar sobre os fatos. Na verdade, elas sequer conheciam a ré e sua genitora na época em questão, o que se pode ver dos próprios depoimentos, pois uma conhecia a esposa do autor da escola e outra vendia roupas na casa da mesma, fls. 225 e 232.

Já as arroladas pela ré, fls. 249, 251/2 e 257, tudo viam, relatam que a criança chamava o requerente de pai, que ele a colocava no colo e a apresentava assim, como filha, aos amigos, no meio social onde viviam. A criança e os conhecidos não sabiam da existência de outro pai para a menor além dele, não tinham qualquer referência do pai biológico, a ponto de sequer saberem quem é.

Da prova colhida, não houve qualquer sinal de pressão para o registro feito pelo genitor, que foi o próprio declarante, ao contrário, o que se percebe é que teve um relacionamento amoroso com a genitora da ré, o qual começou quando a mesma já estava grávida da criança em questão, tendo os dois ido morar no mesmo teto algum tempo após por cerca de dois anos ou dois anos e meio (independentemente de ter se separado da esposa ou não) e o autor registrado a criança como sua quando a mesma já tinha dois anos e meio de idade (doc. de fl. 34) e, certamente ela não parecia com ele segundo a prova testemunhal. Ele assim agiu, durante a convivência, baseado em uma verdade socioafetiva e não em uma verdade biológica.

Quanto à alegação do requerente no sentido de que sofria de doença reumática, existe prova neste sentido, porém, nenhuma no sentido de que tal moléstia afetasse sua consciência.

Ao que parece, tendo o autor acabado o relacionamento com a mãe e voltado ao bom convívio com a esposa, não tem mais interesse em ser pai de XXXX, entretanto, sobrepõe-se aqui o interesse e a preservação da criança, pois durante aquela convivência, criou-se no caso, a posse do estado de filha, que se caracteriza pelos três elementos conhecidos: nome, tratamento e fama, não se podendo agora tolerar que o varão, sob os efeitos dos deveres parentais, dentre os quais o de prestar alimentos, ataque o reconhecimento da paternidade que voluntariamente efetuou.

Talvez, pelo abandono que tem sofrido, a criança, por ser muito pequena na época da separação, não reconheça mais o requerente, não saiba mais que é ele o seu pai, mas ele foi o único pai que ela conheceu, foi e é sua referência de pai, aquele que a colocava no colo como filha.

Segundo o depoimento da genitora, a menor pergunta pelo pai e ela lhe diz que ele se mudou, nunca tendo informado a XXXX que ele não era seu pai, sendo que, ela chama o autor de pai até hoje.

O Direito atual mudou muito os conceitos de relações familiares, estendendo bem além dos laços biológicos. Esta nova dogmática, baseada em princípios constitucionais, a exemplo do da dignidade da pessoa humana, foi recepcionada pelo Código Civil/2002, principalmente quando estabelece que o parentesco é dito natural, se resultar de consangüinidade, e civil, quando derivar de outra origem - art. 1593.

Por outro lado, o reconhecimento voluntário de paternidade, por parte do reconhecente é irrevogável e irretroatável (arts. 1609 e 1610 do Código Civil), somente podendo ser desconstituído mediante prova de que se deu mediante erro, dolo ou coação, vícios aptos a nulificar os atos jurídicos em geral. Considerando a inexistência de qualquer um deles, prevalece a irrevogabilidade do reconhecimento voluntário de paternidade.

No mesmo sentido, a jurisprudência moderna:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE REGISTRO CIVIL. ADOÇÃO À BRASILEIRA E PATERNIDADE SOCIOAFETIVA CARACTERIZADAS.

Caracterizadas a adoção à brasileira e a paternidade socioafetiva, o que impede a anulação do registro de nascimento da ré pelo pai registral, mantém-se a improcedência da ação. Precedentes. Preliminar rejeitada. Apelação desprovida. Apelação nº 70018812206, Oitava Câmara Cível, TJ/RS, 28/07/2007. Rel. Dês. José S. Trindade.

"NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. ADOÇÃO À BRASILEIRA. Havendo o varão registrado como filho quem sabia não o ser, impossível o uso desta ação, uma vez que tal ato se equipara a verdadeira adoção, que é irrevogável. Embargos desacolhidos." (Embargos Infringentes Nº 70006617468, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 14/11/2003).

APELAÇÃO. ANULAÇÃO DE RECONHECIMENTO DE FILHO. VÍCIO DE VONTADE NÃO COMPROVADO. IRREVOGABILIDADE. PREVALÊNCIA DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA.

1. O reconhecimento voluntário de paternidade é irrevogável e irreatável, e não cede diante da inexistência de vínculo biológico, pois a revelação da origem genética, por si só, não basta para atribuir ou negar a paternidade, não tendo sido provado qualquer vício de consentimento capaz de anular aquele ato jurídico.
2. A relação jurídica de filiação se construiu também a partir de laços afetivos e de solidariedade entre pessoas geneticamente estranhas que estabelecem vínculos que em tudo se equiparam àqueles existentes entre pais e filhos ligados por laços de sangue.
3. Manifesta improcedência do recurso que autoriza julgamento monocrático. Art. 557 do CPC. PROVIMENTO NEGADO. Apelação nº 70020586475, Sétima Câmara Cível, TJ/RS, Rel. Dês. Luiz Felipe Brasil Santos. 17.10.2007.

Diante do exposto e do mais que consta dos autos, manifesta-se o Ministério Público Estadual no sentido de que sejam julgados improcedentes os pedidos autorais, permanecendo o Sr. XXXX como pai da menor XXXX.

É o parecer.

São Cristóvão, 25 de janeiro de 2008.

Lenilde Nascimento Araújo

RECURSO ELEITORAL CRIMINAL*

Sandro Luiz da Costa**

Apelante: Ministério Público Eleitoral

Apelados: S.M.T. E OUTROS

Processo de Origem: 005/2006

RAZÕES DE APELAÇÃO

EGRÉGIO TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO ESTADO DE SERGIPE,

EMINENTE RELATOR,

PRECLARO PROCURADOR REGIONAL ELEITORAL,

DIGNÍSSIMOS MEMBROS,

I – RELATÓRIO

O representante do Ministério Público Eleitoral, baseado em investigação efetivada pela Polícia Federal, ajuizou ação criminal em face de S.M.T., E.G.G, V.S.e outras pessoas qualificadas às fls. 03 /04 dos autos, denunciando-os pelos crimes previstos nos artigos 290¹ e 299², ambos do Código Eleitoral e o crime previsto no artigo 288³, do Código Penal Brasileiro, em função da constituição de uma verdadeira empresa criminosa com a finalidade de promover inscrição e transferência fraudulenta de eleitores de outras Zonas Eleitorais e a cooptação de eleitores, através da compra de votos, tudo com o objetivo de, a priori, garantir, como efetivamente ocorreu, a eleição da primeira denunciada como vereadora do município de Nossa Senhora do Socorro na eleição de 2004,

* Menção Honrosa no Concurso Melhor Arrazoado Forense 2008, categoria Membro do Ministério Público – Peça Criminal.

** Promotor de Justiça do Ministério Público de Sergipe, com atuação cumulativa nas Promotorias Distrital, do Meio Ambiente, Urbanismo e Eleitoral de Nossa Senhora do Socorro.

¹-Art. 290. Induzir alguém a se inscrever eleitor com infração de qualquer dispositivo deste Código.

Pena - reclusão até 2 (dois) anos e pagamento de 15 (quinze) a 30 (trinta) dias-multa.

²-Art. 299. Dar, oferecer, prometer, solicitar ou receber, para si ou para outrem, dinheiro, dádiva ou qualquer outra vantagem, para obter ou dar voto e para conseguir ou prometer abstenção, ainda que a oferta não seja aceita:

Pena - reclusão até quatro anos e pagamento de cinco a quinze dias-multa.

³-Art. 288. Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para fim de cometer crimes: Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.

onde, mesmo sendo uma desconhecida, foi a candidata a vereador mais votada, obtendo 1580 votos, sendo seu mandato cassado posteriormente por conta de tais irregularidades.

A denúncia foi recebida e, ao final do processo, após a produção probatória e observância do contraditório e ampla defesa, foi prolatada fundamentada sentença (fls. 5379-5417) que:

- a - Condenou S.M.T., E.G.G, E.S., I.N.G, V.S., E.F.S. e E.M.M.pela prática dos crimes previstos nos artigos 290 e 299 do Código Eleitoral, c/c artigo 71 do CPB;
- b - Condenou M.R.A., G.G.S., M.S.R. e A.L.S. somente pela prática do crime previsto no artigo 299 do Código Eleitoral;
- c - Absolveu todos os réus do crime de formação de quadrilha ou bando, previsto no artigo 288 do Código Penal Brasileiro.:

II – FUNDAMENTAÇÃO RECURSAL

Como referido acima, merece ser registrado o elogio dirigido à douta magistrada prolatora da sentença recorrida pela profunda análise de prova e fundamentação apresentadas no decisor, no entanto, data vênica, o presente recurso se justifica pela discordância de algumas das conclusões que a MM. Juíza retirou de suas próprias fundamentações na parte dispositiva da decisão recorrida.

II.1 – DA OCORRÊNCIA DO CRIME DE QUADRILHA OU BANDO

Analisando-se as provas dos autos e baseando-se na própria fundamentação da decisão condenatória, verifica-se a formação não de uma simples junção mais estável de um grupo, formado por mais de três pessoas (pelo menos 11 agentes), para a prática de centenas de crimes (o que já caracterizaria o crime do artigo 288, do CPB), mas uma verdadeira empresa criminosa constituída e administrada em seus diversos níveis hierárquicos para tal desiderato, enquadrando-se inclusive no conceito de crime organizado:

“Tal material deixa claro o constante contato, em clima de cumplicidade e confiança, havido entre S.M.T, E.G.G (seu marido) e E.S.. Nos trechos, havidos de março a junho/2004, os três tratam de assuntos da campanha citando as doações feitas, o esquema de retribuição pelos votos (compra de votos), e parte do esquema de arregimentação de eleitores, bem como fazem menção às transferências ilegais feitas antes. Também mencionam nomes de pessoas que com eles trabalhavam na campanha: DB, G,N.

AQUILO ERA VERDADEIRAMENTE UMA PEQUENA, PEQUINÍSSIMA AMOSTRAGEM DO QUE ESTARIA DE FATO OCORRENDO E O QUE ENVOLVIA: A PONTA DE UM “ICEBERG” DE CORRUPÇÃO E FRAUDE

...As provas foram, passo a passo, se agregando, e as “peças” do imenso “quebra-cabeças” que a rede de arregimentação criminosa constituía foram se encaixando e tomando sentido e forma” – fundamentação da decisão (fl. 5386). (grifou-se somente neste último parágrafo).

Em seguida, a própria decisão descreve de forma pormenorizada a função de cada um dos condenados na organização criminosa, inclusive dividindo o subgrupo que teria atuado apenas em um momento posterior da campanha, resumindo ao final que:

“No resumo, podemos concluir que S.M.T. e E.G.G. eram os mentores e principais coordenadores e “chefes” de todos os esquemas criminosos aqui apurados. E.S. e I.G. eram os dois principais “gerentes” da campanha (ou coisa parecida), em momentos concomitantes ou diversos, mas sempre com funções importantes de intermediação entre os “chefes” acima citados e os eleitores e sempre agindo em nome e/ou sob algum tipo de subordinação com relação a S.M.T. e E.G.G. E. , E., V. estavam entre as chamadas “lideranças” principais do esquema criminoso: eram ramificações de parte dos trabalhos de I.G. e E.S., e responsáveis por regiões de maior eleitorado (ou de maiores sublideranças). Os demais acusados, pelo que se apurou, tinham papel de “lideranças” menos prestigiadas e menos ativas, e pelo que se provou só participaram da “segunda fase” da campanha (compra de votos). Todas as “lideranças”, incluindo E.S. e I.G., agiram mediante paga ou promessa de alguma recompensa, e todos agiram em nome da candidata S.M.T. ou seu esposo, E.G.G.” (decisão. fls. 5408).

Vale ainda ressaltar que, conforme descrito na denúncia, comprovou-se nos autos que tal esquema criminoso foi responsável, no mínimo, pela inscrição e transferência fraudulenta de pelo menos 800 eleitores e pela compra do voto de mais de 1500 eleitores, verificando-se assim o caráter não eventual de tal associação criminosa com a prática efetiva de centenas de crimes (299 e 290 do CEL).

Sobre este aspecto probatório é importante verificar o relatório de alguns objetos e documentos apreendidos pela Polícia Federal durante as investigações em poder dos apelados (fls. 120-144), que, em comparação com os demais elementos dos autos, demonstram a quantidade de crimes praticados e comprovaram os fatos que levaram à magistrada a condenar os acusados:

- a - 953 cópias de alistamento/transferência de títulos eleitorais para a 34ª ZE;
- b - Referência a venda de dólares no valor de 24.500;
- c - Referência a gastos gerais de campanha até o dia 24/09/2004 de R\$175.000,00;
- d - 165 cópias de pagamento de multas eleitorais;
- e - 1500 cópias de títulos eleitorais e uma listagem contendo NOME, ENDEREÇO, Nº DO TÍTULO, SEÇÃO, NOME DA LIDERANÇA com pelo menos 4521 eleitores cadastrados, separados por liderança política, as quais recebiam por cópia do título R\$ 30,00.

O material probatório é tão farto nos autos que, a título de exemplo, pode-se citar o auto de apreensão de fls. 85/98, bem como os documentos de fls. 129-139, relacionando entre objetos e documentos apreendidos na casa do réu E.G.G, uma relação de controle de eleitores com respectivos bens doados no esquema de compra de votos.

Pois bem, após pormenorizar todos estes fatos acima, a magistrada manifesta-se pela não configuração do crime previsto no artigo 288, do CPB aduzindo que “a lei vem tendo pacífica e assentada interpretação no sentido de que a associação que caracteriza o delito de formação de quadrilha não pode ser eventual, mas costumeira, e no caso dos autos a associação se deu, sim, para fins criminosos, mas ao que conste apenas para aquela eleição, para aquela empreitada, naquela época (pelo menos com aquele grupo)” (fls. 5389).

Com todo o respeito devido à Nobre Magistrada, tal conclusão está equivocada quanto ao conceito e requisitos para configuração do crime de quadrilha ou bando, no momento em que se exige um elemento temporal perpétuo ou rigorosamente prolongado para a configuração do crime de quadrilha ou bando, não exigido pelo tipo:

Art. 288. Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para fim de cometer crimes:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.

O ponto chave para a caracterização do crime referido, como já salientado pela própria defesa em suas alegações finais, é a sua distinção de mero concurso de agentes, onde o vínculo associativo é eventual ou esporádico. Destarte, *mutatis mutandis*, não sendo eventual o concurso, caracterizar-se-ia o crime de formação de quadrilha.

Para a configuração da quadrilha é necessário que haja associação estável ou permanente, seja composta por no mínimo quatro agentes, com a finalidade de praticar crimes, como é o caso dos autos, não havendo limitação temporal ou exigência legal que tal associação deva durar mais de um período eletivo para caracterização de tal estabilidade ou permanência.

Segundo CAPEZ⁴, a referida associação estável exige um vínculo constante ou permanente para a prática reiterada de crimes para “a concretização de um programa deliquencial. Não é necessário para a comprovação da estabilidade da associação que haja uma organização estrutural, isto é, uma hierarquia entre os seus membros, com papéis previamente estabelecidos para cada um. Aliás, dependendo de sua complexidade, poderá ela ser enquadrada no conceito de organização criminosa”.

Assim, verifica-se que o conceito de quadrilha ou bando é um plus em relação ao concurso de agentes (não há quadrilha ou bando sem co-autoria ou participação não eventual) e a configuração de grupo criminoso organizado (Lei 9.034/1995) é um plus em relação à quadrilha ou bando por exigir, além da não eventualidade, uma estrutura hierárquica, com definição de papéis e distribuição de tarefas entre seus membros, como, repita-se, foi o caso concreto em análise.

Aprofundando a definição de organização criminosa, Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini, em sua obra “Crime Organizado: Enfoques Criminológico, Jurídico e Político Criminal”, definem que o conceito de quadrilha ou bando constitui a estrutura básica do conceito de organização criminosa, exigindo ainda que, além disto, no caso concreto, estejam presentes pelo menos três das seguintes características: a) hierarquia estrutural; b) planejamento do tipo empresarial; c) divisão funcional de atividades; d) conexão estrutural com o poder público; e) ampla oferta de prestações sociais; f) real capacidade para a fraude difusa, entre outros, constando-se que, conforme comprovado nos autos, estão presentes, pelo menos, os itens “a”, “b”, “c”, “d” e “e”, acima relacionados, caracterizando no conceito de organização criminosa e, portanto, sujeitando-se, além das penas do artigo 288, do CPB, ao disposto no artigo 10, da Lei 9.034/95, onde foi estabelecido pelo legislador que: “os condenados por crimes decorrentes de organização criminosa iniciarão o cumprimento da pena em regime fechado”.

Neste diapasão:

“PENAL E PROCESSO PENAL – APELAÇÃO CRIMINAL – FORMAÇÃO DE QUADRILHA, FRAUDE À LICITAÇÃO, FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO, EXERCÍCIO IRREGULAR DA PROFISSÃO E FALSIDADE IDEOLÓGICA – PRELIMINARES DE NULIDADE DA SENTENÇA POR CONDENAÇÃO COM BASE EM PROVAS COLHIDAS SEM A OBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO E DESRESPEITO AO PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL – NÃO ACOLHIMENTO – PROVAS DOCUMENTAIS SUFICIENTES PARA A CONDENAÇÃO DOS RÉUS PELOS CRIMES DE FRAUDE À LICITAÇÃO PELOS QUAIS

⁴CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal – Parte Especial. Vol 3. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

⁵Neste sentido, Ruy Rosado de Aguiar Júnior, em seu artigo “Aplicação da Pena”, publicado Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal nº 03 - AGO-SET/2000, pág. 24.

FORAM ABSOLVIDOS EM 1º GRAU – PLEITO DE MAJORAÇÃO DAS PENAS-BASE APLICADAS AOS CRIMES DE FRAUDE À LICITAÇÃO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA – NÃO CABIMENTO – PEDIDO DE RECONHECIMENTO DE CONCURSO MATERIAL EM RELAÇÃO ÀS FRAUDES AOS PROCESSOS LICITATÓRIOS – POSSIBILIDADE – ACOLHIMENTO PARCIAL... 9. Caracterizada a existência de verdadeira organização criminosa, se justifica a fixação de regime inicial fechado a crime apenado com detenção, nos termos do ART. 1º, c/c o ART. 10, da Lei nº 9.034/95; 10. Apelação da defesa improvida e recurso ministerial provido em parte. Decisão unânime”. (TJPE – ACr 144546-1 – Rel. Des. Antônio de Melo e Lima – DJPE 29.09.2007). (Grifou-se).

Não se diga que por ser a primeira vez que o Ministério Público está requerendo a aplicação dos rigores da lei de prevenção e repressão de ações de organizações criminosas nos autos, estaria alterando a acusação inicial e assim, violando o direito de defesa dos réus.

No presente caso, todos os fatos aqui utilizados para enquadrar o crime na referida Lei 9034/95 já constam da inicial e como o réu se defende dos fatos que lhe são imputados não há violação do direito de defesa, podendo inclusive o Tribunal reconhecer tal enquadramento mais gravoso em grau de recurso por não se tratar de “*mutatio libelli*”, não se aplicando assim o disposto na súmula 453 do STF.

Entretanto, mesmo o conceito mais complexo de organização criminosa (aplicável ao caso como uma luva) não exige que a permanência de seus membros ou que sua estabilidade seja perene, até porque, no caso dos autos, flagrou-se uma empresa delitôgena em pleno funcionamento, monitorando-se sua ação durante o ano de 2003 até o período final de inscrição ou transferência eleitoral (até maio de 2004). Encerrado o período de inscrição ou transferência, quando eram praticados os crimes do artigo 290 do Código Eleitoral, tal empresa ingressa em outra fase do processo eleitoral (denominada pela própria magistrada de segunda fase da campanha), passando-se, posteriormente, para a compra de votos (artigo 299, do Código Eleitoral), quando, por atuação do Estado e não por vontade própria dos condenados, foi desmontado tal esquema, inclusive com a cassação do mandato de S.M.T.

Para comprovar-se a longa duração dos atos da quadrilha, basta como exemplo citar o depoimento prestado em fls. 243, onde se verifica que posteriormente à eleição os votos comprados em espécie, in natura ou através de favores estavam sendo saudados pelos acusados.

Neste sentido, adota-se aqui também como fundamento, o exposto pelo Eminentíssimo colega que atuou no feito na fase das alegações finais, ressaltando-se sobre o aspecto temporal que:

“Salienta-se que a associação prévia dos acusados se formou em meados do ano de 2003, quando delineada a intenção da ex-vereadora S.M.T de ganhar o pleito municipal de 2004, sendo encontrados, por conseguinte, apontamentos nas agendas encontradas no escritório da acusada, em que continham escritas do tipo “fazer relação da liderança”, datado de 13/08/2003 e 15/09/2003, onde já se vê a movimentação das lideranças na entrega das cópias de títulos eleitorais, consoante fl. 120 dos autos” (fl. 5303).

E prossegue o nobre colega, concluindo o seguinte:

“Neste sentido, estão descritas na denúncia tanto o elemento subjetivo especial do tipo (finalidade de cometer delitos) como o elemento estabilidade da associação. A dinâmica dos fatos, conforme narrado na denúncia, se protraí o tempo, começando em meados de 2003, quando as “lideranças” foram convidadas a trabalhar na campanha da ré S.M.T, e tendo seu fim com a efetiva vitória da ex-vereadora ao pleito municipal de 2004, no município de Nossa Senhora do Socorro” (fl. 5303).

Obviamente, durante o mandato da vereadora, tal esquema, bem estruturado, continuaria fluindo e passando para uma nova fase, em função das necessárias contrapartidas a que se comprometeu o esquema criminoso se não fosse a intervenção rápida e efetiva da Polícia Federal, Ministério Público e Justiça Eleitoral, muito embora isto não seja importante para a caracterização do referido crime, que já estava configurado antes mesmo do início da prática dos crimes previstos para a primeira fase da campanha, pois se trata de ato preparatório punido pelo legislador como crime autônomo e, por isto, de consumação antecipada no plano normativo.

Aliás, esta previsão de que o esquema prosseguiria em seu intento foi efetivada pela própria magistrada, à fl. 5415, quando decretou a prisão dos acusados S.M.T, E.G.G, E.S. e I.G, no bojo da sentença condenatória:

“Trata-se da necessidade de decreto de suas custódias preventivas, de logo, como forma não somente de assegurar o cumprimento das penas, como resguardar a comunidade local e das adjacências (ou de outras plagas) da nociva repetição do esquema instalado e aqui apurado e desvendado (ao menos em parte)”.

Mais à frente, na referida decisão, a própria magistrada reconhece a possibilidade de nova utilização do esquema criminoso montado pela empresa delitígena dos apelados:

“E não querendo eles próprios se candidatarem, poderão fazer algum tipo de uso (na verdade, vários) dos meios e materiais ilegais que montaram, em benefício de outros aventureiros da cidadania como eles, ou para outros fins escusos...”. p. 5415.

Assim, tratando-se de crime formal, no momento em que os apelados constituíram sua organização criminosa para a prática de crimes eleitorais na eleição de 2004, consumou-se tal infração, independentemente da prática efetiva das centenas de crimes constantes dos autos e que compõem o iceberg referido pela magistrada, devendo ser aplicadas as regras do concurso material nesta hipótese:

HABEAS CORPUS – “...4. Ainda que superada a questão do conhecimento do habeas corpus, em situação similar à dos autos (CF.: RHC nº 83.447/SP, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, unânime, DJ 26.11.2004), a jurisprudência do STF considera que é adequado o reconhecimento do concurso material entre os delitos de quadrilha armada e o roubo qualificado pelo emprego de arma. 5. Ordem indeferida. (STF – HC 85183 – RJ – 2ª T. – Rel. Min. Gilmar Mendes – DJU 11.05.2007 – p. 00104)”.

“FORMAÇÃO DE QUADRILHA E ESTELIONATO – CONCURSO MATERIAL – GRUPO ESTÁVEL – SUBSTITUIÇÃO DA PENALPRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS – AUSÊNCIA DOS ELEMENTOS SUBJETIVOS – CONCESSÃO INADMISSÍVEL – O momento consumativo do crime de bando ou quadrilha é o da associação, a fase em que quatro ou mais pessoas concentram vontades no sentido de praticarem determinados ou indeterminados delitos. Assim, respondem pelos crimes de formação de quadrilha e estelionato, em concurso material, indivíduos que se unem, durante muito tempo, para a aplicação de vultosos golpes relacionados à venda de ações de companhias telefônicas, causando enorme prejuízo financeiro às vítimas... - Recursos conhecidos e improvidos, rejeitadas as preliminares. (TJMG – APCR 000.271.868-2/00 – 1ª C.Crim. – Relª Desª Márcia Milanez – J. 03.06.2003)”.

“PENAL. HABEAS CORPUS. QUADRILHA E PECULATO. CONTINUIDADE DELITIVA. COTEJO DA PROVA. I - O delito de peculato admite a continuidade criminosa. E, entre esta e o crime de quadrilha é de ser, realmente, reconhecido o concurso material. II - A questão acerca da continuação delitiva no delito de quadrilha ou bando refoge ao que se apresenta nos autos. III - Quanto à quantificação da dosimetria da pena,

a pretensão objetiva o vedado cotejo do material cognitivo. Writ indeferido”. (STJ – HC 11719/RJ – 5ª Turma – Rel.Min. Felix Fisher – DJ - 24.04.2000).

Assim, voltando-se ao ponto controvertido, em relação ao aspecto temporal, o que seria necessário para se caracterizar o concurso permanente e estável previsto no crime de quadrilha? Que os agentes se reunissem com a pretensão de praticar crimes durante uma semana? Um mês? Meses? Anos? Eternamente?

Nelson Hungria, em seus Comentários ao Código Penal⁶, ensina sobre a presente questão que:

“Associar-se que dizer reunir-se, aliar-se ou congregar-se estável ou permanentemente para a consecução de um fim comum. À quadrilha ou bando pode ser dada a seguinte definição: reunião estável ou permanente (que não significa perpétua), para o fim de perpetração de uma indeterminada série de crimes” (grifou-se).

Com o rigor interpretativo dado pela magistrada ao requisito do tipo - “permanência”, somente se caracterizaria tal crime se fosse comprovado nos autos que a intenção da quadrilha fosse a prática de crimes que ultrapassassem os limites de uma eleição, concluindo-se que somente seria caracterizado tal tipo, quando o requisito temporal ultrapassasse dois anos, o que tornaria praticamente inaplicável tal disposição legal, até porque, não obstante o caso concreto esteja rico em detalhes, o que se apurou e se teve conhecimento, como bem disse a magistrada, representou somente a ponta do iceberg da atuação da referida empresa criminosas.

É óbvio que uma quadrilha que se reúne de forma organizada e estável como demonstrado no presente caso, com a intenção de praticar crimes eleitorais, mesmo que por um mês (e no caso concreto foram meses), difere-se do concurso eventual de agentes, caracterizando-se a permanência necessária para configuração não somente do crime de quadrilha, como também para caracterizar-se como organização criminosas.

Neste mesmo sentido, verifica-se que neste próprio processo, foi estabelecida jurisprudência sobre o assunto, vez que, a defesa impetrou habeas corpus nesta respeitável corte pretendendo o trancamento da ação penal em função do recebimento da denúncia em relação à imputação do crime de quadrilha:

⁶Volume IX. Ed. 1ª Edição, 1958. Editora Forense:Rio de Janeiro, pp. 177/178.

“... ”

Alegam que as condutas descritas na peça acusatória demonstram que ocorreu, em tese, “uma eventual reunião com o propósito de se violar o Código Eleitoral, com o objetivo de se vencer o pleito de 2004”, não havendo como concluir que restou caracterizado o crime de quadrilha, capitulado no artigo 288 do Código Penal, a ensejar o enquadramento dos pacientes na referida infração penal.

Afirmam que a autoridade coatora, ao receber a Denúncia “in totum”, praticou constrangimento ilegal, uma vez que os pacientes se encontram compelidos a responder por conduta, cuja atipicidade é inconteste.

Pleiteiam, ao final, o reconhecimento, em favor dos pacientes, da atipicidade da conduta inculpada no artigo 288 do Código Penal, concedendo-se a ordem, para que seja determinado o trancamento parcial da Ação Penal em testilha.

“... ”

É o Relatório

“... ”

Ainda que assim não fosse, infere-se dos autos que a Denúncia bem descreve fato típico, classificável como crime, e se faz acompanhar de relevante material fático; assim, qualquer modificação nessa capitulação, somente poderá ocorrer durante a instrução probatória

Sobre a questão, importante destacar, da manifestação do Ministério Público Eleitoral, as seguintes considerações:

“(...) ”

No caso dos autos a apreciação jurisdicional da alegada ausência de justa causa implica indagação probatória com análise aprofundada ou exame valorativo dos elementos de fato em que se apoia a peça de acusação, sendo necessária exaustiva perquirição dos elementos probatórios de convicção, inviabilizando-se o writ.

Havendo, então, elementos suficientes para concluir-se que os pacientes participavam da quadrilha, como no caso dos autos, é existente a justa causa, motivo pelo qual foi corretamente recebida a denúncia. Nessa linha é o posicionamento do STF...

“... ”

Diante do exposto, uma vez não configurada a ausência de justa causa, a ensejar o trancamento parcial da Ação Penal, Voto, em conformidade com o Parecer do Ministério Público Eleitoral, pela denegação da ordem de Habeas Corpus, mantendo-se a liminar negada”. (TRE-SE HC 36 (005/2007) – Rel. Juíza Maria Angélica França e Souza – 13/01/2007).

Da decisão acima se verifica que os fatos narrados na denúncia, em tese, configuravam o crime de quadrilha, razão pela qual, a defesa não obteve sucesso no trancamento da ação penal no egrégio Tribunal Regional Eleitoral de Sergipe.

Ora, se as provas produzidas durante a instrução e a própria fundamentação da sentença reconhecem a ocorrência dos fatos na forma minuciosa descrita na bem elaborada peça exordial, verifica-se, portanto, a ocorrência da estabilidade e permanência caracterizadoras do crime de quadrilha.

Não se conformando com a decisão do respeitável TRE-SE, a defesa impetrou novo HC (HC565 – 23/10/2007), com os mesmos fundamentos no TSE, onde a corte superior, estabelecendo precedente sobre a questão, posiciona-se de forma peremptória sobre o ponto controvertido discutido neste tópico, inicialmente manifestando o Relator, Ministro Ari Pargendler:

“Percebe-se que os fatos narrados na peça inaugural levam, em tese, a indicativos do crime de quadrilha, o que não permite afirmar, de pronto, a falta de justa causa, ao contrário, mostram-se clara a narração dos fatos e capitulação feita. Revelando-se, por isto, temerário o trancamento da ação penal.

Por pertinente, transcrevo do informativo nº478 do STF, de 22 de agosto de 2007, julgado da 2ª Turma da Suprema Corte:

“Aplicando o entendimento firmado pela Corte no sentido de que o crime de quadrilha ou bando (CP, art. 288), por ser delito autônomo e formal, se consuma no momento em que se concretiza a convergência de vontades e independe da realização ulterior do fim visado, a Turma indeferiu habeas corpus em que requerido o trancamento de ação penal. Alegava-se, na espécie, falta de justa causa, pois o feito estaria embasado em meras suposições de que o paciente integraria organização criminosa e de que a inicial acusatória seria genérica, por não descrever a sua conduta, bem como não apontaria indícios mínimos de autoria. Considerou-se que a denúncia oferecida estaria formal e materialmente apta para dar ensejo à persecução penal, atendendo os requisitos do art. 41 do CPP, com a descrição individualizada da conduta delituosa supostamente praticada pelo paciente, permitindo o amplo exercício de sua defesa. Afastou-se, ainda, a alegação de que os fatos imputados ao paciente seriam inverídicos, uma vez que o seu exame demandaria análise aprofundada das provas, incabível na via eleita. Ademais, no ponto, salientou-se a complexidade do caso, a envolver 12 acusados e vários processos incidentes. Precedentes citados: HC 81260/ES (DJU de 14.6.2002); HC 84768/PE (DJU de 27.5.2005); HC 72992/SP (DJU de

14.11.96); HC 81260/ES (DJU de 14.6.2002); HC 89433/MG (DJU de 6.11.2006); RHC 88144/SP (DJU de 2.6.2006). HC 88978/DF, rel. Min. Cezar Peluso, 4.9.2007".

Voto por isso, pela denegação da ordem".

Em seguida, confirmando-se todos os argumentos apresentados neste recurso, os demais Ministros declaram seus votos, deixando clara a configuração, no mínimo, do crime de quadrilha no presente caso:

"O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO: Senhor Presidente, de acordo. Estão presentes todos os elementos na descrição da denúncia que compõe a figura do artigo 288, o acordo de vontades que criou o consórcio, o projeto delitivo.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: (Presidente): E se mostrou estável pelo menos até a eleição.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO: Estável não quer dizer perpétuo, para o resto da vida, é o suficiente para alcançar o projeto político.

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO: O traço da estabilidade significa fixidez, continuidade nos propósitos delituosos...também acompanho o eminente relator".

II.2 – DA DOSIMETRIA

Ao aplicar a pena ao caso concreto, na parte dispositiva do decisum a MM. Juíza, prolatora da sentença recorrida, data vênua, não aplicou de forma correta a legislação, doutrina e jurisprudência assentadas sobre as questões abaixo abordadas, conforme fundamentos a seguir apresentados.

a) Da Caracterização dos Crimes Continuados

Os réus S.M.T, E.G.G, E.S., I.G, V.S., E.S. e E.M. foram corretamente condenados pela prática dos crimes previstos nos artigos 290 e 299 do Código Eleitoral c/c com o artigo 71, do CPB, como se verifica da fundamentação e do dispositivo condenatório, de acordo com as provas dos autos.

Entretanto, no momento da especificação da pena, a Nobre Juíza considerou apenas a ocorrência de uma continuidade criminosa em relação a ambos

os crimes, utilizando como referência para dosimetria somente a pena do delito 299, do CE.

Como é sabido, ocorre o crime continuado, quando, o criminoso, com unidade de desígnios, **pratica crimes da mesma espécie**, em condições de espaço, tempo e outras circunstâncias similares, conforme dispõe o artigo 71 do CPB:

“Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços”.

Em relação ao que seja mesma espécie, tanto a doutrina, como a jurisprudência já assentaram de forma pacífica e indiscutível, uma interpretação restrita aos delitos previstos no mesmo tipo, de forma que estupro não é mesma espécie que atentado violento ao pudor, muito embora haja grandes similitudes entre suas figuras típicas:

116350627 – PENAL – HABEAS CORPUS – ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR SIMPLES – CRIMES HEDIONDOS – CONCURSO MATERIAL – I - Constituem-se os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, ainda que perpetrados em suas formas simples ou com violência presumida, crimes hediondos (precedentes do pretório Excelso e do STJ). II - Se, além da conjunção carnal, é praticado outro ato de libidinagem que não se ajusta aos classificados de praeludia coiti, é de se reconhecer o concurso material entre os delitos de estupro e de atentado violento ao pudor. A continuidade delitiva exige crimes da mesma espécie e homogeneidade de execução. Ordem denegada. (STJ – HC 200700190779 – (76013 SP) – 5ª T. – Rel. Min. Felix Fischer – DJU 15.10.2007 – p. 00316).

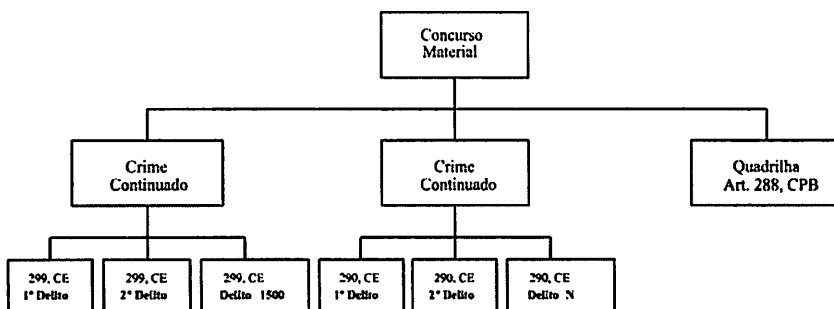
105040868 – HABEAS CORPUS – PENAL – ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR – CONTINUIDADE DELITIVA – IMPOSSIBILIDADE – CONCURSO MATERIAL – CRIME HEDIONDO – REGIME INTEGRALMENTE FECHADO – INCONSTITUCIONALIDADE – HC CONCEDIDO DE OFÍCIO – A jurisprudência desta Corte está sedimentada no sentido de que estupro e atentado violento ao pudor configuram concurso material e não crime continuado. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90, assegurando aos condenados por crimes hediondos a progressão do regime prisional. Habeas corpus indeferido; ordem concedi-

da, de ofício, para assegurar a progressão do regime de cumprimento da pena. (STF – HC 89770 – SP – 2ª T. – Rel. Min. Eros Grau – DJU 06.11.2006 – p. 51)

116346194 – PENAL – RECURSO ESPECIAL – ROUBO E EXTORSÃO – CONTINUIDADE DELITIVA – IMPOSSIBILIDADE – CONCURSO MATERIAL – Os crimes de roubo e extorsão, apesar de serem do mesmo gênero, são espécies delituosas diferentes, não se configurando, portanto, a continuidade delitiva, mas sim o concurso material (precedentes do STF e do STJ). Recurso Especial provido. (STJ – RESP 200600596137 – (849515 SP) – 5ª T. – Rel. Min. Felix Fischer – DJU 20.08.2007 – p. 00304).

Ressalte-se que no presente caso sequer há similitude entre os tipos dos artigos 290 e 299, do Código Eleitoral, razão pela qual não é possível considerar a continuidade delitiva como abrangente aos dois tipos, mas tão somente como ocorrente internamente em cada um dos tipos.

Adotada a premissa legal indispensável que o crime continuado somente ocorre entre figuras delitivas da mesma espécie e aplicadas as provas dos autos, fundamentação e dispositivo da decisão ao presente caso que reconhece a ocorrência de dois delitos distintos, verifica-se que a conclusão lógica do julgado seria a dosimetria da pena do artigo 299, do CE, aumentada pela continuidade (foram praticados centenas de delitos desta espécie, segundo julgados, nos moldes do artigo 71, do CPB), o que foi efetivado e, separadamente, a dosimetria do artigo 290, do CE (com pena de 1 a 2 anos de reclusão), aumentada também pela continuidade delitiva destes delitos especificamente, sendo ao final, como decorrência legal (artigo 69 do CPB), cumulada materialmente a penas das duas dosimetrias com a pena definitiva in concreto do crime de quadrilha ou bando (artigo 288, do CPB), restando o seguinte esquema dosimétrico:



Os fundamentos acima expostos, nos moldes comprovados pelas provas dos autos e reconhecidos pela sentença, implicariam que após a dosimetria dos crimes previsto no artigo 299 do Código Eleitoral (com causa de aumento do artigo 71, do CPB), como fez a magistrada, deveria ser efetivado novo processo dosimétrico independente em relação à série continuada correspondente ao crime do artigo 290, do Diploma Eleitoral (também com aplicação da causa de aumento do crime continuado), para, ao final, efetivar-se a unificação da pena pelo concurso material das três dosimetrias.

b) – Da causa de aumento do crime continuado

A MM. Juíza, ao realizar a dosimetria da pena privativa de liberdade referente ao crime previsto no artigo 299, do Código Eleitoral para os réus S.M.T, E.G.G, E.S. e I.G, mentores do esquema, após estabelecer a pena base em 04 anos de reclusão, o que se justifica diante das circunstâncias judiciais altamente desfavoráveis a estes, apresentadas de forma minuciosa às fls. 5410/5411, reconheceu a incidência de agravantes, descritas expressamente no dispositivo e a incidência da causa de aumento do crime continuado, entretanto, não efetivou o acréscimo decorrente destes reconhecimentos de agravantes e causas de aumento.

Embora seja assentado que na segunda fase da dosimetria a pena não pode ter seus limites mínimos e máximos previstos em lei ultrapassados, com a aplicação das atenuantes e agravantes (súmula 231 do STJ) na segunda fase do método dosimétrico de Hungria, adotado pelo Código Penal Brasileiro, o mesmo não se aplica à terceira fase da dosimetria, onde não há limites mínimos e máximos para aplicação de pena.

Assim, reconhecida a causa de aumento pelo crime continuado, o aumento mínimo legal, e indiscutível, previsto no caput do artigo 71, do CPB é de um sexto, sobre a pena fixada na fase anterior do método trifásico de Hungria, ou seja, mesmo se desconsiderando as agravantes, como fez a MM. Juíza, com

o reconhecimento da causa de aumento do crime continuado em seu patamar mínimo, a pena provisória de 4 anos de reclusão deveria ser aumentada em 8 meses (1/6 de 4 anos), restando a pena definitiva em 4 anos e 08 meses de reclusão para o crime de corrupção eleitoral.

Esta causa de aumento de pena, apesar do nome, é um benefício para os réus, vez que a alternativa, caso inexistisse em nosso sistema seria a aplicação do concurso material, ou seja, a soma das penas resultantes das dosimetrias das centenas de crimes praticados pelos acusados (tanto que se da aplicação da causa de aumento do crime continuado, restar situação pior que o concurso material, aplicar-se-á este), o que, infelizmente, não é o caso dos autos, vez que configuradas as continuidades criminosas nos termos colocados nesta peça recusal no tópico anterior.

Para a definição das proporções estabelecidas “in concreto” para as causas de aumento e de diminuição que são aplicadas na terceira fase do esquema dosimétrico, deve o magistrado se valer das próprias circunstâncias do caso concreto relacionadas a estas causas de aumento ou de diminuição e na ausência destas, valer-se das circunstâncias judiciais, que, conforme já registrado, foram altamente desfavoráveis.

Assim como a causa de diminuição da tentativa, prevista no artigo 14,II, do CPB, cuja proporção de diminuição entre 1/3 e 2/3 da pena aplicada ao crime consumado se vale de critérios objetivos (progressão do agente na fase executória, ou seja, quando mais próximo do início da fase executória maior será a diminuição), também se utilizam de critérios objetivos as causas de aumento decorrentes de concursos de crime formal e crime continuado, de forma que tal parâmetro, definido pela doutrina e jurisprudência, seria o número de crimes praticados no concurso criminógeno para se estabelecer a proporção de aumento a ser aplicada, de forma que quanto mais crimes forem praticados, maior será esta proporção de causa de aumento a ser aplicada’.

Neste diapasão:

“116324690 – HABEAS CORPUS – CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO – CONTINUIDADE DELITIVA – AUMENTO – CRITÉRIO A SER UTILIZADO – QUANTIDADE DE CRIMES – PRECEDENTES DESTA CORTE – CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO – 1. Consoante o entendimento manifestado por esta corte, o critério a ser utilizado para a realização do aumento da pena em virtude do reconhecimento da

⁷Neste sentido: Rogério Greco: “Da mesma forma que no concurso formal, no crime continuado, seja simples ou qualificado, o percentual de aumento da pena varia de acordo com o número de infrações praticadas”. Curso de Direito Penal – Parte Geral. 9ª Ed., Ed. Impetus. São Paulo:2007. p. 610.

continuidade delitiva, é o do número de infrações cometidas. 2. Na espécie, afigura-se patente a ilegalidade contra o ora paciente, uma vez que, por se tratar de dois crimes praticados em continuidade delitiva, o aumento deveria ser de 1/6 e não de 1/3, como reconhecido pelo juízo monocrático e que restou mantido, em sede de apelação, pelo tribunal paulista. 3. Ordem concedida para, reformando o acórdão na parte relativa à dosimetria da pena, quantificar a majoração pela continuidade delitiva em um sexto (1/6)". (STJ – HC 200501482031 – (47652 SP) – 5ª T. – Relª Min. Laurita Vaz – DJU 18.12.2006 – p. 416). (Grifou-se).

“105032104 JCP.59 – HABEAS CORPUS – CORRUPÇÃO ATIVA – CONDENAÇÃO – PROVAS – PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO ENTRE ACUSAÇÃO E SENTENÇA – ABSOLVIÇÃO DOS SUPOSTOS CORROMPIDOS – PENA – FIXAÇÃO – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS E AUMENTO DE PENA PELA CONTINUIDADE DELITIVA – MOTIVAÇÃO – HIPÓTESE DE CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO REJEITADA – O paciente foi acusado e condenado – por ser um dos mentores das operações criminosas do jogo do bicho – como participe no crime de corrupção ativa na modalidade “oferecer vantagem indevida”, do que não decorre violação do princípio da correlação entre acusação e sentença, afastando-se a hipótese de anulação do acórdão condenatório. A absolvição de um dos denunciados não exclui a condenação do paciente, em razão da existência de diversos outros agentes condenados por corrupção passiva, que receberam propina proveniente do fundo gerido pelo paciente... O fato de o réu ter ou não maus antecedentes torna-se irrelevante para obstar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, se todas as demais circunstâncias judiciais lhes são desfavoráveis e devidamente justificadas pela decisão condenatória. Mostra-se plenamente justificado o aumento de pena pela continuidade delitiva, em face da exaustiva demonstração, em cinco laudas e meia, de 143 lançamentos registrados em livros-caixa de propinas pagas a diversas autoridades, em que se aponta o número de crimes praticados, as datas e os valores correspondentes. Rejeitada a proposta de concessão de ofício da ordem. Habeas corpus indeferido”. (STF – HC 83658 – RJ – 1ª T. – Rel. Min. Joaquim Barbosa – DJU 16.12.2005). (Grifou-se).

Ora, para que haja crime continuado simples ou comum (previsto no “caput”, do art. 71, do CPB) deve ter ocorrido a prática ao menos de dois crimes da mesma espécie, em circunstâncias similares de tempo, espaço e execução, estabelecendo-se assim um parâmetro mínimo de aumento na proporção de 1/6 da pena provisória. Entretanto, à medida que tal série criminógena se recheia com a prática de mais e mais crimes da mesma espécie, tal proporção deve ser aumentada como fator de reprovação à quantidade de crimes praticados.

Vale dizer que 1/6 era o aumento mínimo para o agente que comete dois delitos em continuidade, imagine-se então para aquele que realiza centenas de delitos, como é o caso dos autos, justificando-se, portanto, de forma lógica, a aplicação da causa de aumento em seu patamar máximo, qual seja 2/3, para cada uma das duas séries de crimes continuados acima registradas.

Tentando buscar um critério objetivo para estabelecimento desta correlação de proporcionalidade entre a causa de aumento e a quantidade de crimes, CAPEZ¹, apresenta tabela para resolução desta questão:

Tal tabela, aplicada ao caso concreto, justificaria, sem sombra de dúvidas, a aplicação da referida causa de aumento em seu patamar máximo, qual seja 2/3, pois tanto a série criminosa dos crimes do artigo 299, quando a do artigo 290, do diploma eleitoral pátrio, multireferidas, se constituiu de centenas de crimes, conforme comprova o farto acervo probatório dos autos.

c) – Da perda do cargo público

Verifica-se, pelos elementos extraídos dos autos e, mais uma vez, reconhecidos pela própria magistrada em sua sentença, que o réu E.G.G utilizou-se de seu cargo público de auditor da Receita Federal, em benefício de sua organização criminosa, agindo assim, com abuso da referida função em clara violação de seu dever para com a administração pública:

Número de Crimes	Aumento
2	1/6
3	1/5
4	1/4
5	1/3
6	1/2
7 ou +	2/3

¹Op. cit. p. 484.

“Há um outro ponto que devemos destacar neste contexto a respeito dos principais coordenadores do “esquemão” de transferência ilegal de votos e compra de votos; S.M.T, E.G.G, E.S. e I.N.G.

...

(a tirar pelas conversas de E.G.G sobre o uso de seu cargo para a troca de favores com empresários, como acima citamos).

...

E.G.G já deu prova nos autos de que não tem duvidas nem pudores de ocupar o cargo que ainda ocupa ativamente (salvo engano, Auditor da Receita Federal) para conseguir favores ilegais e, talvez, acossar adversários políticos ou afins – a ver das cópias de declaração de imposto de renda de personalidades da política local e estadual, como o Prefeito José Franco e a Deputada Celinha Franco, dentre os muitos materiais recolhidos na casa e factoring do mesmo”. Sentença, fls. 5415.

O esquema de tráfico de influência, corrupção e extorsão praticado pelo referido réu, valendo-se de seu cargo, no presente esquema é latente nas provas carreadas aos autos:

“Motorista comenta que Roberto, também candidato, que é encarregado do Setor de Carnes do Bompreço, localizado na Antiga Rodoviária, se encontrou com o Fábio e mandou ele levar o currículo da esposa, pois vai abrir uma vaga no Bompreço. Motorista fala que Fábio não deu tal currículo, pois está comprometido com o grupo político de S.M.T. Eduardo se mostra irritado e fala que vai comentar com o Roberto (provavelmente da direção do Bompreço) sobre o assunto, e pergunta ao motorista se tal candidato tem o salário bom para ver se ele caiu na malha (malha fina da Receita Federal).

...

Mais adiante Eduardo comenta que atendeu pedido do gerente geral do Bompreço aqui do estado, repete que “é a cúpula do Bompreço” e que eles não tiverem nenhuma gratidão com relação a isso, tudo bem, eles não são obrigados a arrumar nada e ele não é obrigado a fazer favor para ninguém. Eduardo comenta que vai dizer ao Roberto que se o outro candidato tem mais influência que quando ele vier pedir alguma coisa, Eduardo vai mandar ele pedir ao encarregado do açougue para conseguir a liberação do imposto, que é um cara forte lá, aí ele vai ver quanto anos demoram uma liberação do imposto de renda, aí ele vai ver a diferença de como é ser atendido com simpatia e ser atendido dentro da lei. Segundo Eduardo, dentro da legalidade, tal liberação só acontece em torno de três anos, que só saiu agora porque ele acelerou. Que fez isso em atenção ao Bompreço por simpatia a Roberto, por já ter atendido (Eduardo) duas vezes”. Transcrição de interceptação telefônica às fls. 48/49.

As declarações de imposto de renda encontradas em poder do réu E.G.G., referidas acima na sentença, estão às fls. 1879 e seguintes dos autos.

Sobre os efeitos específicos da sentença condenatória dispõe o artigo 92 do Código Penal que:

“São também efeitos da condenação:

I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo:

...

b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a quatro anos nos demais casos”.

Trata-se de efeito não automático da sentença condenatória, entretanto, está sendo pleiteado neste recurso pela certeza da condenação do réu E.G.G em pena superior a quatro anos, após a análise pelas instâncias superiores.

Vê-se, de acordo com os elementos dos autos e os fatos acima expostos, que existem no presente caso fundamentos suficientes para aplicação deste efeito da condenação ao réu E.G.G pela utilização de tão importante cargo, que lhe dá acesso a informações sigilosas e sensíveis, para a prática de crimes e de atos imorais, como se viu no presente caso, não estando nenhum contribuinte seguro de que terá um tratamento imparcial por tal auditor.

III – CONCLUSÃO

De todo exposto, de forma sucinta, requer-se a reforma da R. sentença proferida pela Juíza a quo, para:

1 - Condenar todos os réus pelo crime de quadrilha ou bando previsto no artigo 288, do Código Penal, praticado em concurso material com os demais delitos;

2 - Efetivar em relação aos réus S.M.T, E.G.G, E.S., I.G, V.S., E.S. e E.M. a dosimetria separada dos dois crimes continuados constantes do dispositivo (artigos 290 e 299), somando-se posteriormente as penas, na forma acima exposta, com observância das circunstâncias judiciais altamente desfavoráveis e das agravantes reconhecidas;

3 - Aplicar a causa de aumento pelo crime continuado, já reconhecido na sentença e na dosimetria, e não computado na cálculo da pena privativa de liberdade dos réus S.M.T, E.G.G, E.S. e I.G, em relação ao crime previsto no artigo 299, do Código Eleitoral;

4 - Aplicação da causa de aumento do crime continuado no patamar máximo previsto em lei (dois terços), em relação aos réus S.M.T, E.G.G, E.S., I.G, V.S., E.S. e E.M., em função da grande quantidade de crimes das duas séries continuadas e das péssimas circunstâncias judiciais reconhecidas;

5 - Reconhecer a configuração de organização criminosa no presente caso, nos termos da Lei 9.034/95, alterando-se o regime inicial para fechado;

6 - Decretação da perda do cargo público do réu E.G.G, com fundamento no artigo 92, I, "b", do CPB, caso a pena cominada ao Réu E.G.G, em função do presente recurso, seja aumentada em patamar superior a quatro anos;

7 - Na remota possibilidade de existir recurso da defesa provido para diminuição de pena, requer o Ministério Público que sejam aplicadas as agravantes reconhecidas na sentença e não consideradas pela MM. Juíza a quo, em função de esta ter seguido o entendimento assentado de proibição da extrapolação do limites máximos da pena in abstrato, na segunda fase da dosimetria, conforme acima referido.

Termos em que,
pede deferimento.

Local, 10 de abril de 2008.

ARTIGOS

AFRATERNIDADE COMO CATEGORIA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL

Carlos Augusto Alcântara Machado (*)

1. Considerações introdutórias

Tradicionalmente o tema *FRATERNIDADE* é enfrentado como um ideal de filosofia política ou social, ou mesmo como categoria política, mas não como uma categoria jurídica.

Logo, percebe-se uma natural dificuldade para a análise da *fraternidade* numa perspectiva jurídica, porquanto, como registra Fausto Gorla¹, em geral é compreendida como algo que se desenvolve espontaneamente, o que seria incompatível com o Direito, pois caracterizado pelo uso da coatividade.

Como se sabe, *fraternidade* remete imediatamente à idéia de consangüinidade, laços entre parentes, designando a qualidade que liga membros de uma mesma família.

Tendo como referencial os documentos bíblicos – no Antigo Testamento, por exemplo – o termo *irmãos* era utilizado para indicar os membros da mesma família; da mesma tribo; como oposição aos estrangeiros; ou para indicar os originários de um mesmo tronco familiar. Depois passou a ser utilizado para designar as pessoas ligadas pela mesma fé; por aliança ou até por aqueles que desempenhavam os mesmos papéis ou funções.

No Novo Testamento, a doutrina cristã alargou sobremaneira a idéia de *fraternidade*, com a afirmação e a proclamação de que todos são irmãos, pois filhos do mesmo Pai.

Abstraindo a análise de qualquer convicção de fundo religioso, buscar-se-á apresentar a *fraternidade* como uma *categoria relacional da humanidade*, superando, inclusive o conceito aristotélico de *amizade política*, classica-

(*) Promotor de Justiça em Sergipe, Mestre em Direito Constitucional pela UFC, professor de Direito Constitucional em cursos de graduação e pós-graduação da Universidade Tiradentes e da Universidade Federal de Sergipe, autor dos livros *Mandado de Injunção - um instrumento de efetividade da Constituição* (Ed. Atlas) e *Direito Constitucional* (Editora Revista dos Tribunais).

(**) Texto que serviu de base à Conferência proferida no Congresso Nacional – “Direito e Fraternidade”, promovido pelo Movimento *Comunhão e Direito*, em 26 de janeiro de 2008, no Auditório Mariápolis Ginetta, Vargem Grande Paulista/São Paulo, como também à Conferência proferida na I Jornada Sul Brasileira sobre o Direito e Fraternidade, em 11 de setembro de 2008, no Auditório da Reitoria da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis/Santa Catarina.

(***) Texto revisto e ampliado - 07.10.2008.

¹*Fraternità e diritto: alcune riflessioni* (mimeo). Intervenção no Congresso patrocinado pelo Movimento *Comunhão e Direito*, vinculado ao Movimento dos Focolares, em Castelgandolfo – Itália, 18 de novembro de 2005. O texto, já traduzido (*Fraternidade e Direito: Algumas reflexões*), pode ser encontrado na obra *Direito e Fraternidade*, uma edição conjunta (2008) de *Comunhão e Direito*, LTr e Editora Cidade Nova, sob a organização de Giovanni Caso, Afife Cury, Munir Cury e Carlos Aurélio Mota de Souza, pp. 25/31.

mente concebido pela filosofia grega. Lá, partia-se da concepção de que os cidadãos se unem, em consenso, para instituir uma determinada comunidade política.

A idéia de *fraternidade* que ora se pretende difundir exprime igualdade de dignidade entre todos os homens, independente de organização em comunidades politicamente institucionalizadas.

Partir-se-á da doutrina de Chiara Lubich², quando afirma que a *fraternidade* é a “categoria de pensamento capaz de conjugar a unidade e a distinção a que anseia a humanidade contemporânea”.

Numa perspectiva puramente política, a análise do tema poderia ser até mais assimilável. Mas como abordá-lo juridicamente ?

A *fraternidade* e o *direito* não são necessariamente excludentes, uma vez que *fraternidade*, enquanto valor, vem sendo proclamado por algumas Constituições modernas, ao lado de outros historicamente consagrados como a *igualdade* e a *liberdade*.

No entanto, para enfrentar tão singular tema considerado por muitos - e particularmente pelos juristas em geral - como extra-jurídico ou meta jurídico, é mister que seja posta uma premissa, sem a qual a *fraternidade* não poderá ser perseguida: *o reconhecimento da igualdade entre todos os seres humanos*. Evidentemente que tal igualdade é antes de tudo uma igualdade em dignidade. No entanto, dignidade considerada numa perspectiva dinâmica e não estática. É dizer: entender a pessoa visando sua própria realização em comunidade; sua participação com outras pessoas, num contexto relacional³.

²Fundadora do Movimento dos Focolares, com sede na Itália, mas difundido em todo o mundo.

³ Ver, nesse sentido, os apontamentos (mimeo) com o título *El fundamento de la solidaridad: la persona humana* de autoria de Gabriel Mora Restrepo, Professor Titular de *Teoría Del Derecho* da Faculdade de Direito da Universidade de La Sabana (Colômbia). Intervenção oral no Congresso patrocinado pelo Movimento Comunhão e Direito, vinculado ao Movimento dos Focolares, em Castelgandolfo – Itália, 18 de novembro de 2005.

2. Liberdade, Igualdade e Fraternidade: evolução do constitucionalismo moderno

O direito positivo nasce, como se sabe, de opções realizadas pelo legislador para, disciplinando condutas, estabelecer regras de convivência social. Na clássica formulação kelseniana, apesar de hoje duramente contestada⁴, a produção do Direito será sempre decorrente de um ato arbitrário do poder.

Todavia, ao longo da história da humanidade, percebeu-se que há determinados direitos, pois decorrentes da própria natureza humana, que devem ser assegurados, visto que se inserem num conjunto de bens da vida não suscetíveis de submissão ao arbítrio do Estado.

Tais direitos, caracterizados como inalienáveis, imprescritíveis e irrenunciáveis, foram gravados com a nota de fundamentalidade.

A consagração de direitos fundamentais nos ordenamentos jurídicos ocorreu paulatinamente e em estreita relação com a necessidade de contenção do poder e o advento do chamado *constitucionalismo moderno*.

As origens mais próximas do *constitucionalismo moderno* podem ser remetidas a dois importantes documentos do século XVIII: a *Declaração de Virgínia*, de 1776, no continente americano e, em 1789, a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, consequência da Revolução Francesa, responsável pela queda do regime absolutista. Neste último documento histórico deu-se especial ênfase aos valores *liberdade, igualdade, propriedade e legalidade*.

A Revolução Francesa, portanto, com o seu ideário, é o marco histórico inafastável ao estudo do tema.

O seu lema – *liberdade, igualdade e fraternidade* – cuja origem é atribuída por alguns ao movimento maçom ou mesmo aos iluministas, na verdade encontra raízes na doutrina cristã. A difusão de tal lema na cultura européia pode e deve ser tributada aos autores católicos do século XVII, inspirados na tradição dos chamados Padres da Igreja.

⁴ Em primoroso trabalho, a Profa. Josiane Rose Petry Veronese (*A academia e a Fraternidade: um novo paradigma na formação dos operadores do Direito*). Disponível na internet no site <http://comunhaodedireito.blogspot.com/2008/08/academia-e-fraternidade-um-novo.html>, acesso em 10/09/2008.), tratando da clássica concepção do Direito, com sabedoria, se manifesta: “O Direito, segundo uma perspectiva monista, percorreu toda uma trajetória histórica com uma postura nitidamente diretiva, onipotente, muitas vezes distante do que acontecia no âmago da sociedade. A ele foi conferido o poder de criar e estabelecer normas, cobrar condutas e penalizar, numa relação em que se configurava claramente a manutenção de certo status quo. Era o senhor do instituído, diante do qual tudo aquilo que se contrapunha era tido como o anormal, o perigoso. Tal circunstância tem como consequência uma crise do Direito, pois o positivismo dogmático, segundo a visão de Antônio Carlos Wolkmer, ficou amarrado a algumas questões como por exemplo, redução do Direito à produção normativa estatal e, portanto, resultando no legalismo; no distanciamento das práticas sociais; na negação ou desconsideração sobre a importância do surgimento dos novos conflitos de natureza coletiva, e não a valorização da necessária leitura interdisciplinar em todas as mudanças que estamos vivenciando. Todos esses aspectos acabam por resultar no afastamento do Direito da sociedade”

É de se constatar, contudo, que a positivação das declarações de direitos, com a incorporação dos valores *liberdade, igualdade e fraternidade*, sempre foi pautada em uma concepção flagrantemente individualista dos direitos estabelecidos. A idéia de fraternidade universal, no limiar do desenvolvimento dos valores destacados, recebeu severas críticas dos iluministas, encontrando forte resistência para sua consagração jurídica, sob a justificativa de que enfraquecia a coesão cívica e somente deveria ser praticada no interior do próprio Estado⁵.

Com o desenvolvimento do *constitucionalismo moderno* e após transcorridas duas décadas do séc. XIX é que as declarações de direitos passaram a integrar o corpo formal das Constituições, destacando-se o pioneirismo da Constituição da Bélgica de 1832 e, antes ainda, a Constituição Imperial brasileira de 1824, ao contemplar no seu art. 179⁶, a inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos brasileiros.

O mundo conheceu, ainda nas primeiras décadas do séc. XIX, a constitucionalização da primeira geração ou primeira dimensão dos direitos fundamentais, direitos de *status negativus* que limitavam a atuação estatal, impondo ao Estado um dever de abstenção. Protegiam, por conseguinte, a *liberdade* dos indivíduos. Nessa dimensão também estariam incluídos os direitos de *status activus*, que possibilitavam a participação do cidadão na formação da vontade estatal.

Resumidamente, invocando as lições de Ingo Wolfgang Sarlet⁷, é de se afirmar que os direitos de primeira dimensão

“são o produto do pensamento liberal-burguês do século XVIII, de marcado cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não-intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder”.

Direitos civis e políticos, enfim.

Tratando do tema, o Prof. Paulo Bonavides⁸ averba:

“No liberalismo, o valor da liberdade, segundo Vierkandt, cinge-se à exaltação do indivíduo e de sua personalidade, com a preconizada

⁵Sobre a evolução histórica do Princípio da Fraternidade, ver os *Appunti privati per il seminario sul principio di Fraternità* - O'Higgins (Argentina), 27 a 29 de julho de 2003, por Antonio Maria Baggio.

⁶“A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a liberdade individual, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte”. Seguem 35 (trinta e cinco) incisos.

⁷A Eficácia dos Direitos Fundamentais, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 54.

⁸Do Estado Liberal ao Estado Social, Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 31.

ausência e desprezo da coação estatal. Quanto menos palpável a presença do Estado nos atos da vida humana, mas larga e generosa a esfera de liberdade outorgada ao indivíduo. Caberia a este fazer ou deixar de fazer o que lhe aprouvesse”.

Vivia-se a era do **Estado Liberal**.

O tempo fez com que o direito se ressentisse da situação e a sociedade reclamou *igualdade*, porquanto no liberalismo tal valor era meramente formal, inexistindo de fato. As gritantes desigualdades pessoais e sociais eram mascaradas e o povo oprimido exigia *igualdade*.

O período que marca o fim da primeira grande guerra proporcionou um repensar do Estado e funcionou como um trampolim para que a sociedade alcançasse mais um estágio: o advento do **Estado Social**, com especial destaque ao valor *igualdade*. A sempre referida Constituição de *Weimar*, de 1919 e a Constituição do México, de 1917 foram pioneiras na consagração dos direitos de segunda geração ou de segunda dimensão⁹, *direitos sociais, econômicos e culturais*. Não se pode olvidar, nesse contexto, o advento da *Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado*, de 1918, gestada no ideário da Revolução Russa, de 1917.

Direitos de *status positivus*¹⁰ foram assegurados e os indivíduos passaram a poder exigir do Estado prestações específicas, materializadas em políticas públicas.

No Brasil, o marco de desenvolvimento dos direitos sociais e econômicos foi a Constituição de 1934.

Ultrapassadas as dimensões iniciais dos direitos fundamentais, alcança-se a sua terceira geração ou dimensão.

Abre-se espaço para a consagração dos **direitos de fraternidade e de solidariedade** que, como lembra Ingo Wolfgang Sarlet¹¹,

“trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), e caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa”.

⁹Como recordam Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: RT, 2006, p. 35, não se pode afirmar que o mundo desconhecia por completo os direitos sociais, pois, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (Convenção Nacional francesa), de 1793 e na Constituição brasileira, de 1824 alguns direitos dessa categoria já estavam consagrados (na primeira, assistência aos necessitados e acesso à educação - itens XXI e XXII e, na segunda, direito aos socorros públicos e a instrução primária - art. 179, XXXI e XXXII).

¹⁰A classificação dos direitos fundamentais em categorias de direitos de *status negativus, positivus e activus*, já destacada, é apresentada por Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, *op. cit.*, pp. 63 a 68, partindo da distinção desenvolvida por Georg Jellinek no final do séc. XIX.

¹¹*Ob. cit.*, pp. 56 e 57.

Inserem-se nessa categoria, por exemplo, os direitos à paz, ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos e têm como distinção o fato de serem universais, ou, quando menos, transindividuais ou metaindividuais.

Há, ainda, quem advogue a existência de uma quarta dimensão, resultado da globalização dos direitos. O Prof. Paulo Bonavides¹² enquadra como de quarta dimensão os direitos à democracia direta, à informação e ao pluralismo. Dirley da Cunha Júnior¹³, a seu turno, acrescenta os direitos contra manipulações genéticas, relacionados à biotecnologia.

De terceira ou de quarta dimensão, os sistemas jurídicos, com essa nova etapa – ou etapas – dos direitos fundamentais, acolheram uma nascente e virginal fase na evolução do constitucionalismo: do liberal para o social e agora, do social para o fraternal, como, com ineditismo, vem defendendo no Brasil, o Ministro Carlos Britto do Supremo Tribunal Federal¹⁴.

O valor *fraternidade* foi, enfim, reconhecido. Recorde-se que tanto na Constituição Portuguesa de 1976 e na Constituição Italiana de 1947 como na Brasileira de 1988, há referências expressas à fraternidade ou à solidariedade.

Na vigente Constituição lusitana, logo no preâmbulo, o constituinte português registrou um relevante compromisso: **fazer de Portugal um país mais fraterno**. Logo no art. 1º, um importante empenho: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

No decorrer do seu texto, por diversas vezes (arts. 63º, 66º, 71º e 73º), foi empregado o substantivo *solidariedade* no trato de temas como *deficientes*, *meio ambiente*, *educação* e *economia*. Utilizou o texto magno português expressões como *solidariedade entre gerações*; *solidariedade social*, *espírito de tolerância* e *compreensão mútua*.

É possível encontrar a presença efetiva da *fraternidade* ou da *solidariedade*, expressa ou implicitamente, também na Constituição Italiana.

Eis alguns dispositivos que indicam o compromisso da Carta Constitucional italiana (sem os destaques no original):

Art. 2 A República reconhece e garante os direitos invioláveis do homem, quer como ser individual quer nas formações sociais onde se desenvolve a sua personalidade, e requer o cumprimento dos deveres inderrogáveis de solidariedade política, econômica e social.

Art. 4. A República reconhece a todos os cidadãos o direito ao trabalho e promove as condições que tornem efetivo esse direito. Todo cida-

¹²Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2000, pp. 524 a 526.

¹³Curso de Direito Constitucional. Salvador: Editora Podium, 2007, p. 573

¹⁴Conferir a obra *O Humanismo como categoria constitucional*, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, e ainda, a editada há alguns anos, intitulada *Teoria da Constituição*, Rio de Janeiro: Forense, 2003.

dão tem o dever de exercer, segundo as próprias possibilidades e a própria opção, uma atividade ou uma função que contribua para o progresso material ou espiritual da sociedade.

Art. 41. A iniciativa econômica privada é livre. A mesma não pode se desenvolver em contraste com a utilidade social ou de uma forma que possa trazer dano à segurança, à liberdade, à dignidade humana. A lei determina os programas e os adequados controles, afim de que a atividade econômica pública e privada possa ser dirigida e coordenada para fins sociais.

Na Carta-Cidadã de 05 de outubro de 1988, de igual forma, o legislador constituinte pátrio, ao se comprometer com a construção de uma *sociedade fraterna*, pluralista e sem preconceitos, apresentou os seus valores supremos, logo no Preâmbulo¹⁵: liberdade, segurança, bem-estar, desenvolvimento, igualdade e justiça. Em seguida, após traçar toda uma base principiológica, estabeleceu como objetivo fundamental da República Federativa a construção de uma sociedade solidária (art. 3º, I – CF).

Para tanto, o Estado brasileiro terá que garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização; reduzir desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, II a IV).

É possível também identificar outras disposições constitucionais afinadas no mesmo diapasão: a) Não mais se assegura o direito de propriedade pura e simplesmente de forma absoluta, como preconizava a doutrina civilista clássica. Assegura-se o direito de propriedade (art. 5º, XXII - CF), como direito individual, *desde que a propriedade atenda a sua função social* (art. 5º, XXIII - CF); b) A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano, tem por fim assegurar a todos *existência digna*, conforme os ditames da *justiça social*. Sem embargo de consagrar valores capitalistas e de não intervencionismo estatal (livre iniciativa, livre concorrência e propriedade privada), garante como princípios de similar hierarquia, a defesa do consumidor e do meio ambiente; a redução das desigualdades regionais e sociais e a busca do pleno emprego (art. 170, I a VIII - CF).

¹⁵ "Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL".

Atingiu-se, por completo, após alguns séculos de desenvolvimento, o antigo lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade.

A Carta Constitucional vigente absorveu os três valores do movimento revolucionário de 1789 ao definir como o primeiro objetivo da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária: **liberdade, igualdade e fraternidade**.

Desde a consagração do famoso mandamento inserto no art. 16¹⁶ da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 que os direitos fundamentais passaram a ser o *núcleo material ou substancial* das Constituições.

No entanto, é com o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada na Assembléia Geral da ONU, em 10 de dezembro de 1948, que importantes passos foram dados, indo muito além daquela de 1789.

Como aduz Marco Aquini¹⁷, a Declaração de 1948 diferencia-se da Declaração Francesa de 1789, particularmente, pelo seu caráter de universalidade e pelo expresse reconhecimento da responsabilidade de todos na realização dos direitos humanos.

Proclamou, no seu art. 1º, que *“todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir uns aos outros com espírito de fraternidade”*.

No art. 29, item 1, outra importante disposição: *“toda pessoa tem deveres para com a comunidade, em que o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível”*.

As Constituições vêm, paulatinamente, assimilando valores universais e direitos que transcendem aos limites da soberania do próprio Estado.

No caso especificamente brasileiro, desde a promulgação da Constituição vigente, em 05 de outubro de 1988, que constava no § 1º do seu artigo 5º o seguinte mandamento: *“os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”* (sem o grifo no original).

Após a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004 (acréscimo do § 3º ao art. 5º da Constituição Federal), eventuais discussões doutrinárias e jurisprudenciais existentes sobre a hierarquia das normas veiculadas em tratados internacionais sobre direitos humanos restaram dissipadas. Consagrou o

¹⁶ “Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada não possui Constituição”.

¹⁷ Aparentamentos (mimeo) com o título *Fraternità e diritti umani. L'articolo 1 della Dichiarazione Universale*. Intervenção oral na *Sessão diritto pubblico*, no Congresso patrocinado pelo Movimento Comunhão e Direito, vinculado ao Movimento dos Foculares, em Castelgandolfo – Itália, 18 de novembro de 2005. Ver, também, ensaio do mesmo autor, intitulado *Fraternidade e Direitos Humanos*, que integra a obra *Direito e Fraternidade*, uma edição conjunta (2008) de Comunhão e Direito, LTr e Editora Cidade Nova, sob a organização de Giovanni Caso, Afife Cury, Munir Cury e Carlos Aurélio Mota de Souza, pp. 39/45.

novel preceito constitucional uma importante e esclarecedora regra conforme texto a seguir transcrito: "*os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais*".

Como se percebe, cumprida a nova regra, as disposições veiculadas em tratados internacionais sobre direitos humanos ingressarão no sistema jurídico pátrio com *status* equivalente às emendas constitucionais. Integrando o corpo constitucional, passarão a ser compreendidos como direitos fundamentais sem quaisquer questionamentos.

3. A dignidade da pessoa humana

Posta a questão dos direitos fundamentais em termos doutrinários, com base sempre no entendimento dominante, imprescindível dar mais um passo.

Questiona-se: São os direitos fundamentais absolutos? Como tratar o ser humano, como titular de direitos fundamentais, numa sociedade pluralista, que tende para a fraternidade, como é o desejo contemporâneo, expresso, por exemplo, nas Constituições do Brasil e de Portugal? Há, ainda, espaço para nacionalismos ou individualismos sem limites? O mundo não está reclamando novos paradigmas, como se percebe hoje na formação da União Européia?

Como enfrentar os conflitos sociais numa perspectiva de garantia dos direitos fundamentais?

Ensina Vera Araújo¹⁸, citando Coser, que "*a existência de conflitos no interior de um grupo e entre eles é uma característica perene da vida social, um componente essencial da interação em cada sociedade conhecida*".

Não se pretende, como concluiu a douta socióloga citada, eliminar os conflitos, mas compreendê-los, particularmente quando se tornam prejudiciais ou disfuncionais ao bem-comum.

Nesse contexto, assumirá papel relevantíssimo a análise e compreensão do princípio da dignidade da pessoa humana.

A positivação do princípio da dignidade da pessoa humana, gravado hoje na Constituição brasileira, no seu art. 1º, III, como em outras Cartas Constitucionais (Portugal¹⁹, Alemanha²⁰, etc.) recebeu forte influência da doutrina social da igreja católica.

¹⁸O conflito à luz do Carisma da Unidade. Texto em separado (mimeo).

¹⁹Art. 1º. Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

²⁰Art. 1º. 1. A dignidade da pessoa humana é inviolável. Toda autoridade pública terá o dever de respeitá-la e protegê-la.

As raízes evangélicas do princípio estão claramente identificadas. Como registrado na exortação apostólica de João Paulo II, intitulada *Christifideles Laici*²¹, de todas as criaturas terrenas, só o homem é *pessoa, sujeito consciente e livre e, precisamente por isso, centro e vértice* de tudo o que existe sobre a terra.

A doutrina social da Igreja sempre reconheceu que a *dignidade pessoal é o bem mais precioso que o homem tem, graças ao qual ele transcende em valor a todo o mundo material*.

Nessa linha, conclui o indigitado documento da igreja católica que, *em virtude da sua dignidade pessoal, o ser humano é sempre um valor em si e por si, e exige ser tratado como tal, e nunca ser considerado e tratado como um objeto que se usa, um instrumento, uma coisa*.

Isto em razão das singulares características de *unicidade* e de *irrepetibilidade* relativas a toda pessoa. *A dignidade pessoal constitui o fundamento de igualdade de todos os homens entre si*.

Partindo de tais premissas e reconhecendo que *a pessoa humana não existe para viver isoladamente, mas com os outros em comunidade*²², de suma importância a correta compreensão do valor “dignidade”.

A dignidade da pessoa humana está na raiz da consagração dos direitos fundamentais.

Buscar-se-á, inicialmente, encontrar uma delimitação do conceito de *dignidade da pessoa humana*.

Entendida como um valor inerente a todo e qualquer ser humano, integrando a sua própria natureza, a compreensão da dignidade da pessoa humana tem as suas raízes - como já declinado - no ideário cristão e sempre associada ao conceito de *pessoa*.

Recorda Fernando Ferreira dos Santos, em valioso artigo²³, que

“O conceito de pessoa, como categoria espiritual, como subjetividade, que possui valor em si mesmo, como ser de fins absolutos, e que, em consequência, é possuidor de direitos subjetivos ou direitos fundamentais e possui dignidade, surge com o Cristianismo, com a chamada filosofia patrística, sendo depois desenvolvida pelos escolásticos”.

²¹ Item 37.

²² Conclusão inserida no item 74 das recomendações e propostas apresentadas pelos Bispos católicos brasileiros, reunidos na XXVII Assembléia Geral da CNBB, em 1989 in *Encíclicas e Documentos Sociais*. São Paulo: LTr, vol. II, 1993, p. 548.

²³ *Princípio Constitucional da dignidade da pessoa humana* in Revista JF-P1, disponível em www.pi.trf1.gov.br/Revista/revistaif1_cap3.htm, acesso em 28 de setembro de 2007.

Tomás de Aquino, em sua *Summa Theologica*, encontra o fundamento da dignidade no fato de o homem ter sido criado à imagem e semelhança de Deus.

Com o desenvolvimento da doutrina jusnaturalista não mais fundamentada em razões teológicas e passando o direito por um processo de racionalização, é com Immanuel Kant que se completa o processo de secularização da dignidade²⁴.

Afirma Kant:

*"O Homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como um fim"*²⁵.

Kant legou ao mundo a constatação de que o *homem será sempre fim, nunca meio*. Jamais poderá ser instrumentalizado ou "coisificado".

No entanto, percebe-se que, independentemente de possuir fundamento teocêntrico ou antropocêntrico, a dignidade será inexoravelmente compreendida como uma *"qualidade intrínseca da pessoa humana"*²⁶.

A dignidade da pessoa humana cumprirá um papel de vital importância na compreensão do alcance dos direitos fundamentais. Apresentada como fundamento do Estado Democrático de Direito, todos os direitos fundamentais possuirão um conteúdo mínimo de dignidade.

Tal conteúdo mínimo da dignidade, identificado como *núcleo essencial*²⁷, *mínimo existencial*²⁸, *minimum invulnerável*²⁹, ou mesmo reconhecido como o *"coração do patrimônio jurídico-moral da pessoa"*³⁰, não pode deixar de ser concebido com caráter absoluto.

Como elemento intrínseco ao ser humano não será objeto de concessões, mitigações ou relativizações. É o núcleo; é o mínimo e, em nenhuma hipótese poderá dar espaço a outro princípio eventualmente em conflito.

²⁴Ver as lições de Ingo Wolfgang Sarlet, *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 32.

²⁵*Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, in: Os Pensadores – Kant (II), Trad. Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p. 134.

²⁶Ingo Wolfgang Sarlet, *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 41.

²⁷Idem, p. 137.

²⁸Carlos Ayres Brito, *O Humanismo como categoria constitucional*, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, p. 98.

²⁹Fernando Ferreira dos Santos, *Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*, São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 94.

³⁰Carmem Lúcia Antunes da Rocha, *O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a exclusão social*, in: Revista Interesse Público, nº 04, 1999, p. 32.

No texto da Constituição da República Federativa do Brasil, esse *minimum invulnerável*, é encontrado, por exemplo, na cláusula que assegura que ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III), ou naquela outra que assegura aos presos o respeito à integridade física (art. 5º, XLIX), ou mesmo na regra que traz a garantia do salário mínimo (art. 7º, IV). Não há possibilidade alguma de concessões.

Dignas de destaque as observações de Jacques Maritain ³¹ quando afirmou que

“a pessoa tem uma dignidade absoluta porquanto está em relação direta com o absoluto, no qual somente ela pode encontrar sua realização; sua pátria espiritual é todo o universo dos bens que têm valor absoluto, que refletem de algum modo um Absoluto superior ao mundo e que são atraídos por Ele”.

Recorde-se que o homem é anterior ao Direito e ao Estado. Acima e antes de qualquer de coisa tem o direito de ser reconhecido como homem/pessoa. E não há homem/pessoa, destituído de dignidade. Assim, a primeira e fundamental função do direito é a tutela da dignidade da pessoa humana. Depois, cabe ao Direito assegurar que as relações entre os homens se desenvolvam regularmente³².

Partindo desse novo paradigma, o caráter relacional e intersubjetivo dos direitos – relação entre sujeitos – receberá novos contornos. Não se concebe uma intersubjetividade excludente. Precisamos compreender o Direito como um instrumento que regulamenta condutas visando fazer com que os seres humanos vivam com o outro e não apesar do outro.

Em cada ser humano habita, num certo sentido, toda humanidade. O outro, também sou eu. Tudo se reduz à unidade. Tudo é “um”³³.

Os ordenamentos jurídicos contemporâneos lograram certo êxito em combater a opressão e o arbítrio, garantindo, dentro do possível, liberdade e igualdade.

No entanto, serão fadados ao insucesso se mais um passo não for dado em busca da fraternidade, pois, em última análise, tal valor torna-se premissa e condição dos outros dois valores (liberdade e igualdade).

³¹Os direitos do homem e a lei natural. Rio de Janeiro: José Olympio, 1967, p. 18

³²Ver as considerações de Gianni Caso, *La Parola e la giustizia*, Roma: Città Nuova, 2005, p. 128 e seguintes. Discorrendo sobre o tema, o Prof. Augusto César Leite de Carvalho reconhece que a dignidade da pessoa humana precede e limita qualquer ação humana. Diz mais: se a dignidade é uma qualificação comum a todos os seres humanos, a sua realização normativa será ter sempre a dignidade como pressuposto (A Dignidade (da pessoa) humana in EVOCATI Revista, http://evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=271, acesso em 29/09/2008).

³³Hoje a humanidade tende a adotar uma visão holística do mundo. Conforme os registros bíblicos, há mais de dois mil anos Jesus Cristo lançou o seu testamento clamando “que todos sejam um” (Jo. 17,21).

A sociedade, os ordenamentos jurídicos, os Estados, enfim, ao consagrarem os princípios da igualdade e da liberdade, traduzidos no plano jurídico, como averba Maria Voce³⁴, reforçaram somente os direitos individuais. Tal postura não é suficiente e não fornece respostas satisfatórias para assegurar uma vida de relações e de comunidade, pois se ressentem de outro valor fundamental: a fraternidade.

Mesmo, ainda, com caráter individualista, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, no seu art. 4º, consubstanciava o princípio de que

“a liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos”.

O mundo atual não sobreviverá sem práticas solidárias. Está na essência do ser humano e é uma exigência inafastável.

Quando o texto da República Federativa do Brasil indica como um dos seus objetivos – o primeiro – construir uma sociedade livre, justa e solidária, não está enunciando, como conclui Daniel Sarmento³⁵,

“uma diretriz política desvestida de qualquer eficácia normativa. Pelo contrário, ela expressa um princípio jurídico, que, apesar da sua abertura e indeterminação semântica, é dotado de algum grau de eficácia imediata e que pode atuar, no mínimo, como vetor interpretativo da ordem jurídica como um todo”.

Aduz, com propriedade, ainda o mestre:

“Na verdade, a solidariedade [aqui também é possível referir-se à fraternidade] implica reconhecimento de que, embora cada um de nós componha uma individualidade, irredutível ao todo, estamos também juntos, de alguma forma irmanados por um destino comum. Ela significa que a sociedade não deve ser um locus da concorrência entre indivíduos isolados, perseguindo projetos pessoais antagônicos, mas sim um espaço de diálogo, cooperação e colaboração entre pessoas livres e iguais, que se reconheçam como tais”.

³⁴Intervenção oral (“Comunione e Diritto”: le origini la proposta, la idealità) no Congresso patrocinado pelo Movimento Comunhão e Direito, vinculado ao Movimento dos Focolares, em 18 de novembro de 2005, Castelgandolfo – Itália, publicado na coletânea *Relazionalità nel diritto: quale spazio per la fraternità?*, Atti del Convegno, Giovanni Caso ed., 2006, pp. 19 a 23. O texto, já traduzido (*O Congresso Comunhão e Direito: as origens, a proposta, a idealidade*), pode ser encontrado na obra *Direito e Fraternidade*, uma edição conjunta (2008) de Comunhão e Direito, LTr e Editora Cidade Nova, sob a organização de Giovanni Caso, Afife Cury, Munir Cury e Carlos Aurélio Mota de Souza, pp. 19/22.

³⁵*Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2006., p. 295.

Hoje os ordenamentos jurídicos já se fundamentam na solidariedade para justificar a consagração de direitos transindividuais ou metaindividuais.

Justificam, ainda, na solidariedade, práticas de ações afirmativas e de justiça distributiva.

Contudo, ainda é muito pouco.

4. O Advento do Constitucionalismo Fraternal

O constitucionalismo moderno conheceu duas grandes fases: a primeira, fundada no liberalismo (constitucionalismo liberal), onde o valor *liberdade* esteve em destaque e a segunda, caracterizada pela social democracia (constitucionalismo social), com especial ênfase ao valor *igualdade*.

O texto da Constituição de 1988 inaugurou no nosso país, como vem destacando o eminente Ministro do Supremo Tribunal Federal Carlos Britto, num certo sentido em sintonia com o que prega o Movimento *Comunhão e Direito*³⁶, o **Constitucionalismo Fraternal** ou, como afirmam outros, o **Constitucionalismo Altruístico**.

Define o Douto Ministro da mais alta Corte brasileira, o constitucionalismo fraternal como *“a terceira e possivelmente a última fase, o clímax do constitucionalismo”*.

Continua o jurista, tratando do constitucionalismo:

“Depois que ele assumiu uma feição liberal ou libertária, uma função social ou igualitária, agora chega à terceira fase, que é a fraternidade, para ombrear todas as pessoas em termos de respeito, referência e consideração...”.

As tradicionais dimensões consagradas nos ordenamentos jurídicos vigentes incorpora-se outra, de igual natureza: como categoria constitucional.

Ao afirmar a Constituição brasileira que é objetivo fundamental da República Federativa *construir uma sociedade livre, justa e solidária*, constata-se, cristalinamente, o reconhecimento de dimensões materializadas em três valores distintos, mas em simbiose perfeita:

³⁶O Movimento “Comunhão e Direito” é constituído por grupos de estudiosos e profissionais do direito, presentes em diversas partes do mundo, que buscam as seguintes finalidades: a) empenho no plano concreto das atividades dos profissionais do direito, nos diversos âmbitos jurídicos, legais e judiciais, para instaurar nelas uma práxis das relações inspirada pela fraternidade; b) estudo e pesquisa no plano doutrinário, voltados aos fins previstos e conduzidos em espírito de diálogo com as diversas instâncias da atual cultura jurídica. Os membros do movimento procuram trabalhar para uma atuação da justiça e uma renovação profunda no campo jurídico, legal e judicial, instaurando novos modos de comportamento e de relações jurídicas, inspirados na fraternidade. Procurando viver a fraternidade nos comportamentos e nas relações jurídicas, percorrem um caminho que consente sanar as múltiplas rupturas que agredem os relacionamentos e, ao mesmo tempo, garantir a comunhão, salvaguardando a identidade dos indivíduos.

- a) Uma dimensão política: construir uma sociedade livre;
- b) Uma dimensão social: construir uma sociedade justa;
- c) Uma dimensão fraternal: construir uma sociedade solidária.

Cada uma das três dimensões, ao encerrar valores próprios, *liberdade, igualdade e fraternidade*, instituem categorias constitucionais.

A Constituição busca, assim, com a dimensão fraternal, uma integração comunitária³⁷, uma vida em comunhão. Se vivermos efetivamente em comunidade, estaremos, de fato, numa comum unidade. Em uma palavra: fraternidade.

Uma sociedade fraterna é uma sociedade sem preconceitos e pluralista. E esses valores estão presentes na Constituição de 1988. Averte-se que a integração comunitária é mais do que inclusão social, como lembra o **Min. Carlos Britto**. Não se reduz a ações distributivistas, de inclusão social que se situam somente no plano de gastos públicos.

E essa inegavelmente é a tendência que cada vez mais se observa nos ordenamentos constitucionais contemporâneos, particularmente na Constituição de 1988: combate a qualquer forma de preconceito, ações afirmativas (deficientes, mulheres, negros), etc..

É o ordenamento jurídico a serviço da realização – ou pelo menos em busca – da fraternidade.

Urge que se inaugure, de fato, um Estado Fraternal.

E a idéia vem ganhando força nos últimos tempos.

Na Enciclopédia livre WIKIPÉDIA³⁸, divulgada na rede mundial de computadores, tratando do constitucionalismo, encontra-se um verbete com o título *constitucionalismo do futuro*, merecendo transcrição:

“Se o constitucionalismo tem sido marcado pela limitação do poder, opondo-se ao governo arbitrário, o seu conteúdo mostra-se variável, desde as suas origens.

Uma nova era histórico-constitucional surge no alvorecer do século XXI, com a perspectiva de que ao constitucionalismo social seja incorporado o constitucionalismo fraternal e de solidariedade.

Consoante assinala Dromi, o futuro do constitucionalismo deve “estar influenciado até identificar-se com a verdade, a solidariedade, o

³⁷Essa idéia vem sendo objeto de uma série de palestras proferidas, desde o ano de 2003, pelo Ministro do STF Carlos Britto.

³⁸<http://pt.wikipedia.org/wiki/Constitucionalismo>, acesso em 17 de janeiro de 2008. Na Itália, sob a condução do Prof. Eligio Resta, constrói-se a idéia de um Direito Fraternal, que se funda nos seguintes pressupostos: é não-violento; ultrapassa os limites do Estado nação; é cosmopolita; não pode ser imposto, mas pactuado entre iguais; é um direito que inclui e não aceita a possibilidade de exclusão (*Direito Fraternal*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004). Ver, na doutrina brasileira, os ensinamentos de Sandra Regina Martini Vial, *Direito Fraternal na sociedade cosmopolita in Contribuciones desde Coatepec*, número 12 - enero-junio 2007, pp. 135.

consenso, a continuidade, a participação, a integração e a universalização”, alcançando um ponto de equilíbrio as concepções extraídas do constitucionalismo moderno e os excessos do constitucionalismo contemporâneo.

Os valores acima apontados, e que marcarão, certamente, o constitucionalismo do futuro, podem ser assim resenhados:

I) verdade – as constituições não mais conterão promessas impossíveis de serem realizadas, nem consagrarão mentiras. Para tanto, o referido publicista argentino analisa as normas que, de natureza programática, encerram projetos inalcançáveis pela maioria dos Estados, defendendo a necessidade de sua erradicação dos textos constitucionais. Por isso é que o constitucionalismo será verdadeiro, transparente e eficaz;

II) solidariedade – as constituições do futuro aproximar-se-ão de uma nova idéia de igualdade, baseada na solidariedade dos povos, na dignidade da pessoa humana e na justiça social, com a eliminação das discriminações;

III) continuidade – é muito perigoso em nosso tempo conceber constituições que produzam uma ruptura da denominada lógica dos antecedentes, pelo que as reformas constitucionais, embora objetivando adaptar os textos constitucionais às exigências da realidade, ocorrerão com ponderação e equilíbrio, dando continuidade ao caminho traçado;

IV) participação – o povo e os corpos intermediários da sociedade participarão de forma ativa, integral e equilibrada no processo político (democracia participativa) eliminando-se, com isso, a indiferença social;

V) integração – haverá integração, prevista nas constituições, mediante cláusulas que prevejam órgãos supranacionais, dos planos interno e externo do Estado, refletindo a integração espiritual, moral, ética e institucional dos povos;

VI) universalização – os direitos fundamentais internacionais serão previstos nas constituições do futuro, com a prevalência universal da dignidade do homem, e serão eliminadas quaisquer formas de desumanização”.

Na prática forense, igualmente, decisões com lastro no *princípio da fraternidade* já podem ser encontradas.

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3.768-4/DF³⁹, o Supremo Tribunal Federal garantiu a gratuidade dos transportes públicos urbanos e semi-urbanos para os idosos.

³⁹Decisão publicada no DJU de 26/10/2007 – Ementário nº 2295-4. No julgamento da ADI-MC/DF, versando sobre o Meio Ambiente, o STF aplicou o postulado da *solidariedade* (DJU de 03.02.2006), demonstrando a existência de direitos de terceira dimensão que superam a individualidade natural das tutelas jurídicas.

No voto da eminente Relatora, Ministra Carmem Lúcia, com base no art. 230 da Constituição Federal, destaca-se a necessidade de se garantir o direito de qualidade de vida digna para aquele que não pode pagar ou já colaborou com a sociedade em períodos pretéritos. Registrou a Ministra-Relatora que aos idosos assiste, nesta fase da vida, direito a ser assumido pela sociedade quanto ao ônus decorrente do uso do transporte público.

Digno de citação o seguinte trecho do seu voto:

“A gratuidade do transporte coletivo representa uma condição mínima de mobilidade, a favorecer a participação dos idosos na comunidade, assim como viabiliza a concretização de sua dignidade e de seu bem estar, não se compatibiliza com condicionamento posto pelo princípio da reserva do possível”.

Continua a julgadora, concluindo que *“aquele princípio haverá de se compatibilizar com a garantia do mínimo existencial...”*.

Em manifestação de voto, o Ministro Carlos Britto destacou que o direito em discussão seria um *direito fraternal*, a exigir do Estado *“ações afirmativas, compensatórias de desvantagens historicamente experimentadas por segmentos sociais como os dos negros, dos índios, das mulheres, dos portadores de deficiências e dos idosos”*.

No julgamento da ADI 2649/DF⁴⁰, igualmente relatada pela Ministra Carmem Lúcia, o Excelso Pretório decidiu pela improcedência do pedido. A Ação Direta de Inconstitucionalidade havia sido ajuizada pela Associação Brasileira de Empresas de Transporte Rodoviário Intermunicipal, Interestadual e Internacional de Passageiros - ABRATI contra a Lei Nacional nº 8.899/94, que concedia passe livre no sistema de transporte coletivo interestadual às pessoas portadoras de deficiência comprovadamente carentes. Asseverou-se, em sintonia com os valores que norteiam a Constituição Federal - registrados no seu preâmbulo - a necessidade de colocar em relevo o princípio da solidariedade.

A Ministra/relatora, em seu voto, concluiu que

“a busca de igualdade de oportunidades e possibilidades de humanização das relações sociais determina a adoção de políticas públicas a fim de que se amenizem os efeitos das carências de seus portadores”.

Nesse toar, possibilitando inovações na prática jurídica a Constituição e o próprio Estado já adotam posturas sintonizadas com o *constitucionalismo fraternal*.

⁴⁰ADI julgada em 08 de maio de 2008 e noticiada no Informativo STF nº 505, de 14 de maio de 2008.

Recordemos a afirmação do Dr. Munir Cury no final da sua brilhante exposição no I Congresso Norte-Nordeste de Operadores do Direito, realizado na cidade de São Luís, em outubro de 2007, valendo-se do magistério de Chiara Lubich:

“Os obstáculos para a harmonia da convivência humana não são apenas de ordem jurídica, ou seja, devidos à falta de leis que regulem esse convívio; dependem de atitudes, mais profundas, morais, espirituais, do valor que damos à pessoa humana, de como consideramos o outro”.

A Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia, de 16 de junho de 1776, reconhecendo direitos inatos de todos os homens, destacava o de buscar e obter a **felicidade** (item I, parte final). A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, francesa, que veio a lume em 1793, averbava que **o fim da sociedade é a felicidade comum** (item I).

Não se trata de ingenuidade⁴¹. Mas, se ingenuidade for defender práticas fraternas; que todos pertencemos à uma mesma família; que somos responsáveis uns pelos outros, e que a regra de ouro – fazer ao outro aquilo que gostaria que fosse feito a mim⁴² – torne-se uma realidade, que sejamos todos ingênuos !!

O que se pretende com essa exposição - assim como defende Filippo Pizzolatto⁴³ - e ir mais além, dar um passo em busca da realização da fraternidade que suplanta eventuais práticas assistencialistas da sociedade e do próprio Estado.

A fraternidade, assim, não pode ser compreendida, como expôs o autor ao analisar o ordenamento jurídico italiano, nos apertados limites de uma *solidariedade vertical*, baseada exclusivamente na intervenção direta dos Estado para socorrer determinadas necessidades de setores menos favorecidos da sociedade, como, *verbi gratia*, reduzir desigualdades sociais.

Busca-se uma *solidariedade horizontal*, que consiste na responsabilidade de socorro mútuo entre os próprios cidadãos, *limitando-se o Estado a oferecer-se como fiador externo*⁴⁴.

⁴¹Cf. texto de Antonio Maria Baggio, intitulado *Igino Giordani ou o realismo da ingenuidade*, Revista ABBA, Vol. V – ano 2002 N2, Editora Cidade Nova.

⁴²A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da França, de 1793, também preconizava: VI - A liberdade é o poder que pertence ao Homem de fazer tudo quanto não prejudica os direitos do próximo: ela tem por princípio a natureza; por regra a justiça; por salvaguarda a lei; seu limite moral está nesta máxima: - “ Não faça aos outros o que não quiseras que te fizessem”.

⁴³A *Fraternidade no Ordenamento Jurídico Italiano* in Baggio, Antônio Maria (Organizador). *O Princípio Esquecido*. São Paulo: Editora Cidade Nova, 2008, pp. 111/126.

⁴⁴*Op. cit.*, p. 114.

Como registra Fillipo Pizzolato⁴⁵,

“Essa dimensão horizontal da solidariedade (...), em que a fraternidade encontra um espaço destacado, não pode ser reduzida ao cânon, tipicamente liberal, do ‘não prejudicar os outros’, mas encaminha e orienta o próprio exercício da liberdade, seguindo o mandato bem mais vinculativo ‘faça o bem ao outro (...porque é também o seu)’”.

E nas Constituições contemporâneas, como aquelas já citadas, é possível encontrar disposições que incorporaram comandos que consagram uma responsabilidade social para os cidadãos.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, no seu preâmbulo, reconhece, desde 1948, que todos somos membros de uma mesma família, a *família humana*.

Desde o surgimento do constitucionalismo moderno, mais de dois séculos se passaram e o mundo precisa compreender que práticas solidárias mais efetivas devem ser consagradas. Sem fraternidade não há felicidade.

Concluo, invocando, mais uma vez o magistério do Min. Carlos Britto⁴⁶, quando afirma que

“a Fraternidade é o ponto de unidade a que se chega pela conciliação possível entre os extremos da Liberdade, de um lado, e, de outro, da Igualdade. A comprovação de que, também nos domínios do Direito e da Política, a virtude esta sempre no meio (medius in virtus). Com a plena compreensão, todavia, de que não se chega à unidade sem antes passar pelas dualidades. Este, o fascínio, o mistério, o milagre da vida”.

De tudo que foi exposto, penso que é perfeitamente possível concluir que no constitucionalismo contemporâneo, a *fraternidade*, de fato, é uma categoria jurídica.

⁴⁵Idem, p. 120.

⁴⁶Teoria da Constituição, op. cit., p. 218.

BIBLIOGRAFIA

Alves, Cleber Francisco. *O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: o Enfoque da Doutrina Social da Igreja*. Rio de Janeiro; Renovar, 2001.

Aquini, Marco. *Fraternità e diritti umani. L'articolo 1 della Dichiarazione Universale..* Mimeo. Intervenção oral na *Sessão direito pubblico*, no Congresso patrocinado pelo Movimento Comunhão e Direito, vinculado ao Movimento dos Focolares, em Castelgandolfo – Itália, 18 de novembro de 2005.

Araújo, Vera. *O conflito à luz do Carisma da Unidade*. Mimeo. Texto em separado.

Baggio, Antonio Maria. *Appunti privati per il seminario sul principio di Fraternità* – O'Higgins (Argentina), 27 a 29 de julho de 2003.

_____. *Igino Giordani ou o realismo da ingenuidade*, Revista ABBA, Vol. V – ano 2002 N2, Editora Cidade Nova.

Baggio, Antônio Maria (Organizador). *O Princípio Esquecido*. São Paulo: Editora Cidade Nova, 2008.

Bonavides, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*, Rio de Janeiro: Forense, 1980.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2000.

Bobbio, Norberto. *Igualdade e Liberdade*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.

Britto, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*, Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. *O Humanismo como categoria constitucional*, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

Canotilho, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3ª ed., Coimbra: Almedina.

Carvalho, Augusto César Leite de. *A Dignidade (da pessoa) humana* in EVOCATI Revista, http://evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=271, acesso em 29/09/2008

Caso, Gianni. *La Parola e la giustizia*, Roma: Città Nuova, 2005.

Caso, Giovanni; Cury, Afife; Cury, Munir e Souza, Carlos Aurélio Mota de (Organizadores). *Direito & Fraternidade*. São Paulo: Comunhão e Direito, LTr e Editora Cidade Nova, 2008.

Cunha Júnior, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Editora Podium, 2007.

Dimoulis, Dimitri e Martins, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: RT, 2006.

Encíclicas e Documentos Sociais. São Paulo: LTr, vol. II, 1993.

Ghislene, Cristiane. *Da Comunidade à Individualidade; da Individualidade à Comunidade: Notas sobre a socialidade pós-moderna e o papel do Direito* (05/09/2006) in sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/comunidade.pdf. Acesso em 17 de setembro de 2008.

Goria, Fausto. *Fraternità e diritto: alcune riflessioni* (mimeo). Intervenção no Congresso patrocinado pelo Movimento Comunhão e Direito, vinculado ao Movimento dos Focolares, em Castelgandolfo – Itália, 18 de novembro de 2005.

Kant, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, in: Os Pensadores – Kant (II), Trad. Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

Maritain, Jacques. *Os direitos do homem e a lei natural*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1967.

_____. *El Hombre y el Estado*. Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft Ltda.

Nogueira, Roberto Wagner Lima. *Notas para um ensaio sobre a dignidade da pessoa humana. Conceito fundamental da Ciência jurídica*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1116, 22 jul. 2006. Disponível em : <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8668>. Acesso em: 06 out. 2007.

Relazionalità nel Diritto: Quale spazio per la fraternità ? Atti del Convegno. Castelgandolfo, 18-20 novembre 2005. Comunhão e Direito. Giovanni Caso Editor. Roma, 2006.

Resta, Eligio. *Direito Fraterno*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.

Restrepo, Gabriel Mora. *El fundamento de la solidaridad: la persona humana*. Mimeo. Intervenção oral no Congresso patrocinado pelo Movimento Comunhão e Direito, vinculado ao Movimento dos Focolares, em Castelgandolfo – Itália, 18 de novembro de 2005.

Rocha, Carmem Lúcia Antunes da. *O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a exclusão social*, in: Revista Interesse Público, nº 04, 1999.

Santos, Fernando Ferreira dos. *Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*, São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

_____. *Princípio Constitucional da dignidade da pessoa humana* in Revista JF-PI, disponível em www.pi.trf1.gov.br/Revista/revistajf1_cap3.htm, acesso em 28 de setembro de 2007.

Sarlet, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

_____. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

Sarmiento, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

Souza Neto, Samuel. *Educação para a fraternidade: um caminho difi-*

cil?. ABBA – Revista de cultura, 2004, Vol. VII, nº 1, Editora Cidade Nova, São Paulo.

Veronese, Josiane Rose Petry. *A academia e a Fraternidade: um novo paradigma na formação dos operadores do Direito*. Disponível na internet no site <http://comunhaoedireito.blogspot.com/2008/08/academia-e-fraternidade-um-novo.html>, acesso em 10/09/2008.

Vial, Sandra Regina Martini. *Direito Fraterno in ESTUDO & DEBATE*, Lajeado, v. 11, n. 1, p. 75/80, 2004.

_____. *Direito Fraterno na sociedade cosmopolita in Contribuciones desde Coatepec*, número 12 - enero-junio 2007, pp. 123-138.

Voce, Maria. *“Comunione e Diritto”: le origini la proposta, le idealità: in Relazionalità nel diriritto: quale spazio per la fraternità ?*, Atti del Convegno, Giovanni Caso ed., 2006.

GILBERTO AMADO
ASORBONNE E A ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS

Darcilo Melo Costa*

Promotor de Riachuelo, lá nos idos de 1959, passei a ler, nas férias forenses de janeiro, as memórias de *Gilberto Amado*, escritas em cinco volumes, ponto alto da memorialística brasileira.

Impressionado com sua *História da Minha Infância*, devorei todos os demais volumes, observando em cada página lida o escritor cioso de seu ofício, autor de um estilo inconfundível, que prende o leitor pela segurança dos conceitos emitidos da ciência e das questões versadas, como pela linguagem escorreita, digna dos grandes prosadores. Sua escrita lembra a precisão vocabular de um Machado de Assis; ora, é a prosa eloquente de um Euclides da Cunha (e sem os exageros e preciosismos de hipérboles em demasia); ora, é a frase seca de um Graciliano Ramos, quando a cena ou o episódio narrado é a terra adusta dos cáusticos verões sergipanos; vezes outras é a frase luzidia, realmente adequada a um livro de memórias, que lembra o Afonso Arinos, também memorialista, de *A Alma do Tempo*.

Não é a primeira vez que escrevo sobre o autor de *A Chave de Salomão*, e assim procedo por seguir aqueles que o situam entre os grandes escritores brasileiros, seja pela precisão de conceitos ao tratar de temas e questões da História do Brasil ou da Literatura, seja pela forma, pelos escritos de fino labor literário. Fui movido a escrever este artigo para a nossa Revista do Ministério Público para suprir a omissão de registros que deviam ter constado de minhas Memórias e Impressões de Leitura (publicadas recentemente, em dezembro passado), conforme o plano da obra que havia traçado; somente depois da publicação constatei o lapso no capítulo a ele dedicado (págs. 101 a 111). Mas antes passo a fazer referências às suas observações sobre a linguagem de escritores brasileiros, o que demonstra abalizados conhecimentos da língua portuguesa e dá encanto especial às suas obras.

Disse Gilberto Amado que dois livros lidos nos tempos de Faculdade, a sua Faculdade de Direito de Recife, lhe proporcionaram profunda impressão; dois grandes momentos: *Direito das Coisas* de Lafayette e *História do Brasil* de João Ribeiro. Num tempo em que era preciso apelar-se para obras estrangeiras, isto seria desnecessário relativamente a esta parte do Direito Civil, pois dispúnhamos do citado compêndio de Lafayette Rodrigues Pereira. Quanto à História do Brasil, dispunha a sua geração da magnífica História de João Ribe-

* Procurador de Justiça, aposentado. Ex-Coordenador-Geral e ex-Corregedor-Geral do Ministério Público, Professor de Direito Processual Civil da Universidade Tiradentes (de 1977 a 1995).

ro – aquele sergipano que saiu de Lagarto para deslumbrar a intelectualidade da capital da República no Colégio Pedro II (repetindo a proeza de Sílvio Romero). Por apenas dois exemplos demonstro o porquê da minha admiração pelo escritor que sabia usar o idioma com fiel observância do vernáculo, obrigação primeira de todo publicista. Lastimava Gilberto Amado que João Ribeiro, conquanto eminente historiador, fosse mau escritor, descuidado da linguagem correta. Aliás, acrescentava que a História não tinha sorte com seus escritores. Também em *Joaquim Nabuco, Oliveira Lima e Pandiá Calógeras* via erros e inadequações de linguagem impróprios a um escritor. Escreveu:

Ao reler, anos depois, a *Formação Política do Brasil*, de Pandiá Calógera, concluí que a História, em matéria de linguagem, tem pouca sorte em nossa terra (Minha Formação no Recife, págs. 252 e 253, ed. José Olympio, 1955).

Comparando a correta redação de *Lafayette* com os desacertos de linguagem de *João Ribeiro*, e chamando a atenção do emprego incorreto dos termos impulso, arrastou e incentivo, empregados pelo historiador, escreveu:

“O primeiro impulso que arrastou os portugueses às terras incógnitas da África foi a escravidão” (pág. 252). E comenta:

Oh meu Deus! Impulso não arrasta, faz justamente o oposto. Impele. Impulso não puxa ... empurra. Prossegue adiante:

Linha a linha no livro de João Ribeiro eu tive a cada passo de recompor-lhe as frases para lhes restituir o sentido que ele visava. “A caça ao homem levou-os (os portugueses) a arrostar o mar tenebroso”. Aí, esse arrostar ... perfeito. Mas segue-se: “Mais tarde o ouro da costa foi um incentivo além da escravidão”. Compreende-se ... incentivo aí está por atração. Mas incentivo vem de dentro. A atração é exercida de fora. O ouro da costa atraía o português. Estava do outro lado do mar, chamando. Não estava dentro dele, não era um incentivo, borbulhando-lhe na alma”. (pág. 253).

Aí estão, nestes dois exemplos, o que me faz ver em Gilberto Amado um escritor por excelência, conhecedor do idioma, o que se espera de todo escritor.

Faço este artigo para registrar, repito, fatos que enriquecem sua biografia e que omiti, involuntariamente, em minhas Memórias. Transferindo residência para o Rio de Janeiro, então a capital da República, porque eleito Deputado Federal, vindo de Recife, onde era professor de sua vetusta Faculdade de Direito, Gilberto Amado foi convidado para lecionar na Faculdade Nacional de Direito. Daí nasceu seu relacionamento com o Professor *Francisco de Campos*, que o conhecia da Faculdade de Recife e do seu desempenho na Câmara dos Deputados por seus discursos e pronunciamentos sobre fatos da Política Nacional. Aí, na tribuna parlamentar, a História do Brasil, narrada ou comentada com acurado espírito crítico, deixava de ser apenas registro cronológico de

fatos memoráveis ou narração de feitos de seus heróis. Agravando-se o estado de saúde de *Clóvis Beviláqua*, o presidente Getúlio Vargas, por indicação do citado Ministro Francisco de Campos - o homem que o Presidente ouvia para os assuntos da cultura - o nomeia para trabalhar no Ministério das Relações Exteriores. Com o falecimento do grande Beviláqua, quem o Presidente convidaria para substituir o “homem do Código Civil”? Após a recusa de *Afrânio de Melo Franco*, que não aceitou o chamado a fim de continuar como nosso embaixador na Grã-Bretanha, a quem é feito o convite? Todos esperavam um jurista do Rio Grande do Sul, a terra do Presidente, ou um nome ilustre do Rio de Janeiro ou São Paulo. Com o agravamento da saúde de Clóvis Beviláqua, Gilberto Amado já vinha atendendo a todo o expediente do Ministério; e assim o Presidente Vargas nomeia para o elevado cargo de Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores o nosso coestaduano - aquele menino de Itaporanga, o antigo aluno de Sinhá Olímpia (aquela professora, singular figura humana, que constitui o pitoresco capítulo “A Escola de Sá Limpa”, de sua *História da Minha Infância*).

Nesta oportunidade, ressalto que não somente estudos e ensaios escreveu Gilberto Amado. Além de *Suave Ascensão* (poesias publicadas em 1917), e republicadas com novos poemas com o título *Poesias* (1947), envereda Gilberto Amado pela prosa de ficção com dois romances: *Inocentes e Culpados* (1941) e *Os Interesses da Companhia* (1942). Há quem veja nos romances pouco valor literário, obras que não estariam a altura do ensaísta e jurista, que deixou perenemente marcada sua passagem no Instituto Rio Branco e nos anais da ONU, por seus pareceres de Direito Internacional, exarados na Comissão de Direito Internacional da citada Organização das Nações Unidas.

Com a publicação do primeiro romance, *Mário Cabral*, escritor e crítico literário sergipano radicado em Salvador, fez severas críticas. Mas saindo o segundo romance, *Os Interesses da Companhia*, já agora diz o crítico:

“Gilberto Amado, que é hoje um expoente de cultura e de talento, firmou-se, afinal, como um verdadeiro romancista. A diferença, ou a evolução, que vai de *Inocentes e Culpados* a *Os Interesses da Companhia* é simplesmente admirável. Nesse último livro o ambiente é mais real, os personagens mais humanos, a linguagem mais espontânea” (*Jornal da Noite*, pág. 234).

A trama ou o enredo era bem atual, pois retratava um período da sociedade brasileira daqueles tempos, de “grande inquietação”. Sobressaía do objeto romanesco a posição ideológica de dois dos personagens, os dois filhos do chefe da empresa, Antônio Casais, o patriarca da família, que pensava fazer dos filhos os continuadores de sua obra de empresário. Todavia, os rapazes, para seu desgosto, só pensavam em política, abraçando ideologias inconciliáveis: Geraldo, fascista, ostentava no quarto retratos de Hitler e de Mussoline, en-

quanto Arnaldo, comunista, exibia os de Marx e de Lenine. Eram seguidores do integralismo de Plínio Salgado e do comunismo de Luiz Carlos Prestes, movimentos políticos que empolgaram tanta gente daqueles tempos, como registram os historiadores e a crônica política da época. E para desencanto do empresário, Rogério, o primogênito, conquanto dissesse vocacionado para a medicina e a pesquisa científica, só pensava, mesmo, em seu violoncelo, aspirando interpretar o grande *Bach* para uma platéia que o aclamasse em delírios. E conclui Mário Cabral exaltando o valor literário do romance, com seus personagens envolvidos “pelos eternos problemas da humanidade – o amor, a glória e a ambição”. (obr. cit. pág; 234). Feitos estes registros. Passo ao objeto principal deste artigo.

Dois fatos que demonstram a figura excepcional de Gilberto Amado é sua acolhida na Sorbonne pelas conferências proferidas na vetusta Universidade, sob o patrocínio do Instituto Franco-Brasileiro e indicação da Faculdade Nacional de Direito do Rio de Janeiro (1933). O outro, como narrarei adiante (complementando capítulo do meu livro de Memórias, reitero), é sua atuação na Organização das Nações Unidas (1965). Em justa homenagem, o Professor *José Amado Nascimento* (meu companheiro da Casa Civil, Professor da UFS, aposentado) toma estes dois fatos como tema de seu Artigo para a Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Sergipe (Nº 15, págs. 181 a 187, de 1971).

A princípio (como registra em suas memórias – *Depois da Política*, pág. 190) era sua intenção proferir apenas uma só aula ou conferência, achando que, com seu poder de síntese, poderia abarcar todo o tema proposto: a evolução do Direito Penal no Brasil. Mas, pelo caloroso recebimento de que foi alvo por parte dos mestres como dos alunos da secular Universidade, e a insistência dos pedidos, terminou por proferir mais três aulas, já agora (estas últimas) sem as solenidades e galas da primeira conferência. Assim, explicou ao Embaixador Souza Dantas:

“Numa só (aula) penso dar do assunto o que possa interessar ao estudante francês sobre a evolução do Direito Penal no Brasil e uma idéia de quanto em nosso Direito codificado ou objetivado na jurisprudência o Brasil havia seguido a França e dela se desviado ou a ela inspirado”. Acentuando que esta seria a parte “original” de sua tese, acrescentou: “O Brasil, país de imigração e de investimento, recebia do estrangeiro não só braços, capitais, como idéias, formas e fórmulas, regras jurídicas e normas de aplicação. Mas naquela matéria que me cumpria ensinar ... o Brasil havia dado mais à França do que recebido. Nosso Código de 1830, tendo sido dos primeiros a consagrar as novas teorias penais, marcara época então e influíra em consequência sobre os autores do *Code Criminel* de 1848 (Depois da Política, pág. 190, ed. José Olympio, 1960).

Agradecendo à Universidade do Rio de Janeiro as palestras de Gilberto Amado, o Professor *Georges Dumas*, em nome da Faculdade de Direito de Paris (Sorbonne), remete ao Prof. *Fernando Magalhães* (Reitor da Universidade do Rio) a seguinte carta:

“Toledo, 1º de abril de 1933

Caro amigo,

... Deixei Paris antes de ontem, depois de ter tido o prazer de ouvir na Faculdade de Direito e de acolher na Sorbonne, na Sessão Coletiva das Universidades, o professor brasileiro que nos enviastes este ano para representar o Instituto Franco-Brasileiro perante a Universidade de Paris, Senhor Gilberto Amado. Sinto-me feliz em poder dizer-vos que o sucesso foi muito grande, inteiramente digno da reputação de que goza, há muito tempo na Europa, a Escola Brasileira de Direito. Tudo que ele disse foi vigoroso, documentado, original. Recebi numerosas felicitações para serem transmitidas a Gilberto Amado, de parte dos estudantes e dos colegas que o ouviram. Sempre orgulhoso de minha segunda pátria, particularmente fiquei nessa ocasião. Estou encarregado de vos agradecer, assim como à Universidade do Rio, a designação que fizestes do homem eminente que é Gilberto Amado”. (a) *Georges Dumas* (obr. cit. pág. 194).

Como é bom, a nós brasileiros, vemos um professor da Sorbonne, da terra de *Demolombe* e de *Ripert*, em reconhecimento aos valores da cultura brasileira, considerar o nosso Brasil como sua “segunda pátria” !

O outro fato que me levou a escrever este artigo, como dito acima, é a homenagem de que foi alvo Gilberto Amado por parte da ONU, em reconhecimento aos seus relevantes serviços prestados à Instituição, sediada em Paris – numa longa temporada de mais de dezessete anos de serviços dados à referida Organização das Nações Unidas.

No seu artigo supra referido, o Prof. José Amado extrai dos dados biográficos redigidos pelo editor, apostos na 4ª edição de seu primeiro livro *A Chave de Salomão*:

Várias vezes relator e presidente da Comissão de Direito Internacional, tendo-se especializado em Direito Internacional Marítimo, deve-se-lhe muitas das fórmulas e conclusões hoje convertidas em tratados internacionais, pelo voto das nações em duas conferências realizadas em Genebra, nos anos de 1958 e 1960. São de sua autoria publicações que se encontram no Anuário das Nações Unidas, tais como: “Direito e Deveres dos Estados”, “Definição de Agressão”, “Processo Arbitral”, “Reservas às Convenções Multilaterais” e outros. (in *A Chave de Salomão* e outros escritos, 4ª edição, pág. XII) – Revista da Faculdade de Direito de Sergipe, Nº 15, pág. 185.

Mas o fato ainda mais significativo que quero registrar, como demonstração do que representa Gilberto Amado para a cultura brasileira - ele que foi Embaixador do Brasil no Chile, Itália, Finlândia e Suíça - é haver a Organização das Nações Unidas instituído que anualmente uma conferência seria proferida sobre a fecunda atuação de Gilberto Amado em suas assembléias - as *Gilberto Amado Memorial Lectures*. Assim noticiou o fato o Jornal do Brasil (edição de 08/08/1971):

“O Governo Federal prometeu apoio financeiro à iniciativa da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, que decidiu, em sua última sessão, em Genebra, aprovar a instituição anual de uma conferência em tributo à memória de Gilberto Amado. De agora em diante, durante cada período de sessão, haverá um jantar com a presença dos membros da Comissão de Direito Internacional e dos participantes do Seminário de Direito Internacional, que se realiza paralelamente, durante o qual um grande jurista especialmente convidado, pronunciará uma conferência”. Continua o Prof. José Amado, citando o Jornal do Brasil:

“Durante a realização da sessão, a Comissão aprovou a instituição anual de uma conferência em tributo à memória de Gilberto Amado, por iniciativa do representante nigeriano, Taslim Elias, Ministro da Justiça de seu país, com o apoio do delegado brasileiro, embaixador Sette Câmara. Serão as *Gilberto Amado Memorial Lectures*, e para a primeira das quais já está convidado o Professor Alfred Verdross, grande internacionalista da Escola de Viena” (Revista citada, pág. 187).

Este, o grande brasileiro, aqui nascido em Estância, que a Revista do Ministério Público de Sergipe, nesta oportunidade, presta suas homenagens.

INCONSISTÊNCIAS DO PROJETO DE TRANSPOSIÇÃO DAS ÁGUAS DO RIO SÃO FRANCISCO

Eduardo Lima de Matos*

Luciana Khoury**

O Ministério Público Federal, os Ministérios Públicos dos Estados, a Ordem dos Advogados do Brasil, o Fórum Permanente de Defesa do São Francisco da Bahia, juntamente com diversos atores da sociedade civil dos Estados banhados pelo São Francisco e por representantes dos movimentos sociais dos Estados que pertencem ao Semi-árido brasileiro, vêm em conjunto, questionando o “Projeto de Integração do Rio São Francisco com Bacias Hidrográficas do Nordeste Setentrional” e para tanto, adotaram medidas judiciais e extrajudiciais, com vistas a garantir o cumprimento das normas constitucionais, de tutela ambiental e de recursos hídricos, pugnando por um Estado Democrático de Direito.

Após esgotadas todas as tentativas extrajudiciais para a adequação das não conformidades ambientais, foram ajuizadas 14 ações ao todo perante a Justiça Federal dos Estados da Bahia, Minas Gerais, Sergipe e do Distrito Federal estando atualmente conexas perante o Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do Ministro Carlos Alberto Direito, após a aposentadoria do Ministro Sepúlveda Pertence. Algumas delas, em todos os Estados, questionam o licenciamento ambiental perante o IBAMA apontando as falhas dos estudos de impacto ambiental e do próprio rito seguido pelo Órgão Ambiental que não observaram as normas de tutela ambiental. Nessas ações também foi suscitado o desrespeito à participação popular, uma vez que as Audiências Públicas foram convocadas meramente para atendimento das formalidades, sem garantir a participação material das populações ribeirinhas da Bacia do São Francisco, tanto assim que convocadas para as capitais, à noite, em Hotéis 5 estrelas. Outras ações questionam a outorga concedida pela Agência Nacional de Águas, uma vez que a outorga foi concedida em desacordo com o quanto estabelecido no Plano de Bacia Hidrográfica do São Francisco elaborado conforme determinado pela Lei 9433/97. Ainda, outras ações questionam o Certificado de Sustentabilidade da obra, exigido pela ANA para obras acima de R\$ 10.000.000,00. E, por fim, diversas ações pleiteiam a suspensão das licitações em curso e

*Promotor de Justiça do Ministério Público de Sergipe, Professor de Direito Ambiental da Universidade Federal de Sergipe e Diretor do Núcleo de apoio às Promotorias de Justiça do Rio São Francisco do Ministério Público de Sergipe. eduardomatos@mp.se.gov.br

**Promotora de Justiça do Ministério Público da Bahia e Diretora do Núcleo de apoio às Promotorias de Justiça do Rio São Francisco do Ministério público da Bahia.

impedimento da execução da obra até que seja julgada a matéria, no mérito por este Egrégio Tribunal para proteção ao meio ambiente e ao erário, evitando danos irreversíveis.

As Ações Cíveis Públicas em Minas Gerais, em Sergipe e na Bahia tiveram a concessão da medida liminar determinando a suspensão de audiências públicas até que os estudos de impacto ambiental fossem complementados, todas concedidas em dezembro de 2004. Ocorre que as liminares de Minas Gerais e de Sergipe foram cassadas. A liminar concedida na Bahia foi reformada pelo TRF da 1ª Região, que em 21.12.04 determinou o impedimento da execução da obra, mas permitiu a continuidade do licenciamento ambiental, inclusive, com a realização de audiências públicas.

Com a continuidade do processo de licenciamento ambiental houve manifestação expressa do IBAMA quanto à viabilidade ambiental do Projeto com a concessão da respectiva Licença Prévia 200/2005. Desse modo, detectadas as ilegalidades da referida Licença Prévia, foi ajuizada **Ação Civil Pública pelo Ministério Público Federal e do Estado da Bahia em litisconsórcio com as entidades ambientalistas que integram o Fórum Permanente de Defesa do São Francisco**. Por prevenção esta ação foi distribuída ao Juízo da 14ª Vara Federal da Seção Judiciária da Bahia onde foi concedida, em 05/10/05, medida liminar determinando a suspensão dos efeitos da Licença Prévia 200/2005, a abstenção do IBAMA em conceder novas licenças ambientais quanto ao Projeto de Transposição, a suspensão das licitações em curso, além da proibição da realização de atos tendentes à implementação do Projeto pela União.

Ainda, uma última liminar que estava em vigor foi concedida também na 14ª Vara Federal na Bahia, no curso de uma Ação Popular que questiona o Certificado de Sustentabilidade da obra, suspendendo os seus efeitos. Cumpre registrar que sem esse certificado também não é possível a execução da obra.

Essas três liminares estavam em vigência até o dia 18.12.06 quando houve decisão substitutiva do Ministro Relator Sepúlveda Pertence. Em síntese, entendeu o Relator que naquela fase processual não se faria necessário o impedimento da continuidade do licenciamento ambiental, com os seguintes fundamentos: a) ausência de dano pois a obra não havia iniciado; b) novas oportunidades dos estudos complementares, tidos como condicionantes da Licença Prévia serem realizados antes da concessão da Licença de Instalação (que autoriza a obra); c) determinou a realização de “uma rodada” de Audiências Públicas antes da concessão da Licença de Instalação.

Cumpre destacar que não foi cumprida a decisão do ilustre Ministro Relator à época. Logo após a autorização para a continuidade do licenciamento foi concedida a Licença de Instalação, precisamente em 23.03.07, tendo o Exército começado com toda a intensidade as obras. Bem assim, não houve qual-

quer audiência pública para oitiva da população, ou complementação de estudos, tendo o próprio IBAMA, em seu parecer identificado o cumprimento apenas parcial das condicionantes. Tais fatos de descumprimento de decisão judicial foram levados ao conhecimento desta Egrégia Corte, por petição do Procurador Geral da República, requerendo a concessão de medida liminar para suspender as obras até julgamento de mérito das ações. Até a presente data tal pleito de liminar não foi sequer apreciado.

Não obstante estarem vigentes as decisões liminares até dezembro próximo passado, foi constatado pela sociedade civil e confirmado pelo TCU no Acórdão 2020/2006 que o Exército Brasileiro esteve na Ilha de Assunção em Cabrobó – PE, ponto de captação da tomada d'água do Eixo Norte do Projeto, já trabalhando na preparação das obras e com convênio firmado entre o r. Ministério da Defesa e o Ministério da Integração Nacional para tal mister. Com a decisão proferida pelo TCU no Acórdão 2020/2006 supracitado, foi determinado ao Ministério da Defesa e ao Ministério da Integração Nacional que se abstenham de realizar obras destinadas à transposição até que seja definitivamente decidida a validade da Licença Prévia.

Cabe ressaltar que o licenciamento ambiental possui sequência de atos logicamente encadeados e que precisam necessariamente de observância da sua ordem, não sendo facultado ao Empreendedor ignorar uma dessas etapas ou mesmo invertê-las. A inobservância desse rito vicia todo o procedimento.

O licenciamento ambiental do Projeto de Transposição possui inúmeras ilegalidades destacando apenas os principais pontos levantados pelas ações judiciais:

- Ausência da oitiva das populações indígenas atingidas, sendo as captações das águas feitas em terras indígenas e outras áreas dos povos Truká e dos Pipipan são afetadas pelo Projeto (Ilha de Assunção, Cabrobó – PE, Terra Indígena do Povo Truká), desrespeitando os arts. 49, inciso XVI e 231, § 3º da CF/88;
- A situação jurídica levantada no voto do Ministro Carlos Britto é a seguinte: 1. o projeto não foi aprovado pelo Congresso Nacional, desobedecendo textualmente o art. 48 da CF de 1988; 2. o projeto implica em sérios danos ambientais, sendo necessária a aplicação do princípio da precaução; 3. se impõe a concessão da liminar cassada, como forma do poder Judiciário exercer o controle dos atos administrativos praticados em desacordo com o texto expresso da Constituição de 1988.
- No meio físico são diversas as omissões, a exemplo da insuficiência dos estudos limnológicos, atestado pela Sociedade Brasileira de Limnologia que indicou, por ocasião de seu X Congresso Nacional, em Julho/2005, ao Ministério da Integração a realização de novos estudos que

comportassem a realização de maior número de amostras e que essas coletas observassem a sazonalidade;

- No meio biótico também são insuficientes os estudos, tendo o próprio Parecer Técnico 31/2005 do IBAMA indicado que a Caatinga é um bioma complexo, não havendo possibilidade de apreciar os impactos reais sobre a fauna e a flora : *"...As espécies de répteis relacionadas como endêmicas possuem ampla distribuição na Caatinga, contudo, devido à escassez de dados desse bioma, é recomendado um estudo mais aprofundado das espécies locais. É salientada a escassez de conhecimento dos anfíbios e répteis da Caatinga e a necessidade de novos estudos (pg.15)"* e *"... a não apresentação das curvas-coletor fez com que não fosse possível vislumbrar a suficiência das parcelas utilizadas em amostrar representativamente a flora da região, porém os números obtidos, abaixo da maioria dos trabalhos realizados neste Bioma, denotam que o esforço amostral foi insuficiente para uma caracterização mais precisa da flora local. (pg. 12)"*

- No que se refere à análise dos impactos sócio-econômicos, frise-se que são desconsiderados os 34 povos indígenas, 135 comunidades quilombolas que habitam a Bacia, sua história, sua interação sócio-econômica e sua interface com o Rio São Francisco. De acordo com Nota Técnica 208/2004 emitida pela 6ª Câmara de Coordenação e Revisão da Procuradoria Geral da República: *"De acordo com a avaliação antropológica, o Rima analisado não reúne elementos mínimos necessários para ser submetido à apreciação em audiências públicas no que se refere à dimensão antrópica dos impactos que se destina a apresentar. Somente após a devida reformulação que implicaria a atenção aos aspectos problemáticos tais como os apresentados nesta nota"*

- Mudanças recentes nos traçados do projeto fizeram com que novo projeto de engenharia fosse sendo traçado para atender às exigências políticas, sendo que não fizeram parte do Estudo de Impacto Ambiental, sendo constatada tal circunstância pela equipe técnica da 4a Câmara de Coordenação e Revisão que emitiu Nota Técnica dispondo sobre essa matéria.

O Ministério Público, os movimentos sociais, o Fórum Permanente em Defesa do rio São Francisco e demais atores integrantes do movimento em defesa da bacia do rio São Francisco fizeram manifestações públicas para instalação de um debate sério sobre a situação do semi-árido brasileiro, porém não ocorreu até o presente momento não houve disposição governamental para efetivação de um diálogo.

Outro ponto fundamental é que a Procuradoria Geral da República, com intuito de suspender o processo de licenciamento, e, sobretudo, impedir a realização de qualquer ato tendente à implantação do Projeto até o pronunciamento final do Supremo Tribunal Federal efetivou recurso contra a decisão que cassou as liminares.

O teor das peças recursais ressaltaram as graves lacunas, omissões e superficialidade observadas no EIA-RIMA, o desrespeito ao Plano de Bacia Hidrográfica do São Francisco na concessão da outorga, comprometendo o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, além das falhas e ilegalidade existentes na concessão da Licença Prévia.

Reforçando essa importância, diante da assumida imprevisibilidade dos impactos, originada pela carência de estudos prévios adequados, afirmou-se a imperatividade da aplicação do Princípio da Precaução, que veio como o Princípio 15 na Declaração do Rio de Janeiro de 1992 e ensina que se há suspeitas de que determinada autorização para exploração de área de recursos naturais está eivada de vício, em defesa da sociedade, não deve ser admitida à exploração da área em questão, pois o prejuízo que pode ser causado ao meio ambiente é irreversível.

A explanação do Fórum na petição recursal enfatizou a desnecessidade do Projeto de Transposição, argumentando em prol da busca de alternativas sustentáveis que garantam um modelo de desenvolvimento, aproveitando bem o potencial do Semi-Árido Brasileiro, respeitando as características do bioma e adaptando-se a elas, sendo para a zona urbana prevista a alternativa do Atlas do Nordeste e para a zona rural, contemplando as populações difusas já se sabe existirem diversas tecnologias sociais de acesso à água. A Transposição não se destina a matar a sede de quem está com sede, mas se destina aos usos industriais no Ceará, aos criadores de Camarão no Rio Grande do Norte e aos grandes agricultores.

Constatação feita com base em diversas experiências de transposição de águas realizadas por todo o mundo, determina a inafastável necessidade de uma negociação proativa, assim como mostra que suprir volumes de água não resulta condição garantidora de desenvolvimento sócio-econômico sustentável. Não há qualquer evidência de que, uma vez distribuída a água desviada do seu curso natural, as tantas demandas reprimidas, de pronto, se materializem.

O desastre da experiência chinesa comprova que a preocupação com a exaustão das bacias não é infundada, pois que esse problema já existe com a bacia do rio Amarelo (doadora no projeto), o segundo rio mais longo da China, cujo caudal já não chega mais à foz, por problemas advindos do uso indiscriminado e das incerteza nos gerenciamentos volumétricos de suas águas ao longo da bacia.

Na Espanha, o sistema de transferência de águas concebido como programa de desenvolvimento regional, trouxe vários efeitos negativos, a exemplo da destruição de milhares de hectares de vegetação nativa; o decréscimo na vazão ecológica; a profunda alteração da vegetação ribeirinha pela poluição, e destruição da fauna e flora aquática; e a extinção de espécies de peixes endêmicos na região por conta da facilitação da passagem entre bacias, pela adutora.

De imensurável gravidade foram às repercussões sociais e econômicas verificadas por conta da grande expectativa gerada na bacia receptora, provocando desenvolvimento insustentável nos setores de turismo e agricultura; como também o crescimento exponencial da demanda de água e o uso excessivo de pesticidas e fertilizantes têm degradado o solo e poluído os corpos d'água.

Após amplos debates respaldados nas experiências observadas, a Suprema Corte espanhola anulou o projeto de uma nova transposição (do rio Ebro), confirmando uma importante mudança nas políticas hídricas do país, conforme diz o Decreto Lei 11.483, de 18 de junho de 2004 que:

"(...) as transferências entre bacias somente devem ser consideradas quando se houver otimizado todos os recursos de cada bacia e, mesmo assim, quando for o caso, qualquer obra hídrica deve garantir a vazão ecológica dos rios envolvidos. (...) Adicionalmente, o princípio imprescindível de recuperação dos reais custos relacionados à transposição tornaria economicamente inviável a utilização dos recursos aportados para a irrigação e atrasaria a implementação de soluções para problemas urgentes, uma vez que existem alternativas técnicas mais recomendáveis em relação à gestão das demandas. Essas alternativas poderiam ser: a utilização de dessalinizadores; a reutilização dos recursos hídricos, que podem atender a uma demanda justificada e legítima; regularizar a super exploração e contaminação dos aquíferos; e assegurar a manutenção dos ecossistemas, garantindo um uso mais racional e sustentável dos recursos hídricos."

Projetos de transferência de águas não existem sem impactos negativos, tanto nas bacias doadoras, quanto nas receptoras. Muito ao contrário da idéia de serem uma brilhante solução para todos os males da seca, esses projetos vêm costumeiramente exagerando nos benefícios prometidos, subestimando os elevadíssimos custos das obras, desprezando a participação dos usuários e grupos de interesse no planejamento e na tomada de decisões, e, por tudo isso, tendo que pagar o ônus da falta de conhecimento ou do planejamento inadequado, alimentando a indústria da seca.

Nesse ínterim foi realizada mais uma auditoria do TCU que resultou na constatação de irregularidades graves no projeto de Transposição tendo recomendado ao Ministério da Integração Nacional que suspendesse as obras.

Destaque-se que não houve até o momento apreciação do Ministro Relator sobre a concessão de medida liminar para evitar danos irreparáveis ao meio ambiente e ao erário.

Cumpra por fim observar que no ano de 2005 o Bispo Dom Luiz Flávio Cappio, peregrino Sanfranciscano, fez uma greve de fome em Cabrobó – PE diante de tamanhas ilegalidades tendo o Governo Brasileiro em 06.10.05 se comprometido a realizar um amplo, verdadeiro e participativo diálogo sobre a Transposição, sobre a Revitalização e sobre o Desenvolvimento Sustentável do Semi-árido. Nesse sentido, foi composta uma comissão mista formada pela sociedade civil e pelo Governo Federal que definiu a realização de debates técnicos em Brasília sobre os três temas, bem como a realização de debates nas regiões do São Francisco e do Semi-Árido. Ocorreu um primeiro encontro em 06 e 07 de julho de 2006 em Brasília, com a presença de Dom Luiz Flávio Cappio, dos Secretários Executivos, e de diversos segmentos da sociedade e setores diferenciados do Governo – A abertura do Diálogo. Naquela oportunidade foi realizado debate sobre o tema do desenvolvimento sustentável do semi-árido sendo acordada a realização de outros posteriormente. Em seguida, por conta do período eleitoral, não ocorreu novo debate. Logo após foi renovado contato com a Casa Civil para garantir a continuidade do Diálogo sem sucesso. Logo após, em 21/02/07, Dom Luiz Cappio reforçou a solicitação por meio de uma segunda carta que, como resposta a Dom Luiz Cappio e a toda a população brasileira não honrando com seu compromisso de garantia da participação da sociedade, colocou o Exército desta vez de forma bastante intensiva para dar andamento às obras de transposição.

Pelo desrespeito ao acordo firmado com o Governo Federal, pela forma truculenta com que o Governo Federal e diante dos danos irreparáveis que estão ocorrendo na Bacia, Dom Luiz Cappio retomou no dia 27.11.07 a greve de fome em Sobradinho, chamando a atenção do Brasil e do Mundo para a situação de degradação e baixa do nível do São Francisco que se encontra em Sobradinho. O Governo Federal manteve a posição de não efetivar negociação. A greve teve fim no dia 18 de dezembro de 2007.

No final de dezembro próximo passado, quando o pleno do Supremo Tribunal Federal julgou o recurso do Procurador Geral da República, o qual requeria a manutenção da liminar cassada, em razão dos descumprimentos de condicionantes estabelecidas pelo Ministro Sepúlveda Pertence no ato de cassação das liminares, conforme informou o Procurador Geral da República em sua petição, ocorreu a denegação do recurso e a cassação de uma liminar concedida pelo Desembargador Federal Souza Prudente, a qual entendia que a reunião do Conselho Nacional de Recursos Hídricos que autorizou o projeto de transposição das águas do rio São Francisco violou os preceitos da lei 9.433/97.

Com a cassação de todas as liminares que estavam em vigor, o Governo Federal, mesmo com o trâmite de 14 ações no Supremo Tribunal Federal, pendentes de instrução, deu continuidade ao empreendimento, estando nesse momento na sétima autorização de lote da obra, mesmo com diversas condicionantes pendentes e vícios no licenciamento ambiental e no estudo prévio de impacto ambiental.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, conclui-se que a implementação do Projeto de Transposição do modo como vem sendo conduzido constitui grave ofensa à legalidade, à moralidade, ao princípio da eficiência, ao princípio da Participação Popular e ao princípio da precaução. Portanto, estamos diante de uma obra de tamanha dimensão, de imensuráveis impactos sócio-ambientais e violações aos direitos humanos de diversas comunidades ribeirinhas, indígenas e quilombolas, e agravando o atual cenário de degradação hoje vivenciada pela Bacia.

Por fim, diante da grave crise que enfrenta a bacia do São Francisco, com um passivo ambiental preocupante, podendo ocorrer o agravamento com a execução da obra, considerando ainda as inconsistências e vícios do estudo prévio de impacto ambiental, do licenciamento ambiental, é fundamental a realização de uma audiência pública no Supremo Tribunal Federal para esclarecimento a todos os Ministros e ao conjunto da sociedade dos pontos controvertidos do polêmico projeto de transposição das águas do rio São Francisco.

EDUARDO LIMADE MATOS

**Promotor de Justiça do Ministério Público de Sergipe
COORDENADOR DA CIP-SÃO FRANCISCO**

LUCIANA KHOURY

**Promotora de Justiça Ministério Público da Bahia
Diretor do núcleo de apoio às Promotorias do Rio São Francisco**

PONDERAÇÕES SOBRE INFRAÇÕES E SANÇÕES ADMINISTRATIVAS NO ÂMBITO DAS LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Rita Tourinho*

1 - INTRODUÇÃO

O tema “Infrações e sanções administrativas nas licitações e contratos administrativos” possui uma extrema relevância no cenário brasileiro, principalmente quando pensamos que se tem, de um lado, a Administração Pública com a salutar restrições de exigências de habilitação para licitação e, do outro, particulares ávidos para firmar contratos com entes públicos, o que leva ao oferecimento de preços inexequíveis ou assunção do certame sem qualificação técnica adequada, findando com a inadimplência do contratado e a consequente aplicação de sanções administrativas.

A apuração de infrações e aplicação de sanções administrativas pela Administração Pública ao contratado faltoso é uma das cláusulas exorbitantes do contrato administrativo, que decorre da sua posição de supremacia perante o particular contratado em prestígio ao interesse público resguardado no certame. Segundo Roberto Dromi¹, as cláusulas exorbitantes são assim chamadas porque rompem o princípio essencial da igualdade dos licitantes e a liberdade contratual que prima na contratação civil.

Sabe-se que a Administração não pode desinteressar-se pela execução do contrato administrativo. É competência que, como as demais, deve ser forçosamente exercida. O contrato não implica em renúncia desta competência, este é somente uma forma de colaboração privada no cumprimento das obrigações estatais. Dessa forma, quando o licitante ou o contratado pratica uma infração administrativa, compete à Administração Pública apurar a falta, aplicando a sanção cabível.

Uma rápida análise da Seção II, Capítulo IV, da Lei nº 8.666/93, intitulada “Das Sanções Administrativas”, leva aprofundado da matéria faz brotar uma série de questionamentos que discutiremos neste trabalho.

2 - INFRAÇÕES E SANÇÕES ADMINISTRATIVAS: EXCLUSÃO DO ROL DE NORMAS GERAIS

Sabe-se que a Carta Constitucional, no art. 22, inciso XXVII determina que compete privativamente à União legislar sobre “normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas dire-

*Promotora de Justiça no Estado da Bahia, Professora de Direito Administrativo, Mestre em Direito Público pela UFPE.

¹Dromi, Roberto. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001. p. 369.

tas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, parágrafo 1º, III”.

Assim, em 21 de junho de 1993, foi publicada a Lei nº 8.666, instituindo normas para licitações e contratos da Administração Pública. O referido diploma legal possui 126(cento e vinte seis) dispositivos. Não se pode considerar a Lei Federal de Licitações como *norma geral* na sua inteireza, pois tal entendimento colide com o princípio federativo. Ora, como o referido diploma legal não especificou quais os artigos que possuem natureza de norma geral, coube ao intérprete a missão de identificar quais aqueles que possuem tal característica e, portanto, são aplicáveis em todo território nacional, e quais os dispositivos de incidência exclusiva na esfera federal. Para tal identificação, necessita-se firmar o conceito de norma geral.

2.1. Alcance Conceitual da expressão “norma geral”

Dentre os conceitos jurídicos existem aqueles de conteúdo inequívoco, quer dizer, aqueles capazes de delimitar a realidade a qual se referem de maneira precisa, como, por exemplo, o de pessoa jurídica, de administração pública direta, de servidor público, etc. No caso concreto, a aplicação de tais conceitos se limita à pura constatação, sem que existam dúvidas a respeito do âmbito material abrangido pelos mesmos². Sobre eles, conforme afirma Afonso Rodrigues Queiró³, verifica-se uma identidade universal de pareceres ou, pelo menos, são susceptíveis dessa identidade.

Outros, no entanto, possuem uma inequívocidade difícil de ser alcançada, ou seja, têm um campo amplo de significação necessitando de uma atividade interpretativa para se obter o seu real sentido. Os limites desses conceitos não são traçados com exatidão pela lei, visto que não admitem uma quantificação ou determinação rigorosa. Porém, não obstante a indeterminação no conceito da hipótese da realidade, esta será determinada no momento da aplicação⁴. João Baptista Machado refere-se a tais conceitos como “a parte *movediça* e *absorvente* do ordenamento jurídico, enquanto servem para ajustar e fazer evoluir a lei no sentido de a levar ao encontro das mudanças e das particularidades das situações da vida”⁵. Dentre os conceitos jurídicos indeterminados temos, como exemplo, a noção de interesse público, notável saber, ordem pública e, também, *norma geral*.

²Enterria, Eduardo García de, Fernández, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I*. Madrid: Civitas, 2000. p. 457.

³Queiró, Afonso Rodrigues. *Reflexões Sobre a Teoria do Desvio de Poder em Direito Administrativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 1940. p. 27.

⁴Enterria, Eduardo García de, Fernández, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I*. Madrid: Civitas, 2000. p. 457.

⁵Machado, João Batista. *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*. Coimbra: Almedina. 1991. p. 113.

Costuma-se definir *normas gerais*, em matéria de licitações e contratos administrativos, como aquelas indispensáveis à implementação dos princípios constitucionais. Segundo Alice Gonzalez são “normas necessárias para tornar pacífica e uniforme, em todo território nacional, a integral realização dos princípios que emanam ou decorrem da Constituição Federal”⁶. Além disso, para que determinada norma tenha tal natureza, necessário se faz que não viole a autonomia dos entes federados.

Como os demais conceitos jurídicos indeterminados, no conceito de *norma geral* pode-se distinguir um núcleo conceitual positivo, um núcleo conceitual negativo e um halo conceitual. Segundo Karl English⁷, quando possuímos uma noção clara do conteúdo e extensão do conceito, estamos no campo dos núcleos conceituais. Por outro lado, onde começam as dúvidas, inicia-se o halo conceitual. Trazendo-se para uma situação prática, pense no conceito de *careca*. Podemos afirmar que alguém semelhante ao personagem Kojak, do filme policial que levava o seu nome, transmitido no final dos anos 70, está no núcleo positivo do conceito de *careca*. Por outro lado, uma pessoa semelhante ao cantor Roberto Carlos, também nos anos 70, estará no núcleo negativo do conceito de *careca*. Agora, pergunta-se: onde estariam os *calvos* no conceito de *careca*? Alguns podem considerar os *calvos* como *carecas* e outros não. Daí pode-se afirmar que os *calvos* estão no halo conceitual do conceito de *careca*.

Partindo deste exemplo, tomando o conceito de *norma geral* na Lei nº 8.666/93, pode-se afirmar que determinados dispositivos estão no núcleo positivo do conceito de *norma geral*. Assim, não há dúvida que o art. 3º da lei, que aborda os princípios administrativos nas licitações e contratos possui natureza de norma geral, pois qualquer que seja a variação do sentido dado à expressão, este sempre abraçará tal dispositivo. Por outro lado, o art. 23, que trata dos limites de valores para cada modalidade de licitação, encontra-se no núcleo negativo do conceito de norma geral, uma vez que não se pode pensar que os limites de valores apresentados no mencionado artigo têm aplicação uniforme em todo território nacional, logo não seria norma geral.

Porém há dispositivos contidos na Lei nº 8.666/93 que estariam no halo conceitual do conceito de *norma geral*. Com efeito, nesta situação estariam os dispositivos que abordam as infrações e as sanções administrativas,

⁶Gonzalez Borges, Alice Maria. *Normas Gerais de Licitação para Sociedades de Economia Mista e Empresas Públicas*. In: Temas do Direito Administrativo Atual. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2004. p. 88.

⁷English, Karl. *Introdução do Pensamento Jurídico*. Tradução de João Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983. p. 209.

estabelecidos do art. 86 ao art. 88. Assim, alguns autores, a exemplo de Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁸ e Carlos Ari Sundfeld⁹, entendem que tais artigos possuem natureza de *norma geral*. Nesse mesmo sentido é o entendimento do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Eros Roberto Grau¹⁰ que leciona que as normas definidoras de sanções e infrações, na medida em que se relacionam com princípios fundamentais da Constituição de 1988, tais como, o princípio da legalidade, da moralidade, supremacia do interesse público, contraditório e ampla defesa, podem ser caracterizadas como normas gerais. Porém, apesar dos argumentos colocados doutrinadores, somos levados a entender que tais dispositivos não possuem natureza de norma geral, podendo sofrer alterações pelos demais entes da federação na regulamentação da matéria. Nessa linha de entendimento concordamos com Hely Lopes Meirelles quando afirma que

Podem os Estados, municípios Distrito Federal e Territórios, atendidas as normas gerais de cunho nacional, elaborar suas normas específicas, como já o fizeram anteriormente, respeitando sempre os prazos mínimos de convocação, de interposição e decisão de recursos, bem como os limites máximos de valor fixados para modalidades licitatórias e não ampliando os casos de dispensa, inexigibilidade e vedação de licitação¹¹.

Assim, passamos a expor os fundamentos da nossa posição.

Um dos princípios constitucionais mais importante é, sem dúvida, o da Federação. A adoção da estrutura federativa gera inafastáveis consequências, como a margem de autonomia conferida a cada ente que compõe a Federação. Com efeito, não pode uma entidade ser dotada de competência para interferir sobre os serviços e interesses pertinentes a outro ente.

Ora, o poder deferido ao ente público de impor sanções aos seus contratados decorre do *poder disciplinar*. Maria Sylvia Zanella Di Pietro define tal poder como “aquele que cabe à Administração Pública para apurar infrações e aplicar penalidades aos servidores públicos e demais pessoas sujeitas à disciplina administrativa”¹². Trata-se de uma supremacia especial que o Estado

⁸Percebe-se ser este o entendimento da respeitável administrativista em virtude de ponderações feitas pela mesma sobre a matéria quando aduziu que “qualquer tipo de norma que afetasse, direta ou indiretamente, os interesses dos licitantes, se objeto de normas estaduais ou municipais diversas da lei federal, poderia provocar sucessivas demandas judiciais, com paralisação de procedimentos licitatórios”. Ora, como as disposições que tratam de infrações e sanções administrativas afetam diretamente os licitantes, estariam incluídas dentre aquelas com natureza de norma geral, na opinião da autoria (Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Normas Gerais. Observância por Estados e Municípios*. In Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 22.

⁹Sundfeld, Carlos Ari. *Licitação e Contrato Administrativo*. São Paulo: Malheiros. 1994. p. 29 e ss.

¹⁰Grau, Eros Roberto. *Licitação e Contrato Administrativo*. São Paulo: Malheiros: 1995. p. 11.

¹¹Meirelles, Hely Lopes. *Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Malheiros. 2006. p.45.

¹² Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas. 2006. p. 105.

exerce sobre todos aqueles que se vinculam à Administração por relações de qualquer natureza. Segundo Marcelo Caetano, o poder disciplinar tem sua origem e sua razão de ser no interesse e na necessidade de aperfeiçoamento progressivo do serviço público¹³.

É inegável que o poder disciplinar é próprio de cada ente federado. Assim, a apuração de infrações e aplicação de sanções decorre de tal poder, caberá a cada ente federativo estabelecer quais são os fatos considerados como infrações administrativas e quais as sanções que deverão ser aplicadas em tais casos. Nessa linha de entendimento, percebe-se, então, que o Capítulo que aborda as sanções administrativas na Lei nº 8.666/93 não possui natureza de norma geral. Aliás, foi esse o entendimento adotado pela Lei de Licitações e Contratos do Estado da Bahia, nº 9.433/05, que inovou no Capítulo XI ao definir infrações aplicáveis, inclusive, aos licitantes, ao não trazer no rol de sanções aplicáveis em caso de inexecução total ou parcial a advertência, expressamente prevista no art. 87, I, da Lei nº 8.666/93, bem como ao majorar o prazo máximo da sanção de suspensão temporária para cinco anos, em divergência com a lei federal que prevê o prazo máximo dessa sanção em dois anos.

3 - DA FALTA DE PREVISÃO EXPRESSA DAS INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS EM MATÉRIA DE LICITAÇÕES E CONTRATOS NA LEI Nº 8.666/93 E A CONSEQUENTE DISCRICIONARIEDADE CONFERIDA NA APLICAÇÃO DAS SANÇÕES

Críticas são lançadas à Lei nº 8.666/93 em virtude da falta de tipificação das infrações administrativas. Em verdade, a questão se coloca especificamente no caso do art. 87 da Lei quando estabelece que “a inexecução total ou parcial do contrato” poderá ensejar a aplicação de uma das sanções elencadas no referido dispositivo.

Sabe-se que o direito sancionador, da mesma forma que o direito penal, é manifestação do ordenamento jurídico punitivo do Estado. Assim, diversos são os autores que entendem aplicáveis às sanções administrativas os princípios gerais do direito penal. Nesse sentido, manifesta-se Marçal Justen Filho afirmando que “embora não seja possível confundir Direito Penal e Direito Administrativo (Repressivo), é inquestionável a proximidade dos fenômenos e institutos”¹⁴. Reportando-se ao art. 87, da Lei de Licitações, o autor aduz que

¹³ Caetano, Marcelo. *Do Poder Disciplinar*. Lisboa., 1932. p.25.

¹⁴ Justen Filho, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética. 2006. p. 615.

determina-se que a inexecução dos deveres contratuais acarreta a imposição de sanção, a qual pode consistir em advertência, multa, suspensão do direito de licitar e declaração de inidoneidade. Até se pode determinar o conceito de “inadimplemento” ou “violação a deveres contratuais”, mas é inviável discriminar os casos de cabimento de cada espécie de sanção¹⁵

Nos direitos italiano, francês, grego e espanhol aplica-se o princípio da reserva legal em matéria de infrações e sanções administrativas. Assim, os autores espanhóis Enterría e Ramon Fernández¹⁶, quando abordam os princípios de observância obrigatória no âmbito do direito administrativo sancionador, fazem referência ao princípio da legalidade, tipicidade, proporcionalidade, culpabilidade e presunção de inocência. Segundo os autores a falta da explicitação das infrações administrativas viola o princípio da segurança jurídica.

É inegável que aqueles que firmam contratos com a Administração Pública têm direito de saber quais as específicas conseqüências dos seus atos. Obviamente que a falta de previsão legal quanto à tipicidade de infrações e a correspondente sanção acaba por possibilitar decisões diferenciadas em situações similares ou, o que é pior, a atuação com desvio de poder. O certo é que não cabe a Administração apontar o que é ou o que não é ilicitude.

Obviamente que a lei poderia ter sido mais explícita, definindo o que efetivamente constitui “inexecução total ou parcial do contrato” no mencionado art. 87. Poderia ainda ter indicado a sanção cabível a cada infração determinada. Porém, tais omissões não inviabilizam a aplicação de sanções no âmbito dos contratos administrativos.

Quanto à “inexecução total ou parcial do contrato” percebe-se o seu alcance com a simples interpretação sistemática da lei. Os incisos I a VIII, do art. 78 abordam os casos de rescisão unilateral do contrato por falta contratual cometida pelo contratado. Ora, ocorrendo uma das situações previstas em tais dispositivos, estar-se-á diante da hipótese de inexecução do contrato, podendo levar a aplicação de uma das sanções previstas no art. 87, da Lei de Licitações. Este entendimento é corroborado pela opinião exposta por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello para quem “o direito disciplinar não exige a definição específica, taxativa, da falta administrativa, o enfoque da sua tipicidade: basta a previsão genérica”¹⁷. Nesta linha de entendimento também se manifesta Fábio

¹⁵Justen Filho, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética. 2006. p.616.

¹⁶Enterría, Eduardo García de, Fernández, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I*. Madrid: Civitas, 2000. p. 176.

¹⁷Bandeira de Mello, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1979, v.2. p. 141.

Medina Osório, ao afirmar que o tipo sancionador deve possuir um grau mínimo de certeza e previsibilidade¹⁸.

Para uma maior garantia do princípio da segurança jurídica poderá a Administração Pública, através de ato regulamentar ou mesmo no edital de licitação, delimitar de forma mais precisa os pressupostos do sancionamento, evitando-se a prática de arbitrariedades.

No que concerne à discricionariedade conferida à Administração Pública na escolha da sanção a ser imposta ao contratado inadimplente, não concordamos com o posicionamento exposto por Marçal Justen Filho, segundo o qual “a Lei não pode remeter à Administração a faculdade de escolher quando e como aplicar cada sanção prevista no art. 87, pois isso ofenderia o princípio da legalidade”¹⁹.

A discricionariedade, segundo assevera Eros Roberto Grau²⁰, não constitui um poder titulado pela administração, mas sim um modo de atuar ao dar cumprimento ao dever-poder de gerir a *res publica*. Ela decorre da própria lei. Desta forma, não se pode confundir arbitrariedade e discricionariedade. Em verdade são conceitos antagônicos.

Enterría e Ramón Fernández²¹ trazem uma distinção jurisprudencial entre discricionariedade legítima e arbitrariedade proibida. Com efeito, a discricionariedade deve estar encoberta por motivação suficiente, discutível ou não, porém em todo caso, considerável. Já a arbitrariedade não traz motivação ou esta é eivada de contradições, revelando inautenticidade.

Ademais, é inegável o controle da discricionariedade através dos princípios administrativos. Conforme leciona Germana de Oliveira Moraes são limitações jurídicas ao exercício da discricionariedade os princípios gerais do Direito, especialmente os princípios constitucionais da Administração Pública consagrados explícita ou implicitamente na Constituição e a proteção constitucional aos direitos fundamentais²².

Assim, a atuação discricionária deve atentar aos princípios administrativos, sob pena de sujeitar-se ao controle do Poder Judiciário. Acrescente-se que o controle principiológico da discricionariedade pelo judiciário não consiste na substituição pelo juiz do critério adotado pela Administração por seu

¹⁸Medina Osório, Fábio. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.p. 271.

¹⁹Justen Filho, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética. 2006. p.619.

²⁰Grau, Eros Roberto. Poder Discricionário. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 93, p. 41, jan/mar. 1990.

²¹Enterría, Eduardo García de, Fernández, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I*. Madri: Civitas, 2000. p. 477.

²²Moraes, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 2004. p. 165.

próprio e subjetivo critério. De acordo com Enterría e Ramón Fernández²³, se assim fosse, tudo se reduziria a substituir uma discricionariedade (a administrativa) por outra (a judicial), sem avançar um só passo no problema. Em verdade, trata-se de penetrar na decisão ajuizada até encontrar uma explicação objetiva.

Conforme preceitua Juarez Freitas o controle exercido pelo judiciário será o de “administrador negativo”, em comparação com o “legislador negativo”, exercido pelo Poder Legislativo no controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos. Aduz, então, que o judiciário não pode dizer “substitutiva e positivamente” como o administrador deveria ter agido, deve emitir juízo principiológico e finalístico de como não deveria ter agido, “ao emitir juízos guiados por aquela discricção sempre vinculada aos princípios superiores da Administração Pública”²⁴.

Ora, quando a Lei nº 8.666/93 transferiu à Administração Pública a possibilidade de escolher a sanção a ser aplicada no caso de inexecução total ou parcial do contrato, o fez na certeza de que a situação fática deveria ser considerada nessa escolha. Por outro lado, tal escolha deverá atender ao princípio da proporcionalidade. De acordo com Juarez Freitas, o princípio da proporcionalidade significa “que o Estado não deve agir com demasia, tampouco de modo insuficiente na consecução dos seus objetivos”²⁵. Desta forma, a sanção a ser aplicada em virtude da falta contratual cometida pelo contratado não deverá ser a mais severa, caso a infração seja de menor gravidade, nem tampouco muito branda, caso a falta cometida traga graves consequências ao ente administrativo contratante. Caso ocorra um desses vícios, caberá a intervenção do Judiciário, manifestando-se pela inadequação da sanção aplicada.

Critica-se, ainda, a Lei Federal nº 8.666/93 por não ter previsto ilícitos administrativos praticados por licitantes. Em verdade, trouxe no art. 81 da Lei, a sanção de multa aplicável ao licitante adjudicatário que se recusa a assinar, injustificadamente, o contrato administrativo. Ocorre que, muitas vezes, os licitantes são responsáveis pela prática de atos que frustram o caráter competitivo ou a licitude do processo licitatório. Assim, é bastante comum ajustes firmados no sentido de direcionar a licitação para pessoa determinada, desistência de licitar em virtude de vantagens oferecidas, cometimento de fraudes fiscais, dentre diversas outras práticas ilícitas.

O projeto da nova Lei Federal de Licitações e Contratos²⁶, que em breve deverá entrar em discussão no Congresso Nacional, provavelmente atentar

²³Enterría, Eduardo García e Fernández, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I*. Madri: Civitas, 2000. p. 474.

²⁴Freitas, Juarez. Os Atos Administrativos de Discricionariedade Vinculada a Princípios. *Estudos de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 144.

²⁵Freitas, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 56.

²⁶Em tramitação no Ministério de Planejamento.

para tais falhas. Porém, como se adota neste trabalho o posicionamento segundo o qual as normas que abordam infrações e sanções administrativas não possuem natureza de norma geral, podem os demais entes federados explicitar, de forma mais detalhada, as infrações administrativas perpetradas no âmbito das licitações e contratos administrativos, bem como as sanções aplicáveis em cada caso²⁷.

4 - DAS SANÇÕES PREVISTAS NA LEI nº 8.666/93: PONDERAÇÕES PERTINENTES

Dentre as sanções administrativas previstas na Lei nº 8.666/93 temos: a advertência, a multa, suspensão temporária e declaração de inidoneidade. Passaremos a abordar cada uma delas, com algumas observações cabíveis.

4.1. Advertência

É certo que esta sanção, prevista no inciso I, do art. 87, da Lei nº 8.666/93, tem um efeito maior de natureza moral.

Em diversos estatutos administrativos tem-se a figura da advertência como sanção. Anteriormente, havia previsão de advertência escrita ou verbal, no entanto os diplomas estatutários não mais consagram a advertência verbal, o que foi lamentado por Themístocles Cavalcanti²⁸, dentre outros autores, que entendia tal sanção compatível aos casos de negligência e faltas levíssimas. No entanto, sendo verbal e não indo para os assentos funcionais dos servidores ou para os registros cadastrais, quando aplicadas a contratados, entenderam, os legisladores, desnecessária sua inclusão expressa entre as penalidades oficialmente reconhecidas, o que não significa que não seja oficialmente utilizada.

Por tal razão, a penalidade mais branda passou a ser, nos estatutos administrativos, a advertência escrita. Quanto a sua aplicação nos casos de inexecução do contrato, além do aspecto moral, fala-se na possibilidade de aplicação de sanção mais grave, em caso de reincidência.

A Lei de Licitações e Contratos do Estado da Bahia, nº 9.433/05 não trouxe a advertência dentre as sanções previstas no art. 186, aplicáveis à inexecução total ou parcial do contrato, porém o art. 193 fala da “advertência verbal” feita pelo presidente da comissão ao licitante que perturbe o bom andamento da sessão. Esta advertência funciona como mera comunicação de insatisfação,

²⁷A Lei de Licitações e Contratos do Estado da Bahia, Lei nº 9.433/05, no Capítulo XI tratou das infrações e sanções administrativas, trazendo nos artigos 184 e 185 condutas tipificadas como ilícitos administrativos.

²⁸Brandão Cavalcanti, Themístocles. *Direito e Processo Disciplinar*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas. 1966. p. 152.

incapaz de produzir qualquer efeito, uma vez que não poderá ser averbada no Registro Cadastral do licitante advertido.

4.2 Da Multa

A multa é definida por Sasha Calmon como “a prestação pecuniária compulsória instituída em lei ou contrato em favor de particular ou do Estado tendo por causa a prática de um ilícito (descumprimento de dever legal ou contratual)”²⁹.

A multa civil consiste em sanção pecuniária que atinge o transgressor de uma norma, podendo ter caráter coercitivo ou de reparação civil. No primeiro caso, visa intimidar o infrator para que não mais desobedeça a normas legais. No segundo caso, pretende a composição patrimonial de prejuízos³⁰.

Prevista como sanção na Lei nº 8.666/93 possui caráter coercitivo. Trata-se de sua aplicação quando do atraso injustificado na execução do contrato, no art. 86, podendo, também, incidir nos casos de inexecução total ou parcial do contrato, com previsão no inciso II, do art. 87.

Segundo Jessé Torres Pereira Júnior³¹, no caso do art. 86, a multa possui natureza moratória, ou seja, vinculada ao atraso no cumprimento de obrigação. Já na hipótese do art. 87, a multa possuiria natureza penal, uma vez que aplicável quando do inadimplemento do contratado.

Conforme dispõe o art. 86, *caput*, o valor da multa deve estar previsto no instrumento convocatório ou no contrato, constando, inclusive, o percentual a ser aplicado. Assim, a falta de tal previsão impede a aplicação da multa. Desta forma, deve-se atentar para os casos de substituição do contrato por outro instrumento, como permite o art. 62, da Lei nº 8.666/93. Como exemplo, não seria razoável que uma contratação de prestação de serviço através de licitação na modalidade convite seja pactuada através de nota de empenho, na qual não se disponha de campo para anotação da sanção de multa aplicável, com seus parâmetros, ao contratado faltoso.

A multa pode ser aplicada juntamente com outras sanções, conforme autoriza o parágrafo 1º, do art. 87, da Lei nº 8.666/93. Ademais, nada impede que a mesma seja aplicada, mantendo-se o vínculo contratual com o contratado faltoso.

O parágrafo 2º, do art. 86, da lei, por sua vez, determina que a multa, aplicada após regular processo administrativo, seja descontada do valor da garantia prestada pelo contratado³². Já o parágrafo 3º dispõe que a multa pode-

²⁹Coelho, Sacha Calmon Navarro. *Teoria e Prática das Multas Tributárias*. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 41.

³⁰Oliveira, Regis Fernandes de. *Infrações e Sanções Administrativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 86.

³¹Pereira Júnior, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Licitações e Contratos da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 86.

³² Vide art. 56, da Lei nº 8.666/93.

rá ser descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ao contratado, caso o seu valor seja superior ao da garantia prestada, cabendo, ainda, cobrança judicial.

Nesse diapasão, cumpre abordar decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União, segundo a qual o critério de hermenêutica mais consentâneo com os princípios que regem a Administração Pública impõe concluir pelo não imediatismo da dedução da multa do valor da garantia, caso a sua aplicação não tenha sido acompanhada da rescisão do contrato. Assim, nessa situação, a multa deverá ser inicialmente descontada dos créditos do contratado, depois deve-se buscar a cobrança judicial para só então descontar o valor da multa da garantia. Traz como fundamento para esse caminho a situação de vulnerabilidade para Administração durante parte do período de implementação do contrato, que ficaria desprovido de garantia. Desta forma, conclui que o valor da garantia deve permanecer íntegro durante toda a execução do contrato³³.

4.3 Da Suspensão Temporária e da Declaração de Inidoneidade

O art. 87, da Lei nº 8.666/93 traz ainda como sanções aplicadas ao contratado a suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração e a declaração de inidoneidade, respectivamente nos incisos III e IV, do mencionado artigo. Tais sanções também podem ser aplicadas nas hipóteses do art. 88 da Lei. O conteúdo da restrição de direitos delas resultante para o punido é idêntico, qual seja, impossibilidade de se habilitar em licitação e contratar com a Administração Pública. Assim, quais seriam as diferenças existentes entre tais sanções?

Inicialmente, poder-se-ia falar na diferença de prazos entre essas medidas punitivas. Quanto à sanção de suspensão temporária, a lei federal apresenta o prazo máximo de dois anos. Desta forma, o prazo da sanção deve estar determinado no ato sancionador, não podendo ultrapassar dois anos.

No que concerne à sanção de declaração de inidoneidade, esta teria um prazo indeterminado, sendo o mínimo de dois anos – prazo máximo da sanção de suspensão temporária - cessando seus efeitos com a extinção dos motivos determinantes da punição e com o ressarcimento dos danos eventualmente causados à Administração. Ora, possuindo prazo indeterminado, a extinção desta sanção depende da reabilitação do infrator, prevista no parágrafo 3º do art. 87, decretada por ato administrativo, praticado pela mesma autoridade que aplicou a sanção. Obviamente a reabilitação não se aplica no caso da sanção de suspensão temporária pelo fato desta ser aplicada com prazo certo.

³³TCU. Processo nº 012.916/1999-4. Decisão nº 621/2001-Plenário.

Ainda o parágrafo 3º, do art. 87 da Lei, determina que a competência para aplicação da sanção de declaração de inidoneidade é “exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal”. Tal determinação, ao nosso ver, fere o princípio federativo, uma vez que estabelece matéria de competência administrativa que caberia a cada ente federado legislar³⁴. Ademais, cabendo aos Ministros e Secretários a aplicação desta sanção, questiona-se como se daria a sua aplicação no âmbito da Administração Indireta.

Sabe-se que os entes da Administração Indireta possuem autonomia financeira e administrativa, inexistindo relação de subordinação em face da Administração Direta. Logo, ocorrendo a prática de infração administrativa pelo contratado, no âmbito da Administração Indireta, caberá ao ente lesado a apuração da falta com a conseqüente aplicação da sanção cabível. Assim, diante da competência estabelecida no parágrafo antes referido, questiona-se a viabilidade da aplicação da sanção de declaração de inidoneidade na Administração Indireta e, em caso afirmativo, a quem caberia a aplicação da sanção. A nível federal, pensamos que, caso a autoridade máxima do ente descentralizado entenda cabível a aplicação da sanção de declaração de inidoneidade no caso concreto, deverá remeter o processo para o órgão da Administração Direta, com o qual possui relação de vinculação, para que a sanção seja devidamente imposta. Quanto aos Estados e Municípios nada impede que legislem sobre a matéria, como fez o Estado da Bahia, ao estabelecer no art. 197, da Lei nº 9.433/05, que “a declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública é da competência do Chefe do respectivo Poder ou de quem dele receber delegação”.

Ainda como diferença entre as sanções de suspensão temporária e declaração de inidoneidade, fala-se no campo de abrangência. Com efeito, o inciso III, do art. 87 da Lei de Licitações, ao tratar da sanção de suspensão temporária fala que a mesma produz efeitos no âmbito da “Administração”. Já o inciso IV, ao se referir à sanção de declaração de inidoneidade, refere-se a sua aplicação na esfera da “Administração Pública”.

Os incisos XI e XII, do art. 6º da Lei, por sua vez, definem, respectivamente, “Administração Pública” e “Administração”. Segundo o inciso XI, do mencionado artigo, Administração Pública é “a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas”. De acordo com a redação do inciso XII, do mesmo artigo, Administração é “órgão, entida-

³⁴Este também é o posicionamento expressado por Toshio Mukai (*Pena de Suspensão do Direito de Participar de Licitação, Imposta pelo Estado. In Teoria e Prática das Licitações e Contratos. BLC _ Boletim de Licitações e Contratos. Dez/2004. p.569*).

de ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente”. Tal redação levou alguns intérpretes a entenderem que a aplicação da sanção de suspensão temporária somente produz efeitos no âmbito do órgão pelo qual a administração opera, enquanto que a declaração de inidoneidade repercute em toda federação. Pensamos que este entendimento é desprovido de qualquer razoabilidade.

No que concerne à sanção de suspensão temporária, a interpretação sistemática do art. 87, III com o art. 6º, XII, leva a absurda situação em que a aplicação desta sanção ao contratado no âmbito do Ministério da Saúde, por exemplo, não gera qualquer reflexo para tal infrator nas licitações e contratos ocorridos nos demais órgãos da Administração Pública Federal. Ora, sabe-se que a desconcentração é um fenômeno existente para otimização do exercício das competências administrativas. Tanto assim, que os órgãos que compõem a Administração Direta são desprovidos de personalidade jurídica. Com efeito, pode-se comparar a estrutura da Administração Pública Direta com o corpo humano. Assim, a Administração Direta seria o corpo e as unidades pelas quais atua seriam os órgãos que compõem este corpo. Um órgão sozinho não tem qualquer razão de ser, pois existe em função do conjunto. Indo mais adiante, comparando o contratado infrator com uma célula cancerígena, questionamos como pode a mesma ser considerada maléfica a um órgão e admitida a sua permanência na estrutura de outro órgão? Desta forma, pensamos que aplicada a sanção de suspensão temporária ao contratado em virtude de falta contratual perpetrada na estrutura de um Ministério, a nível federal, ou Secretaria, na esfera estadual ou municipal, os efeitos desta sanção deverá repercutir no âmbito de toda a Administração Direta³⁵. Aplicada na Administração Indireta, não produzirá efeitos na Administração Direta, em razão da sua autonomia administrativa.

Já no caso da sanção de declaração de inidoneidade, a interpretação do art. 87, IV, combinado com o art. 6º, X, da Lei nº 8.666/93, leva a conclusão que a declaração de inidoneidade produz efeitos em relação a todos os entes estatais do país. Este posicionamento não se sustenta por algumas razões.

Primeiro, conforme já abordado, a Lei nº 8.666/93 trouxe a sanção de declaração de inidoneidade nos artigos 87 e 88. Nos dois casos há clara discri-

³⁵ Este posicionamento também já foi externado pelo Superior Tribunal de Justiça que, de forma mais extensiva, entende que os efeitos da sanção de suspensão temporária incidem na Administração direta e indireta. Senão vejamos: “ADMINISTRAÇÃO. SUSPENSÃO DE PARTICIPAÇÃO EM LICITAÇÕES. MANDADO DE SEGURANÇA. ENTES OU ÓRGÃOS DIVERSOS. EXTENSÃO DA PUNIÇÃO PARA TODA A ADMINISTRAÇÃO. 1- A punição prevista no inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666/93 não produz efeitos somente em relação ao órgão ou ente federado que determinou a punição, mas a toda a Administração Pública, pois, caso contrário, permitir-se-ia que empresa suspensa contratasse novamente durante o período da suspensão, tirando desta a eficácia necessária. 2. Recurso especial provido. (STJ. Recurso Especial nº 174274/SP. Rel. Min. Castro Meira. T2, Data de Julgamento 19/10/2004. DJ 22.11.2004)

cionariedade conferida à Administração Pública na sua aplicação. Além disso, a possibilidade de aplicar sanção administrativa ao contratado decorre do poder disciplinar, próprio de cada ente federado. Desta forma, considerar-se a produção dos efeitos da referida sanção a todas as esferas da Administração Pública, será o mesmo que impor o exercício de uma competência discricionária de um ente federado a outro.

A situação se agrava caso se admita que as sanções aplicáveis aos licitantes e contratados não possuem natureza de norma geral. Nesta hipótese, pode ocorrer a esdrúxula situação de um ente federado ter que acatar a sanção de declaração de inidoneidade, aplicada no âmbito de outro ente, mesmo que a infração que tenha levado à imposição da medida punitiva, na sua lei específica sobre licitações e contratos, seja punida com outra sanção, como, por exemplo, a suspensão temporária. É evidente que a adoção deste posicionamento viola frontalmente o princípio da autonomia federativa, contido nos artigos 1º e 18 da Constituição Federal, razão pela qual não pode ser acatado³⁶.

Segundo, existe evidente inviabilidade prática daquele entendimento. Não há um sistema integrado de informações entre os milhares de entes federados que formam a nossa federação, capaz de permitir que todos eles sejam informados da sanção de declaração de inidoneidade, porventura aplicada na esfera de um deles. Desta forma, não se alcançaria a eficácia social da sanção, podendo, ainda, ocorrer situações inconvenientes, como, por exemplo, determinado Município somente ser informado da aplicação da sanção de declaração de inidoneidade por outro ente a certa empresa por ele contratada, quando já em execução o contrato.

Outra questão que merece destaque na abordagem das sanções de suspensão temporária e declaração de inidoneidade é a dificuldade da operacionalização prática das mesmas por fraudes cometidas pelas empresas sancionadas. Muitas vezes, após imposição da medida punitiva, as empresas criam uma nova em substituição àquelas suspensas ou declaradas inidôneas, para continuar contratando com a Administração Pública. Nesse sentido, decidiu o STJ que a constituição de nova sociedade, com o mesmo objeto social, com os mesmos sócios e com o mesmo endereço, em substituição a outra declarada inidônea para licitar com a Administração Pública Estadual, com o objetivo de burlar a aplicação da sanção administrativa, constitui abuso de forma e fraude à Lei de Licitações nº 8.666/93, de modo a possibilitar a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica para estenderem-se os efeitos da sanção administrativa à nova sociedade³⁷. Atenta a esta fraude, a Lei e Licita-

³⁶Este também é o posicionamento expresso por Marcos Juruena Villela Souto (*Direito Administrativo Contratual*. Belo Horizonte: Lúmen Júris. 2004. p. 355.

³⁷ STJ. ROMS nº 15.166/Ba. DJU 08 set. 2003. p. 00262. In Fernandes Jacoby, Jorge Ulisses. *Vade-Mécum de Licitações e Contratos*. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2004. p. 734.

ções e Contratos do Estado da Bahia, nº 9.433/05, determina no art 200 que “fica impedida de participar de licitação e de contratar com a Administração Pública a pessoa jurídica constituída por membros de sociedade que, em data anterior à sua criação, haja sofrido penalidade de suspensão do direito de licitar e contratar com a Administração ou tenha sido declarada inidônea para licitar e contratar e que tenha objeto similar ao da empresa punida”.

Assim, pensamos viável a adoção da teoria da desconsideração da personalidade jurídica toda vez que ficar evidente a fraude na criação de sociedade, constituída com o claro propósito de burlar a lei. Afinal deverá sempre prevalecer a garantia ao princípio da moralidade administrativa e indisponibilidade do interesse público.

5 - CONCLUSÃO

Apesar da expectativa existente frente ao novo projeto de Lei Federal de Licitações e Contratos, que venha atender aos anseios de uma sociedade pautada nos princípios administrativos, toda dedicação será em vão se não contarmos com a modificação do comportamento das pessoas envolvidas nos processos licitatórios e nas execuções de contratos administrativos. Assim não interessa um sistema normativo sofisticado, sem um sistema de controle eficiente. É preciso atenção às pessoas envolvidas nesses processos administrativos. Steven L. Schooner³⁸, em palestra proferida no IV Fórum Global de Combate à Corrupção³⁹, afirmou que são características essenciais às pessoas envolvidas no processo licitatório a educação, a experiência e a independência. Segundo Schooner, os licitantes têm que ter certeza do comportamento probó dos futuros contratantes, pois a discriminação leva a corrupção. Com efeito, caso uma determinada empresa saiba que uma outra foi irregularmente beneficiada em uma licitação, ao participar de outro processo licitatório fará tudo para obter a mesma vantagem.

Conclui-se, então, que todo debate sobre infrações e sanções no âmbito das licitações e contratos administrativos não passará de retórica jurídica caso o Poder Público, através de seus agentes, mantenha uma postura omissa ou propositalmente direcionada a atender interesses de determinadas classes econômicas e políticas.

À sociedade cabe, em todo esse processo, cobrar dos órgãos de fiscalização uma ação efetiva, no sentido de apurar as fraudes praticadas nas esferas das licitações e contratos administrativos e divulgar as medidas adotadas no sentido de afastar tais práticas condenáveis, fazendo brotar no fundo do túnel uma luz de esperança na construção de um Brasil mais digno.

³⁸Professor Associado e Co-Diretor do Programa Jurídico de Licitações Públicas da Universidade de George Washington – EUA.

³⁹ Brasília – junho/2005.

PRISÃO CIVIL COMO MEDIDA COERCITIVA INOMINADA: CONSTITUCIONALIDADE E CABIMENTO DO INSTITUTO PREVISTO NO ART. 461, §5, DO CPC

Allana Rachel Monteiro Batista Soares Costa*

Sumário: 1. INTRODUÇÃO. 2. DA CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO CIVIL DECRETADA NOS TERMOS DO ART. 461, §5, CPC. 3. DA UTILIZAÇÃO DA PRISÃO CIVIL COMO MEDIDA ATÍPICA: ORIGEM E CABIMENTO. 4. DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. 5. DA APLICAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE NA COLISÃO ENTRE BENS JURÍDICOS PROTEGIDOS CONSTITUCIONALMENTE. 6. DO PRAZO E PROCEDIMENTO A SER ADOTADO. 7. CONCLUSÃO 8. BIBLIOGRAFIA

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo trata da possibilidade de utilização da prisão civil como medida atípica prevista no art. 461, §5º do Código de Processo Civil para garantir o cumprimento de obrigações de fazer, não fazer e dar coisa diversa de quantia, notadamente, quando se tratar de efetivação de direitos fundamentais.

Para tanto, será demonstrado que tal mecanismo não ofende a Constituição Federal. Ao contrário, a possibilidade de seu manejo visa garantir a efetivação de interesses difusos e coletivos protegidos pela própria Carta Magna, a exemplo do direito fundamental de todos em usufruir de um meio ambiente saudável, do direito à própria vida, além de outros, o que deve ser aferido em cada caso concreto, aplicando-se o Princípio da Proporcionalidade entre os bens jurídicos envolvidos.

2. DA CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO CIVIL DECRETADA NOS TERMOS DO ART. 461, §5, CPC

As medidas coercitivas nominadas e inominadas com previsão no art. 461, §5 do CPC foram instituídas visando garantir a efetivação da tutela específica ou do seu resultado prático equivalente.

No cotidiano forense, é comum a utilização da multa como meio coercitivo a fim de que o devedor cumpra a obrigação que lhe foi imposta. No entanto, tal forma de pressão nem sempre se revela a mais eficiente para a obtenção do resultado pretendido: obrigação de fazer e não fazer, já que, em algumas situa-

*Promotora de Justiça do Estado de Sergipe. Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. Exerceu os cargos de Defensora Pública do Estado de Sergipe, servidora do Tribunal Regional do Trabalho da 20ª Região e do Tribunal de Justiça de Sergipe, após aprovação em concurso público.

ções, o prejuízo patrimonial com a multa pode ser mais atraente do que o cumprimento da obrigação, além do fato da possibilidade de repasse da mesma para o consumidor final – em casos de relação consumerista, por exemplo.

Atento a isto, é que o legislador ordinário acrescentou o §5 ao art. 461 do CPC como norma de encerramento, já que trouxe de forma expressa algumas medidas a serem tomadas pelo magistrado em face do réu com o fim de obrigá-lo ao cumprimento da tutela específica, além de possibilitar-lhe a adoção de outras que se revelem necessárias para garantir o cumprimento da obrigação, o que pode ser facilmente constatado através da expressão “tais como” utilizada no texto, concluindo-se, tratar-se, pois, de rol meramente exemplificativo, valendo registrar que acerca disto não diverge a doutrina e jurisprudência pátria pela clareza solar do dispositivo legal.

No entanto, apesar de pacífico o entendimento acerca da utilização de outras medidas para forçar o devedor ao adimplemento da obrigação, há bastante divergência na doutrina quanto à possibilidade de decretação da prisão civil como pressão psicológica, visando compelir o réu o cumprimento do fazer, não fazer ou entregar coisa distinta de dinheiro e os que defendem a sua impossibilidade, valem-se de regra constitucional impeditiva, ao afirmarem que tal forma de prisão é vedada pelo art. 5º, inciso LXVII da Constituição Federal.

O mencionado dispositivo constitucional preceitua que “*não haverá prisão civil por dívidas, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel*”; Uma leitura rápida e desatenta da mencionada norma, ensinaria a vedação de qualquer prisão civil, com ressalva das duas únicas exceções expressamente previstas. No entanto, necessário se faz uma interpretação mais profunda para verificar o real sentido do termo “dívida” no seu texto.

Com bastante propriedade, Marcelo Lima Guerra¹ nos ensina que a referida interpretação não pode ser buscada “*no plano meramente semântico*”. Para o referido autor, a palavra dívida pode ser considerada em sentido estrito, como obrigação pecuniária (pagar dinheiro) – hipótese em que não se exclui a possibilidade de prisão civil como meio coercitivo para cumprimento do fazer, não fazer e dar coisa diversa de quantia, ou em sentido amplo, como obrigação civil – hipótese em que há vedação total ao cabimento da prisão em estudo, a não ser nas situações excepcionadas no próprio dispositivo constitucional.

Embora o sentido amplo, à primeira vista, seja mais fácil de ser defendido por uma leitura simplista e pelo fato de ver repudiada a prisão que tanto é temida por seu caráter de violência à liberdade, entendo que a expressão dívida no referido texto constitucional deve ser interpretada restritivamente, pois é

¹GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos Fundamentais e a Proteção do Credor na Execução Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 135.

empregada para se referir a débito, tanto que como bem observa Pontes de Miranda², o referido dispositivo foi originado do art. 153, §17 da Constituição Federal de 1967, que com redação bastante parecida com o texto atual, preceituava que *"não haverá prisão civil por dívida, multa ou custas, salvo o caso do depositário infiel ou do responsável pelo inadimplemento de obrigação alimentar, na forma da lei"*, numa clara demonstração de que a palavra dívida ao lado de multa e custa tem caráter de quantia, dinheiro, não vedando pois a nossa Carta Magna o cabimento da prisão civil por descumprimento de obrigação determinada em decisão judicial como meio coercitivo.

Convém registrar que adotando-se a teoria restritiva da palavra dívida, confere-se uma interpretação mais coerente da própria Constituição, pois não se veda a utilização do meio coercitivo da prisão civil na proteção de direitos fundamentais – notadamente, difusos e coletivos que, numa análise de caso concreto, se revele mais importante do que a proteção da liberdade de um só recalcitrante em cumprir ordem judicial.

Com efeito, num conflito de bens jurídicos a serem protegidos, deve-se analisá-los no caso concreto e, não de forma abstrata, para, assim, verificar qual o direito fundamental prevalecerá, podendo o caso específico (como veremos mais adiante) exigir a realização do direito fundamental à tutela efetiva (art. 5º, XXXV, CF) em sacrifício ao direito de liberdade individual, já que este não pode estar, ao menos no plano abstrato (sem análise do caso concreto), acima de outros direitos fundamentais igualmente protegidos na Constituição Federal.

Diante de tais considerações, é que se conclui ser reconhecida pela nossa Carta Magna a possibilidade de prisão civil como medida coercitiva, quando necessária para cumprimento de ordem judicial que determine o cumprimento de direitos fundamentais (obrigações não patrimoniais), pois o que é vedado pelo Texto Constitucional é a prisão civil decretada por dívida – no sentido pecuniário.

3. DA UTILIZAÇÃO DA PRISÃO CIVIL COMO MEDIDA ATÍPICA: ORIGEM E CABIMENTO

Importa identificar que o instituto da prisão civil como meio coercitivo destinado a pressionar psicologicamente o devedor ao cumprimento da obrigação não pecuniária tem origem no direito anglo-saxão com a figura do *contempt of Court* que significa desacato, desprezo ao Tribunal e, para afastar tal desrespeito, era imposta a prisão civil até que o infrator cumprisse a ordem da Corte. Assim, utilizava-se da restrição da liberdade individual como medida coerciti-

² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários à Constituição de 1967. São Paulo: RT, 1968, tomo V, p.253

va, visando a execução de uma ordem judicial e a manutenção da autoridade de tais decisões naqueles países.

No direito brasileiro, verifica-se a influência do *contempt of Court*, primeiramente no art. 84 do Código de Defesa do Consumidor e, após, no art. 461 do Código de Processo Civil, em que se constata a possibilidade de utilização de meios que exerçam pressão psicológica no devedor a fim que o mesmo cumpra a obrigação não pecuniária contida na ordem judicial.

Um desses meios é justamente a decretação da prisão civil do recalcitrante a fim de tornar eficaz decisão do Judiciário que garanta o direito fundamental à tutela efetiva, pois extremamente inútil é conferir àquele Órgão o poder de decidir e negar-lhe a adoção de medidas para fazer valer a autoridade de suas decisões, pois o mesmo não estará cumprindo o mandamento constitucional previsto no art. 5º, inciso XXXV, CF, razão pela qual foi conferido ao juiz, no §5 do art. 461 do CPC amplos poderes para determinar o meio mais idôneo de atingir a efetividade da sua ordem.

Com efeito, as medidas atípicas permitidas pelo mencionado dispositivo legal foram previstas para dotar a atividade judicial de meios adaptáveis às diversas situações de fato a serem apreciadas pelo Estado-juiz, servindo como instrumento de efetividade do processo, numa estreita ligação com a garantia fundamental do autor à tutela efetiva protegida através do art. 5º, inciso XXXV, da CF.

Foi com a inserção dos arts. 84 do CDC e, posteriormente, do §5 do art. 461 do CPC, que o legislador introduziu no nosso ordenamento jurídico instrumentos especiais para garantir o cumprimento das obrigações de fazer e, conseqüentemente, conferir a quem tem direito a efetivação da tutela específica ou o resultado prático equivalente

A escolha do meio coercitivo mais eficaz será feito através de um juízo de discricionariedade do julgador, visando sempre a efetivação da tutela pretendida e, para tanto, não estará adstrito à medida atípica requerida pelo autor, se verificar que para o cumprimento da sua decisão medida diversa revelar-se-ia mais apropriada – interpretação que se extrai do próprio texto ao preceituar que tais medidas podem ser determinadas de ofício pelo juiz.

Registre-se que a discricionariedade conferida ao magistrado na referida escolha (por medidas nominadas ou inominadas) não pode, jamais, ser confundida com arbitrariedade, pois o próprio texto do dispositivo legal determina a adoção de meios necessários e, portanto, também adequados para a obtenção da tutela específica, o que será aferido pela análise do caso concreto.

Assim, demonstrada a constitucionalidade da decretação da prisão civil para a proteção de direitos não patrimoniais, a sua origem e a sua previsão como medida inominada através do art.461, §5 do CPC, resta analisar as hipóteses de sua aplicação.

De logo, registro que o meio de pressão a ser utilizado será determinado de acordo com o direito material envolvido, pois este é quem vai indicar qual a medida coercitiva processual mais adequada para lhe conferir proteção.

Nessa linha de raciocínio, entendo plenamente cabível a decretação da prisão civil como medida inominada autorizada pelo art. 461, § 5, do CPC, para garantia de direitos que reclamam, mais do que a liberdade individual, uma efetiva proteção, pois, muitas vezes, existirão situações em que apenas tal medida servirá para desestimular o recalcitrante no descumprimento de decisões judiciais protetoras de direitos fundamentais, dando-se, assim, cumprimento à garantia constitucional insculpida no art. 5º, inciso XXXV, da CF.

Todavia, para a utilização da prisão civil nos moldes ora propostos, deve o magistrado orientar-se pelo princípio da proporcionalidade e ponderar os bens jurídicos envolvidos, a fim de cumprir o mandamento constitucional da tutela efetiva.

4. DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A proporcionalidade, segundo Luiz Guilherme Marinoni³, é “*a regra hermenêutica adequada para o controle do poder do juiz diante do caso concreto*”. Na aplicação de tal princípio deve-se ter como norte três aspectos: adequação, exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito⁴.

Pela adequação, busca-se uma conciliação entre o método empregado e os objetivos a serem atingidos.

Já a exigibilidade, reclama a análise dos meios a serem utilizados, visando a adoção de um que enseje menos prejuízo.

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito exige do intérprete a realização de um equilíbrio entre os direitos fundamentais em confronto, colocando-os numa balança para a efetiva ponderação.

Esses três critérios que norteiam o princípio da proporcionalidade auxiliam na solução dos conflitos entre direitos fundamentais.

No caso em estudo, estamos diante de um confronto entre o direito fundamental da liberdade e da prestação da tutela jurisdicional efetiva que será abordado no próximo tópico. Antes, porém, preciso registrar que há uma tendência generalizada de repúdio à decretação da prisão civil como meio coerciti-

³ MARINONI, Luiz Guilherme. As novas sentenças e os novos poderes do juiz para a prestação da tutela jurisdicional efetiva. Disponível em www.jus.com.br.

⁴ GUERRA, Marcelo Lima. Prisão civil de depositário infiel e princípio da proporcionalidade. *Revista do Processo*. São Paulo: RT. 2002, no. 105, p. 38.

vo, o que pode ser compreendido pela forma que tal restrição à liberdade era empregada no passado, ou seja, era realmente utilizada a prisão por dívida.

As primeiras notícias de tal utilização vêm do Egito – civilização que acreditava que a prisão era o repúdio dos deuses a quem descumprisse um acordo pecuniário realizado.

Após, verifica-se o Código de Hamurabi que previa a morte do devedor e escravidão de seus parentes em razão do não pagamento de dívidas por aquele.

Já em Roma, havia a previsão de prisão do devedor por dívida na Lei das XII Tábuas.

Apenas em 326 a.c., é que houve vedação à prisão por descumprimento de obrigações pecuniárias, com a *Lex Poetelia Papira*, quando então apenas o patrimônio do devedor é que responderia por suas dívidas e, não mais, poderia se atingida a sua liberdade e/ou integridade física.

Eram épocas em que fazia parte dos costumes das civilizações o emprego de formas de cobranças humilhantes e desnecessárias ao devedor pelo não pagamento de dívidas em total contradição ao que vivemos na sociedade atual por vários motivos. O primeiro deles porque através do presente estudo, defende-se a decretação da prisão civil por descumprimento de obrigações não pecuniárias (fazer, não fazer e dar coisa diversa de dinheiro) como medida coercitiva a fim dar cumprimento à tutela efetiva garantida constitucionalmente. E o segundo, porque nosso ordenamento jurídico veda o emprego de formas vexatórias e humilhantes, inclusive a prisão, na cobrança de dívidas, como se pode verificar através do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III da Constituição Federal) e da norma inserta no art. 42 do Código de Defesa do Consumidor.

Assim, não há motivo para repulsa à possibilidade de decretação de prisão civil como meio coercitivo visando o cumprimento de ordens judiciais que determinem o adimplemento de obrigações não pecuniárias, pois tal utilização não ofende a Carta Magna, como já demonstrado; é instituto expressamente autorizado por legislação infraconstitucional – art. 461, §5 do CPC e; deve ser utilizado através da aplicação do Princípio da Proporcionalidade, em casos extremos quando outros métodos coercitivos não se revelem eficazes, visando sempre dar efetividade à tutela pretendida, notadamente, quando esta reclama maior proteção em detrimento da liberdade individual, como nas hipóteses de interesses difusos e coletivos, sendo necessário uma mudança de mentalidade dos operadores de direito a fim de se pôr em prática instrumento tão eficaz em favor da sociedade.

5. DA APLICAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE NA COLISÃO ENTRE BENS JURÍDICOS PROTEGIDOS CONSTITUCIONALMENTE

Diante de um conflito entre direitos fundamentais, deverá o magistrado se valer do princípio da proporcionalidade, observando os três aspectos (adequação, exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito) já expostos no tópico acima, para, num determinado caso concreto, exercer um juízo de valoração e ponderação na busca da solução mais justa. Só assim, é que se pode conferir maior importância a um direito fundamental em detrimento de outro.

Assim, o primeiro aspecto a ser observado é que tal ponderação entre garantias fundamentais não pode ser realizada no plano abstrato, pois estar-se-ia, em tese, privilegiando um em detrimento dos demais, o que não foi previsto pela Constituição Federal, como já demonstrado.

Seguindo essa linha de raciocínio, não se pode expurgar do nosso ordenamento jurídico, no plano abstrato, a utilização da prisão civil como medida coercitiva ao descumpridor de obrigação não pecuniária quando se estiver diante da necessidade de proteção de garantias fundamentais, notadamente, quando se tratar de interesses difusos e coletivos. Terá que ser feita a averiguação do caso concreto para se avaliar qual merece proteção na hipótese em análise: a liberdade individual ou outro direito fundamental garantido constitucionalmente.

A própria Constituição Federal ao preceituar a proibição de prisão por dívida e excepcionar o caso de devedor de alimentos, está afirmando, implicitamente, que mais vale proteger o direito à vida do alimentando do que a liberdade individual de quem nega o pagamento da pensão alimentícia.

Quanto à exceção do depositário infiel, em que pese estar sedimentado no STF a sua inconstitucionalidade, tendo em vista o Pacto São Jose da Costa Rica, já havia entendimento na doutrina acerca da sua não constitucionalidade, pelo nítido caráter pecuniário do instituto que não poderia se sobrepor ao direito de liberdade do indivíduo.

Usando a mesma linha de raciocínio, entendo ser plenamente possível, através da análise do caso concreto, a decretação da prisão civil como meio coercitivo inominado para coibir a violação de preceitos fundamentais que se revelem mais importantes do que a liberdade individual, quando se verificar a inaptidão de outras medidas de proteção a tais direitos.

É o caso, por exemplo, de violação ao meio ambiente – direito coletivo protegido como garantia fundamental com previsão no art. 225, da CF⁵. Quando

⁵ “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”.

houver o conflito entre o direito de todos de usufruir de um meio ambiente saudável e equilibrado e a liberdade de uma só pessoa que descumpra ordem judicial protetora daquele direito coletivo, deve-se, através do princípio da proporcionalidade, conferir maior valor a este em detrimento da liberdade do violador.

Note-se que não se defende a hipótese de prisão no descumprimento de qualquer obrigação não pecuniária, mas em situações que o direito à liberdade, pela valoração do caso concreto, deve posicionar-se abaixo de outros direitos que se revelem mais importantes.

O mesmo ocorre com o direito de todos à saúde – garantia constitucional prevista no art. 196, da Carta Magna⁶. Se, por exemplo, uma decisão judicial determina ao presidente de um plano de saúde a cobertura, às suas expensas, de procedimento cirúrgico a paciente em situação grave que irá à óbito caso não seja operado com urgência, sob pena de multa e o mesmo não cumpre. O magistrado, então, valora o valor da multa como forma de desestimular o recalcitrante que, no entanto, permanece com a mesma conduta descumpridora. Entendo plenamente cabível a determinação judicial no cumprimento da referida obrigação, sob pena de prisão do descumpridor, pois aplicando-se o princípio da proporcionalidade, revela-se mais importante a necessidade de proteger o direito à vida e à saúde, do que a liberdade de quem não quer cumprir a ordem judicial.

Com efeito, a prática forense tem demonstrado a ineficácia da multa como medida coercitiva diante de situações como estas, valendo registrar ainda as hipóteses em que o valor da pena pode ser admitido pelo descumpridor como custo, sendo posteriormente repassado no preço do produto ou serviço como parte do processo de desenvolvimento da atividade, além ainda das situações que o devedor for insolvente ou de poucos recursos – hipótese em que pressão psicológica alguma sofreria com a imposição da multa para o adimplemento da obrigação.

Assim, é que para conferir plena eficácia ao mandamento constitucional da prestação da tutela efetiva, *ex vi* do art. 5º, inciso XXXV, da CF, o legislador previu um rol meramente exemplificativo no art. 461, §5º, do CPC, possibilitando ao juiz a aplicação das medidas ali nominadas, sem prejuízo de outras que se revelem necessárias para conceder ao autor a tutela específica e o resultado prático equivalente e, dentre essas medidas, encontra-se a decretação da prisão civil que deve ser utilizada em casos extremos, quando outros meios não garantam a prestação da tutela efetiva eficazmente, buscando-se, sempre, utili-

⁶ “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

zar-se do critério da proporcionalidade entre bens jurídicos envolvidos em cada caso concreto.

Registro que a divergência quanto a aplicação da prisão civil como medida coercitiva atípica ocorre entre os doutrinadores do país, pois apesar de todos os argumentos já expostos, a jurisprudência brasileira posiciona-se (numa interpretação equivocada no nosso entendimento) no sentido da impossibilidade do instituto, com exceção do devedor de alimentos que possui expressa previsão constitucional, conforme se constata do acórdãos proferidos no Agravo de Instrumento nº 70011719515, 4ª Câmara Cível do TJRS e no Habeas Corpus n.º 8428/STJ, do Ministro Cesar Asfor Rocha.

6. DO PRAZO E PROCEDIMENTO A SER ADOTADO

Um dos óbices opostos pelos que entendem pela impossibilidade da decretação da prisão civil como medida coercitiva é o de que não há qualquer regulamentação quanto ao prazo e ao procedimento a ser adotado.

De logo, registro que tal óbice é mais de natureza prática do que legal e não pode ser utilizado para impedir o uso da prisão civil como meio coercitivo inominado, já que tal instituto não é inconstitucional e possui previsão legal no art. 461 do CPC, conforme já foi explanado em linhas anteriores.

No entanto, como não há regulamentação específica, defendo que deve ser adotado o mesmo procedimento utilizado na aplicação da multa diária, ou seja, intima-se o devedor para cumprir a ordem judicial, no prazo a ser assinalado pelo magistrado. Escoado tal prazo para cumprimento, decreta-se a prisão civil do réu por prazo não superior a três meses, em analogia ao que se preceitua o Código de Processo Civil em caso de devedor de alimentos.

Assim, verifica-se que a medida comporta prazo máximo – três meses -, mas não o mínimo, pois não possui natureza sancionatória, mas sim, coercitiva, o que implica em imediata soltura do recalcitrante assim que o mesmo efetivar o cumprimento da obrigação.

7. CONCLUSÃO

Do estudo, são extraídas as seguintes conclusões:

- A decretação da prisão civil como medida coercitiva inominada nas obrigações de fazer, não fazer e dar coisa diferente de dinheiro, autorizada pelo §5º do art. 461 do CPC é plenamente constitucional, pois a expressão dívida no texto do art. 5º, LXVII, da Constituição Federal deve ser interpretada de forma restrita, de modo a alcançar, tão somente, as obrigações de conteúdo patrimonial, dentre elas as obrigações de pagar quantia;

- A prisão civil não possui natureza sancionatória, mas sim, um importante instrumento de coerção pessoal que pode ser utilizado, excepcionalmente (quando outra medida não puder ser adotada), pelo Poder Judiciário, visando dar efetividade à sua missão constitucional, notadamente, diante da proteção aos direitos difusos e coletivos, em que se verifique pelo princípio da proporcionalidade, a imperiosa necessidade de se proteger um direito fundamental (vida, saúde) em detrimento de outro (liberdade), o que será feito sopesando os bens jurídicos em conflito através da análise do caso concreto;

- O prazo da prisão civil com fundamento no art. 461 do CPC deve ser fixado pelo juiz, observando o máximo de três meses, por analogia ao art. 733, §1º, do Código de Processo Civil, sendo que antes de tal decretação, deve ser intimado o devedor para cumprir a obrigação no período assinalado pelo magistrado.

8. BIBLIOGRAFIA

1. ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da Tutela Inibitória Coletiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

2. AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Prisão Civil por Dívida*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

3. GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos Fundamentais e a Proteção do Credor na Execução Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

4. GUERRA, Marcelo Lima. *Prisão civil de depositário infiel e princípio da proporcionalidade*. *Revista do Processo*. São Paulo: RT. 2002.

5. GUERRA, Marcelo Lima. *Execução Indireta*. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

6. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Específica: arts. 461, CPC e 84, CDC*. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

7. MARINONI, Luiz Guilherme. *As novas sentenças e os novos poderes do juiz para a prestação da tutela jurisdicional efetiva*. Disponível em www.jus.com.br.

8. MOTA, Lise Nery. *Prisão Civil como Técnica de Efetivação das Decisões Judiciais*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

9. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: RT, 1968.

INOVAÇÕES DO PROCESSO PENAL: COMENTÁRIOS À LEI FEDERAL N. 11.719, DE 20 DE JUNHO DE 2008.

Renê Erba*

A lei em análise efetuou alterações importantes no processo penal brasileiro, introduzindo modificações nos seguintes temas: a) Ação civil *ex delicto*; b) Iniciativa da Ação Penal Pública (apenas esclareceu que é de exclusividade do Ministério Público; c) Abandono do processo pelo advogado; d) Possibilidade de adiamento de audiência; e) Introduziu a chamada citação por hora certa; f) Formação do processo; g) citação por edital; h) suspensão do processo; i) *Emendatio Libelli* j) *Mutatio libelli* k) Introduziu a indenização civil no processo penal; l) Manifestação obrigatória sobre a prisão preventiva quando da prolação da sentença; m) procedimentos (ordinário, sumário e sumárrissimo); n) Introduziu o princípio da identidade física do juiz.

A novel legislação foi publicada na data de 23 de junho de 2.008 e entra em vigor na data de 22 de agosto de 2.008, já que consta período de *vacatio* de 60 dias, nos moldes do artigo 8º, da Lei Complementar n. 95/1998.

Anote-se que, por força do disposto no artigo 2º, do Código de Processo Penal, as disposições contidas na presente lei devem ter aplicação imediata a partir de 22.08.2008, devendo ser imposta a todos os processos em curso e nos que se originarem a partir desta data, respeitados os atos até então praticados, isso porque nosso Código adotou no já mencionado artigo o sistema do *isolamento dos atos processuais*, em detrimento dos sistemas da unidade processual e o das fases processuais.

A respeito do sistema de isolamento dos atos processuais, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO escreve que “por esse critério, que é de aceitação geral na moderna doutrina, não se aplica a lei nova aos atos já realizados nem a situações já consumadas a cada passo do procedimento. Regem-se por ela, todavia, os fatos ainda a praticar, mesmo na mesma fase procedimental pendente quando da passagem da lei velha para a nova”¹

Uma nota prática. Avaliamos que os atos processuais designados anteriormente à novel legislação, a exemplo de interrogatórios e audiências de instrução, devem ser realizados normalmente, porque praticados sob a égide da lei anterior. Consigne-se, todavia, que avaliamos inexistir qualquer tipo de nulidade ou irregularidade no ato do juiz de redesignar os atos anteriormente determinados e ainda não praticados, adaptando-os à nova lei. Sugere-se, por neces-

*Promotor de Justiça. Especialista em Direito do Estado pela Universidade Federal da Bahia. Professor Substituto de Direito Processual Penal da Universidade Federal de Sergipe.

¹Instituições de direito processual civil, p.100.

sário, que apenas sejam redesignados os atos em que as partes e testemunhas ainda não foram intimadas/notificadas, isso para que sejam aproveitados os trabalhos do serviço auxiliar do Poder Judiciário.

Passemos a analisar, artigo por artigo, as modificações introduzidas.

Redação Atual	Redação Anterior
Art. 63...Parágrafo único. Transitado em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso IV do caput do art. 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido.	Art. 63. Transitada em julgada a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros.

Trata-se de alteração na denominada ação civil *ex delicto*. Para melhor entendimento do tema, analisaremos o presente dispositivo em conjunto com o artigo 387 do CPP.

Redação Atual	Redação Anterior
Art. 387... II – mencionará as outras circunstâncias apuradas e tudo o mais que deva ser levado em conta na aplicação da pena, de acordo com o disposto nos arts. 59 e 60 do Decreto-Lei n. 2.848 de 7 de setembro de 1940 – Código Penal; III – aplicará as penas de acordo com essas conclusões; IV – fixará valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido; Parágrafo único. O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta.	Art. 387... II – mencionará as outras circunstâncias apuradas e tudo o mais que deva ser levado em conta na aplicação da pena, de acordo com o disposto nos arts. 42 e 43 do Código Penal; III – aplicará as penas, de acordo com essas conclusões, fixando a quantidade das principais e, se for o caso, a duração das acessórias; IV – declarará, se presente, a periculosidade real e imporá as medidas de segurança que no caso couberem.

Neste dispositivo mais uma vez o legislador brasileiro demonstra sua tendência no redescobrimento da vítima no processo penal, como antes já havia sinalizado quando da promulgação da Lei Federal n. 9.099/95.

Antes da mudança, a vítima, depois do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, tinha nas mãos um título executivo ilíquido, de modo que era preciso proceder, no juízo cível, a liquidação da sentença penal para, posteriormente, ingressar com a execução do título.

Atualmente, com a reforma, a fixação do dano (*o quantum debeatur*) já vem fixado na própria sentença penal condenatória, de modo que o ofendido pode pedir imediatamente no juízo cível o cumprimento da sentença penal.

É preciso consignar que o juiz criminal fixará o valor mínimo para a reparação do dano. A vítima, todavia, por força do disposto no artigo 63 do CPP, o qual ora tratamos em conjunto, caso não esteja satisfeita com o montante fixado, poderá propor no juízo cível a competente liquidação para apurar o dano efetivamente sofrido, sem prejuízo do valor já fixado no juízo criminal.

A título de exemplo, imaginem que o juiz criminal fixou o valor mínimo de indenização no montante de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). A vítima poderá, em relação a esse valor líquido, requerer desde logo no juízo cível a citação do devedor para execução (art. 475-N, parágrafo único, do CPC), sem a necessidade de anterior procedimento de liquidação. Paralelamente a isso, poderá a vítima se valer da sentença penal condenatória como título executivo e proceder a liquidação para apurar os danos efetivamente experimentados.

É importante anotar que foi rejeitada no Senado Federal a emenda que pretendia que a execução se desse no juízo criminal, ao fundamento de que traria inúmeras delongas ao processo criminal.

O valor deve ser fixado independentemente de pedido constante na peça inicial, pois se trata de efeito penal da sentença condenatória.

É importante ressaltar que a nova disposição em comento tem sua origem no revogado Código de Processo Penal Português de 1.929. Isto é relevante para dizer que naquele país a parte da sentença penal que cuida de matéria cível é autônoma, de modo que eventual recurso apenas contra a fixação do valor da indenização não impede a expedição de guia definitiva de recolhimento para início da execução penal. Bem por isso, sugere-se que a partir da vigência da nova lei seja aberto capítulo próprio na sentença penal condenatória tratando unicamente da fixação mínima da indenização, de modo que havendo recurso apenas contra esse valor os demais capítulos da sentença tenham seu trânsito em julgado, podendo o juiz expedir guia de execução definitiva, para início do cumprimento da pena. Com isso se evita a ocorrência da prescrição, fechando o caminho para a impunidade, com recursos protelatórios infundáveis.

Por fim, avaliamos que o Ministério Público não tem legitimidade para interpor recurso contra a esta parte da sentença penal condenatória, porque estaria a discutir direito patrimonial e portanto disponível. Evidentemente que nascerá o interesse Ministerial no caso de a vítima ser menor. À evidência que também haverá legitimidade do Ministério Público para as hipóteses em que o órgão pode intentar ação civil *ex delicto*, qual seja quando a vítima for pobre e não houver na localidade Defensoria Pública instalada.

Ademais da modificação em relação ao valor mínimo da indenização, a novel legislação, no artigo em comento, determina que o juiz, fundamentadamente, se manifeste sobre a manutenção ou necessidade de decreto da prisão preventiva, independentemente do conhecimento de eventual recurso de apelação, revogando-se por completo o disposto no art. 594 do CPP. Em outras palavras, deverá fundamentar e explicitar os motivos pelos quais mantém a prisão do réu ou decreta sua preventiva, isso em nome do princípio constitucional da inocência.

Redação Atual	Redação Anterior
Art. 257. Ao Ministério Público cabe: I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma estabelecida neste código; e II – fiscalizar a execução da lei.	Art. 257. O Ministério Público promoverá e fiscalizará a execução da lei.

Este dispositivo nos permite ser breve. Ele apenas repete o que consta da Constituição Federal e reafirma que o Ministério Público é o titular da ação penal de iniciativa pública e a ele compete fiscalizar a aplicação e execução da lei. Observe-se que incorreu o legislador no mesmo erro do constituinte quando diz privativamente ao invés de exclusivamente, já que a ação penal de iniciativa pública é instrumento de exclusividade do Ministério Público.

Uma singela observação. É preciso observar que quando a Constituição e hodiernamente o CPP dizem expressamente que a ação penal de iniciativa pública é de exclusividade (privativamente) do Ministério Público está falando muito mais do que aparentemente se lê. Com efeito, é por este dispositivo que podemos afirmar que o Ministério Público exerce parcela da soberania estatal, a exemplo dos Poderes da República. É que exercer soberania significa, grosso modo, decidir em última instância. Pois bem, quando o Ministério Público decide não propor a ação penal e promove o arquivamento do I.P. ou peças de informações ele está decidindo em última instância, já que nenhum outro órgão ou poder pode reformar ou não acatar sua decisão. Decidindo o Promotor de

Justiça pelo arquivamento, em caso de discordância do Poder Judiciário de primeiro grau, caberá ao próprio Ministério Público, pelas mãos do Procurador-Geral de Justiça, decidir se mantém a decisão de arquivar ou não. Essa sua decisão, se for de manter o arquivamento, será definitiva e imutável. Acrescenta-se que no âmbito do Ministério Público Federal tal revisão caberá à Câmara de Coordenação e Revisão e não ao Procurador-Geral da República.

Redação Atual	Redação Anterior
Art. 265. O defensor não poderá abandonar o processo senão por motivo imperioso, comunicando previamente o juiz, sob pena de multa de 10 (dez) a 100 (cem) salários mínimos, sem prejuízo das demais sanções cabíveis. § 1º. A audiência poderá ser adiada se, por motivo justificado, o defensor não puder comparecer. § 2º. Incumbe ao defensor provar o impedimento até a abertura da audiência. Não o fazendo, o juiz não determinará o adiamento de ato algum do processo, devendo nomear defensor substituto, ainda que provisoriamente ou só para o efeito do ato.	Art. 265. O defensor não poderá abandonar o processo senão por motivo imperioso, a critério do juiz, sob pena de multa de cem a quinhentos mil-réis. Parágrafo único. A falta de comparecimento do defensor, ainda que motivada, não determinará o adiamento de ato algum do processo, devendo o juiz nomear substituto, ainda que provisoriamente ou para só efeito do ato.

Com a nova redação do artigo 265 foi mantida a obrigação de o defensor não abandonar o acusado sem justo motivo ou melhor, para utilizar as palavras do legislador, sem motivo imperioso. A novidade, no presente dispositivo, foi apenas atualizar o valor da multa que o juiz poderia aplicar ao advogado desidioso.

O dispositivo, que autoriza o juiz a multar o defensor faltoso, segundo BARBOSA MOREIRA, tem sua origem no direito norte-americano, quando nos ensina que “é dado ao juiz norte-americano, com efeito, no âmbito do chamado *criminal contempt power*, punir o advogado que deliberadamente viole os deveres para com o próprio órgão judicial”².

Avaliamos que o novel legislador perdeu uma excelente oportunidade de extirpar do sistema processual um dispositivo que, oriundo e similar ao modelo americano, não encontra respaldo no sistema jurídico brasileiro.

²Temas de direito processual, sétima série, p.173.

Com efeito, sabe-se que o artigo 34, da Lei Federal n. 8.906/1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), prevê como infração disciplinar “abandonar a causa sem justo motivo ou antes de decorridos dez dias da comunicação da renúncia”.

Nesta ordem de idéias, é fato que a OAB é classificada dentro do sistema brasileiro como uma autarquia federal especial e, como tal, dotada de autonomia administrativa, funcional e financeira.

Sendo um órgão autônomo, como se pode admitir que um Poder vizinho possa, sem nem mesmo o devido processo legal, impor multa de até 100 (cem) salários mínimos ao advogado que abandonou um processo judicial sem motivo imperioso? A mesma indagação se faz em relação aos defensores públicos, os quais compõem os quadros da Defensoria Pública, órgão atualmente absolutamente autônomo.

Em tempos antigos o mesmo problema jurídico se identificava em relação ao Ministério Público, quando seus membros, em caso de eventual falta funcional, podiam ser multados pelo juiz. Com a autonomia do órgão adquirida com a Constituição da República de 1.988 e decorridos alguns anos de sua vigência, hodiernamente é absolutamente improvável a possibilidade de o juiz multar um promotor de Justiça por eventual falta funcional, algo que cabe à sua própria Corregedoria e depois do devido processo legal.

Em conclusão, temos que o presente dispositivo, no tocante à multa por abandono do processo, antes não recepcionado, mostra-se agora inconstitucional por quebra da autonomia conferida aos advogados, à Defensoria Pública e à Ordem dos Advogados do Brasil.

Ao lado disso, o dispositivo em comento, alterando a sistemática anterior, passou a estipular que a ausência motivada do defensor do acusado acarretará o adiamento do ato, isso em nome de ampla defesa. Anote-se que pela nova legislação o causídico deve provar o impedimento até o momento da abertura da audiência, sob pena de preclusão e a substituição de defensor para a prática do ato.

Redação Atual	Redação Anterior
Art. 362. Verificando que o réu se oculta para não ser citado, o oficial de justiça certificará a ocorrência e procederá a citação com hora certa, na forma estabelecida nos arts. 227 a 229 da Lei n. 5.869/1973 – Código de Processo Civil. Parágrafo único. Completada a citação com hora certa, se o acusado não comparecer, ser-lhe-á nomeado defensor dativo.	Art. 362. Verificando-se que o réu se oculta para não ser citado, a citação far-se-á por edital, com o prazo de 5 (cinco) dias.

Ao lado da citação por edital, já existente no processo penal, introduziu-se com o novo texto legal mais uma forma de citação ficta, qual seja a conhecida citação por hora certa, nos moldes do processo civil.

Com a nova modalidade de citação deverá o oficial de Justiça, por três vezes, procurar o réu em seu domicílio ou residência para citação pessoal. Havendo suspeita por parte do oficial de que o acusado se oculta para não ser citado, intimará qualquer pessoa da família ou, na falta, qualquer vizinho, informando que, no dia seguinte, voltará para efetuar o ato de citação, na hora que indicar. Caso o acusado não esteja presente, depois de verificar o motivo, se é que ele existe, deverá o oficial deixar a contra-fé com uma das pessoas indicadas acima e certificar de forma detalhada o ocorrido, dando o réu por citado.

É importante pontuar que a “decisão” de citar ou não por hora certa é do próprio oficial de Justiça, eis que não se faz necessário novo despacho do juiz determinando a citação por hora certa.

Também é relevante consignar que a citação por hora certa somente estará aperfeiçoada depois que o chefe de secretária enviar carta ao réu dando conta de todo o ocorrido, ou seja, que ele está citado por hora certa. À evidência que a carta não precisa ter sido recebida pelo réu que se oculta, bastando a prova de que foi enviada corretamente.

Não se vislumbra nenhuma inconstitucionalidade no dispositivo, pois, uma vez verificado que o acusado está se ocultando para não ser citado, por óbvio que, já que se oculta, é por que tem ciência de que contra si existe um processo, logo o ônus de não comparecer em juízo é único e exclusivamente seu, pois não há que se falar em futura nulidade por aquele que deu causa a tal. Com feito, o artigo 565 do CPP, diz expressamente que nenhuma das partes poderá arguir nulidade a que haja dado causa, pois “*nemu auditur propriam turpitudinem allegans*”.

Observe-se, por fim, que a citação por hora certa tem seus contornos bem definidos, quais sejam é necessária a ida do oficial por três vezes na residência ou domicílio do réu e a suspeita, por parte do agente público, de que o acusado se oculta para não ser citado, de modo que somente presentes os requisitos é que se admite a presente citação, sob pena de se aniquilar por completo as regras da citação por edital.

Por fim, uma última observação a respeito do tema. O presente dispositivo deve ter sua aplicação imediata. Ocorre que essa sua aplicação imediata implica atingir todos os processos em andamento em que os réus foram citados por edital por estarem se ocultando. Isso é assim porque os acusados que se ocultaram e foram citados por edital estão com seus processos e prescrição suspensos. Tendo em vista que a suspensão da prescrição é matéria penal e a redação anterior se mostrava prejudicial ao réu, já que o direito de punir do

Estado se amplia, avaliamos que para esses processos é mais benéfica a imediata aplicação do presente artigo, retomando-se a marcha processual com a determinação de citação por hora certa. É aplicar ao caso a mesma lógica adotada pelo STF quando do julgamento da atual redação do artigo 366 do CPP, quando decidiu que, por ser pior para o réu, não poderia retroagir (HC 76.354-8 – Rel. Min. Marco Aurélio, DJU 17.04.1998).

Redação Atual	Redação Anterior
Art. 363. O processo terá completada a sua formação quando realizada a citação do acusado. I - (revogado); II – (revogado); § 1º Não sendo encontrado o acusado, será procedida a citação por edital; § 2º (VETADO) § 3º (VETADO) § 4º Comparecendo o acusado citado por edital, em qualquer tempo, o processo observará o disposto nos arts. 394 e seguintes deste Código.	Art. 363. A citação ainda será feita por edital: I – quando inacessível, em virtude de epidemia, de guerra ou por outro motivo de força maior, o lugar em que estiver o réu; II – quando incerta a pessoa que tiver de ser citada.

O dispositivo simplifica a regra de citação por edital. O acusado será citado por edital quando não for encontrado, pouco ou de nada importando o motivo. Evidentemente que o acusado que é citado por hora certa, como visto nos comentários ao artigo anterior, não pode ser citado por edital porque simplesmente ele foi encontrado, tanto foi que o oficial suspeitou que ele estava se ocultando, razão pela qual o citou.

Diz ainda o dispositivo que o processo somente estará formado por completo com a citação do réu. Com a redação do dispositivo persiste a discussão quanto ao início do processo penal. Continua a celeuma no sentido de que, para alguns, o processo penal tem início com o oferecimento da denúncia enquanto que, para outros, o processo se iniciaria com o recebimento da denúncia. Para nós, todavia, a questão está pacificada no teor da súmula 707 do STF – “Constitui nulidade a falta de intimação do denunciado para oferecer contrarrazões ao recurso interposto da rejeição da denúncia, não a suprindo a nomeação de defensor dativo”.

O artigo 366, do CPP, foi mantido intacto, nos moldes que lhe deu a Lei Federal n. 9.271/1996, já que vetado pelo Presidente da República. Assim, citado o réu por edital e não comparecendo e nem constituindo advogado deve ser suspenso o processo e o prazo prescricional. Anote-se que, ao contrário do que se defendeu durante um bom tempo, o STF, em seu informativo n. 456, fixou o entendimento de que o processo e a prescrição ficam suspensos por tempo indeterminado, uma vez que não se constitui em hipótese de imprescritibilidade e a retomada do curso da prescrição fica apenas condicionada a evento futuro e incerto (STF, Ext. 1.042/Governo de Portugal – 19.12.2006 e STF, RE 460.971/RS – 13.02.2007).

Redação Atual	Redação Anterior
Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave. § 1º Se, em consequência de definição jurídica diversa, houver possibilidade de proposta de suspensão condicional do processo, o juiz procederá de acordo com o disposto na lei. § 2º Tratando-se de infração da competência de outro juízo, a este serão encaminhados os autos.	Art. 383. O juiz poderá dar ao fato definição jurídica diversa da que constar da queixa ou da denúncia, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.

Emendatio libelli

A modificação introduzida, na realidade, foi apenas de redação, aclarando e bem o diferenciado do chamado *mutatio libelli*. Ao lado da melhora da redação da regra da *emendatio libelli* a novel legislação expressamente diz que, ocorrendo a modificação da definição jurídica do fato e caso a nova capitulo jurídica do fato passe a autorizar a suspensão condicional do processo, não deve o juiz sentenciar, senão converter o julgamento em diligência e encaminhar os autos ao Ministério Público para propor o benefício, nos moldes do artigo 89 da Lei Federal n. 9.099/95. Por fim, o § 2º diz o óbvio. Com efeito, determina que se tratando de crime de competência de outro juízo a esse deverá ser remetido.

Redação Atual	Redação Anterior
Art. 384. Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente. § 1º Não procedendo o órgão do Ministério Público ao aditamento, aplica-se o art. 28 deste Código. § 2º Ouvido o defensor do acusado no prazo de 5 (cinco) dias e admitido o aditamento, o juiz, a requerimento de qualquer das partes, designará dia e hora para continuação da audiência com inquirição de testemunhas, novo interrogatório do acusado, realização de debates e julgamento. § 3º Aplicam-se as disposições dos §§ 1º e 2º do art. 383 ao caput deste artigo. § 4º Havendo aditamento, cada parte poderá arrolar até 3 (três) testemunhas, no prazo de 5 (cinco) dias, ficando o juiz, na sentença, adstrito aos termos do aditamento. § 5º Não recebido o aditamento, o processo prosseguirá.	Art. 384. Se o juiz reconhecer a possibilidade de nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de circunstancia elementar não contida, explicita ou implicitamente, na denúncia ou na queixa, baixará o processo, a fim de que a defesa, no prazo de oito dias, fale e, se quiser, produza prova, podendo ser ouvidas até três testemunhas. Parágrafo único. Se houver possibilidade de nova definição jurídica que importe aplicação de pena mais grave, o juiz baixará o processo, a fim de que o Ministério Público possa aditar a denúncia ou a queixa, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, abrindo-se, em seguida, o prazo de três dias à defesa, que poderá oferecer prova, arrolando até três testemunhas.

Mutatio libelli

Sabe-se que a regra da *mutatio libelli* tem por finalidade corrigir defeito da denúncia ou queixa, uma vez que os fatos constatados no bojo do processo não correspondem ao narrado na peça inicial. Como o réu se defende dos fatos, necessário se faz sua correção e isso se faz pela regra do artigo 384.

A atual redação tornou o sistema da *mutatio* mais simples e fácil de compreender. Foi substituída a expressão “circunstância elementar por “elemento ou circunstancia da infração penal”.

É dizer, não narrado na denúncia ou queixa uma circunstância ou uma elementar de crime que se encontra provada nos autos, deve a acusação ser adaptada à nova realidade probatória do processo e isso se faz por meio do aditamento da denúncia ou queixa, o que se denomina *mutatio libelli*.

Desta feita, verificado tal fato o juiz encaminha os autos ao Ministério Público para que, no prazo de 5 (cinco) dias, promova o aditamento da denúncia. Em seguida será ouvido o defensor do acusado no mesmo prazo.

Recebido o aditamento, o juiz designará nova audiência, com inquirição de testemunhas, novo interrogatório do acusado, debates e julgamento. Poderá ser arrolada até três testemunhas no caso de aditamento.

Interessante modificação em relação a *mutatio libelli* se verifica na retirada da confusa regra que se baseava no montante da pena para concluir pela necessidade ou não do aditamento. É dizer, se a pena do novo fato fosse menor que a dos fatos narrados na denúncia não havia necessidade de aditar, ao passo que se fosse maior havia tal necessidade. Essa sistemática não mais existe, pelo que se pode afirmar que não havendo correlação entre os fatos narrados na denúncia e os provados nos autos sempre será caso de se proceder a *mutatio libelli*, exceto se o fato novo não guardar nexos com o fato descrito na denúncia ou o fato novo demonstrar a participação de outro co-réu não presente no processo. Nestes casos, e somente nestes, não se deve proceder ao aditamento, mas sim deverá o juiz determinar a extração de cópias e remessa ao Ministério Público.

DO PROCEDIMENTO

Redação Atual	Redação Anterior
Art. 394. O procedimento será comum ou especial. § 1º O procedimento comum será ordinário, sumário ou sumaríssimo: I – ordinário, quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada for igual ou superior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade; II – sumário, quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada seja inferior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade; III – sumaríssimo, para as infrações penais de menor potencial ofensivo, na forma da lei.	Art. 394 - Sem similar na legislação anterior.

§ 2º Aplica-se a todos os processos o procedimento comum, salvo disposições em contrário deste Código ou de lei especial. § 3º Nos processos de competência do Tribunal do Júri, o procedimento observará as disposições estabelecidas nos arts. 406 a 497 deste Código. § 4º As disposições dos arts. 395 a 398 deste Código aplicam-se a todos os procedimentos penais de primeiro grau, ainda que não regulados neste Código. § 5º Aplicam-se subsidiariamente aos procedimentos especial, sumário e sumaríssimo as disposições do procedimento ordinário.	
---	--

Com a novel legislação os equívocos do CPP foram sanados. O procedimento agora se divide em comum e especial. O comum, por seu turno, subdivide-se em ordinário, sumário e sumaríssimo.

O procedimento ordinário será utilizado para infrações cuja sanção máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade.

Já o sumário será utilizado para infrações cuja sanção máxima seja inferior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade.

Por fim, o procedimento sumaríssimo será o procedimento da Lei dos Juizados Especiais Criminais, ou seja será utilizado para os crimes de menor potencial ofensivo.

Os procedimentos especiais são aqueles dotados de algumas especificidades, a exemplo do rito do Tribunal do Júri.

Tenha-se presente que as qualificadoras, causas de aumento e diminuição de pena e circunstâncias agravantes e atenuantes devem ser levadas em consideração quando da verificação do procedimento adequado.

Anote-se, neste aspecto, que, para determinação do procedimento, deve-se levar em conta sempre a hipótese que mais poderá agravar a situação do réu, porque com isso estaremos assegurando a ele o procedimento mais amplo, o que lhe permite maior exercício de defesa.

Sendo assim, quando estivermos diante de qualificadoras, causas de aumento e agravantes devemos sempre levar em conta qual a pena máxima que poderá ser aplicada ao acusado e assim adequar o caso ao procedimento correto.

De outro lado, quando estivermos diante de causas de diminuição e atenuantes devemos sempre verificar o mínimo possível da redução da pena, porque somente assim poderemos chegar no montante máximo de pena que

virtualmente pode ser aplicado ao réu e assim amoldar o caso ao procedimento correto.

Com isso asseguraremos ampla defesa e se evita alegação de nulidade, já que ao acusado terá sido conferido o rito mais amplo.

No caso de concurso material, formal e crime continuado vale a mesma lógica. Com efeito, no concurso material somam-se as penas para verificar o procedimento. No concurso formal e continuidade delitiva se deve aplicar a majorante no máximo (aumento de $\frac{1}{2}$ e de $\frac{2}{3}$, respectivamente).

Por fim, quando houver conexão entre infração que se procede via procedimento comum e infração que processa via procedimento especial, parte da doutrina e da jurisprudência orienta que se deve adotar o procedimento do crime mais grave. Avaliamos, todavia, que o direito constitucional a ampla defesa não admite esse raciocínio. Com efeito, entendemos correto, no caso de conexão entre infrações que se processam via procedimento comum e outros via procedimento especial, adotar aquele que confere ao acusado a maior possibilidade de defesa, aplicando-se o procedimento mais amplo.

PROCEDIMENTO ORDINÁRIO

Redação Atual	Redação Anterior
Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: I – for manifestamente inepta; II – faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou III – faltar justa causa para o exercício da ação penal. Parágrafo único. (Revogado).	Art. 43 A denúncia ou queixa será rejeitada quando: I – o fato narrado evidentemente não constituir crime; II – já estiver extinta a punibilidade pela prescrição ou outra causa; III – for manifesta a ilegitimidade da parte ou faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal. Parágrafo único. Nos casos do n. III, a rejeição da denúncia ou queixa não obstará ao exercício da ação penal, desde que promovida por parte legítima ou satisfeita a condição.

Com a nova legislação, que revogou expressamente o artigo 43 do CPP, adaptou-se o processo penal ao direito constitucional e ao modelo acusatório.

Pela nova sistemática será rejeitada a denúncia quando se mostrar inepta. Denúncia inepta é aquela que não preenche os requisitos do artigo 41 do CPP.

Será também rejeitada a denúncia quando faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal, isto é, tem de estar presentes para o recebimento da denúncia a legitimidade de agir, o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido.

Rejeita-se também a denúncia, nos termos do inciso III, do artigo 395, do CPP, quando faltar justa causa para o exercício da ação penal. Este inciso, inserido com a reforma, apenas consagra o que já vinha entendendo a doutrina e a jurisprudência, extraíndo-a do artigo 648, inciso I, do CPP. O legislador, embora tenha evoluído, perdeu boa oportunidade de definir o que seria “justa causa”, mas não o fez. A nosso aviso parece claro que justa causa não se confunde com interesse de agir, já que este tem sua previsão no inciso II, do mesmo artigo. De acordo com a jurisprudência podemos dizer que justa causa seria a denúncia narrar um fato típico, ilícito, não atingido pela prescrição, e nem tampouco por nenhuma outra causa extintiva de punibilidade, e vir lastreado em suporte probatório que demonstre a viabilidade da acusação.

Uma observação importante. De longa data adota-se o dogma de que na dúvida deve o Ministério Público oferecer denúncia, aplicando-se o denominado princípio *in dubio pro societate*. Ocorre, todavia, e aqui peço permissão para breve divagação afinal desnecessária, que no âmbito constitucional não se consegue localizar em canto algum da Constituição da República de 1.988 o mencionado princípio. Antes e ao contrário, o que se lê no Texto Maior é o princípio da presunção de não-culpabilidade, independentemente da fase da persecução criminal, já que se trata de direito individual da pessoa humana e por isso exige interpretação extensiva. Bem por isso, avaliamos oportuna uma reflexão. Ao Ministério Público, órgão Estatal detentor do monopólio da ação penal de iniciativa pública, a Constituição conferiu amplos poderes de investigação, dentre os quais requisições de documentos públicos e privados e de dados; conferiu ao órgão poder de requisição de inquérito policial e de ordenar diligências a serem levadas a efeito pela Polícia ou por qualquer órgão, a exemplo dos órgãos ambientais e em geral de fiscalização.

Pois bem. Com base na nova postura do Ministério Público, que se trata definitivamente de um órgão imparcial, já que busca a aplicação da lei e não a cega condenação do réu, avaliamos absurdamente equivocada a antiga idéia de que na dúvida deve o Promotor de Justiça/Procurador da República oferecer a denúncia. Com esse entendimento, ressalte-se, estará o Ministério Público enfraquecendo suas próprias atribuições, porque estando na dúvida poderia continuar as investigações até saná-las e com isso evitaria duas coisas: a) acusar um inocente; b) ser corrigido futuramente pelo Poder Judiciário quando rejeita sua denúncia ou julga improcedente sua ação penal.

Tenha-se presente que não estamos dizendo que toda e qualquer ação penal improcedente ou rejeição de denúncia tenha o significado de corrigir a atuação do Ministério Público, porque somos cômicos de que no decorrer da instrução processual os fatos e as provas podem se modificar e até novos fatos ou provas virem à tona, mas daí a oferecer denúncia na dúvida existe um grande espaço jurídico e, a nosso aviso, significa transferir problema e se esconder atrás do Poder Judiciário, enfraquecendo a instituição.

Redação Atual	Redação Anterior
Art. 396. Nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, recebê-la-á e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias. Parágrafo único. No caso de citação por edital, o prazo para a defesa começará a fluir a partir do comparecimento pessoal do acusado ou do defensor constituído. Art. 396-A. Na resposta, o acusado poderá arguir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário. § 1º A exceção será processada em apartado, nos termos dos arts. 95 a 112 deste Código. § 2º Não apresentada a resposta no prazo legal, ou se o acusado, citado, não constituir defensor, o juiz nomeará defensor para oferecê-la, concedendo-lhe vista dos autos por 10 (dez) dias.	Sem similar na legislação anterior.

Com o novo procedimento, oferecida a denúncia o juiz verificará se não é caso de rejeitá-la liminarmente, observando a justa causa para a ação penal. Estando em termos a denúncia, o juiz a recebe e determina a citação do acusado para, em 10 (dez) dias, oferecer resposta escrita.

Este será o primeiro ponto de conflito da nova legislação. Com efeito, a dúvida que assombra o trabalho do legislador está no sentido de saber se o juiz, neste primeiro momento, recebe a denúncia e manda citar ou apenas manda citar.

Numa leitura ligeira da legislação logo diremos que não há dúvida: ele recebe a denúncia e manda citar, já que o texto é expresso neste sentido. Ocorre, todavia, que mais a frente, no artigo 399, o legislador repete a seguinte passagem “Recebida a denúncia ou queixa, o juiz designará dia e hora para a audiência...”

Pois bem. No artigo 399, de acordo com o legislador, ele recebe a denúncia que já havia sido recebida quando da ordem de citação para apresentar resposta escrita.

Assim, a questão é definir qual o momento do recebimento da denúncia. Logo depois do seu oferecimento, quando determina a citação, ou depois da apresentação da resposta escrita, oportunidade em que o juiz irá designar a audiência una?

É certo que a respeito do tema a orientação dos autores do anteprojeto da presente lei, de acordo com a exposição de motivos, é no sentido de que a defesa escrita viria antes do recebimento da denúncia, de acordo com o artigo 399 do CPP. Ocorre, todavia, que no Senado Federal foi apresentada a Emenda n.08, a qual alterava justamente o *caput* do art. 395, suprimindo o termo “recebê-la-á”, sob o fundamento de que o ato de recebimento da peça inaugural estaria previsto no artigo 399. A referida Emenda foi rejeitada na Câmara de Deputados, de modo que o parlamento optou de por manter o recebimento da denúncia logo depois de seu oferecimento, pelo que avaliamos que a tese de que a denúncia somente será recebida depois de apresentada a resposta escrita não encontra sustentação.

Veja-se que a decisão de manter o recebimento da denúncia logo depois de seu oferecimento é importantíssima em termos práticos, uma vez que a prescrição é interrompida quando do recebimento da denúncia.

Enfim, para nós a denúncia deve ser recebida logo depois de oferecida.

Nesta ordem de idéias, recebida a denúncia o juiz manda citar o réu para apresentar defesa escrita no prazo de 10 (dez) dias. O ato se assemelha muita à contestação do processo civil. É o momento que o acusado tem para arguir todas as questões que possam levar à sua absolvição imediata, sumária. É este o momento que tem o denunciado de arrolar suas testemunhas, até no máximo 8 (oito).

A falta de defesa escrita acarreta nulidade absoluta, já que ofenda o direito constitucional a ampla defesa.

No caso de oferecimento de denúncia por infração que admite a suspensão condicional do processo, avaliamos oportuno que o Ministério Público, já na sua denúncia ou cota de denúncia, ofereça, se o caso, a suspensão condicional do processo com as suas condições. O juiz, diante de tal fato, deve receber a denúncia e citar o acusado para: a) dizer se aceita ou não a suspensão e condições; b) não aceitando, para oferecer resposta escrita no prazo de 10 (dez) dias, seguindo-se o processo. Avaliamos desnecessário designar audiência para o fim específico de o acusado dizer se aceita ou não o benefício, pois a idéia da reforma é dar celeridade e convenhamos que designação de audiência exige tempo, dinheiro, deslocamento de auxiliares da Justiça, expedição de mandado etc.

Redação Atual	Redação Anterior
Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar: I – a existência manifesta de causa excludente de ilicitude do fato; II – a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade; III – extinta a punibilidade do agente.	Sem similar na legislação anterior

Inicialmente observem que no dispositivo, que autoriza o juiz a absolver sumariamente o acusado, não há previsão de prévia oitiva do Ministério Público.

Como a questão importa extinção de punibilidade, avaliamos que o juiz deverá agir da seguinte forma. Quando verificar que, de acordo com as alegações e documentos ou provas juntadas é mesmo caso de absolvição sumária, encaminhar os autos, previamente, ao Ministério Público para manifestação, em nome do contraditório e do devido processo penal, já que a decisão importará absolvição sumária. De outro lado, entendendo o magistrado que não procede as alegações do réu, deverá, desde logo, designar audiência de instrução e julgamento, nos moldes do art. 399 do CPP, em nome da economia e celeridade processual.

A reforma previu a salutar e inovadora possibilidade de o juiz, antecipadamente, absolver o acusado quando presentes uma das hipóteses legais previstas no artigo em comento.

Não despertam polêmicas os motivos que podem levar à absolvição sumária, já que íntimos dos que transitavam pela seara criminal quando da vigência do texto primitivo. O que nos afigura interessante é saber se pode o juiz aplicar o dispositivo parcialmente ao processo e aos fatos. Poderia o juiz nesta fase absolver apenas um co-réu? Poderia o juiz absolver sumariamente o denunciado apenas por um dos crimes a ele imputados? Avaliamos perfeitamente possível. Primeiro porque a idéia do novel legislador é justamente dar celeridade ao processo penal e se o fato extintivo se encontra provado nos autos qual a razão para mandá-lo à dilação probatória?

O recurso cabível contra a decisão que absolve sumariamente é a apelação. Isto porque deve ser aplicado o disposto no artigo 593, inciso I, do CPP, que diz que o recurso cabível contra a sentença definitiva de condenação ou absolvição é a apelação e a Lei Federal n. 11.689/2008, revogou expressamente o inciso VI, do art. 581, do CPP. Exceção à regra é a decisão que absolve suma-

riamente com fundamento no reconhecimento da extinção de punibilidade, porque o recurso cabível neste caso é o recurso em sentido estrito, nos termos do artigo 581, VIII, do CPP, eis que a apelação tem caráter residual e, ademais, a decisão que reconhece extinta a punibilidade não é decisão que julga o mérito da pretensão punitiva.

Por fim, observem que o dispositivo determina que sejam aplicados a todos os procedimentos especiais a defesa escrita e a possibilidade de absolvição sumária.

Redação Atual	Redação Anterior
Art. 398 – Revogado	

Redação Atual	Redação Anterior
Art. 399. Recebida a denúncia ou queixa, o juiz designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente. § 1º O acusado preso será requisitado para comparecer ao interrogatório, devendo o poder público providenciar sua apresentação. § 2º O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença.	Art. 394. O juiz, ao receber a queixa ou denúncia, designará dia e hora para o interrogatório, ordenando a citação do réu e a notificação do Ministério Público e, se for caso, do querelante ou do assistente. Art. 360. Se o réu estiver preso, será pessoalmente citado. Art. 502Parágrafo único. O juiz poderá determinar que se proceda, novamente, o interrogatório do réu ou a inquirição de testemunhas e do ofendido, se não houver presidido a esses atos na instrução criminal.

Com e finalidade de conferir maior agilidade ao processo penal, instituiu-se audiência una, em homenagem ao princípio da oralidade.

Instituiu-se, também, o princípio da identidade física do juiz, de modo que o juiz que colher a prova fica vinculado ao julgamento do processo. Tendo em vista que o novo texto legal não trouxe exceções ao princípio, avaliamos correto aplicar analogicamente as exceções do CPC, quais sejam morte, aposentadoria, convocação, licença e promoção.

Redação Atual	Redação Anterior
Art. 400. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado. § 1º As provas serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias. § 2º Os esclarecimentos dos peritos dependerão de prévio requerimento das partes.	Sem similar na legislação anterior.

Inicialmente observem que a novel legislação fixou o prazo de 60 (sessenta) dias para a designação da audiência de instrução. O prazo deve ser contado a partir data da citação do acusado, oportunidade em que o processo efetivamente está completo. Caso não seja observado referido prazo estaremos diante de constrangimento ilegal, para o caso de réu preso, passível, pois, de *habeas corpus*.

Na mencionada audiência, ouve-se primeiro o ofendido, se possível. Em seguida as testemunhas de acusação e defesa, nesta ordem. Por fim, procede-se ao interrogatório do réu.

Tendo em vista a unidade da audiência de instrução um grave problema processual se avizinha. Com efeito, como proceder no caso de comparecerem as testemunhas de defesa e faltar uma testemunha de acusação? Deve o juiz ouvir apenas as de acusação e dispensar as de defesa para que não ocorra a inversão da ordem de oitiva?

Avaliamos que não. Deve o juiz ouvir todas as testemunhas presentes. Explica-se: Na sistemática anterior existia uma data para oitiva das testemunhas de acusação e outra data para oitiva das testemunhas de defesa. Isto era assim por uma razão lógica. O legislador da época entendia que em uma oportunidade deveriam ser ouvidas as testemunhas de acusação e em outra data as de defesa pelo fato de que o acusado e sua defesa teriam a possibilidade de tomar conhecimento das provas testemunhais contra ele produzidas e trazer outras para desconstituir os depoimentos prestados. O sistema era falho, porque a pretexto

de ampla defesa (sobre a qual o legislador da época não tinha muita noção de conteúdo e extensão) permitiam-se que o acusado apresentasse as chamadas testemunhas de viveiro, que nada sabiam sobre o caso e vinham a juízo simplesmente servir ao réu, a que preço fosse. Com o novo sistema o réu traz suas testemunhas para depor em favor da verdade real, sem prévio conhecimento do que será dito pelas testemunhas de acusação. Diante disso acreditamos que não há como alegar ofensa à ampla defesa ou ao contraditório pelo fato de, por força das circunstâncias do processo, ser invertida a ordem das testemunhas.

A ordem das testemunhas foi mantida no novo texto simplesmente por apego à tradição do foro criminal e ao modelo antigo. As testemunhas apresentadas no processo a ele pertencem e tem por fim única e exclusivamente a busca da utópica verdade real.

A par disso, não custa lembrar que tanto o STJ quanto o STF exigem prova do prejuízo para declarar nulidade no caso de inversão de testemunhas. Isso no modelo antigo, claro.

Redação Atual	Redação Anterior
Art. 401. Na instrução poderão ser inquiridas até 8 (oito) testemunhas arroladas pela acusação e 8 (oito) arroladas pela defesa. § 1º Nesse número não se compreendem as que não prestem compromisso e as referidas; § 2º A parte poderá desistir da inquirição de qualquer das testemunhas arroladas, ressalvado o disposto no art. 209 deste Código.	Art. 398. Na instrução do processo serão inquiridas no máximo oito testemunhas de acusação e até oito de defesa. Parágrafo único. Nesse número não se compreendem as que não prestaram compromisso e as referidas. Art. 404. As partes poderão desistir do depoimento de qualquer das testemunhas arroladas, ou deixar de arrolá-las, se considerarem suficientes as provas que possam ser ou tenham sido produzidas, ressalvado o disposto no art. 209.

O número de testemunhas foi mantido, 8 (oito). A possibilidade de substituição de testemunha foi omitida na nova legislação. Avaliamos que persiste a possibilidade e ficará ao crivo da análise de sua pertinência pelo juiz.

Redação Atual	Redação Anterior
Art. 402. Produzidas as provas, ao final da audiência, o Ministério Público, o querelante e o assistente e, a seguir, o acusado poderão requerer diligências cuja necessidade se origine de circunstâncias ou fatos apurados na instrução.	Art. 499. Terminada a inquirição das testemunhas, as partes – primeiramente o Ministério Público ou o querelante, dentro de 24 horas, e depois, sem interrupção, dentro de igual prazo o réu ou réus poderão requerer diligências, cuja necessidade ou conveniência se origine de circunstâncias ou de fatos apurados na instrução, subindo logo os autos conclusos, para o juiz tomar conhecimento do que tiver sido requerido pelas partes.

O presente dispositivo foi introduzido em substituição ao antigo artigo 499 do CPP. Observem apenas que a diligência a ser requerida tem de guardar relação com fatos apurados na instrução. Não se trata de autorizar reabertura da instrução.

Redação Atual	Redação Anterior
Art. 403. Não havendo requerimento de diligências ou sendo indeferido, serão oferecidas alegações finais orais por 20 (vinte) minutos, respectivamente, pela acusação e pela defesa, prorrogáveis por mais 10 (dez), proferindo o juiz, a seguir, sentença. § 1º Havendo mais de um acusado, o tempo previsto para a defesa de cada um será individual. § 2º Ao assistente do Ministério Público, após a manifestação desse, serão concedidos 10 (dez) minutos, prorrogando-se por igual período de tempo de manifestação da defesa. § 3º O juiz poderá, considerada a complexidade do caso ou o número de acusados, conceder às partes o prazo de 5 (cinco) dias sucessivamente para a apresentação de memoriais. Nesse caso, terá o prazo de 10 (dez) dias para proferir sentença.	Art. 500. Esgotados aqueles prazos, sem requerimento de qualquer das partes, ou concluídas as diligências requeridas e ordenadas, será aberta vista dos autos, para alegações, sucessivamente, por três dias: I – ao Ministério Público ou ao querelante; II – ao assistente, se tiver sido constituído; III – ao defensor do réu. § 1º Se forem dois ou mais os réus, com defensores diferentes, o prazo será comum. § 2º O Ministério Público, nos processos por crime de ação privada ou nos processos por crime de ação pública iniciados por queixa, terá vista dos autos depois do querelante.

Havendo os debates orais, o prazo será de 20 (vinte) minutos para a acusação e para a defesa, prorrogáveis por mais 10 (dez). Havendo mais de um

acusado, o tempo da defesa será individual para cada réu, isto é, 20 (vinte) minutos para cada um dos réus, ainda que estejam sendo defendidos pelo mesmo defensor. Avaliamos que havendo mais de um réu o tempo do Ministério Público também deverá ser deferido individualmente a cada acusado, em nome do princípio da igualdade processual.

Os debates podem ser substituídos por memoriais, de acordo com a complexidade do processo. É de bom alvitre que o juiz fique atento para o fato de que se indeferir a substituição por memoriais também esteja preparado para sentença, pois embora seja discricionário o deferimento ou não a nosso aviso não se revela razoável que um processo seja complexo para o juiz e não seja para as partes.

No caso de haver deferimento de diligência imprescindível a audiência será interrompida e os debates substituídos por memoriais escritos depois de cumprida a diligência ordenada, no prazo de 5 (cinco) dias. As partes serão intimadas para tanto.

PROCEDIMENTO SUMÁRIO

O procedimento sumário tem a mesma estrutura do procedimento ordinário. Será aplicado para os infrações cuja sanção seja inferior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade, ressalvados os crimes de menor potencial ofensivo, os quais seguem o procedimento sumaríssimo.

As seguintes diferenças se verifica em relação ao procedimento ordinário:

- a) o número de testemunhas será de 5 (cinco);
- b) Não sendo caso de julgamento antecipado o prazo para audiência una será de 30 (trinta) dias;
- c) Não há possibilidade de requerer diligências depois da audiência uno, como ocorre no procedimento ordinário;
- d) Não previsão de substituição dos debates por memoriais;

1. NOTAS INTRODUTÓRIAS

Um dos efeitos perversos da globalização é sem dúvida o desenvolvimento, numa dimensão sem precedentes, de uma criminalidade internacional, também ela global.

A globalização é, em princípio, um fenómeno económico a que corresponde à eliminação de restrições e ampliação dos mercados¹.

Além de económica, a globalização é política, tecnológica e cultural influenciada pelo progresso dos sistemas de comunicação, registrado a partir do final de década de sessenta.

O cenário da globalização é caracterizado, segundo Jean de Maillard, por uma “nova desordem mundial”² onde emergem economias destroçadas e com instituições políticas frágeis ou inexistentes; são as que valorizam as matérias primeiras do crime: drogas, armas, seres humanos. Outras são pelo contrário, estáveis e já com função de assegurar a valorização dos capitais fora das regras constrangedoras que os países ricos oficialmente devem respeitar. Estes paraísos fiscais que são a mão esquerda dos países desenvolvidos servem de escape à rigidez das regras de controle da economia destes países.

São zonas cinzentas onde a criminalidade é reciclada. A fractalização de que fala Maillard é a verdadeira chave da compreensão da criminalidade na sociedade globalizada, ordenada a partir do caos em que a anomia e a divisão do trabalho ganham um novo sentido.

A nova criminalidade é expressão de um novo modelo de organização social, marcado pela mobilidade das pessoas e de capitais e onde a concentração do poder dá lugar ao declínio dos Estados e a um mundo onde proliferam as “redes” (ou comunidades) de indivíduos que se identificam entre si, não importando qualquer distinção entre rede legal e criminosa.

Um dos efeitos perversos da globalização é sem dúvida o desenvolvimento, numa dimensão sem precedentes, de uma criminalidade internacional, também ela global³.

As razões desse desenvolvimento são evidentes: a mundialização das

*Promotora de Justiça, Professora de Direito Penal da UFS, Mestranda em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

¹Rodrigues, Anabela Miranda, *Criminalidade Organizada- que política criminal?* In: Revista Brasileira de Direito Comparado. Rio de Janeiro, 2003, p. 103-126.

²MAILLARD, Jean, apud Rodrigues, Anabela, Op. cit. p. 104-105.

³FERRAJOLI, Luigi. *Criminalidade e globalização*. In: Revista do Ministério Público, n.º 96, out.-dez., Lisboa, 2003, p.07.

comunicações e da economia, não acompanhada por uma correspondente mundialização do direito e das suas técnicas de tutela.

Em síntese, as novas formas de criminalidade transnacional são a consequência de uma situação de anarquia geral ou anomia, num mundo cada vez mais integrado e interdependente. Um mundo atravessado por desigualdades crescentes e no qual, como nos informa o relatório da ONU de 2000 sobre o desenvolvimento humano, o fosso de riqueza entre os países mais pobres e os mais ricos do mundo tornou-se de 1 para 35 em 1950 e de 1 para 72 em 1992⁴.

É óbvio que tudo isso é consequência e simultaneamente causa de uma profunda crise do direito, sob dois aspectos que procuro ressaltar. Em primeiro lugar está em crise a credibilidade do direito. Dispomos de uma extensa legislação, cartas e declarações de direitos, o que evidencia que no plano normativo os homens são hoje incomparavelmente mais iguais, que no passado, todavia, em concreto, são de fato mais desiguais em virtude da pobreza e das humilhações de que são vítimas.

Um segundo aspecto da crise é a impotência do direito, a sua incapacidade para produzir regras à altura dos novos desafios desencadeados pela globalização.

O prof. Ferrajoli define a globalização do ponto de vista jurídico como um vazio de direito público à altura dos novos poderes e dos novos problemas, ou seja, de um direito e de um sistema de garantias e de instituições idóneas a disciplinar os novos poderes desregulados e selvagens, tanto do mercado como da política.

A crise atual do direito penal provocada pela globalização consiste na ruptura das funções garantísticas da prevenção e das funções de defesa social e do sistema de garantias.

Nesse contexto, surge um novo desafio para as instituições que compõem o sistema penal no sentido de buscar uma cooperação fora dos limites do próprio Estado diante das novas facetas peculiares à criminalidade organizada.

2. A NOVA QUESTÃO CRIMINAL

A criminalidade organizada transnacional caracterizada pela internacionalização, sofisticação, ampla troca de informação relevante, identificação de oportunidades criminais no mercado global e cuidadosa estruturação interna expandiram-se se aproveitando das inovações nas áreas da informática e telecomunicações.

A criminalidade que hoje ameaça majoritariamente os direitos, a democracia, a paz e o futuro do nosso planeta não é a velha criminalidade de subsistência, é antes de tudo uma “criminalidade do poder”.

⁴ Ferrajoli, Op. cit, p. 07-08.

Em suas lúcidas observações, Ferrajoli distingue três formas de criminalidade do poder, ligadas pelo seu caráter de criminalidade organizada: a dos poderes abertamente criminais, a dos grandes poderes econômicos e, por fim, a dos crimes dos poderes públicos⁵.

São fenômenos criminais que guardam entre si estreita ligação, pelos conluios, feitos de cumplicidade e de recíproca instrumentalização.

A primeira delas é a do crime organizado, a grande criminalidade das máfias e das camorras. Essa criminalidade adquiriu um peso financeiro sem precedentes através do mercado clandestino de drogas e armas, com o recrutamento maciço de estratos marginais de pequenos traficantes e vendedores.

A segunda forma de criminalidade de poder é a praticada por grandes grupos econômicos transnacionais, que se manifesta na corrupção e na apropriação de recursos. No vazio do direito público, especificamente do direito penal internacional, a relação entre estados e mercados inverte-se. Já não são os estados a por em concorrência as empresas, são estas que põem em concorrência os estados, decidindo fazer investimentos nos países onde a corrupção das elites dirigentes é mais permeável.

Por fim, a terceira forma de criminalidade do poder é a dos poderes públicos, também ela geralmente organizada.

Aqui nos deparamos com um fenômeno complexo e heterogêneo. Há várias formas de corrupção e de apropriação da coisa pública que parecem ter-se tornado uma dimensão ordinária dos poderes públicos.

Aqui o entrelaçamento com a criminalidade dos poderes econômicos é estreitíssimo.

Em todos os casos os elementos que tornam mais gravemente ameaçadoras estas novas formas de criminalidade são o seu caráter organizado e o fato de serem apoiadas e protegidas por poderes fortes, ocultos, por vezes subversivos, por agentes em posição de domínio.

As verdadeiras classes perigosas já não provêm de estratos marginais, mas sim das elites dirigentes, econômicas e políticas.

Diante disso tudo surge uma nova questão penal. Como o sistema penal pode reagir às novas funções e responsabilidades advindas dessa nova forma de criminalidade?

Essa transformação nos obriga a repensar radicalmente a eficácia das técnicas de tutela e de garantias dos bens e direitos fundamentais, os mais atingidos pela criminalidade do poder.

Nessa direção de fazer frente aos novos desafios que a criminalidade organizada impulsiona foi a instituição do Tribunal Penal Internacional para os crimes contra a humanidade, que entrou em vigor em julho de 2002.

⁵ Ferrajoli, *Op. cit.* p. 11.

Entretanto, ainda estamos dando os primeiros passos na globalização do direito e dos direitos à medida da globalização do crime.

Pelo contrário, assistimos em todos os países do ocidente uma crise de sobre produção do direito penal, que está provocando o colapso da sua capacidade reguladora. As leis contam-se pelas dezenas de milhar. Essa inflação legislativa provoca um caos normativo caracterizado pela incerteza e sobreposição de competências. No entanto, carecem limites e mecanismos de controle sobre os poderes econômicos e políticos.

É claro que tal crise inflacionista do direito penal é o sinal e o produto de uma política penal conjuntural, incapaz de enfrentar as causas estruturais da criminalidade.

Do ponto de vista estrutural esta é uma criminalidade organizada em sentido amplo caracterizada por numerosos atores organizados em redes ou sistemas; uma divisão de trabalho bem definida, um conjunto complexo de valores e de normas de comportamento, sistemas de produção e de distribuição com objetivos nacionais e internacionais; vias de branqueamento de vastos montantes de capitais; um conjunto complexo de relações com os governos de vários países.

O crime adquiriu uma enorme capacidade de diversificação para explorar campos tão diferentes como o jogo, a prostituição, o tráfico de pessoas, de droga, de armas, aparecendo invariavelmente a lavagem de capitais como complemento natural dessas atividades.

O delito é cada vez menos um ato e cada vez mais um conjunto de atos imperceptíveis como ilícitos e só a reconstituição do todo revela traços de cada uma das partes⁶.

Neste quadro é evidente que os sistemas penais são inoperantes para responder ao desafio da criminalidade. Torna-se imperioso recorrer, no âmbito punitivo, à cooperação internacional. Os Estados não estão em condições de lutar isoladamente e devem conjugar esforços para controlar essa nova criminalidade.

3. LIMITES DO ESTADO DE DIREITO NO COMBATE A CRIMINALIDADE ORGANIZADA (Winfried Hassemer)

O fenômeno da criminalidade organizada tem suscitado reformas legislativas no âmbito do direito penal e do processo penal com instrumentos de combate até então desconhecidos. Exemplificando, Hassemer cita com propriedade o inconstante aumento dos marcos penais, novos tipos penais, limitação da presunção de inocência, do domicílio, do sigilo das comunicações, da propriedade, etc.⁷.

⁶ RODRIGUES, Anabela, op. cit. p.113

⁷ Hassemer, Winfried, *Limites del Estado de Derecho para el combate contra la Criminalidad Organizada*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 23, jul.-set., São Paulo, 1998, p. 25-30.

Afirma que a criminalidade organizada como uma nova forma qualitativa de ameaça só permite uma determinação através de um novo critério qualitativo. No seu entendimento a criminalidade organizada exige uma resposta inteligente e focalizada mais na prevenção técnica do que normativa. Ou seja, o combate à criminalidade organizada requer investimentos e criatividade que não são tão simples de obter como as meras agravações legislativas.

Alguns exemplos de prevenção técnica podem ser enumerados: sistemas que dificultem o roubo de veículos automotores; desmantelamento do mercado negro de drogas; medidas de combate à corrupção na administração pública, através da transparência e de uma melhor participação do cidadão; intercâmbio de informações sobre operações suspeitas, acordos internacionais de prevenção e persecução no campo da lavagem de dinheiro.

O Estado democrático de direito impõe limites no combate à criminalidade organizada a partir da observância de princípios de respeito à dignidade humana e de outros princípios próprios do estado de direito. Dentre esses princípios pode-se elencar: a proibição de tortura de suspeitos, a inviolabilidade do domicílio de pessoas suspeitas ou a renúncia de seqüestro da propriedade alheia por simples suspeita.

Conclui Hassemer que no Estado de Direito urge que se restrinjam novas agudizações do direito penal que impliquem restrições a direitos fundamentais sem uma avaliação confiável das conseqüências e dos efeitos colaterais dessas medidas sempre orientadas pelo princípio da proporcionalidade. E que se dê a criminalidade organizada um tratamento científico de modo que não coloque em perigo direitos fundamentais de liberdade de pessoas não diretamente envolvidas⁸.

As preocupações do professor e jurista alemão são legítimas, nomeadamente por destacar a preponderância que deve ter a prevenção técnica sobre a prevenção normativa no enfrentamento da criminalidade organizada.

A defesa de limites próprios do Estado de Direito no campo da luta contra a criminalidade organizada é um imperativo categórico. Todavia, o Estado não deve utilizar as mesmas armas que se encontram ao alcance dos criminosos, sob pena de por em risco a credibilidade e a confiança da população na ordem jurídica estatal.

⁸ Hassemer, Op. cit, p. 28-29.

4. CONCLUSÕES

A luta contra a criminalidade organizada é uma constante de qualquer sociedade organizada por mais incipiente que se apresente. Tentar perceber o fenómeno da criminalidade transnacional, não como um qualquer bizarro fenómeno social, mas antes como decorrência da própria idéia de globalização constitui um imperativo categórico no aparelhamento do Estado e das instituições democráticas no sentido de dar respostas rápidas e eficientes⁹.

A União Européia tem avançado no enfrentamento da criminalidade organizada e está se organizando paulatinamente através de ações comuns buscando estabelecer uma cooperação mútua entre os Estados-membros. Instrumentos processuais estão sendo criados, a exemplo do mandado de detenção europeu, capazes de maximizar a eficiência necessária na elucidação de um complexo fenómeno que tem se expandido aproveitando-se das oportunidades geradas pela globalização.

Podemos concluir que o problema do crime organizado requer um sistema de cooperação entre órgãos e agentes especializados, munidos de aparelhamento técnico e científico de modo a alcançar resultados eficazes. O Ministério Público não deduz uma acusação, o juiz não sentencia e o sistema penitenciário não pune se não houver prova de crime, e as provas só podem ser obtidas através de uma investigação técnica e inteligente em estrita observância aos princípios e limites impostos pelo Estado de Direito.

No plano meramente instrumental devemos ressaltar que o manejo de meios e tecnologias que o crime organizado detém faz necessário entre outras coisas, um reforço substancial de recursos, aparelhamento técnico e profissional dos organismos incumbidos do seu controle.

Mas principalmente é necessária uma revolução cultural, uma nova atitude que passa por um constante aperfeiçoamento profissional e ético dos quadros de todos os segmentos do sistema penal.

As inovações processuais serão procedentes na medida em que se respeitem cabalmente as garantias do devido processo e se projetem dentro de um rígido marco ético próprio de um Estado democrático de direito.

⁹ COSTA, José de Faria, *O fenómeno da Globalização e o Direito Penal Económico*. In: Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra. Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 531- 550.

LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN LA REPUBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY

Prof. Dr. Ruben Flores Dapkevicius¹

SUMARIO: 1. Contratos de la Administración 2. Criterios de distinción con los contratos de Derecho Privado 3. Elementos 4. Principios de la contratación administrativa 5. Responsabilidad precontractual 6. Vicios de la contratación administrativa 7. La licitación pública 8. Ventajas e inconvenientes 9. Principios de la licitación pública 10. El principio de la licitación pública 11. Excepciones al principio 12. Los sujetos de la licitación pública 13. El procedimiento licitatorio 14. Adjudicación 15. Perfeccionamiento del contrato 16. Control 17. Ejecución de los contratos administrativos 18. Tesis tradicional 19. Tesis contemporánea 20. Los derechos del licitante 21. El principio de equilibrio financiero del contrato 22. El acto de la autoridad. El hecho del príncipe 23. La teoría de la imprevisión 24. Las sujeciones imprevistas 25. Extinción de los contratos administrativos 26. Formas normales 27. Formas extraordinarias de extinción 28. Esquema del procedimiento licitatorio 29. Conclusiones 30. Bibliografía sumaria

1. CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN

Existe un género que es el contrato ². Este se caracteriza por un acuerdo de voluntades, circunstancia que se aplica al derecho público como al privado ³. Cuando a esos caracteres básicos se les agregan algunas notas típicas de alguna rama del derecho, ese género (contrato) se particulariza como civil, comercial, laboral, administrativo, etc ⁴.

Sin embargo hay autores que niegan la existencia de los contratos administrativos fundando su tesis en aquella antigua expresión de Mayer que "El Estado solo manda unilateralmente" ⁵. Por ello no existiría igualdad entre las partes, ni autonomía de la voluntad.

¹ Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Mayor de la República. Profesor de Derecho Administrativo y Constitucional de la Universidad de la República Oriental del Uruguay. Prof. del Máster de Derecho Administrativo Económico de la Universidad de Montevideo.

² Flores Dapkevicius, Rubén : Manual de Derecho Público, Tomo II, Administrativo, Editores Euros B de F, Bs. As. 2007

³ Dromi, Roberto: Derecho Administrativo, pag. 321, Ediciones Ciudad de Buenos Aires, Bs. As. 1997

⁴ Granillo Ocampo, Raúl: Distribución de los riesgos en la contratación administrativa, pag. 72, Astrea, Bs. As. 1990

⁵ Mayer, Otto: Derecho Administrativo Alemán Tomo, Depalma, Bs. As. 1982

Resulta sencillo desvirtuar estos presuntos vicios si consideramos que en sede privatista existen los contratos de adhesión que se caracterizan por:

- a) La predeterminación del contenido contractual de manera inmodificable, general y uniforme, por la parte más poderosa;
- b) La necesaria adhesión de la contraparte que no puede discutir el contrato y, por ello, no existe el período de tratativas;
- c) La superioridad económica de una de las partes ⁶.

En lo que atañe al tema en estudio debe tenerse presente que, sin perjuicio de ser, en general, la parte generalmente más poderosa, el Estado se autolimita mediante la regulación que de él emana y que debe cumplir en virtud del Estado de Derecho.

Asimismo, el art. 23 lit. A del Decreto Ley 15524 incluye a los contratos administrativos dentro del concepto de regla de derecho, hecho que será oportunamente analizado y debería tener una fundamental trascendencia en lo que respecta al control jurisdiccional ⁷.

Por último, la recepción del contrato administrativo tiene otra norma de singular trascendencia en el art. 120 del Decreto 500/91 que define al acto administrativo como toda manifestación de voluntad de la administración que produce efectos jurídicos ⁸. Dentro del concepto ingresan los contratos de la Administración al no disponerse que la voluntad deba expresarse, necesariamente, en forma unilateral.

De acuerdo a ello, los contratos administrativos son actos administrativos bilaterales. Ello es así por oposición a los actos administrativos unilaterales.

Por lo expuesto, existirán, de principio, los contratos Administrativos⁹ cuando uno de los sujetos que en él participa sea la Administración (criterio subjetivo) ¹⁰. Sin perjuicio de ello, el estudioso o aplicador del Derecho en sede administrativa o jurisdiccional, deberá observar cada especie de contrato en particular porque, según ésta, será diferente el derecho aplicable.

En efecto, existen contratos administrativos donde se aplica, predominantemente, el Derecho privado y ello nos obliga a distinguir:

A) Los contratos del Derecho privado como el arrendamiento ¹¹. En estas especies se aplica, de principio, el Derecho común, sin perjuicio de la

⁶ Gamarra, Jorge: Tratado de Derecho Civil Uruguayo, tomo 9, pag. 206, Mdeo. 1977

⁷ Flores Dapkevicius, Rubén : La acción de nulidad y la responsabilidad del Estado, Carlos Alvarez editor, Mdeo. 200

⁸ Flores Dapkevicius, Rubén: Decreto 500/91, anotado y concordado, Amalio Fernández, Mdeo. 2006, 3ra Edición ampliada. El decreto 500/91 regula el procedimiento administrativo común y el disciplinario

⁹ A nuestro juicio el nombre interesa limitadamente. Lo trascendente es el régimen jurídico del género y de la especie. Si el nombre cumple esa función es suficiente.

¹⁰ Flores Dapkevicius, Ruben: Manual teórico práctico de contrataciones administrativas, Incluye el TOCAF, anotado y concordado, B de F editorial, Bs. As., Buenos Aires 2003.

¹¹ Dromi, Roberto: Derecho Administrativo, pag. 325, Ediciones Ciudad de Buenos Aires, Bs. As. 1997

etapa previa interna donde la Administración decide contratar y que se regula por el Derecho público. Así, deberán existir fondos presupuestales disponibles, motivo, fin y procedimiento específicos para contratar.

B) Los contratos regidos por el Derecho Público que no tienen equivalentes en el Derecho Privado, como el contrato de concesión de servicio público ¹².

C) Debemos recordar que, generalmente, el contrato administrativo es sinalagmático, entendido el concepto en forma administrativa ¹³.

2. CRITERIOS DE DISTINCION CON LOS CONTRATOS DE DERECHO PRIVADO

En este apartado nos preguntamos : ¿Cuál es el elemento caracterizante o esencial para decidir cuándo nos encontramos con un contrato de la Administración?

El derecho comparado y la doctrina han ensayado múltiples criterios de distinción entre los contratos administrativos y los privados ¹⁴.

A) CRITERIO SUBJETIVO

El contrato administrativo se definiría porque uno de los sujetos participantes es la Administración ¹⁵.

De acuerdo con ello todos los contratos en que participe serían administrativos, incluido el arrendamiento, compraventa, donación, etc, aunque el orden aplicable sea, esencialmente, el privado, en el área del puro acuerdo, no en el orden interno de la Administración, cuando decide contratar.

B) CRITERIO: CALIFICACION LEGISLATIVA

Este criterio operaría de una forma similar al propuesto en el literal que sigue. Si el legislador dispone que un determinado contrato es administrativo, así deberá entenderse.

C) CRITERIO DE LA JURISDICCION

La distinción entre las dos especies de contratos surgiría de la existencia de una jurisdicción especial, especializada, para el supuesto de los contratos administrativos. Sin embargo, la jurisdicción propia no puede calificar la naturaleza del contrato porque ésta debería ser la causa de aquélla.

¹²Flores Dapkevicius, Rubén : Manual de Derecho Público, Tomo I, Constitucional , Editores Euros B de F, Bs. As. 2007

¹³Batbie; A: Traité théorique et pratique de Droit Public et Administratif, pag. 614, Paris 1886

¹⁴Jéze, Gastón: Principios Generales del Derecho Administrativo, tomo III, pag. 319, Depalma, Bs. As. 1949

¹⁵Durán Martínez, Augusto: Ejecución de los contratos administrativos, Curso para graduados 1988 FCU, Mdeo. 1989, Pag. 62 fundando su opinión, que compartimos, en el art. 482 de la ley 15903 (modificado por el art. 653 de la ley 16170 y por el art. 738 de la ley 16736) y en el nomen juris de la sección en que se encuentra ese artículo en el TOCAF. El TOCAF es el TEXTO ORDENADO DE CONTABILIDAD Y ADMINISTRACIÓN FINANCIERA URUGUAYO.

D) CRITERIO: PROCEDIMIENTO

Nos encontraríamos frente a un contrato de la Administración si en el mismo se ha seguido un procedimiento especial administrativo de contratación, por ejemplo, la licitación.

E) CRITERIO: SERVICIO PUBLICO

Si el contrato persigue, o está vinculado con un servicio público, nos encontraríamos con un contrato administrativo. La dificultad del mismo radica en que deberíamos definir qué se entiende por servicio público, hecho donde no existe unidad de doctrina.

F) CRITERIO: FIN

De acuerdo con el presente criterio de distinción nos encontraríamos frente a un contrato administrativo cuando en el mismo esté comprometido el interés general.

G) CRITERIO: MATERIAL

Los contratos administrativos se caracterizarían porque su materia o sustancia sería diferente a la que constituye el resto de los contratos. Así sucedería en el contrato de obra pública, pero no acontecería cuando la Administración celebra un contrato de arrendamiento para la casa -habitación de un funcionario.

En definitiva, creemos que para decidir cuándo nos encontramos con un contrato administrativo debemos aplicar el criterio subjetivo y, si existieren dudas, no existe obstáculo para aplicar más de un criterio de distinción.

“La liquidación de la doctrina sustantivadora del contrato administrativo comporta una consecuencia: la reaparición en primer plano del requisito subjetivo de la presencia de una Administración Pública”¹⁶.

La dilucidación del dilema puede tener importancia para saber el régimen aplicable en cada hipótesis¹⁷.

3. ELEMENTOS ESENCIALES

El tema de los elementos del contrato Administrativo es de singular importancia porque, de acuerdo a los vicios que los puedan afectar, dependerá la legitimidad y validez del acuerdo.

¹⁶ García de Enterría, Tomás y Fernández, Ramón: Curso de Derecho Administrativo I, pag. 639, Civitas, Madrid 1983

¹⁷ Flores Dapkevicius, Rubén : Manual de Derecho Público, Tomo II, Administrativo, Editores Euros B de F, Bs. As. 2007

Destacamos desde ya que los mismos guardan relación con los elementos de los actos administrativos, analizados oportunamente.

Ingresando en el tema propuesto debemos decir que los elementos de los contratos Administrativos son los siguientes: los sujetos, la voluntad, el objeto, la causa, el fin y las formalidades y la forma.

A) LOS SUJETOS

Un elemento caracterizante de los contratos Administrativos es que una de las partes será la Administración, esto es el órgano competente. Antes de continuar debemos detenernos brevemente y hacer algunas precisiones previas ¹⁸.

Los ordenadores de gastos son los órganos competentes para dictar actos administrativos por los que se contraen compromisos, art. 14 del Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera: TOCAF ¹⁹.

En la terminología habitual los ordenadores son los jerarcas, de diversos grados, que actúan de acuerdo a los límites impuestos por las normas .

Debe distinguirse los ordenadores de gastos de los de pago, que son los que disponen el cumplimiento del compromiso previamente contraído, art. 31.

Los ordenadores de gastos se clasifican en primarios y secundarios.

Los ordenadores primarios son los jerarcas de los sistemas orgánicos correspondientes.

Los ordenadores secundarios de gastos se definen y enumeran en los arts. 28 y 29 Del TOCAF ²⁰. Se destaca que las disposiciones comentadas sólo enumeran los ordenadores de que se trata al decir que “ en especial...”.

Respecto de la otra parte que forma el contrato, el art. 43 del TOCAF establece la regla que la capacidad para contratar con la Administración se apreciará de acuerdo al derecho común, esto es, el derecho privado.

Asimismo, la normativa vigente consagra y puede establecer una serie de requisitos, prohibiciones e incompatibilidades para contratar con la Administración.

B) OBJETO

Debe ser cierto, determinado y lícito ²¹, esto es que debe ajustarse a lo que dispone la Constitución, principios generales de derecho, ley y reglamentos, aplicándose el principio de jerarquía formal de las fuentes.

¹⁸ Pérez Hualde, Alejandro. Contratos Administrativos , pag. 284, publicado en Manual de Derecho Administrativo, Farrando Ismael (h) y Martínez Patricia R directores, Depalma, Bs. As. 1996

¹⁹ Merteikian, Eduardo, Ley de Administración Financiera y Control de Gestión, I.1.1-14 , R.A.P, Buenos Aires 2005. Ver por ejemplo art 33 de la ley 24156

²⁰ Se reitera que el TOCAF es el Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera Uruguayo. DISPONIBLE en rflores@montevideo.com.uy

²¹ Prat, Julio A: Derecho Administrativo, T. 3 Vol 2, pag. 231, Acali, Mdeo. 1978

El contenido del contrato se puede clasificar en esencial, implícito y eventual.

Esencial es el que define la especie de contrato de que se trata.

El contenido implícito es el que integra el contrato aunque no se hubiese mencionado expresamente. Surge del derecho vigente. Un ejemplo de esta especie lo constituye la necesaria homologación de las tarifas, por lo órganos competentes, en el supuesto de concesión de servicio público, art. 51 de la Constitución de la República. Si esa estipulación no se hubiere efectuado, de todas maneras, debe entenderse formando parte de la especie de contrato de que se trata.

El contenido eventual es el que puede existir pero que dependerá de la voluntad de las partes. Así el establecimiento de determinadas condiciones particulares para un contrato.

C) CAUSA O MOTIVO. LA MOTIVACIÓN

Constituye el por qué del contrato y en sede jus publicista es el motivo del acto .

El tema fue observado, con detenimiento, supra cuando analizamos los elementos del acto administrativo. En ese sentido se distinguió motivo de motivación ²².

D) FIN

Es el para qué del contrato. El fin puede estar expresamente determinado. Si así no aconteciera siempre será actuar conforme al interés público.

E) FORMALIDADES Y FORMA

Las formalidades son los requisitos necesarios para la celebración del contrato y pueden ser anteriores, concomitantes o posteriores.

Las anteriores refieren al modo de selección del co-contratante.

La contratación administrativa se desarrolla mediante procedimientos administrativos especiales.

Si existe algún vacío en los mismos, serán de aplicación los principios y normas del procedimiento administrativo común.

Las concomitantes son las que deben cumplirse en el momento de celebrarse el contrato.

Las formalidades posteriores son las que deben cumplirse en la de ejecución del contrato.

La forma es una formalidad más y es el modo como se documenta el contrato.

²²Flores Dapkevicius, Rubén : Manual de Derecho Público, Tomo II, Administrativo, Euros B de F editores, Buenos Aires 2007

F) VOLUNTAD

Como veremos infra las voluntades que forman el contrato podrán estar viciadas por error, dolo o violencia. En ese sentido se aplicarán las normas del derecho común, si no existe regulación propia de Derecho Administrativo.

4. PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Brevemente haremos referencia a los principios que a la contratación administrativa informan, sin perjuicio de la remisión a los que son propios del procedimiento de licitación pública y el procedimiento administrativo común. Serán analizados de acuerdo a lo dispuesto, especialmente, en el art. 131 del TOCAF y demás disposiciones vigentes.

A) FLEXIBILIDAD

Mediante este principio se pretende desterrar la rigidez y el uniformismo.

Implica reconocer el hecho de la imposibilidad de prever todas las situaciones y reglamentar su resolución. Así se permiten soluciones entre las partes, pero sin caer en extremos, que puedan llevar a violentar las normas sobre contratación estatal.

La flexibilidad autoriza cierta discrecionalidad a los ordenadores, en cuanto a la exigencia de requisitos y cuestiones menores que permitan solucionar problemas prácticos ²³, y así obtener la mejor oferta.

B) DELEGACION

Debe entenderse con el fin de eliminar el centralismo burocrático, mediante la aplicación de las distintas modalidades de la centralización ²⁴.

C) AUSENCIA DE RITUALISMOS

Se traduce en la necesidad de evitar trámites, formalismos o recaudos innecesarios que dificulten el procedimiento.

D) MATERIALIDAD

Prioriza lo significativo, lo que tiene trascendencia desde el punto de vista de la ciencia de la auditoría. Permite, por ejemplo, el “redondeo” de las sumas de dinero. Por ello, materialidad no es verdad material, ni se opone a verdad formal.

²³Flores Dapkevicius, Ruben Decreto 500/91 (regla el procedimiento administrativo común y disciplinario), anotado y concordado Amalio Fernández. Mdeo. 2006, 3ra. Edición ampliada

²⁴Flores Dapkevicius, Ruben: Derecho Penal Administrativo: El Procedimiento Disciplinario, Amalio Fernández, Mdeo. . 2004, 2da edición ampliada

E) PRINCIPIO DE VERDAD SALVO PRUEBA EN CONTRARIO

Con en el mismo se pretende eliminar la actitud de sospecha de la Administración que hace multiplicar las formalidades, ritos y controles .

F) PUBLICIDAD

El principio de publicidad posibilita, a todo el interesado en contratar con la Administración, conocer en tiempo y forma la voluntad de ésta en el mismo sentido.

G) IGUALDAD DE OFERENTES

Es el corolario del principio más general de igualdad ,Constitución, art. 8.

H) CONCURRENCIA

Es de la esencia y finalidad de la contratación administrativa y se vincula con los principios de publicidad e igualdad de oferentes . Permite, asimismo, que la Administración obtenga una mejor oferta.

I) TRANSPARENCIA

La transparencia en toda la actuación pública es de la esencia del Estado de Derecho y emana del magisterio del servicio al público y a la Nación.

J) INFORMACIÓN FINANCIERA

Este principio es trascendente y con el de publicidad consagran la siempre posible, necesaria y sana actividad de control propia del Estado de Derecho.

L) PROBIDAD

El principio de probidad es fundamental para la disposición del dinero del pueblo que es, el que en definitiva, se encuentra en juego en todo el Derecho Público y, en especial, en cada contrato administrativo.

K) EQUILIBRIO DE LA EFICACIA Y EL CONTROL

Este principio debe ser el rector en lo que refiere a las diversas secuencias que se exigen en el desarrollo de toda la actuación administrativa.

5. RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

La celebración del contrato generalmente se encuentra precedido de una fase preparatoria previa que puede dar lugar a la responsabilidad de las partes.

La responsabilidad precontractual se funda en la violación del principio de buena fe complementado por el principio de confianza que "... no es más que el estado subjetivo de aquél que espera que el comportamiento del otro sujeto se ajuste a la buena fe. Mientras que la violación de la buena fe se examinará con respecto al sujeto que resultará (o no) responsable precontractualmente, el estado de confianza será apreciado en relación a la víctima de la responsabilidad. Buena fe (objetiva) y confianza son anverso y reverso de la misma medalla"²⁵

El Código Civil consagra la responsabilidad en estudio en los arts. 1276, 1334, 1672, 1721, 1804, 2204, etc..

Ingresando a las hipótesis que pueden dar lugar a la responsabilidad precontractual cuando una de las partes en las tratativas es la Administración, corresponde decir que, las mismas pueden obedecer a aquélla o a su contraparte.

La Administración puede incurrir en responsabilidad precontractual si:

A) Revoca, modifica o suspende ilegítimamente el llamado a licitación.

B) Si niega indebidamente la recepción de ofertas.

C) Si rechaza ilegítimamente una oferta.

D) Si adjudica prematuramente la licitación.

E) Si revoca ilegítimamente la adjudicación.

F) Si existen determinados vicios en los pliegos, en el llamado, en la adjudicación, etc..

La contraparte puede incurrir en responsabilidad precontractual si existe de la licitación.

En el supuesto de que el licitante sea el responsable, la Administración podrá retener la garantía de mantenimiento de oferta, art. 55 del TOCAF. Si la hipótesis no hubiese ingresado en esa disposición deberá promover el juicio respectivo.

Si es la Administración la responsable debería resarcir, de principio, todos los perjuicios que haya ocasionado y que hayan sido fehacientemente probados.

6. LOS VICIOS DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A) VICIOS EN EL SUJETO: LA ADMINISTRACIÓN

En primer lugar observamos el vicio en la competencia. Esta es definida como la aptitud de obrar de las personas públicas o de sus órganos. Ella determina los límites dentro de los cuales han de desarrollarse unas y otras.

Los elementos determinantes de la competencia son el territorio, la materia y los poderes jurídicos. A ellos debemos agregar el grado.

²⁵ Gamarra; Jorge: Tratado de Derecho Civil Uruguayo Tomo 11, pag. 33, Mdeo.1979

Por lo expuesto, es en esos elementos donde se pueden producir vicios de incompetencia del órgano o personas públicas.

Otro vicio importante, respecto al sujeto público, es la falta de crédito presupuestal que no genera la nulidad del contrato, aunque sea ilegítimo. Esa ilegitimidad producirá la eventual responsabilidad patrimonial, disciplinaria o política de acuerdo al caso concreto.

También deberá observarse si resulta necesaria una autorización para que el órgano público celebre un contrato. Si ésta no se hubiere recabado, se produce una nulidad que podría sanearse de acuerdo a cada caso concreto.

Por último se pueden observar los vicios de la voluntad. Estos son el error, la violencia y el dolo y se regulan, si no existen disposiciones de Derecho Administrativo, por el Derecho común.

Obviamente, refieren al elemento del órgano denominado voluntad humana ²⁶.

B) VICIOS EN EL SUJETO: EL LICITANTE

Respecto de la capacidad están capacitados para contratar con el Estado las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que teniendo el ejercicio de la capacidad jurídica que señala el derecho común, no estén comprendidas en alguna disposición que expresamente se lo impida ²⁷.

Por su parte, los vicios de la voluntad del licitante son, prácticamente, los mismos y, se regulan de forma similar a los que afectan a la voluntad del organismo licitante.

C) VICIOS EN EL OBJETO

El contenido del contrato puede estar afectado por ser ilícito, indeterminado o irrazonable, por no ajustarse al principio de razonabilidad.

D) VICIOS EN LAS FORMALIDADES

Las formalidades son los requisitos anteriores, concomitantes o posteriores, necesarios para la celebración del contrato.

La forma constituye una de las formalidades y es el modo como se documenta el contrato.

Un vicio formal esencial que causa nulidad es la falta de motivación, entendida ésta como la exteriorización de los motivos que dieron lugar a la solución.

²⁶ Ver Gamarra, Jorge: Tratado cit. Tomo XII, Mdeo. 1979

²⁷ Flores Dapkevicius, Rubén : Manual de Derecho Público, Tomo II, Administrativo, Editores Euros B de F, Bs. As. 2007

Se ha entendido que los vicios en el procedimiento deben ser de cierta entidad para causar nulidad ²⁸.

Sin perjuicio de ello, la licitación "es una formalidad esencial en la contratación administrativa, establecida por razones de interés público. De ahí que su omisión invalida radicalmente el contrato, produzca nulidad absoluta, pudiendo ser invocada por todos, la Administración, el particular contratante y los terceros interesados"²⁹.

En el supuesto de un vicio producido por la falta o defecto de la publicidad se deberá analizar cada caso concreto.

E) VICIOS EN EL ELEMENTO TELEOLÓGICO

El vicio en el fin puede dar lugar a la desviación de poder. Esta existirá cuando el fin querido por la Administración es distinto al fin debido, legalmente determinado.

El fin puede estar expresamente determinado. Si así no aconteciera siempre será actuar conforme al interés público.

E. VICIOS EN LA CAUSA.

El motivo es el antecedente de la dictación del acto y de su contenido. Los vicios sucederán, entonces, respecto a la apreciación del motivo, su inexistencia, su falsedad, etc..

La inexistencia de motivo da lugar a la nulidad absoluta.

La incorrecta apreciación de los motivos, *latu sensu*, debe observarse en cada caso.

7. LA LICITACIÓN PÚBLICA

La licitación pública es un procedimiento administrativo que consiste en una invitación a contratar de acuerdo a bases previamente determinadas con la finalidad de obtener la oferta más beneficiosa para la Administración ³⁰.

De la presente definición podemos extraer los elementos que al instituto informan:

A) Es un procedimiento, o sea una secuencia de actos y hechos.

La licitación pública es un procedimiento que tiene por objeto seleccionar al cocontratante de la Administración. No es el contrato mismo. Se rige por

²⁸Sent 1205/99 del TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (TCA) : el Tribunal, coincidiendo con la doctrina, ha señalado que cabe distinguir entre formalidades sustanciales o esenciales y formalidades no sustanciales o no esenciales, por lo que ha concluido, en las diversas oportunidades en que ha debido emitir su juicio respecto a esta cuestión, que el vicio formal no determina, por sí solo, de manera mecánica o automática, la nulidad del acto, sino que es menester que ese vicio posea una cierta trascendencia en orden a su repercusión o influencia sobre el propio contenido del acto.

²⁹Sayagués Laso, Enrique: Tratado de Derecho Administrativo, t. 1, Pag. 558, FCU, Mdeo. 1991

³⁰Flores Dapkevicius, Ruben: Manual Teórico Práctico de contrataciones Administrativas, cit. Pag 26

principios propios y, en caso de silencio, deberá acudirse a las normas y principios del Derecho Administrativo Contractual y del procedimiento administrativo común.

B) Es una forma de seleccionar el cocontratante

Ello es así porque nuestro derecho permite que la Administración pueda, en determinados casos, contratar mediante otras modalidades como la compra directa, etc..

C) Es una invitación a contratar.

D) De acuerdo a bases previamente determinadas.

E) La finalidad es obtener la oferta más beneficiosa.

8. 'VENTAJAS E INCONVENIENTES

El procedimiento de Licitación pública cuenta con múltiples ventajas en beneficio de la comunidad y del bien común que la ha generalizado como un instrumento de principio en el supuesto de los contratos Administrativos ³¹.

En ese sentido:

1) Se evita, en la mayoría de los casos, la corrupción de los servidores públicos, que tienen la competencia de contratar, y la de los particulares. Esta ventaja es inobjetable más allá de algunos posibles casos aislados de conductas indebidas.

La necesidad de respetar el procedimiento y adjudicar la licitación al proponente más beneficioso, obra como un límite para acuerdos fraudulentos.

2) La necesaria concurrencia de los particulares puede generar un beneficio importante, para la Administración licitante, que puede obtener de esa competencia un mejor precio lato sensu ³².

3) Los licitantes controlarán el procedimiento, pudiendo oponerse mediante los recursos administrativos pertinentes, si la licitación se desarrolla en forma anormal.

La doctrina ha expresado los inconvenientes que al procedimiento informan:

1) Lentitud

2) La licitación no garantiza, necesariamente, obtener la oferta más conveniente.

3) De todas maneras pueden existir acuerdos fraudulentos.

Las excepciones a la licitación pública son un tema crucial ya que existe una tensión permanente entre el interés del Estado (que cada vez compete más con los particulares que se rigen por otros procedimientos, motivos y fines),

³¹Prat, Julio A: Derecho Administrativo, T. 3, Vol 2, pag 256, Acali, Mdeo. 1978

³² Sayagués Laso, Enrique: La licitación pública, pag. 2, obra actualizada por los Profs. Ruben Flores Dapkevicius y Daniel Hugo Martins, B de F, Buenos Aires 2005

por ampliar al máximo la flexibilidad y libertad que da la contratación directa: "Esto puede ocurrir por motivos de corrupción pero en múltiples casos simplemente por el objetivo de realizar la mejor contratación que no siempre se asegura mediante un régimen de licitación pública"³³.

Creemos que, sin perjuicio de los enunciados, el procedimiento, que es perfectible, es el mejor instrumento para la contratación administrativa.

9. PRINCIPIOS DE LA LICITACIÓN PÚBLICA

Sin perjuicio de la aplicación de los principios del Derecho Administrativo Contractual, en general y, subsidiariamente, del procedimiento administrativo común, existen otros propios que a la licitación informan.

Habitualmente las normas jurídicas expresan los principios generales aplicables al tema correspondiente.

En la práctica, los mismos obran como cimiento fundamental de los procedimientos, aplicándose en la interpretación del resto de los preceptos.

La existencia de un principio general limita la discrecionalidad del órgano de que se trate en tanto debe actuar de conformidad con el mismo.

En síntesis, su importancia práctica se traduce en lo expuesto y, fundamentalmente, en el hecho de que toda excepción al mismo debe surgir de norma expresa en contrario y es de interpretación estricta, por lo que no se permiten extensiones analógicas.

Los principios de la licitación pública son: igualdad de oferentes, cumplimiento estricto de los pliegos. A los mismos debemos agregar el principio que establece que la oferta más ventajosa no es, necesariamente, la que ofrece el menor precio; el principio de equilibrio de la ecuación económica financiera del contrato y el de publicidad. Lo estudiaremos en ese orden:

A) IGUALDAD DE LOS OFERENTES, ART 131 TOCAF

El presente principio prohíbe cualquier tipo de preferencia a un licitante en particular. Por ello, el art. 46 del TOCAF, establece la nulidad del procedimiento si se hubieren establecido cláusulas o especificaciones que sólo puedan cumplirse por un licitante.

También respecto a la igualdad debemos considerar si las empresas oferentes pueden poseer algún tipo de información privilegiada; por ejemplo, por haber participado en estudios de factibilidad para efectuar los pliegos o, directamente, la obra u objeto de que se trata³⁴.

³³ Cerisola, Andrés: Curso de Derecho de la Empresa, pag. 249, ORT y AMF, Mdeo. 1999,

³⁴ Flores Dapkevicius, Rubén: Constitución de la República Oriental del Uruguay, anotada y concordada, 2da. Edición, Amalio Fernández Editor, Mdeo. 2004

B) CUMPLIMIENTO Estricto DE LOS PLIEGOS

Como veremos oportunamente los pliegos de condiciones son documentos que formarán parte del contrato a celebrarse y, por ello, son ley entre las partes.

Por lo expuesto, la Administración y los licitantes deben cumplir estrictamente las reglas que en ellos se establezcan.

En ese sentido la Administración debe rechazar las propuestas que se aparten de los pliegos que cumplen una función doble:

-Antes del perfeccionamiento del contrato establecen qué condiciones deben reunir las ofertas de los particulares, las características del objeto y el trámite que se seguirá en el procedimiento de que se trata.

-Perfeccionado el contrato forman parte de éste .

La jurisprudencia ha entendido que “En la especie, es muy evidente que no puede ser válida una motivación que, ignorando las bases del llamado, concede una autorización basándose en vagas y no muy convincentes razones de lógica y conveniencia.

El pliego de condiciones (bases de llamado) es el conjunto de cláusulas redactadas por la Administración, especificando las condiciones del contrato a celebrarse y determinando el trámite a seguir en el procedimiento de licitación” .

Es por tal motivo que algunos autores lo han denominado “la ley del contrato”, puesto que sus cláusulas constituyen la fuente principal de los derechos y obligaciones de la Administración y de quien en definitiva suscriba el contrato como proponente aceptado, debiendo cumplirse estrictamente.

Aparte de que la propia Administración no puede violar “la ley del contrato” por razones de conveniencia para el presunto usuario, no resulta convincente el motivo invocado, dado que no aparece clara la perentoria necesidad que pudieran tener los televidentes de Sauce, de acceder al servicio de televisión cable.

Resulta evidente entonces, la ilegitimidad del acto encausado, existiendo incluso indicios de desviación de poder, que si bien no son suficientes para decidir que la misma existió, demuestran que la Administración no procedió en el caso con la corrección y ajuste a la regla de derecho que debió hacerlo” ³⁵.

De la definición propuesta surge que la Administración debe cumplir, necesariamente, los pliegos de condiciones y, por ello, no puede apartarse, sustancialmente, de sus prescripciones.

³⁵ Sentencia del TCA 85/96 publicada en Flores Dapkevicius, Ruben: Análisis de la Jurisprudencia sobre contratación administrativa, pag. 19, Mdeo. 1999

C) PRINCIPIO DE EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO³⁶

Las partes, al celebrar un contrato administrativo, estiman determinados beneficios que forman su ecuación económica financiera. Ese equilibrio debe mantenerse durante el cumplimiento del mismo. Para ello, la doctrina y jurisprudencia han elaborado una serie de teorías que serán analizadas más extensamente en el apartado dedicado a la ejecución de los contratos administrativos³⁷.

D) PRINCIPIO DE LA OFERTA MAS VENTAJOSA

Este principio emana de la aplicación conjunta de los criterios de selección de la oferta más ventajosa. Se encuentra consagrado en el art. 59 del TOCAF que dice que no es "... preciso hacer la adjudicación a favor de la (propuesta) de menor precio, salvo en identidad de circunstancias y calidad".

Por lo expuesto, el precio es sólo un criterio de selección. Por ello, en la selección de la oferta más ventajosa, ocupará un ítem que podrá ceder ante los demás criterios de selección. Por ejemplo "en el caso de adquirir una fotocopidora no solo interesa el precio de venta sino sus costos operativos (toner, cilindros, lámparas, etc.) a lo largo de su vida útil"³⁸.

E) EL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD

La publicidad en sede licitatoria es un principio consagrado en lo que refiere a todo el procedimiento, especialmente, respecto a los pliegos y al llamado a presentar propuestas. Todo ello sin perjuicio de la discrecionalidad que la Administración posee en la elección de los medios razonables para llevarla a la práctica³⁹.

10. EL PRINCIPIO ES LA LICITACIÓN PÚBLICA

Todo contrato se celebrará mediante el procedimiento de licitación pública cuando del mismo se deriven gastos de funcionamiento o de inversión o salida para el Estado, y por remate o licitación pública cuando se deriven entradas o recursos, art. 33 inc. 1 del TOCAF.

La Administración, necesariamente, en virtud del fin que persigue, actúa en un régimen diverso a la libertad de contratación, propio de otras ramas del Derecho.

³⁶ Granillo Ocampo, Raúl: Granillo Ocampo, Raúl: Distribución de los riesgos en la contratación administrativa, pag. 97, Astrea, Bs. As. 1990

³⁷ Flores Dapkevicius, Rubén : Manual de Derecho Público, Tomo II, Editores Euros B de F, Bs. As. 2007

³⁸ Sosa, Anahí: Manual Básico de compras estatales, Pag. 45, PRONADE, Mdeo. 1993

³⁹ Dromi, Roberto: La licitación Pública, Bs. As. 1975

Ello es así, aún y naturalmente, sin necesidad de texto expreso porque, en todo caso, de los principios generales surge la igualdad de acceso de todos para contratar con la Administración que debe elegir su cocontratante de acuerdo al bien común y a la confrontación de ofertas .

11. EXCEPCIONES AL PRINCIPIO

De acuerdo a lo expuesto en el apartado anterior el principio es, en general, el de la licitación pública.

Sin embargo existen excepciones al mismo establecidas expresamente y que son de interpretación estricta, por lo que no se permiten extensiones análogas.

A) EN RAZON DE CUANTIA:

Respecto de las excepciones en razón de cuantía debe tenerse presente la imposibilidad de fraccionamiento (art. 32) , sin perjuicio de lo que surge del art.40 del TOCAF.

El fraccionamiento acontece, por ejemplo, cuando, sabiendo que el mismo servicio será necesario por un tiempo determinado, se contrata por un plazo menor para que la contratación ingrese en determinado supuesto, compra directa o licitación abreviada. Luego, se vuelve a contratar, y así sucesivamente, hasta el plazo que se sabía desde un comienzo.

Si existe un cambio sustancial del objeto no habría fraccionamiento aunque se contrate, por ejemplo, la misma empresa.

a) LA COMPRA DIRECTA

La Administración podrá seleccionar su contraparte directamente cuando la operación no exceda de un monto que se reajusta periódicamente de acuerdo al procedimiento establecido en el art. 135 del TOCAF, art. 33 inc. N° 2.

Para los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados industriales y comerciales se establece un límite superior, art. 41 del TOCAF.

b) LA LICITACION ABREVIADA

Del mismo modo que en el apartado anterior, pero con un límite sensiblemente superior, podrá desarrollarse el procedimiento que nos convoca, art. 33 inc. 2 N° 1.

Respecto a los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados Industriales y Comerciales se establece un límite superior, art. 41 del TOCAF.

La licitación abreviada se desarrolla de acuerdo al art. 48 del TOCAF.

c) LALICITACION PRIVADA

La licitación privada procede de acuerdo al art. 33 lit b del TOCAF.

B) EXCEPCIONES GENERALES

Podrá seleccionarse directamente a la contraparte o mediante el procedimiento que determine el ordenador por razones de buena administración, de acuerdo a lo dispuesto en sus diversos literales del Nral. 3 del art. 33 ⁴⁰.

C) OTRAS EXCEPCIONES

a) EXCEPCION DE ACUERDO AL ORGANISMO CONTRATANTE

La misma surge de lo dispuesto en el art. 41 del Texto Ordenado y refiere a la contratación que efectúan los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados comerciales e industriales.

En primer lugar se establecen montos sensiblemente más altos, para excepcionar el principio general, y posibilitar la contratación directa y la licitación abreviada. Si la norma no se hubiere dispuesto, el tope máximo para acudir a estos procedimientos de excepción, sería el establecido en el art. 33 del TOCAF.

b) EXCEPCION DE ACUERDO AL ORIGEN DE LOS FONDOS

Los contratos de obras, adquisiciones de bienes o prestación de servicios que celebre el Estado y las personas descentralizadas por servicios, en ejecución de préstamos con organismos internacionales de los que la República forme parte, y las donaciones modales, quedarán sujetos a las reglas establecidas en cada contrato de préstamo, art. 42 del TOCAF.

La disposición enuncia a continuación los supuestos que podrán determinarse en esos contratos. Sin embargo y en todo caso, los procedimientos de selección de oferentes en los contratos de que se trata deben respetar los principios generales de la contratación administrativa establecidos en el art. 131 del TOCAF.

c) EXCEPCION DERIVADA DE LAS CARACTERISTICAS DEL CONTRATO

De acuerdo al art. 34 del Texto Ordenado, el Poder Ejecutivo, previo dictamen favorable del Tribunal de Cuentas, podrá autorizar regímenes y procedimientos de contratación especiales si las características del mercado o de los bienes o servicios lo hacen conveniente para la Administración.

⁴⁰ Para su análisis, ver Flores Dapkevicius, Ruben: Análisis de la jurisprudencia sobre contratación administrativa, pag. 46, Mdeo. 1999

Las Personas Descentralizadas en general podrán aplicar esos regímenes y procedimientos.

La resolución del Poder Ejecutivo, estableciendo los regímenes y procedimientos, basados en los principios de publicidad e igualdad de oferentes, deben comunicarse a la Asamblea General y publicarse en el Diario Oficial.

D) CONTRATACION DE PROFESIONALES

El art. 35 del Texto Ordenado dispone que la contratación de profesionales y técnicos, en régimen de arrendamiento de obra ⁴¹, cuando el monto anual exceda el doble del límite de la contratación directa, se efectuará por concurso de méritos y antecedentes.

Sin embargo, se podrá contratarlos directamente, por cualquier monto y con autorización del ordenador primario (art. 26 y 27 del TOCAF), si su competencia o experiencia notoria debidamente probada, hace innecesario el concurso. La excepción, en puridad, refiere al concurso de méritos y antecedentes, no a la licitación pública.

F) PREFERENCIAS

Respecto a determinadas preferencias de mano de obra y artículos nacionales remitimos a lo dispuesto en los arts. 52 y 53 del TOCAF.

12. LOS SUJETOS DE LA LICITACIÓN PÚBLICA

A) ORGANISMO LICITANTE

Es el ente público que, necesitado de contratar y actuando en ejercicio de función administrativa, utiliza el procedimiento de licitación pública a esos efectos.

B) LOS LICITANTES

a) CONCEPTO

Son las personas que presentan sus propuestas a los efectos de celebrar el contrato. Pueden ser físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras.

b) REQUISITOS

Los licitantes deben cumplir con ciertos requisitos a los efectos de competir con éxito en el procedimiento. Estos son: la inscripción en el Registro General de Proveedores del Estado; eventualmente, la inscripción en el Registro de Empresas de Obras Públicas; establecer la garantía de mantenimiento de la oferta, tener capacidad para contratar con el Estado, de acuerdo al art. 43 del

⁴¹ Flores Dapkevicius, Ruben: Algunas consideraciones sobre el contrato de arrendamiento de obra, publicado en Actualidad de la contratación administrativa, Cursos para graduados 1999, pag. 29, FCU, Mdeo. 2000

TOCAF y, no encontrarse en alguna situación de impedimento. Los analizaremos en ese orden.

-REGISTRO GENERAL DE PROVEEDORES

De acuerdo al art. 65 del TOCAF el Poder Ejecutivo lleva un Registro General de Proveedores del Estado.

Los organismos autónomos pueden llevar sus propios registros e intercambiar información.

La oferta presentada por una empresa que no se encuentre inscrita debe rechazarse por inadmisibles.

En definitiva, la finalidad a que apunta este Registro es la de informar respecto de los antecedentes del licitante.

-REGISTRO NACIONAL DE EMPRESAS DE OBRAS PUBLICAS

De acuerdo al art. 66 del Texto Ordenado, en toda licitación pública o abreviada y contratación directa de obra pública, cuyo monto exceda de un determinado tope que se reajusta periódicamente, se deberá exigir a los oferentes la presentación del certificado de inscripción y, en su caso, de aptitud económica, financiera y técnica extendido por el Registro de que se trata.

El art. 324 de la ley 16736 dispuso que, sin perjuicio de los certificados expedidos por los registros que funcionen en otras dependencias del Estado, será requisito imprescindible para ofertar y contratar la ejecución de una obra pública con el Estado, la presentación del certificado expedido por el Registro Nacional de Empresas de Obras Públicas del M.T.O.P..

El Registro es administrado por ese Ministerio y permite, como en el caso anterior, conocer los antecedentes del futuro contratante con la Administración.

-GARANTIA DE MANTENIMIENTO DE LA OFERTA

Las oferentes deben garantizar el mantenimiento de su oferta mediante los instrumentos y de la forma que establece el art. 55 del Texto Ordenado.

El Organismo licitante puede, por resolución fundada, aumentar los porcentajes de la garantía, en cada caso.

No se exige la garantía para las ofertas inferiores al tope de la licitación abreviada.

Debe distinguirse la garantía de mantenimiento de la oferta (que debe presentar cada licitante), de la garantía de fiel cumplimiento que solo alcanza al adjudicatario.

Efectuada la adjudicación las garantías que no correspondan retenerse, serán devueltas de oficio por los funcionarios autorizados para ello.

-CAPACIDAD

Pueden celebrar contratos administrativos las personas físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras, que tengan capacidad para contratar de acuerdo al derecho común, y que no estén impedidos por:

- Ser funcionario público dependiente de la administración licitante, no siendo de recibo las ofertas presentadas a título personal o por firmas con las cuales el funcionario esté vinculado por razones de dirección o dependencia.

No obstante, en este último caso, tratándose de funcionarios que no tengan intervención en la dependencia estatal en que actúen en el proceso de la adjudicación, podrá darse curso a las ofertas presentadas en las que se deje constancia de esa circunstancia.

- Haber sido declarado en quiebra o liquidación, o estar en concurso de acreedores, hasta que no se haya producido la rehabilitación.

- Por incumplimiento de contratos anteriores, que hayan generado responsabilidad civil o cualquier otra circunstancia que haya motivado su exclusión del Registro de Proveedores, particular o general del Estado.

- Carecer de habitualidad en el comercio o industria del ramo que corresponda al contrato, salvo que por tratarse de firmas nuevas, demuestren solvencia y responsabilidad .

Corresponde tener en cuenta, especialmente, lo dispuesto en el art. 26 de la ley 17060 al que remitimos .

La jurisprudencia ha expresado “Que la resolución impugnada declaró inválida la oferta presentada por el L.D.T., por falta de capacidad para contratar con el Estado.

Se basó en que el actor, titular del mencionado Laboratorio, es funcionario de la Dirección Nacional de Sanidad Policial, repartición que conforme a los ítems 10 y 20 del Pliego de Bases y Condiciones Particulares, interviene en el mecanismo de ejecución del contrato... por lo que le alcanzaba la “incapacidad” para contratar con el Estado estatuida en el art. 43 del TOCAF/92.

El art. 43 del TOCAF/92 establece en efecto, que no están capacitados para contratar con el Estado “Los funcionarios públicos dependientes de los organismos de la Administración contratante, no siendo de recibo las ofertas presentadas a título personal, o por firmas, empresas o entidades con las cuales el funcionario esté vinculado por razones de dirección o dependencia”.

El artículo de referencia, si bien comienza refiriéndose a quienes están capacitados para contratar con el Estado (en sentido amplio), en realidad está fijando un conjunto de impedimentos para que las ofertas de ciertos proponentes puedan ser aceptadas.

Que el actor no cuestiona obviamente, su calidad de funcionario público (policial), pero arguye que es Sargento de 1ra. (P.E.) dependiente de la Direc-

ción Nacional de Sanidad Policial, que como consecuencia, no tiene relación de dependencia alguna con el organismo contratante, que es la Dirección Nacional de Asistencia Social Policial, lo que lo incluye en la excepción de la segunda parte del Num. 1 del art. 43 del TOCAF.

Establece en efecto, la segunda parte del Num. 1 del art. 43 de referencia, que no obstante, en ese último caso, tratándose de funcionarios que no tengan intervención en la dependencia estatal en que actúan en el proceso de la adquisición, podrá darse curso a las ofertas presentadas en las que se deje constancia de esa circunstancia.

Coincidiendo totalmente con la Comisión Asesora de Adjudicaciones, la Asesoría Jurídica y la Dirección del Servicio Odontológico, el Tribunal conceptúa que el actor no está comprendido en la excepción que invoca, dado que en definitiva, la dependencia que interviene en la adquisición es el Servicio Odontológico.

Siendo así, es claro que el actor se encuentra en una clara relación de dependencia directa con el organismo ejecutor, ya que es subordinado del Encargado de la Unidad en la que presta servicios, persona que tiene a su cargo la confección de las prótesis dentales. Esa Unidad depende jerárquicamente a su vez, de la Dirección del Servicio Odontológico.

No puede ignorarse por último, el hecho de que la segunda parte del Num. 1 del art. 43 invocada por el accionante, no impone a la Administración dar curso a las ofertas presentadas por funcionarios públicos por ella exceptuados, sino que la faculta a hacerlo, ya que expresa textualmente “podrá dar curso” a esas ofertas ⁴².

13. EL PROCEDIMIENTO LICITATORIO

A) ETAPA INTERNA PREVIA

El procedimiento licitatorio es un procedimiento administrativo especial que se desarrolla de oficio. Consta, fundamentalmente, de dos etapas: la interna y la esencial.

En la primera de las nombradas se puede distinguir: la necesidad de la existencia de un crédito presupuestal y la elaboración de los pliegos de condiciones.

a) RESERVA PROVISORIA DEL RUBRO

Decidida por el jerarca la necesidad de contratar, el proceso de ejecución del gasto público comprende tres etapas a) compromiso (art. 14 y ss.) ⁴³,

⁴² Sentencia del TCA 54/94, publicada en Flores Dapkevicius, Ruben: Análisis de la jurisprudencia sobre contratación administrativa, cit. pag. 10

⁴³ Merteikian, Eduardo, Ley de Administración Financiera y Control de Gestión, 1.1.1-14, R.A.P, Buenos Aires 2005. Ver por ejemplo art 33 de la ley 24156

liquidación (art. 21) y pago, arts. 22 y siguientes del TOCAF con las sustituciones operadas de acuerdo a la ley 17213 y modificativas.

A los efectos de iniciar el procedimiento licitatorio la Administración debe contar con un crédito presupuestal para contratar, el que será imputado provisoriamente o reservado para la operación.

El art. 14 del Texto Ordenado define el compromiso como el acto administrativo dictado por la autoridad competente, que dispone destinar definitivamente la asignación presupuestal o parte de ella, a la finalidad enunciada en la misma. Por lo expuesto, el compromiso se verificará cuando se dicte el acto de adjudicación. No debe confundirse, pues, la imputación provisoria con la definitiva del compromiso contraído por la Administración con la adjudicación⁴⁴.

En síntesis, la finalidad de la reserva es contar con los rubros disponibles al momento de la adjudicación.

b) LOS PLIEGOS DE CONDICIONES

1) CONCEPTO

Son el conjunto de cláusulas redactadas unilateralmente por la Administración, especificando la obra, el suministro o el servicio que se licita; las pautas que regirán el contrato a celebrarse; los derechos y obligaciones de los oferentes y del contratista y el mecanismo procedimental a seguir en la preparación y ejecución del contrato ⁴⁵.

La Administración los confecciona unilateralmente y, por ello, tiene amplia discrecionalidad en su elaboración acotada por el principio de legalidad.

Parte de la doctrina entiende que “el empresario sólo le cabe adherirse a los mismos” ⁴⁶. Esa circunstancia dependerá, en todo caso, del poder económico, financiero, político y, aun, de prestigio del licitante, y del organismo o Estado que actúe como contraparte. No es lo mismo negociar con una empresa multinacional o de primer nivel que, hacerlo, con una pequeña empresa nacional, en este mundo globalizado, donde observamos el fin de la soberanía de los Estados, o la diferenciación del concepto económico y político que lleva al fin de la soberanía, en su concepto clásico.

2) IMPORTANCIA

La importancia de los pliegos surge de su doble función :

-Antes del perfeccionamiento del contrato establecen qué condiciones deben reunir las ofertas de los particulares, las características del objeto y el trámite que se seguirá en el procedimiento de que se trata.

⁴⁴ Sosa, Anahí: Manual... cit. Pág. 16, 21 y 54

⁴⁵ Prat, Julio A.: Derecho Administrativo cit. T. 3, vol 2, pag. 258

⁴⁶ Luis Cayuela Sebastián: Los contratos de las Administraciones Públicas, pag. 100, Ed. Estudios Financieros, España 1997.

-Perfeccionado el contrato forman parte de éste⁴⁷.

3) CLASIFICACIONES

-Pliegos Generales son los que se aplican a todos los contratos de la misma categoría.

El art. 44 del TOCAF dispuso que el Poder Ejecutivo, con la conformidad del Tribunal de Cuentas, formulará pliegos únicos de bases y condiciones generales para los contratos de : suministros y servicios no personales, obras y trabajos públicos y servicios personales.

La disposición establece el contenido mínimo de los pliegos y su uso obligatorio "por todos los organismos públicos en los casos de licitaciones públicas y abreviadas, salvo en lo que no fuere conciliable con sus fines específicos establecidos por la Constitución de la República o la ley".

-Pliegos de Condiciones Particulares

El pliego de condiciones generales será complementado con uno de condiciones particulares, formulado por el organismo licitante para cada licitación y, deberá contener, como mínimo, lo dispuesto en el art. 45 del TOCAF.

Se destaca que, en este caso, es el organismo licitante quien lo confecciona para cada caso concreto.

En la confección de los pliegos debe considerarse, especialmente, el art. 46 del TOCAF que prohíbe establecer especificaciones o cláusulas que solo puedan cumplirse por una persona o entidad. En ese caso se debe anular el trámite, e iniciar el procedimiento disciplinario que corresponda al supuesto de hecho de que se trate ⁴⁸.

4) PUBLICIDAD DE LOS PLIEGOS

Una vez aprobados corresponde la publicación de los pliegos y, efectuada está, se abre a su respecto la eventual etapa recursiva y jurisdiccional.

B) ETAPA ESENCIAL

Es esencial porque en esta fase del procedimiento nacerá la voluntad contractual y excede el ámbito interno de la Administración. En ella se generan relaciones bilaterales, en tanto los particulares interesados en contratar, presentarán sus ofertas.

⁴⁷Sayagués Laso, Enrique: La licitación pública, pag. 2, obra actualizada por los Profs. Ruben Flores Dapkevicius y Daniel Hugo Martins, B de F, Buenos Aires 2005

⁴⁸ Flores Dapkevicius, Ruben: Derecho Penal Administrativo..., cit. Amalio Fernández, Mdeo. 2004

a) ELLAMADO A LICITACION PUBLICA

El art. 47 del TOCAF dispone una publicación de la invitación a formular ofertas, en el supuesto de las licitaciones y remates, en el Diario Oficial y en otro de circulación nacional, sin perjuicio de emplear otros medios eficientes a tales efectos.

Si fuese conveniente la presentación de oferentes radicados en el exterior, se difundirá la intención de contratar por intermedio de los representantes diplomáticos del país o por avisos cursados a las representaciones extranjeras acreditadas en la República.

La publicación debe efectuarse con un plazo no menor de quince días de anticipación a la apertura de ofertas o con no menos de treinta días cuando se estime conveniente que participen oferentes radicados en el exterior. Estos plazos pueden reducirse a cinco o diez días, respectivamente, si la urgencia o interés lo determina el ordenador competente.

El contenido mínimo de la invitación a formular ofertas se encuentra establecido en el art. 49 del Texto Ordenado.

b) LA PRESENTACION DE OFERTAS: art. 54 del TOCAF⁴⁹

Conocida la intención de la Administración, el oferente confeccionará su propuesta debiendo cumplir las condiciones esenciales establecidas previamente en los pliegos, pudiendo agregar cualquier otra información complementaria.

Las ofertas que contengan apartamientos sustanciales, de acuerdo a lo que surge de los pliegos, no podrán ser consideradas. Las mismas deben ajustarse, razonablemente, a la descripción del objeto requerido de acuerdo a la complejidad técnica del mismo.

Se pueden presentar personalmente o enviarse por correo, telex, fax u otros medios similares. Serán recibidas hasta la hora dispuesta para la apertura del acto.

La admisión inicial de la propuesta no constituye obstáculo para su posterior rechazo, si se constataran, luego, defectos que violen requisitos sustanciales contenidos en los pliegos.

Se destaca que el inicial o posterior rechazo constituyen actos administrativos impugnables en vía administrativa y jurisdiccional, eventualmente con éxito.

c) APERTURA DE LAS OFERTAS Y ANALISIS FORMAL, art. 56

En el día y hora señaladas, oportunamente, se procede a la apertura de las ofertas que se hacen públicas, con la seguridad y transparencia que a todo el procedimiento informan, de acuerdo a los principios ya analizados.

⁴⁹ Sayagués Laso, Enrique: La licitación pública, pag. 133, obra actualizada por los Profs. Ruben Flores Dapkevicius y Daniel Hugo Martins, B de F, Buenos Aires 2005

Abierto el acto no puede introducirse modificación alguna a las propuestas pero, los particulares, pueden hacer aclaraciones o las salvedades que estimen oportunas.

No se puede rechazar la presentación de ninguna propuesta, sin perjuicio de su invalidación posterior.

Se controla si las ofertas contienen defectos o carencias formales, si se ha adjuntado la documentación exigida, así como la garantía de mantenimiento de la oferta, cuando correspondiere. El acto se documenta en acta firmada por los funcionarios actuantes y los oferentes que lo deseen.

Se destaca que el rechazo de una propuesta debe documentarse, necesariamente, por escrito.

Analizadas formalmente las propuestas se puede otorgar a los proponentes un plazo de dos días para salvar carencias formales o errores evidentes o de escasa importancia. El mismo plazo podrá otorgarse para completar la garantía de mantenimiento de oferta si la diferencia no fuera significativa y hubo error en su cuantificación.

El plazo podrá ser negado por el organismo licitante cuando se produzcan errores habituales en un oferente determinado o cuando exista presunción de alguna maniobra para obtener una ventaja indebida.

Todos estos actos pueden ser recurridos de acuerdo al régimen general

Siempre se debe evitar que el plazo otorgado atente materialmente y viole el principio de igualdad de oferentes.

d) SELECCION DE LA OFERTA VENTAJOSA

1) CONCEPTO

Es el procedimiento que tiene por objeto comparar y seleccionar, de acuerdo a determinados criterios, las propuestas presentadas.

2) LA COMISION ASESORA DE ADJUDICACIONES

En cada organismo con competencia para gastar funcionarán una o varias Comisiones Asesoras de Adjudicaciones designadas por el jerarca del mismo. Estará compuesta por un grupo estable e interdisciplinario integrado por escribanos, abogados, contadores, economistas, etc., y otros profesionales y funcionarios que actuarán de acuerdo al contrato de que se trate.

Su cometido consiste en dictaminar preceptivamente sobre la oferta más conveniente en las contrataciones cuyo monto supere determinado monto que se reajusta periódicamente ⁵⁰.

⁵⁰ Sarmiento, García, Jorge director: Derecho Público, Ediciones ciudad argentina, pag 585, España, 1997.

Su dictamen debe ser fundado y no crea derecho alguno al oferente seleccionado, art. 57 del Texto Ordenado. Por lo expuesto, a nuestro juicio, de principio, en nuestro derecho, no existe la preadjudicación o adjudicación provisorio. La adjudicación no es definitiva o provisorio, es, simplemente, la adjudicación, nada más ⁵¹.

e) CRITERIOS DE SELECCION DE LA OFERTA MAS VENTAJOSA

El art. 59 del TOCAF dispone que no es "... preciso hacer la adjudicación a favor de la (propuesta) de menor precio, salvo en identidad de circunstancias y calidad".

Los criterios de selección surgen de elementos cualitativos y cuantitativos.

Son cualitativos aquéllos que refieren a elementos subjetivos de la propuesta, como antecedentes del licitante, calidad, experiencia, prestación de mejor asistencia técnica, etc..

Son elementos cuantitativos los que refieren a elementos objetivos de la propuesta y que se pueden medir como el precio, volumen, peso, etc. .

De dichos elementos surgen, entre otros, los siguientes criterios de selección: precio, financiamiento, plazo de ejecución, asistencia técnica, experiencia, respecto al tipo contractual o, específicamente, respecto a un objeto similar, antecedentes del licitante.

El TOCAF consagra otros criterios de selección: las preferencias a la producción nacional (art. 52); a la mano de obra nacional (art. 52 inc. 2); a la colocación de productos nacionales exportables (art. 53).

f) EVENTUAL NEGOCIACION, art. 57 in fine

Precalificadas las ofertas a esos efectos, puede proceder si se dan los siguientes elementos habilitantes:

1) Existencia de previsión expresa en el pliego. Esta exigencia no está establecida para la mejora de ofertas.

2) Supuesto de ofertas similares.

-Se consideran ofertas similares aquéllas cuyo precio no supere el cinco por ciento del monto de la menor.

-Sujetos: La Administración y los oferentes que hayan presentado propuestas similares.

⁵¹ Flores Dapkevicius, Ruben: Manual de Contrataciones administrativas, cit. pag. 41. En contra Dromi, Roberto: Derecho Administrativo cit. pag. 365. Lo expuesto debe entenderse aun si existe un trámite posterior para algún tipo contractual o contrato concreto. Si el acto de "adjudicación" está sujeto a aprobación, en sentido técnico del derecho administrativo, no se habría dictado acto de derecho contractual administrativo, con todas sus consecuencias.

3) Supuesto en el caso de precios manifiestamente inconvenientes .

-En este caso la Administración puede declarar desierta la licitación (literal b del Nral 3 del art. 33 del TOCAF), o precalificar empresas y negociar con las mismas. En este último supuesto no se aplica el límite del cinco por ciento.

4) Forma. En las dos hipótesis (ofertas similares o precios manifiestamente inconvenientes) la negociación será:

-Necesariamente antes de la adjudicación.

-reservada, esto es, no pública.

-paralela, esto es, se negocia con cada oferente en particular .

- Se instrumenta por escrito, estableciendo los acuerdos logrados en la negociación.

El TOCAF no dispone quién actuará en nombre de la Administración. Por razones de especialización y sentido común, deberían intervenir los funcionarios integrantes de la Comisión de Adjudicaciones de esa licitación designados, en cada caso concreto, por el jerarca competente ⁵².

5) Finalidad. La negociación se desarrolla a los efectos de obtener mejores condiciones técnicas, de calidad o de precio.

Este instituto, como el que se analizará a continuación, es facultativo (no obligatorio) para la Administración.

g) EVENTUAL INVITACION A MEJORAR LA OFERTA, art. 57

Precalificadas las ofertas a esos efectos, el instituto puede proceder (facultad) si se presentaron dos o más ofertas similares en su precio, plazo o calidad, o en los casos de precios manifiestamente inconvenientes. En ese caso se podrá invitar a los oferentes respectivos a mejorar sus ofertas en un plazo no menor de veinticuatro horas.

Se consideran ofertas similares, en general, aquéllas cuyo precio no supere el cinco por ciento del monto de la menor.

En el día y hora señalados se procede al acto de apertura de las propuestas de los que se hubieren presentado a la mejora de las mismas.

Si subsiste la similitud y el objeto del contrato es divisible se podrá adjudicar en los porcentajes iguales que correspondiere.

Esta posibilidad debe estar prevista expresamente en los pliegos. Si así no estuviere dispuesto, se podrá invitar a esos oferentes a aceptar la adjudicación por partes iguales.

De no ser posible el fraccionamiento, o no se aceptase la adjudicación parcial cuando ésta no estuviere dispuesta expresamente en el pliego de condiciones, la adjudicación se hará por sorteo.

⁵²Flores Dapkevicius, Rubén : Manual de Derecho Público, Tomo II, Administrativo, Editores Euros B de F, Bs. As. 2007

La división preceptiva o el sorteo solo procederá en caso de ofertas iguales.

El instituto se aplica, necesariamente antes de la adjudicación.

h) EL DICTAMEN DE LA COMISIÓN ASESORA

De acuerdo al art. 57 del TOCAF el pronunciamiento de la Comisión Asesora de Adjudicaciones no generará derecho alguno a favor del oferente seleccionado.

El mismo es preceptivo (necesario), pero no vinculante, porque los ordenadores de gastos podrán apartarse de él mediante resolución fundada, art. 59.

El dictamen de la Comisión Asesora no es recurrible -con éxito- porque no produce efectos jurídicos ni puede causar daño o lesión. Por lo expuesto, tampoco sería procesable -con éxito- en sede jurisdiccional.

i) EVENTUAL VISTA, art. 58 del TOCAF

En todo procedimiento competitivo de contratación que cuadripleque el monto de las licitaciones abreviadas, una vez obtenido el dictamen de la Comisión Asesora, y antes de la adjudicación o rechazo de las ofertas, se dará vista a los oferentes.

A esos efectos se notificará en forma personal, o por telegrama colacionado, y el expediente se pondrá de manifiesto por cinco días.

Dentro de los cinco días siguientes al vencimiento del plazo de manifiesto los oferentes pueden presentar un escrito con las consideraciones que estimen del caso.

Los escritos presentados no son recursos administrativos y serán considerados como el ejercicio del Derecho de petición.

El interesado tiene un plazo de cuarenta y ocho horas para remitir copia de su escrito al Tribunal de Cuentas.

14. ADJUDICACIÓN

1) CONCEPTO

Es el acto principal precontractual y separable que finaliza la etapa esencial.

Lo dicta unilateralmente la Administración y establece cuál es la propuesta más ventajosa, produciendo el compromiso del gasto ⁵³.

⁵³Sayagués Laso, Enrique: La licitación pública, pag. 31, obra actualizada por los Profs. Rubén Flores Dapkevicius y Daniel Hugo Martins, B de F, Buenos Aires 2005

El acto de adjudicación compete a los ordenadores de gastos, (arts. 26 a 29 y 59 del TOCAF), los que pueden apartarse, fundadamente, de lo aconsejado por la Comisión de Adjudicaciones.

Se destaca que la Administración puede rechazar todas las ofertas o declarar desierto el procedimiento porque la licitación no es un procedimiento instruido para proteger, primariamente, los intereses del licitante sino, para proteger el interés público, art. 59 del TOCAF.

El oferente no tiene un derecho subjetivo, ni un interés legítimo a la adjudicación ⁵⁴.

2) EFECTOS

El acto de adjudicación produce los siguientes efectos:

a) Genera, de principio, el derecho subjetivo ⁵⁵ del adjudicatario, para contratar con el organismo licitante, de acuerdo a lo dispuesto por los pliegos de condiciones.

b) La Administración debe celebrar, necesariamente, el contrato con el adjudicatario. Por lo expuesto, se excluyen a los demás oferentes.

c) En tercer lugar las partes quedan vinculadas por lo dispuesto en los pliegos y, el licitante, por lo oportunamente ofertado.

d) El adjudicatario deberá garantizar, oportunamente, el cumplimiento del contrato en los términos del art. 55 del TOCAF.

e) Produce la eventual responsabilidad de las partes en caso de desistimiento del contrato.

f) Se genera el derecho de los restantes oferentes de retirar los documentos presentados y la garantía de mantenimiento de la oferta.

La jurisprudencia ha entendido “ En el caso, la Administración rechazó todas las ofertas presentadas y estaba facultada para ello. Los proponentes no pueden exigir una adjudicación, no tienen derecho a ella y sí solamente una expectativa fundada, por lo demás esta facultad de rechazo está generalmente consagrada en los pliegos .

En la especie el único argumento esgrimido por la actora en sus agravios, es el dictamen de la Comisión Asesora, ya que ésta aconsejó la adquisición del sistema de conmutación a la empresa YY y el sistema de transmisión mediante fibra óptica a la empresa XX

No obstante ello, olvida la impugnante que dada la naturaleza y el propósito del procedimiento licitatorio, la Administración estaba habilitada a rechazar todas las ofertas que no convengan a la misma, tal como ocurrió en el caso de autos.

⁵⁴Sentencia N 580/95 del TCA. Por lo expuesto, la Administración puede revocar su llamado sin menoscabo del oferente que sólo posee una mera expectativa, sin perjuicio de las hipótesis enumeradas, primariamente, cuando se analizó la responsabilidad precontractual

⁵⁵ Flores Dapkevicius, Ruben: Análisis de la Jurisprudencia sobre contratación administrativa, cit. pag. 14

Esta posición resulta absolutamente legal dado lo establecido en el art. 59 del TOCAF, y el art. 14 del Pliego General de Condiciones que establece expresamente que “la Administración se reserva el derecho de rechazar todas las propuestas recibidas” ⁵⁶.

3) VICIOS

Los oferentes tienen el derecho de que la Administración cumpla estrictamente con las normas que reglan la licitación, especialmente, los pliegos de condiciones. Cualquier apartamiento de esas disposiciones podrá ocasionar responsabilidad.

Los vicios pueden producirse en los elementos que integran el acto de adjudicación, especialmente, en: la competencia, objeto, forma, voluntad y en la persona del adjudicatario.

El tema ha sido analizado supra. Por ello, simplemente, lo enunciaremos.

a) VICIOS EN EL ACTO

El acto administrativo de adjudicación podrá estar viciado si existe alguna irregularidad en los elementos que lo integran.

b) VICIOS EN LA COMPETENCIA

En el sentido expuesto son competentes para dictar el acto de adjudicación los ordenadores de gastos, arts. 26 a 29 del TOCAF. Todo ello sin perjuicio de la posibilidad de delegar esa competencia, art. 30 del Texto Ordenado.

c) VICIOS EN EL OBJETO

El objeto debe ser lícito, cierto, determinado de acuerdo al derecho común.

d) VICIOS EN LAS FORMALIDADES

Esos vicios deben ser de entidad y no basta su mera existencia para producir la nulidad del acto.

e) VICIOS EN LA VOLUNTAD

Los mismos son el error, dolo y la violencia y se regulan de acuerdo a lo que dispone el derecho común, si no existen normas de Derecho Administrativo.

f) VICIOS EN LA PERSONA DEL ADJUDICATARIO

En ese sentido debemos considerar la incapacidad y los impedimentos

⁵⁶Sentencia del TCA 514/98 publicada en Flores Dapkevicius, Ruben: Análisis de la jurisprudencia cit., pag. 22

establecidos en el art. 43 del TOCAF, la falta de inscripción en el Registro General de Proveedores o el Registro Nacional de Empresas de Obras Públicas.

La declaración de nulidad firme de los actos preparatorios o de adjudicación conllevará la nulidad del procedimiento desde la secuencia imperfecta.

4) RECURSOS ADMINISTRATIVOS

De acuerdo al inc. 4 del art. 62 del TOCAF los recursos administrativos tendrán efecto suspensivo, en el procedimiento contractual. Sin embargo, la Administración por resolución fundada, podrá dejar sin efecto la suspensión si la misma afecta inaplazables necesidades del servicio o le causa grave perjuicio. La resolución que levanta el efecto suspensivo es recurrible pero no produciría un nuevo efecto suspensivo, por la naturaleza de las cosas y de acuerdo a lo que surge del orden jurídico. Razonar en forma diversa podría conducir a una solución inadmisibles y que atentaría contra la lógica, la ética y el bien y sentido común.

La norma hace excepción al principio general de que los recursos administrativos no tienen efecto suspensivo y, por ello, fue necesario establecer ese efecto en forma expresa para el procedimiento de que se trata.

Se establece, especialmente, que resuelto el recurso se apreciarán las responsabilidades de los funcionarios y del recurrente. Si éste hubiere actuado con mala fe o con manifiesta falta de fundamento, se le podrán aplicar sanciones de suspensión o eliminación del Registro de Proveedores, sin perjuicio de las acciones de reparación que pudieren corresponder.

Sin embargo, el art. 186 de la ley 17930 agregó un apartado al art. 33 num.3 del TOCAF, respecto de los casos de excepción en que se admite la contratación directa o el procedimiento que el respectivo ordenador determine.

El mismo refiere a la contratación de bienes o servicios, cualquiera sea su modalidad, por parte de la ANTEL, destinada a servicios que se encuentren de hecho o de derecho en regímenes de libre concurrencia. Las impugnaciones o recursos que en tales casos se interpusieran, en cualquier etapa del procedimiento, no tendrán efecto suspensivo, salvo que así lo resuelva el jerarca de la empresa contratante.

En esta norma se prevé para lo contratos administrativos, entonces, una solución diversa a la del art. 62 del TOCAF que establece el principio general en sede contractual. De esta forma se vuelve a la regla general del derecho positivo uruguayo sobre el efecto no suspensivo de los recursos administrativos en todas las especialidades de la materia.

5) ACTOS SEPARABLES Y COLIGADOS

El tema es de singular trascendencia en virtud que, los eventuales vici-

os en general en el proceso de contratación administrativa, pueden dar lugar a una eventual acción anulatoria, art. 309 de la Constitución de la Nación, Nación o de la República ⁵⁷.

Vinculado a lo que se viene tratando debemos analizar las doctrinas que nos convocan y que se oponen a la teoría de la incorporación ⁵⁸.

Esta entiende que los actos administrativos, que forman el procedimiento licitatorio, y de contratación en general, forman un todo indivisible con el contrato.

La teoría de los actos separables entiende, en definitiva, que es posible separar los actos administrativos unilaterales anteriores y posteriores al mismo.

En ese sentido el lit. B del art. 23 del D-Ley 15524 considera como objeto de la acción de nulidad los actos separables de los contratos administrativos.

En virtud de ello, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha sustentado que la adjudicación es un acto separable del contrato lo que ha permitido a los demás oferentes, impugnar -eventualmente con éxito- ese acto administrativo unilateral.

La teoría de los actos coligados sostiene que existen actos administrativos unilaterales anteriores y posteriores al contrato que están vinculados a éste.

Según esta teoría aquellos actos, y el contrato, forman una unidad pero ello no obsta a que cada uno puedan ser considerados separadamente.

15. PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO⁵⁹

Generalmente el contrato se perfecciona (nace a la vida jurídica con todos sus efectos) cuando la adjudicación es conocida formalmente y aceptada por el adjudicatario. El conocimiento informal no perfecciona el contrato.

Esta regla se aplica si no existe una disposición expresa diversa. Un supuesto de esa hipótesis acontece cuando es necesario suscribir un contrato escrito. Ello puede acontecer, por ejemplo, cuando el objeto de la licitación es complejo.

A partir de la notificación de la adjudicación puede resultar necesario constituir la garantía de fiel cumplimiento, art. 55 del TOCAF.

⁵⁷ Flores Dapkevicius, Rubén : Manual de Derecho Público, Tomo I, Constitucional, Editores Euros B de F, Bs. As. 2007

⁵⁸ Flores Dapkevicius, Rubén : Manual de Derecho Público, Tomo II, Administrativo, Editores Euros B de F, Bs. As. 2007

⁵⁹ Sayagués Laso, Enrique: La licitación pública, pag. 161, obra actualizada por los Profs. Ruben Flores Dapkevicius y Daniel Hugo Martins, B de F, Buenos Aires 2005

Asimismo, “puede resultar discutible según las distintas posiciones si la notificación se debe efectuar en forma previa o posterior a la intervención preventiva del gasto por el Tribunal de Cuentas. Este aspecto deberá constar claramente en el pliego de condiciones particulares”⁶⁰

16. CONTROL⁶¹

El control será efectuado por el Tribunal de Cuentas y la Contaduría General de la Nación en dos etapas, sin perjuicio, naturalmente, del control parlamentario, jurisdiccional, etc..

En efecto, el primero de los nombrados debe efectuar la intervención previa del gasto y del pago. Del mismo modo actuará la Contaduría General de la Nación .

El art. 35 de la ley 17930 regula el régimen de las “observaciones” que formula la Contaduría General de la Nación, “por incumplimiento de las normas vigentes de administración financiera” o también, “por apartamiento de los Lineamientos Estratégicos del Gobierno”. Es de destacar que este segundo y nuevo rubro es más amplio y no sólo jurídico.

Si el ordenador competente no subsana la situación y el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) no desecha la observación, “informará a los ordenadores correspondientes para que reconsideren las decisiones observadas en el marco de las pautas presupuestales y financieras dispuestas por el Poder Ejecutivo”; si dicho ordenador no acepta la observación, el MEF elevará los antecedentes a ese Poder, “quien en acuerdo con dicho Ministerio, resolverá si autoriza o no, la ejecución del gasto o pago. La ejecución del gasto quedará suspendida hasta tanto el Poder Ejecutivo resuelva en consecuencia”

Puede apreciarse un procedimiento de control financiero y de política financiera, con etapas y efectos regulados legalmente.

Tales efectos resultan viables, de modo pleno, para las dependencias de la Administración Central, pero no de igual modo para organismos que poseen descentralización. Las consecuencias de la observación del Tribunal de Cuentas son de singular trascendencia, pudiendo motivar el desestimiento del “procedimiento” o la adjudicación observada, y proceder a un nuevo llamado⁶².

Cuando el procedimiento de licitación corresponde, y el mismo no se ha desarrollado, el contrato administrativo adolece de un vicio que produce la nulidad absoluta.

⁶⁰ Sosa, Anahí: Manual cit. Pag. 52

⁶¹ Merteikian, Eduardo, Ley de Administración Financiera y Control de Gestión, pag. 12, R.A.P, Buenos Aires 2005

⁶² Sosa, Anahí: Manual cit. Pag. 57

La licitación es una formalidad esencial en la contratación administrativa, establecida por razones de interés público. De ahí que su omisión invalida radicalmente el contrato, produzca nulidad absoluta, pudiendo ser invocada por todos, la Administración, el particular contratante y los terceros interesados .

1. EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS

Como hemos manifestado oportunamente, la Administración, que actúa en beneficio del interés general, puede tener determinadas prerrogativas exorbitantes del Derecho Común, que deben surgir de texto expreso⁶³.

La doctrina entiende que es imposible establecer todas las reglas generales en la materia y, por ello, se hace necesario el estudio de cada contrato en particular .

Ello se debe a que existen contratos regidos por el derecho público y otros a los que se les aplica en mayor o menor medida esta rama del derecho.

La forma de entender las prerrogativas de la Administración ha evolucionado pudiendo encontrar, entonces, una tesis tradicional y una contemporánea.

18. TESIS TRADICIONAL

La doctrina tradicional entiende que la existencia de prerrogativas a favor de la Administración, que no tienen equivalente en el derecho común, es de principio.

Las mismas se ven compensadas por una serie de garantías que otorgan al particular una justa retribución cualquiera sea el uso que la Administración haga de aquéllas: necesidad de observar un procedimiento, motivación de sus actos, etc..

Se distinguen los casos donde existe ejecución normal del contrato de aquéllos donde no existe esa ejecución normal .

Sin perjuicio de lo expuesto, nos interesa especialmente, la modificación y rescisión unilateral del contrato la excepción de contrato no cumplido, la aplicación de sanciones y el ejercicio del poder de dirección y control por parte de la Administración.

a) LAS PRERROGATIVAS EN EL SUPUESTO DE EJECUCIÓN NORMAL

La Administración tiene, como cualquier contratante, el derecho de exigir a su contraparte el cumplimiento estricto del contrato, pero, estando en juego el interés general, el particular contratante está obligado al cumplimiento con una rigurosidad que excede a la exigida por el derecho privado.

⁶³ Flores Dapkevicius, Ruben: Análisis cit. pag. 32. La tesis fue publicada en JUNIO de 1999

Así, la Administración tiene el poder de dirección y de contralor en la ejecución del contrato y, esos poderes, la habilitan a introducir modificaciones unilaterales en su contenido original . De esta manera el contrato administrativo se aparta del principio de inmutabilidad que rige en el Derecho común ⁶⁴.

Esa facultad de aumentar o disminuir el objeto del contrato encuentra límites en el motivo (necesidad pública) y en el principio de razonabilidad .

“Todos los contratos administrativos deberían contener la cláusula “rebus sic stantibus”. A falta de ella el principio subsiste (porque sería de principio), pero el régimen de la indemnización es distinto” ⁶⁵.

b) LAS PRERROGATIVAS EN EL SUPUESTO DE EJECUCION ANORMAL

En lo que interesa a este estudio corresponde decir que la tesis tradicional entiende que, en el caso de incumplimiento de la Administración, el cocontratante no puede defenderse mediante la exceptio non adimpleti contractus ⁶⁶. Ello significa que deberá continuar ejecutando el contrato, cualquiera sea el incumplimiento de la Administración, pudiendo luego reclamar los daños y perjuicios que correspondan ⁶⁷.

Si el incumplimiento proviene del particular, la Administración puede aplicar una serie de sanciones, aún sin previsión expresa. Se imponen unilateralmente sin intervención del Poder Judicial.

19. TESIS CONTEMPORÁNEA

Si bien la Administración puede poseer privilegios exorbitantes del Derecho común, la tesis contemporánea los entiende y aplica dentro del concepto de la Administración concertada, sosteniendo que los privilegios no son de principio ⁶⁸. Por ello las prerrogativas se entienden y se deberían aplicar dentro de una planificación concertada.

Ingresando a los poderes exorbitantes, la tan mentada posibilidad de modificación y rescisión unilateral, sin ley formal, está prohibida en virtud de una interpretación armónica de los arts. 7, 10, 32 y 72 de la Carta; art. 1291 del C. Civil y lit. A del art. 23 del Decreto-Ley 15524. Actuar en contrario daría lugar a la anulación de la medida.

⁶⁴ Granillo, Raúl: ob cit. pag. 89

⁶⁵ Bielsa, Rafael: Estudios de Derecho Público, Tomo IV, Depalma, Bs. As. 1962, pag. 506

⁶⁶ Flores Dapkevicius, Rubén : Manual de Derecho Público, Tomo II, Editores Euros B de F, Bs. As. 2007

⁶⁷ Prat, Julio: Ob. Cit. Pag. 303

⁶⁸ Flores Dapkevicius, Ruben: Análisis de la jurisprudencia ... cit. Esta clasificación fue publicada en JUNIO de 1999

En efecto, el art. 63 del TOCAF establece límites precisos que obligan a la Administración a respetar sus contratos que son , de principio, inmutables.

Entonces, respecto a la rescisión unilateral de los contratos administrativos la doctrina contemporánea entiende, por los mismos fundamentos que en el supuesto de la modificación unilateral del contrato, que la misma no es posible como regla o de principio.

En definitiva, esto significa que, para que la Administración pueda ejercer esos poderes, debe existir texto expreso habilitante que haga excepción al principio general de inmutabilidad de los contratos en general. Volveremos sobre este tema cuando analicemos la extinción de los contratos administrativos .

También podrán modificarse las prestaciones cuando las circunstancias supervinientes no son las previstas cuando el contrato se perfeccionó (teoría de las sujeciones imprevistas); o se han visto modificadas por hechos ajenos a la voluntad de las partes (teoría de la imprevisión); o se han alterado por hechos de la autoridad (hecho del príncipe).

En estos supuestos se necesita el acuerdo de voluntades y, si éste no se produce, serán los soportes del Poder Judicial quienes efectúen los cambios necesarios que posibiliten el cumplimiento del contrato manteniendo su ecuación económica financiera. La Administración no puede modificar unilateralmente el contrato.

Respecto a la excepción de contrato no cumplido ⁶⁹ se entiende permitiendo al particular suspender, en ciertas hipótesis, su cumplimiento, sin culpa, hasta que la situación se resuelva.

Como enseña la doctrina, no cualquier incumplimiento de sus obligaciones por parte de la Administración da lugar a la invocación de tal hecho como excusa, porque el cocontratante puede acudir a ella cuando el hecho de la Administración le haya creado una razonable imposibilidad de cumplir con las obligaciones emergentes del contrato, sentencia del T.C.A. N° 807/97.

En lo que atañe al poder de dirección y control de la Administración, no pueden desarrollarse para modificar sustancialmente el objeto del contrato. No son poderes de principio. Por ello necesitan texto expreso -pueden incluirse en el contrato- que los autoricen.

El poder de control y dirección permite a la Administración elegir entre varias opciones e impartir instrucciones respecto a la ejecución del contrato.

Respecto al poder sancionatorio, la doctrina contemporánea, alejándose de la tradicional, sostiene que tampoco es un poder de principio y, por ello, es necesario texto expreso que le permita a la Administración aplicar sanciones unilateralmente sin acudir al Poder Judicial. Ello surge de lo dispuesto por el

⁶⁹ Ver Sent. del TCA 327/98 y 807/97 publicadas en Flores Dapkevicius, Ruben: Análisis cit. pag. 32

art. 1291 del C.Civil y lit. A del art. 23 del D-Ley 15524 porque, si el contrato es un acuerdo de voluntades y, en el mismo, no existe previsión, no es legalmente aceptable que una de las partes sancione a la otra ⁷⁰.

20. LOS DERECHOS DEL LICITANTE

El licitante tiene derecho al cobro de las obligaciones contractuales, las que surgirán del tipo de contrato de que se trate, y de cada contrato en particular.

Asimismo, tiene el derecho al mantenimiento de la ecuación económica financiera.

21. EL PRINCIPIO DE EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO

Las partes, al celebrar un contrato administrativo, estiman beneficios y asumen determinados riesgos financieros que forman su ecuación económica financiera. Ese equilibrio debe mantenerse durante el cumplimiento del mismo. Para ello, la doctrina y jurisprudencia han elaborado una serie de teorías que serán analizadas a continuación.

El tema se nutre de las particularidades con que el derecho canónico revistió su concepción del contrato, especialmente del contrato de locación de obra. Es en el derecho canónico donde se produce la casi desaparición del elemento aleatorio del contrato, privilegiándose el principio de la equivalencia de las prestaciones, basados en los principios de buena fe y honestidad cristiana ⁷¹.

La referida circunstancia debe subrayarse, con énfasis, para distinguir, en general, el tipo contrato administrativo de los contratos en general.

22. EL ACTO DE LA AUTORIDAD. EL HECHO DEL PRINCIPE

Si bien los contratantes deben asumir el riesgo propio que surge de las obligaciones contractuales de que se trate, alterado el equilibrio económico financiero del contrato, éste debe ser restablecido.

La teoría del hecho del príncipe se funda, esencialmente, en el principio de igualdad de las cargas públicas.

⁷⁰ Flores Dapkevicius, Rubén : Manual de Derecho Público, Tomo II, Administrativo, Editores Euros B de F, Bs. As. 2007

⁷¹ Granillo Ocampo, Raúl: Distribución de los riesgos en la contratación administrativa, pag. 14, Astrea, Bs. As. 1990

Los requisitos para que opere son:

1) Intervención de la Administración -álea administrativa- espontánea, autónoma y lícita.

Espontánea significa que no debe actuar a solicitud de la otra parte.

En el supuesto de actuación ilícita se aplicarán los principios de la responsabilidad contractual o extracontractual.

2) Esa intervención debía ser razonablemente imprevisible antes del perfeccionamiento del contrato.

3) Debe causar un perjuicio cierto y directo a la contraparte .

4) Las medidas adoptadas por la Administración pueden ser generales o particulares .

5) No existe unanimidad respecto al sujeto del que deben emanar las medidas, aunque la intervención debe surgir de una actuación diferente a la calidad de cocontratante.

Para algunos, la teoría es aplicable cualquiera sea la autoridad estatal interviniente.

Otro sector entiende que “el acto o el hecho proviene de la misma persona jurídica contratante porque si fuera otra se asimilaría al álea económica y sería de aplicación la teoría de la imprevisión ⁷².

Por último, la tesis más restringida reserva la aplicación del instituto si la medida proviene del mismo órgano que celebró al contrato.

La aplicación de la teoría tiene por efecto la indemnización integral de todos los perjuicios sufridos por el cocontratante ⁷³ .

23. LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN

Su fundamento lo encontramos, esencialmente, en el principio de igualdad ante las cargas públicas y fue consagrada por el Consejo de Estado Francés, en el fallo de la Compañía de Gas de Burdeos.

Los requisitos para que opere son los siguientes:

1) Debe existir una alteración económica transitoria en la ecuación económica financiera.

2) Producida por hechos materiales o actos de autoridad -álea económica- que no ingresen en el supuesto de la teoría del hecho del príncipe.

3) El acontecimiento no debió ser -razonablemente- previsto antes del perfeccionamiento del contrato.

4) Debe ser ajeno a la voluntad de las partes .

⁷² Rotondo Tornaría, Felipe: Manual cit. Pag. 244, en contra de Sayagués Laso que sostiene la tesis más amplia

⁷³ Ver Sent. 8/97 , 807/97 del TCA publicadas en Flores Dapkevicius, Ruben: Análisis de la jurisprudencia cit., pag. 41

5) Y debe provocar una verdadera pérdida que excede el álea previsible
6) Los hechos deben ser posteriores al perfeccionamiento y anteriores al cumplimiento del contrato.

7) La situación anormal debe ser transitoria, esto es, no definitiva.

La mayoría de la doctrina entiende que las consecuencias de la aplicación de la presente teoría es la indemnización parcial porque no abarca el lucro cesante, esto es la ganancia. "Puede implicar un aumento de las tarifas del servicio público, en lugar de esa indemnización"⁷⁴.

Para otros "seguir sosteniendo el principio de no integridad de la indemnización en los casos de la teoría de la imprevisión, sólo responde a un apego al origen histórico del concepto que para nada condice con la realidad del tiempo y de la economía que nos toca vivir"⁷⁵.

El lector observe de qué se está discutiendo. Asegurar la ganancia, para el contratista. Aquí, nuevamente, observamos la esencia del Derecho Administrativo, esto es, prerrogativas y garantías. Sería interesante preguntar qué sucede, en hipótesis similares, en el Derecho Civil o Comercial.

La jurisprudencia ha dicho que "La teoría de la imprevisión asegura fundamentalmente el fin público del servicio, pero lo realmente imprevisible lleva a que la Administración deba compartir el riesgo.

Pero ese riesgo ya estaba concretado en una real modificación de algunas imprevisiones, que no debieron ser tales, sino previstas en el contrato pues ya regía la ley 16320.

La alteración además, no trastornó verdaderamente las circunstancias esenciales tenidas en cuenta por las partes al firmar el contrato, si bien el particular, busca con derecho, un real beneficio económico, pero para ello debe prevenir áleas en esa área, lo que exigen algunos autores, es que se trate de acontecimientos imprevisos o imprevisibles, lo que no sucede en este caso, pues la ley 16320 ya estaba en plena vigencia cuando se firmó el contrato"⁷⁶.

24. LAS SUJECCIONES IMPREVISTAS

Esta teoría posibilita el aumento del precio del contrato de obra pública cuando, en su ejecución, surgen dificultades materiales anormales, que no pudieron ser razonablemente previstas al momento de su celebración y que hacen más onerosa su ejecución.

Los requisitos para su aplicación son los siguientes:

- 1) Existencia de una dificultad material, natural o artificial.
- 2) Anormal.

⁷⁴ Rotondo Tornaría, Felipe: Manual cit. pag. 245

⁷⁵ Granillo, Raúl: ob cit. pag. 165

⁷⁶ Sent. del TCA 8/98 publicada en Flores Dapkevicius, Ruben: Análisis de la jurisprudencia cit. pag. 32

3) Independiente de la voluntad de las partes.

4) La dificultad debe ser razonablemente imprevisible, aunque exista al momento del perfeccionamiento del contrato, pero oculta al conocimiento de los cocontratantes.

El fundamento de la indemnización integral es, esencialmente, el respeto al principio de igualdad ante las cargas públicas.

25. EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A los efectos de un mejor análisis del tema corresponde distinguir las formas normales de las extraordinarias.

26. FORMAS NORMALES

La manera no patológica de extinción de los contratos es el cumplimiento y recepción del objeto ⁷⁷. Esta estará impregnada de las particularidades que se deriven del contrato de que se trate. Así, por ejemplo, puede existir una recepción provisional y otra definitiva.

27. FORMAS EXTRAORDINARIAS DE EXTINCIÓN

A) ILEGITIMIDAD DEL CONTRATO

Observada una ilegitimidad, ésta puede afectar su validez. Para que ello se produzca es necesario que el vicio sea de una magnitud razonable ⁷⁸.

Si existe un conflicto de intereses la extinción deberá decretarse por el Poder Judicial.

B) POR FALLECIMIENTO DEL PARTICULAR COCONTRATANTE

Sin perjuicio de que la hipótesis es de difícil aplicación porque, generalmente, se contrata con empresas privadas -por la necesidad del capital que se requiere para la ejecución del contrato- éste es intuitu personae y, la muerte del particular extingue el contrato .

C) POR SUPRESIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN CONTRATANTE

“Hay que distinguir diferentes casos, porque la desaparición de la persona o de su competencia puede darse con continuación del servicio a cargo de otra persona estatal, o con supresión del servicio materialmente, se suprime y no se presta más , o porque aunque se siga prestando ya no es administrativo porque se ha privatizado”⁷⁹ .

⁷⁷ Luis Cayuela Sebastián: ob. cit. pag. 278

⁷⁸ Prat, Julio: ob cit. Pag. 319

⁷⁹ Cajarville, Juan Pablo: Extinción de los contratos de la Administración, Curso para graduados cit. Pag. 120

D) INCUMPLIMIENTO

Producido el incumplimiento grave de las partes procede la presente causa de extinción.

En ese sentido debe tenerse presente lo dispuesto por el Nral. 1 del art. 44 del TOCAF que establece que los pliegos de condiciones generales contendrán "... los efectos de la falta de cumplimiento del contrato...".

Los pliegos no pueden establecer la imposibilidad de ocurrir al Poder Judicial, si existe un conflicto intersubjetivo de intereses.

E) POR RESCISION UNILATERAL DE LA ADMINISTRACION

La doctrina tradicional sostiene que los contratos administrativos pueden extinguirse, de principio, por rescisión unilateral de la Administración. Es lo que la doctrina denomina rescisión unilateral por motivos de mérito o conveniencia.

Sin embargo, la doctrina contemporánea, apoyada entre otras disposiciones por el art. 63 del TOCAF, entiende que sólo procede, dentro de sus límites, o si la Carta o la ley la permiten. No es, pues, un poder de principio.

Respecto a la posibilidad de pactar esta forma de extinción, la doctrina, la entiende legítima y válida, porque en la cláusula no estarían en juego derechos irrenunciables.

Asimismo se entiende que no existe un poder implícito de extinción por razones de mérito porque no se dan los elementos tipificantes de la teoría respectiva.

Producida la rescisión, fuera de las hipótesis permitidas expresamente, el particular puede acudir al Poder Judicial o al T.C.A. para solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato más la reparación que correspondiere o la anulación del acto.

Respecto de la rescisión unilateral como sanción, remitimos a nuestras consideraciones efectuadas en junio de 1999, cuando analizamos la forma de entender las prerrogativas de la Administración, obviamente, si de sanciones unilaterales se trata.

F) POR RESCISION JURISDICCIONAL

Producido un conflicto de intereses entre las partes contratantes, compete al Poder Judicial, de principio, su conocimiento en virtud de lo establecido en el art. 233 de la Carta.

Por lo expuesto, toda estipulación que establezca la imposibilidad de ocurrir al Poder Judicial, violaría la norma citada recientemente. De la misma manera debe concluirse si la medida fuera autorizada por vía legal, en virtud del principio de la jerarquía formal de las fuentes, pudiéndose solicitar la inaplicabilidad de la ley por el órgano competente.

G) FUERZA MAYOR

Opera cuando la misma sea absoluta o relativa pero, en ambos casos, debe ser definitiva ⁸⁰

H) POR ACUERDO DE PARTES

La hipótesis no presenta elementos de especial consideración ⁸¹.

28. ESQUEMA DEL PROCEDIMIENTO LICITATORIO

Se destaca que el orden propuesto no es, en algunos casos, el que necesariamente debe darse, en cada caso concreto y especie contractual:

1) Etapa interna que comprende:

- a) Decisión de contratar,
- b) Reserva del rubro: existencia de un crédito presupuestal;
- c) elaboración de pliegos de condiciones
- d) publicidad de los pliegos;

2) Etapa esencial que comprende:

- a) Eventual precalificación de empresas
- b) Llamado a licitación pública ;
- c) Presentación de ofertas;
- d) Apertura y análisis formal de las mismas;
- e) Precalificación a los efectos de la eventual negociación o mejora de ofertas,
- f) eventual negociación;
- g) eventual mejora de ofertas;
- h) Dictamen de la Comisión Asesora;
- i) eventual vista de las actuaciones;
- j) adjudicación;
- k) Perfeccionamiento del contrato. Notificaciones. Eventual garantía de fiel cumplimiento;
- l) Imputación definitiva,
- m) Control,
- n) Eventuales recursos administrativos y
- ñ) eventual etapa jurisdiccional.

Los dos últimos literales no integran el procedimiento pero se agregan a los efectos de tener presente cuál es la secuencia que puede seguir luego de cumplido el mismo

⁸⁰ Si la fuerza mayor absoluta no fuera definitiva, permitiría el incumplimiento transitorio del contrato y no produciría su extinción. Si la fuerza mayor relativa (donde no existe una imposibilidad de incumplimiento sino que se hace económicamente inviable) fuera transitoria posibilitaría el cumplimiento mediante la aplicación de la teoría de la imprevisión.

⁸¹ Flores Dapkevicius, Rubén : Manual de Derecho Público, Tomo II, Editores Euros B de F, Bs. As. 2007

CONCLUSIONES

1) El contrato administrativo es una realidad constatable plenamente en la práctica lo que elimina cualquier teoría en contrario.-

2) El criterio para diferenciar esa especie contractual, de los contratos de derecho común es, de principio, el subjetivo.-

3) Los elementos de los contratos administrativos son: los sujetos, la voluntad, el objeto, la causa, el fin, las formalidades y la forma

4) La contratación administrativa se informa de principios propios que El art. 131 del TOCAF enumera, sin perjuicio de los que surgen de otras disposiciones jurídicas .-

5) La licitación pública es un procedimiento administrativo que consiste en una invitación a contratar de acuerdo a bases previamente determinadas con la finalidad de obtener la oferta más beneficiosa para la Administración.-

6) Sin perjuicio de la aplicación de los principios de la contratación administrativa, existen otros propios que a la licitación informan y que son: igualdad de oferentes, cumplimiento estricto de los pliegos, el principio de la oferta más ventajosa, el principio de equilibrio de la ecuación económica financiera del contrato y el de publicidad.-

7) En nuestro Derecho el principio es, en general, la licitación pública.-

8) Existen excepciones al principio mencionado en el apartado anterior en razón de cuantía, de los bienes o servicios, de la naturaleza del contratante, etc..-

9) La forma de entender los privilegios de la Administración en la contratación administrativa ha evolucionado, sosteniendo, en general, que los mismos no son de principio.-

BIBLIOGRAFÍA SUMARIA

- Anuario de Derecho Administrativo, FCU, varios tomos Mdeo.
- López Benítez, Mariano; Contrato de suministro y centralización de las compras públicas, Atelier, España 2000
- Benoit, Francis: Le Droit administratif française, Dalloz, París 1968
- Bezzi, Osvaldo: El contrato de obra pública, Abeledo Perrot, Bs. As. 1982
- Bielsa, Rafael: Estudios de Derecho Público, Tomo IV, Depalma, Bs. As. 1962,
- B.I.D. Políticas básicas y procedimientos de adquisiciones del BID, publicación del BID, Washington DC. USA, 1995
- Canasi, José: Derecho Administrativo, Depalma, Bs. As. 1984
- Casagne, Juan Carlos El Contrato Administrativo, Abeledo Perrot, Bs. As. 1999
- Luis Cayuela Sebastián: Los contratos de las Administraciones Públicas, Ed. Estudios Financieros, España 1997.
- Cerisola, Andrés: Curso de Derecho de la Empresa, ORT y AMF, Mdeo. 1999,
- Cicero, Nidia: Servicios Públicos, control y protección, Ed. Ciudad de Buenos Aires, Bs. As. 1996
- Contratación Administrativa, Curso para graduados, varios autores, FCU, Mdeo. 1989
- Contratación Administrativa, Curso de actualización para graduados, varios autores, FCU, Mdeo. 2000
- Contratos Administrativos, Astrea, Bs. As. 1982
- De Laubadere, André: Traité Théorique et pratique des contrats administratifs, Librairie Générale de Droit et jurisprudence, Paris, 1956
- Dromi, Roberto: Derecho Administrativo, Ediciones Ciudad de Buenos Aires, Bs. As. 1997
- Dromi, Roberto y otros: Renegociación de contratos públicos en emergencia, Ciudad Argentina, Buenos Aires 2003
- Dromi, Roberto: Empresas Públicas de estatales a privadas, Ediciones Ciudad de Buenos Aires, Bs. As. 1997
- Flores Dapkevicius, Rubén : Manual de Derecho Público: tomo I, Constitucional, B de F, Buenos Aires 2007
- Flores Dapkevicius, Rubén : Manual de Derecho Público: tomo II, Administrativo , B de F, Buenos Aires 2007
- Flores Dapkevicius, Rubén: Análisis de la jurisprudencia sobre contratación administrativa, Mdeo. 1999
- Flores Dapkevicius, Rubén: Manual Teórico práctico de contratación

administrativa, incluye el TOCAF anotado y concordado, B de F, Buenos Aires. 2003.

Flores Dapkevicius, Rubén : Amparo, Hábeas corpus y *Habeas data*, B de F, Buenos Aires, 2004

Flores Dapkevicius, Rubén: Decreto 500/91 anotado y concordado, incluye jurisprudencia, 3da Edición, Amalio Fernández, Mdeo. 2006

Flores Dapkevicius, Rubén: Derecho penal administrativo: el procedimiento disciplinario, Amalio Fernández, Mdeo. 2004

Flores Dapkevicius, Rubén : Constitución de la República Oriental del Uruguay, anotada, concordada, incluye jurisprudencia, Amalio Fernández, Mdeo. 2004

Flores Dapkevicius, Rubén : La expropiación, Carlos Alvarez Editor , Mdeo. 2007

Flores Dapkevicius, Rubén : La acción de nulidad y Responsabilidad del Estado , Carlos Alvarez Editor , Mdeo. 2008

Flores Dapkevicius, Rubén y Rotondo Tornaría, Felipe : Actualidad del Derecho Público: comentarios a las leyes 17930 y 17935, FCU, Mdeo. 2006

Gamarrá, Jorge: Tratado de Derecho Civil Uruguayo, Mdeo.

Gosálbez Pequeño, Humberto: El contratista de la Administración Pública, Marcial Pons, España 2000

Granillo Ocampo, Raúl: Distribución de los riesgos en la contratación administrativa, Astrea, Bs. As. 1990

Jurisprudencia: Las sentencias del TCA pueden consultarse vía MODEM

Kamrat, Ana: Manual Básico de auditoría estatal, PRONADE, Mdeo. 1992

López, Mariano: Contrato de suministro y centralización de las compras públicas, Atelier, Barcelona, España 2000

Marienhoff, Miguel : Tratado de Derecho Administrativo, Bs. As. 1982

Mayer, Otto: Derecho Administrativo Alemán , Depalma, Bs. As. 1982

Mertehikian, Eduardo: Ley de Administración financiera y control de gestión, RAP, Bs. As. 2005

Mertehikian, Eduardo: La iniciativa privada en la concesión de obra y servicios públicos, Abaco, Buenos Aires 1992

Ossorio, Manuel: Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Heliasta, Bs. As. 1997

Parada, Ramón: Derecho Administrativo, Marcial Pons, España 2000

Pascale, Ricardo: Decisiones Financieras, Ediciones Macchi, Bs. As. 1997

Prat, Julio: Derecho Administrativo, T. 3, vol 2, Acali, Mdeo. 1978

Rotondo Tornaría, Felipe: Manual de Derecho Administrativo, Del Foro . Mdeo. 2000

Rotondo Tornaría, Felipe y Flores Dapkevicius, Rubén : Actualidad del

Derecho Público: comentarios a las leyes 17930 y 17935, FCU, Mdeo. 2006

Sánchez, Manuel: Derecho Administrativo sustantivo y procesal, Colex, Madrid 1999

Sánchez Goyanes , Enrique y otros: Manual de Derecho Administrativo, Colex, España 1997

Sayagués Laso, Enrique: Tratado de Derecho Administrativo, FCU, Mdeo. 1991

Sayagués Laso: Enrique: La licitación pública, obra actualizada por los Profs. Rubén Flores Dapkevicius y Daniel Hugo Martins, B de F, Buenos Aires 2005

Sierralta Anfbal: Negociación y Contratación Internacional, Fondo Editorial, Asunción 1993

Sosa, Anahí: Manual Básico de compras estatales, PRONADE, Mdeo. 1993

Soto Klos, Eduardo: La contratación administrativa: un retorno a las fuentes clásicas del contrato, Revista de Estudios Administrativos , Tomo 1 Mdeo. 1979

TOCAF/94, PRONADE, Mdeo. 1994

TOCAF/96 IMPO, Mdeo. 1998

Tribunal de lo Contencioso Administrativo (TCA) , jurisprudencia sistematizada e informatizada de los años 1990-1999 y vía MODEM

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E DO PARTICULAR FRENTE AO LICENCIAMENTO AMBIENTAL E À SOCIALIZAÇÃO DO DANO AO AMBIENTE

Luciana Duarte Sobral Menezes*

Sumário: 1. Introdução. 2. A responsabilidade civil pelos danos ambientais: teoria do risco integral e responsabilidade objetiva agravada 3. A responsabilidade do Estado e a questão da socialização do dano ambiental. 4. A responsabilidade pelos danos ambientais decorrentes de atividades licenciadas. 5. Conclusão. 6. Bibliografia.

1 INTRODUÇÃO

Imagine acordar e se deparar com a seguinte notícia: “A Terra sofre alterações climáticas que modificam drasticamente a vida da humanidade. Com o norte se resfriando cada vez mais e passando por uma nova era glacial, milhões de sobreviventes rumam para o sul.”¹

Ou ainda: “Tornados arrasam Los Angeles; granizo do tamanho de melões atinge Tóquio; e em New York, a temperatura vai do calor tórrido ao frio glacial no mesmo dia; [...] uma mudança climática abrupta traz efeitos catastróficos para todo o planeta. [...]”²

Parecem absurdas e realmente são se forem pensadas num futuro próximo. Entretanto, no ritmo em que corre a devastação ambiental, isso poderá não ser mais tão absurdo assim se pensado a longo prazo. Não estamos numa nova era glacial, mas as notícias ambientais de hoje são bastante preocupantes e revelam que pensar numa futura era do gelo pode não ser um disparate ou tema de histórias de ficção, mas previsão científica.

A degradação do ambiente para atender as necessidades e vontades do homem não é fenômeno novo. A preocupação com a manutenção do equilíbrio ambiental e sua percepção jurídica, entretanto, é recente, motivo pelo qual as questões ambientais estão tão em voga. Da preocupante conjuntura atual do ambiente e da atualidade das questões ambientais avulta a importância do tema deste trabalho: a responsabilidade civil pelos danos ao ambiente, com enfoque especial nos agravos decorrentes de atividades licenciadas.

*Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Sergipe e Assessora Jurídica da Promotoria de N. Sra. das Dores/SE.

¹ Sinopse do filme “O dia depois de amanhã” extraída de <http://adorocinema.cidadeinternet.com.br/filmes/dia-depoisdeamanha/diadepoisdeamanha.asp#Sinopse>.

² Sinopse do filme “O dia depois de amanhã” extraída de <http://www.tredavaftertomorrow.com>

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL PELOS DANOS AMBIENTAIS: TEORIA DO RISCO INTEGRAL E RESPONSABILIDADE OBJETIVA AGRAVADA

A responsabilidade civil por dano ambiental é, na maioria dos casos, extracontratual ou aquiliana. No direito brasileiro, adota-se, como regra, a responsabilidade aquiliana subjetiva, isto é, fundada na idéia de culpa. No direito ambiental, todavia, a responsabilidade civil é objetiva, calcada na idéia de risco e na dispensabilidade do elemento subjetivo.

No âmbito do direito do ambiente, a teoria do risco ganha força com a intensificação das preocupações com a preservação do meio e a justa reparação dos danos ambientais. Percebeu-se que o regime da responsabilidade subjetiva não seria o adequado para a reparação destes danos, em razão da dificuldade – às vezes, impossibilidade – da comprovação exata do grau de culpa dos causadores. Nesse contexto, foi editada a Lei nº 6.938/81, que institui a responsabilidade objetiva do poluidor em seu art. 14, §1º, recepcionada posteriormente pela Carta Política de 1988, notadamente no art. 225, §3º.

Pelo regime da responsabilidade objetiva, todo aquele que desenvolve alguma atividade responde pelos riscos a ela inerentes. Não é necessário perquirir, para que surja o dever de reparar o dano, qualquer espécie de culpa do agente causador. A vítima, seja o indivíduo ou a coletividade, precisa provar apenas o dano e o nexo causal entre este e a conduta ou atividade lesivas, pouco importando a licitude ou ilicitude destas.

O ordenamento jurídico brasileiro, ao abraçar a teoria do risco e a responsabilidade objetiva, pressupõe que aquele que se dedica a atividades potencialmente poluidoras prevê a possibilidade de ocorrência de danos e aceita a responsabilidade pelos que decorrem, direta ou indiretamente, de sua atuação, assumindo verdadeira posição de garantidor da incolumidade do ambiente. Com efeito, a adoção de tal regime no âmbito do direito ambiental constitui um avanço, à medida que supre a necessidade de reparação de danos que não seriam satisfatoriamente combatidos pelo critério da culpa. Além disso, estimula seus potenciais causadores a se estruturarem e adquirirem equipamentos para evitar ou diminuir ao máximo os danos decorrentes de suas atividades.³

assumindo verdadeira posi Todavia, a simples adoção da responsabilidade objetiva, embora facilite a proteção das vítimas dos danos ambientais, não as deixa em situação tão confortável, haja vista a dificuldade de comprovação do nexo causal entre a atuação do agente responsável e o prejuízo sofrido.⁴

³ LEITE, José Rubens Morato. Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 129/131.

⁴ Ibid. p. 132.

A depender da fundamentação teórica adotada, a prova do nexo causal pode constituir enorme obstáculo à plena e efetiva reparação desses danos. Por isso, impõe-se uma flexibilização do conceito de nexo de causalidade na seara do direito ambiental, de modo a abranger não apenas a relação direta de causa e efeito entre o fato e o dano.

Em face dessa dificuldade é que se sustenta a aplicação da teoria do risco integral como alicerce da responsabilidade objetiva pelos danos ambientais. O risco integral, que encontra apoio na teoria da equivalência das condições sobre o nexo causal, conduz à chamada teoria da responsabilidade objetiva agravada, a qual se contenta com a existência de mera conexão entre o evento danoso e o prejuízo.

A teoria do risco integral concorre na doutrina pátria atual com mais duas principais correntes de fundamentação teórica da responsabilidade objetiva por danos ambientais: a teoria do risco-proveito e a teoria do risco-criado.

A teoria do risco-proveito prega que, para a caracterização da responsabilidade pelos danos ambientais, é imperioso comprovar, além do efetivo prejuízo e do nexo causal, ter o degradador auferido alguma vantagem ou proveito da atividade lesiva. Vigora aqui a máxima *quem aufere o bônus, deve arcar com o ônus* ou, em outras palavras, o poluidor que lucra com determinada atividade deve responsabilizar-se pelos riscos e prejuízos dela oriundos. Para seus adeptos, o caso fortuito e a força maior, a culpa concorrente ou exclusiva da vítima, o fato de terceiro e, em alguns casos, a licitude da atividade poluidora constituem fatores de redução e/ou exclusão da responsabilidade.⁵ Crítica pertinente que se faz a esta teoria é que o conceito de *proveito* é aberto, permitindo uma gama de interpretações, o que causa enorme divergência e dificulta, em certos casos, a responsabilização uniforme.⁶

Já a teoria do risco criado, por sua vez, é o meio-termo entre as outras duas e defende que, para que haja o dever de reparar o dano ambiental, basta ter este resultado da atividade exercida pelo poluidor, desde que seja tal atividade considerada de risco. Segundo seus defensores, aquele que desempenha atividade perigosa, lícita ou não, responde pelos danos dela decorrentes, independentemente de culpa e com base nos riscos criados pelo seu exercício. Alia-se à teoria da causalidade adequada, pela qual as clássicas causas de exclusão da responsabilidade rompem o nexo causal e afastam o dever de reparar o dano.⁷ Foi a teoria adotada no parágrafo único do art. 927 do Código Civil, mas que, por outro lado, não foi a abraçada pela Lei nº 6.938/81.

⁵ KRELL, Andréas Joachim. Concretização do dano ambiental: objeções à teoria do "risco integral". Jus Navigandi, Teresina, a.2, n.25, jun/1998. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1720>>. Acesso em: 25 mar. 2006.

⁶ ALONSO, Paulo Sérgio Gomes. Pressupostos da responsabilidade civil objetiva. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 63/64.

⁷ STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 199/200.

A idéia central da teoria do risco integral é essencialmente a mesma da teoria do risco criado, tendo sede a única distinção no fato de que aquela não admite a existência de causas excludentes ou de redução da responsabilidade. Proclama a teoria do risco integral que o causador do dano ambiental é responsável pela reparação, independentemente de culpa e sem se perquirir sobre as circunstâncias do fato ou atividade causadores.⁸ Se o dano ocorre no curso ou em razão de sua atuação, responde ele pelo prejuízo, podendo ressarcir-se junto a terceiros, se for o caso.

É dizer, além da culpa, não importa para a caracterização da responsabilidade pelo risco integral se o fato decorreu de caso fortuito ou força maior, de culpa exclusiva ou concorrente da vítima, de fato de terceiro ou até da ilicitude da atividade. Os tradicionais fatores que reduzem ou excluem a responsabilidade civil, para os militantes desta teoria, não são aptos a romper o nexo de causalidade, pois a noção de nexo causal, no âmbito do direito ambiental, tem uma elasticidade maior do que no direito comum.

A Lei nº 6.938/81 e Constituição Federal, no art. 225, §3º, não fizeram restrições ao regime da responsabilidade objetiva na seara ambiental. Tampouco vincularam tal responsabilidade às atividades perigosas ou à obtenção de qualquer proveito, repelindo as teorias do risco criado e do risco proveito. Adotaram, senão, a teoria do risco integral.

Não bastasse, justifica também a adoção da teoria do risco integral o fato de ter sido o ambiente equilibrado elevado ao patamar de direito humano fundamental pela atual Constituição. Tal circunstância exige uma incidência ampla da responsabilidade objetiva, tanto sobre os danos decorrentes de atividades perigosas, quanto sobre os oriundos duma atividade profissional qualquer; tanto em relação aos poluidores que aferiram vantagens, quanto àqueles que nada lucraram.

A função social da propriedade, integrante da função social ambiental, é valor consagrado constitucionalmente e também deve ser levada em conta para a escolha do regime de responsabilidade civil pelos danos ambientais. Aquele que pratica atividade geradora de danos ao ambiente, mesmo que não incorra em culpa, não exerce a função social de sua propriedade, como manda a Constituição. Diante do tratamento dado pela Magna Carta ao ambiente equilibrado, é imperiosa a adoção de um sistema rigoroso de responsabilização pelos danos ambientais, de forma a assegurar o equilíbrio do meio para as presentes e futuras gerações. Do contrário, é provável que nossos filhos não tenham uma qualidade ambiental digna e que nossos netos e bisnetos, num futuro não tão remoto, venham a ter sérios problemas em razão da intensa degradação.⁹

⁸ ALONSO, op. cit. p. 57.

⁹ MILARÉ, Édís. Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário. 2 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 428.

Corolário da adoção da teoria do risco integral, tem-se a responsabilidade civil agravada, modalidade excepcionalíssima, também fundada na idéia de risco da atividade, porém num risco bem mais específico, que possa ser considerado como um *risco próprio, típico ou inerente à atividade*. Na responsabilidade objetiva agravada, prescinde-se de um nexo de causalidade adequada entre o evento danoso e o prejuízo, bastando que este guarde *estreita conexão* com a atuação do causador.¹⁰ A noção de nexo causal é mais ampla, porque a teoria do risco integral é aliada da teoria da *condicio sine qua non* ou equivalência das condições, que não exige que o dano seja consequência necessária, direta e imediata da atuação do agente, mas apenas que haja mera conexão entre ambos, atenuando o rigor das demais teorias.¹¹

Esclarecedoras são as lições de Noronha acerca da responsabilidade objetiva agravada e suas causas excludentes. Ensina o autor:

[...] Nesta responsabilidade, que diz respeito unicamente a determinadas atividades e a certos riscos que são específicos delas, não é a demonstração de ocorrência de qualquer caso fortuito ou de força maior que liberará o indigitado responsável: aqueles casos fortuitos e de força maior que puderem ser considerados riscos típicos da atividade não excluirão a obrigação de indenizar. Não seria errado afirmar que nestas hipóteses estamos perante uma nova categoria de responsabilidade, a par da responsabilidade subjetiva (fundada na culpa) e da objetiva (fundada no risco, mas exigindo nexo de causalidade entre a atividade do responsável e o dano).¹²

Nos casos de responsabilidade agravada, as causas de exclusão da responsabilidade objetiva comum nem sempre irão afastar o dever de reparar. Caso fortuito e força maior, em casos estes, jamais rompem o nexo causal, sejam eventos internos ou externos. Mesmo nos casos de eventos externos – quando o fortuito não guarda relação com a atividade; é imprevisível e estranho a esta –, se houver estreita conexão entre o dano e a atividade do poluidor, surge para este o dever de reparar. E para se libertar de tal obrigação, a única saída é provar que inexistente tal conexão ou, em outros termos, que o fato lesivo não se insere no âmbito dos riscos típicos inerentes a sua atividade.¹³

Pode parecer, à primeira vista, um rigor excessivo com os indigitados responsáveis. No entanto, sopesados o regime constitucional dispensado ao ambiente e o atual quadro de degradação ambiental, revela-se plenamente aceitável a agravamento da responsabilidade do poluidor.

¹⁰ NORONHA, Fernando. Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1. p. 638.

¹¹ STEIGLEDER, op. cit. p. 201/202.

¹² NORONHA, op. cit. p. 638.

¹³ STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Áreas contaminadas e a obrigação do poluidor de custear – um diagnóstico para dimensionar o dano ambiental. Revista de Direito Ambiental. n. 25. Ano 7. Editora Revista dos Tribunais, Jan.-mar. 2002. p. 70.

3 A RESPONSABILIDADE DO ESTADO E A QUESTÃO DA SOCIALIZAÇÃO DO DANO AMBIENTAL

O art. 3º, IV, da Lei nº 6.938/81 enxerta o Estado no conceito de poluidor, afastando qualquer objeção à responsabilização estatal pelos danos ao ambiente. Que o Estado responde pelos danos ambientais decorrentes de sua atuação não há dúvidas. A divergência tem sede no regime a ser adotado para esta responsabilidade.

É possível distinguir três situações em que o Estado pode ser responsabilizado pelo dano ambiental. A primeira ocorre quando o dano é decorrente da ação dos agentes públicos. A segunda, quando o dano é decorrente de omissão estatal. E a terceira, resulta da responsabilidade estatal comissiva por omissão.¹⁴

Em relação ao dano gerado pela ação dos agentes públicos, é fácil concluir que a responsabilidade do Estado é objetiva, a teor do art. 37, §6º, da Constituição Federal. Este dispositivo estabelece genericamente o regime da responsabilidade objetiva do Poder Público para danos de qualquer ordem causados pela ação daqueles que representam a vontade estatal. E os danos ambientais não fogem à regra.

No que toca aos danos ambientais decorrentes de omissão pura do Poder Público, a divergência doutrinária é acirrada. Em matéria ambiental, as omissões estatais consubstanciam-se, basicamente, na deficiência no exercício da fiscalização da administração pública sobre as atividades poluidoras e na concessão de autorizações administrativas e licenças ambientais.¹⁵ Não há consenso na doutrina no que toca ao regime da responsabilidade estatal em casos tais.

Parcela dos administrativistas entende que, no caso de omissão estatal, a responsabilidade civil do Estado é subjetiva, sob o argumento de que a hipótese não é abarcada pelo §6º do art. 37.¹⁶ Ao lado dos adeptos da teoria subjetiva clássica, que exige a culpa do agente público, militam adeptos da teoria da culpa administrativa, culpa anônima ou *faute de service*, que vem sendo adotada pelo Supremo Tribunal Federal para os atos omissivos do Poder Público.¹⁷ Outra parcela dos administrativistas entende que a responsabilidade estatal é sempre objetiva, por atos comissivos e omissivos, bastando que o agente haja praticado o ato ou a omissão administrativa na qualidade de agente público.¹⁸

¹⁴ STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 223.

¹⁵ Ibid. p. 220.

¹⁶ Entre outros, MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 623-624; CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 13 ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 436.

¹⁷ Ver RE 179.147, Rel. Min. Carlos Velloso.

¹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 630; HARADA, Kiyoshi. Responsabilidade civil do Estado. Jus Navigandi, Teresina, a. 4, n. 41, mai. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=491>>. Acesso em: 25 mar. 2006.

Essa discussão não tem grande repercussão no direito ambiental, já que a responsabilidade do Estado pelos danos desta natureza é sempre objetiva. Isto porque rege a responsabilidade civil ambiental não apenas o §6º do art. 37 da Constituição, mas, mais especificamente, a Lei nº 6.938/81, notadamente no art. 14, §1º, no art. 3º, IV.

Já a responsabilidade comissiva por omissão, terceira hipótese citada, acontece quando o Estado tem o dever legal de prestar um determinado serviço público essencial e é omissor, de sorte que a omissão ocasiona diretamente um dano ambiental.¹⁹ Aqui, por certo, a responsabilidade estatal também é objetiva, pois o prejuízo ao ambiente é consequência direta da omissão estatal. Aplica-se, sem dúvidas, o citado art. 14, §1º, da lei de regência.

Fixada a premissa de que a responsabilidade estatal pelos danos ambientais é invariavelmente objetiva, passa-se à discussão de qual seria o substrato dessa responsabilidade, se o risco administrativo ou o risco integral.

A maioria dos administrativistas, com alicerce no art. 37, §6º, da Constituição, defende a responsabilidade objetiva do Estado com base na teoria do risco administrativo. Esta teoria traz a responsabilidade objetiva com fundamento nos riscos que o Estado gera para os administrados no cumprimento de seus fins, admitindo as tradicionais causas excludentes de responsabilidade.²⁰ No entanto, em matéria de dano ambiental, a Lei nº 6.938/81 impõe um tratamento diferenciado para a responsabilidade objetiva estatal.

Não merece agasalho o entendimento de que tal responsabilidade é sempre fundada no risco administrativo, pois, além de não levar em consideração os dispositivos legais específicos sobre a matéria, é fulcrado num único dispositivo constitucional. Outrossim, face ao tratamento dispensado pela Lei Maior ao ambiente equilibrado, não se pode igualar o regime da responsabilidade estatal por um dano ambiental ao regime de sua responsabilidade por um dano qualquer. Por outro lado, em respeito ao princípio constitucional da igualdade, não pode ser diferenciado o regime da responsabilidade estatal pelos danos ambientais daquele adotado para os particulares nas mesmas circunstâncias, ao menos quando o Estado exerce o papel de empreendedor, ao lado da iniciativa privada.

Contudo, isso não quer dizer que deve ser adotada a responsabilidade objetiva fundada no risco integral para todo e qualquer dano ambiental causado pelo Poder Público. A adoção do risco integral gera a responsabilização estatal mesmo em situações de caso fortuito e força maior, fato de terceiro etc. E isto implica a consagração de enorme injustiça. Não se pode esquecer que o

¹⁹ STEIGLEDER, op. cit. p. 223. A autora traz como exemplos a omissão na destinação do resíduo sólido urbano, na conservação das rodovias ou no tratamento de esgoto.

²⁰ Nesse sentido: CARVALHO FILHO, op. cit. p. 424; HARADA, op. cit.

ônus financeiro da assunção pelo Estado da responsabilidade objetiva é suportado pela sociedade, que provê os cofres públicos com tributos, pagos inclusive para indenizar os danos causados no desempenho das atribuições estatais.²¹

Dessa forma, colocando na balança os prós e contras da adoção da teoria do risco integral para a responsabilidade civil do Estado pelos danos ambientais, tem-se, de um lado, o princípio da igualdade, além do argumento fático da intensa degradação do ambiente e do tratamento especial dado pela Constituição ao equilíbrio ambiental. De outro, pesa o fato de que a responsabilização ferrenha do Poder Público acarreta a socialização dos prejuízos ambientais, tendo em vista que é a sociedade a principal vítima destes e é ela quem paga a conta quando o Estado é responsabilizado. Dos dois lados figuram fortes argumentos, amparados constitucionalmente, não podendo nenhum deles ser desprezado. Por isso, deve-se buscar uma situação intermediária, que evite ao máximo a injustiça e, ao mesmo tempo, não desprestige o sistema de responsabilidade objetiva adotado constitucional e infraconstitucionalmente.

Propõe-se, então, a responsabilização objetiva do Estado pelos danos ambientais em toda e qualquer circunstância. Entretanto, tal responsabilidade seria fundada no risco integral apenas quando estivesse ele no exercício de atividades atípicas. Se no exercício de atividades que lhe são típicas, como no caso do licenciamento, sua responsabilidade seria fundada no risco administrativo.

Sabe-se que o Estado exerce atividades típicas e atípicas, e, no exercício destas últimas, atua como empreendedor, exercendo atividades próprias da iniciativa privada e degradando o ambiente na mesma medida que o particular. Neste caso, não se pode deixar de reconhecer a responsabilidade objetiva na modalidade do risco integral. Porém, não é razoável que responda com espeque no risco integral quando atua no exercício de atividades que lhe são próprias, sob pena de se ver transferido injustamente o ônus da reparação do dano ambiental para sua principal vítima.

Portanto, no caso de danos ambientais decorrentes de atividades típicas do Estado, deve-se adotar o risco administrativo como base teórica de sua responsabilidade civil. Significa, em termos práticos, que é possível ao Poder Público alegar alguma causa eximente de responsabilidade. Já na hipótese de danos ambientais decorrentes de atividades atípicas, não existe tal possibilidade, devendo o Estado arcar com a reparação mesmo em casos fortuitos e de força maior, sozinho ou em regime de solidariedade com o particular.

À primeira vista, a solução proposta pode parecer violadora da isonomia. Mas não o é, se pensado o princípio sob o enfoque material. Justificam a

²¹ HARADA, op. cit.

distinção de tratamento entre o Estado e o particular os diferentes graus de sofrimento entre os responsáveis pela reparação com os abalos ambientais. Busca-se, aqui, a negação da privatização dos lucros e socialização dos prejuízos, pois não é nada razoável que a coletividade arque invariavelmente com a reparação de danos cuja principal vítima é ela própria. Quando o particular ocasiona o dano, a sociedade sofre, ele quase sempre lucra e, logicamente, é ele quem deve arcar com a reparação. Mas é justo que, quando é o Estado também ocasione o dano, a coletividade sofra e ainda deva arcar com a reparação?

4 A RESPONSABILIDADE PELOS DANOS AMBIENTAIS DECORRENTES DE ATIVIDADES LICENCIADAS

Em meio a todas essas discussões, aflora a seguinte questão: de quem seria a responsabilidade pela reparação dos danos ambientais decorrentes de atividades licenciadas? Neste contexto, vislumbram-se três situações distintas.

A primeira diz respeito à hipótese em que o licenciamento é lícito, mas a atuação do licenciado é ilícita. Ou seja, a licença ambiental é expedida legalmente pelo Poder Público, conforme as normas jurídicas postas sobre os limites de tolerabilidade do ambiente,²² mas, não obstante, o licenciado abusa dos poderes concedidos. Obviamente, o empreendedor deve atuar nos limites da licença ambiental e o abuso de poder de sua parte, se for apto a gerar danos ao ambiente, fará nascer sua responsabilidade civil. À medida que extrapola os limites impostos pela licença, sua atuação torna-se ilícita e revela sua culpa.

É verdade que, para a apuração da responsabilidade do empreendedor, não terá relevância dita culpa, porque a responsabilidade é objetiva. Entretanto, a comprovação ou não da culpa do empreendedor será importante para a aferição da responsabilidade do Estado, na qualidade de órgão licenciador. Isto porque, como a responsabilidade objetiva do Estado pelos danos ambientais decorrentes de atividades típicas é fundada no risco administrativo, provada a culpa do empreendedor, é possível a alegação de fato de terceiro para excluir a responsabilidade estatal e evitar a socialização do prejuízo.

É de se atentar, porém, para o dever de fiscalização do Estado sobre as atividades potencialmente poluidoras. Para que o Poder Público se exima completamente da responsabilidade pelo dano ambiental, deve demonstrar que a ausência ou deficiência de fiscalização em nada contribuiu para o prejuízo, pois a responsabilidade estatal pelos danos ambientais é sempre objetiva, inclusive quando decorre de omissão.

²² Por exemplo, as normas acerca dos padrões de emissão de uma determinada substância.

A fiscalização de atividades potencialmente poluidoras é uma função típica do Poder Público, o que implica ser sua responsabilidade, neste caso, fundada na teoria do risco administrativo. Desse modo, provando o Estado que a ausência/deficiência de fiscalização não tem vínculo causal com a ocorrência do dano, ou seja, que não foi causa adequada deste, afasta-se a responsabilidade. Se, contudo, restar demonstrado que a efetiva fiscalização poderia ter evitado a consumação do dano, responderá o ente público solidariamente com o empreendedor, com espeque no art. 3º, IV, da Lei nº 6.938/81 e nos moldes do art. 942 do Código Civil.

A segunda situação sobre os danos ambientais decorrentes de atividades licenciadas é aquela em que a licença é ilegal, em razão do mau desempenho dos órgãos licenciadores. Se o empreendedor atua de acordo com a licença e degrada o ambiente, é impossível afastar a responsabilidade do Estado pelo dano. Não há, em tese, como provar alguma causa eximente de sua responsabilidade, como o fato de terceiro ou o caso fortuito, eis que o dano decorre, dentre outros fatores, do mau desempenho da atividade estatal.

Por outro lado, o empreendedor não pode se escorar no deslize do órgão licenciador para afastar sua responsabilidade, que não é excluída pelo fato de terceiro. Isto se justifica, em meio aos demais argumentos já elencados, pelo fato de que a Constituição, em seu art. 225, impôs não só ao Estado, mas a toda a coletividade, o dever de defender e preservar o ambiente para estas e as próximas gerações. O empreendedor também tem este dever de preservação, consubstanciado na tarefa de sempre procurar saber se sua atividade, a despeito de licenciada, está causando danos ao ambiente. Em casos tais, logo, a responsabilidade é solidária entre o Estado e o empreendedor.

Finalmente, a terceira situação verifica-se quando a licença é legal – emitida segundo as normas postas acerca do limite de tolerabilidade do ambiente – e, mesmo atuando o detentor em seus estritos limites, ocorre um dano ambiental. É em torno desta hipótese que transitam as intensas discussões e divergências sobre o tema.

Há doutrinadores que defendem a não responsabilização de empreendedores que exercem atividades regularmente licenciadas, alegando que as atividades são lícitas, já que degradam o ambiente dentro dos limites legalmente estabelecidos. Esta licitude excluiria o dever de reparar os danos, só havendo responsabilidade quando provada a ilegalidade da licença, e mesmo assim seria exclusiva do Estado.²³ E a responsabilidade pelos danos ambientais, então, de quem seria nesse caso? Do Poder Público ou não haveria responsabilidade? Qualquer que seja a resposta o prejuízo seria invariavelmente arcado

²³ Nesse sentido, ALONSO, op. cit. p. 105; STOCO, Rui. Tratado de responsabilidade civil. 6 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 841.

pela coletividade, que pagaria sozinha por um prejuízo cuja vítima é ela própria ou ficaria de mãos abanando no que se refere à reparação do dano sofrido.

Diferente, porém não ainda digna de aplausos, é a posição de Krell, para quem o detentor de licença ambiental que atua segundo ela só poderia ser responsabilizado pelos danos ambientais individuais. Alega o autor que estes danos acarretam sacrifício especial de interesses individuais em prol da coletividade, o que justificaria a responsabilização do empreendedor. O mesmo raciocínio não seria aplicável aos danos ambientais difusos, pois caberia à Administração Pública defender o interesse coletivo.²⁴

Não merecem guarida nenhum dos entendimentos acima esposados. Os detentores de licenças administrativas válidas devem sim responder pelos danos ambientais decorrentes de suas atividades, com suporte na teoria do risco integral, sejam os danos individuais ou – principalmente – difusos, não bastando a aparente licitude da atividade para excluir a responsabilidade pelos danos ambientais.

Krell está coberto de razão quando diz que cabe à Administração zelar pela preservação ambiental. Mas esquece ele que a Lei Maior impôs também à sociedade este dever, que repousa na idéia de solidariedade, não só em seu sentido técnico-jurídico, mas também no sentido comum. O direito ao ambiente equilibrado é direito fundamental cuja proteção cabe também a qualquer cidadão.

Ademais, não é correto alegar os efeitos sociais positivos do desenvolvimento como forma de tirar do caminho a responsabilidade daqueles que exercem atividades licenciadas. Até porque os empreendedores também se beneficiam diretamente com o exercício dessas atividades. Não que esse benefício seja condição essencial para a responsabilização pretendida, eis que não se adota a teoria do risco proveito, mas é algo a mais a ser sopesado – um argumento prescindível, mas que deve ser considerado.

Não é justo que o Estado, como órgão licenciador, arque sozinho com os prejuízos ambientais, sob pena de se transferir indiretamente o ônus da reparação para sua própria vítima: a coletividade. Menos justo ainda é que, descartando-se a possibilidade de responsabilização exclusiva do Poder Público, o dano ambiental decorrente de atividades licenciadas fique indene. Revela-se insustentável a afirmação de que, porque a atividade é “lícita”, o empreendedor que a exerce não deve reparar os danos dela decorrentes.

De fato, aparentemente a atividade do empreendedor é lícita, porque amparada por uma licença válida. Mas é só aparentemente. À medida que degrada o ambiente, passa ela a ser ilícita, por violar o dever constitucional de todos de não poluir. O licenciamento regular e a observância dos limites de

²⁴ KRELL, op. cit.

tolerabilidade impostos pelas normas administrativas não são, pois, fatores aptos a arrear a responsabilidade objetiva pelos danos ambientais.

O empreendedor deve se preocupar, na verdade, com o limite de tolerância real do ambiente, e não com os limites de tolerabilidade (su)postos nas leis e regulamentos administrativos. Isto porque, diante das incertezas científicas que norteiam a matéria, a observância destes últimos não garantem a não-ocorrência de danos. Há enorme dificuldade em estabelecer esse real limite, razão pela qual as balizas constantes nas ditas normas não devem ser tidas como valores soberanos, mas como um *limite extremo de perigo*.²⁵

Cumpra ainda lembrar que o Estado, muitas vezes, nivelando-se ao particular, é também empreendedor e, nesse caso, as pessoas do licenciador e do licenciado se confundem, gerando a situação vacilante do autolicensing ambiental. Este, à medida que afasta a neutralidade necessária ao órgão licenciador e fere a moralidade administrativa,²⁶ constitui mais um argumento a favor do que ora se defende: o empreendedor, seja quem for, o Estado ou o particular, não pode se esquivar da responsabilidade pelos danos ambientais com base em uma licença administrativa.

Os empreendedores não devem ser, portanto, tão confiantes em suas licenças ambientais, devendo sempre adotar as medidas cabíveis para que suas atividades não degradem o ambiente. Trata-se, em última análise, de desdobramento do dever constitucional de preservação. Não podem também alegar ausência de conhecimentos técnicos ou científicos como forma de desviar sua responsabilidade, pois os riscos do desenvolvimento, resultantes da industrialização crescente e dos avanços tecnológicos, são reputados pela teoria do risco integral como inerentes à atividade.²⁷

O detentor de licença válida responde integralmente pelos impactos ambientais oriundos de sua atuação, em razão da responsabilidade agravada, sendo-lhe vedada a alegação de qualquer causa eximente de responsabilidade. Portanto, todo e qualquer dano ambiental decorrente de atividade licenciada é passível de reparação pelo licenciado, mesmo no caso em que o licenciamento é regular e ele atua nos estritos limites da licença.

Resta saber se o Estado também é responsável nesta terceira situação e, se o for, em que medida deverá arcar a reparação. A hipótese de responsabilização estatal exclusiva, como já dito, não deve ser cogitada. Ademais, também não é justo, na situação ora tratada, que o Estado responda civilmente sempre

²⁵ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 102. Nesse sentido, consulte-se também MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito ambiental brasileiro. 5 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 233.

²⁶ FINK, Daniel Roberto e outros. Aspectos jurídicos do licenciamento ambiental. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 43/66 passim.

²⁷ STEIGLEDER, op. cit. p. 215.

na mesma medida que o empreendedor licenciado, uma vez que foi este quem assumiu os riscos inerentes à atividade e é desta que decorrem diretamente os danos ambientais.

É verdade que o art. 3º, IV, da Lei nº 6.938/81 não faz distinção alguma ao enquadrar os causadores diretos e indiretos do dano ambiental no conceito de poluidor. Também é verdade que o art. 14, §1º, da mesma lei fixa para o Estado e o particular a responsabilidade objetiva. Cumpre lembrar, porém, que se defende a responsabilidade objetiva agravada apenas para os empreendedores. O Estado, quando no exercício de atividades típicas, deve responder com base no risco administrativo.

A princípio, tendo por base o conceito legal de poluidor, o Estado, na qualidade de órgão licenciador, responderia sempre solidariamente com empreendedor pelos danos ambientais decorrentes da atividade regularmente licenciada. Isto porque, também a princípio, são aptas a ensejar a responsabilidade objetiva tanto o liame entre a atividade poluidora e o dano dela decorrente, quanto aquele existente entre este e a atividade de licenciamento. Entretanto, adotando-se a teoria do risco administrativo como fundamento da responsabilidade estatal, possibilita-se ao Poder Público alegar em sua defesa as clássicas causas de exclusão da responsabilidade.²⁸

A solução aqui proposta não resolve completamente a questão da injusta socialização dos prejuízos ambientais, pois é impossível afastar a responsabilidade civil do Estado em todas as situações de dano ambiental sem violar a ordem jurídica posta. Mas ao menos diminui, sem violação do direito, as hipóteses de incidência da responsabilidade estatal, minorando, com isso, o problema combatido.

Não é apenas a responsabilidade do Estado fundada no risco administrativo, no entanto, que se propõe aqui com o intuito de amortecer a socialização dos prejuízos ambientais. Há ainda uma manobra processual que dificulta a responsabilização estatal pelos danos desta natureza.

Sabe-se que tanto o Estado quanto o particular podem figurar no pólo passivo da demanda coletiva ambiental, inclusive conjuntamente, quando há solidariedade. O Estado, à medida que licencia uma atividade danosa ao ambiente, insere-se no conceito legal de poluidor, sendo responsável, mesmo que indiretamente, pelo dano decorrente daquela atividade, o que o legitima passivamente para a ação civil pública ambiental.²⁹

²⁸ Aqui também aflora a questão da fiscalização das atividades poluidoras. Vale, nesse ponto, tudo o que fora dito quando se tratou da situação em que o licenciamento é regular, mas o empreendedor extrapola os limites da licença. Nem sempre o Estado fiscalizador responderá solidariamente com o empreendedor pelos danos ambientais, considerando que o fundamento de suas responsabilidades são diversos.

²⁹MIRRA, op. cit. p. 208.

Nos casos em que a responsabilidade pelos danos ao ambiente é solidária entre o Estado e o empreendedor particular, é perfeitamente possível que se demande apenas este na ação civil pública ambiental. Tal conduta afasta – inicialmente – a responsabilização estatal e a conseqüente socialização do prejuízo. Trata-se de artifício processual arrimado no art. 275 do Código Civil, que permite, ao menos *a priori*, que o empreendedor assuma sozinho os custos com a reparação dos danos ambientais. É-lhe ressalvado, todavia, o direito de regresso em face do Estado licenciador, a teor do art. 283 do mesmo código.

Poder-se-ia então alegar que, ao final, desde que o Estado fosse acionado regressivamente, daria no mesmo se a propositura da ação fosse feita em face de ambos, pois, de qualquer forma, haveria a socialização da metade do prejuízo. Não é o que se pensa aqui. A mera possibilidade de o empreendedor ter que reparar sozinho o dano ambiental, ainda que só de início, já causa certo temor àqueles que exercem atividades efetiva ou potencialmente poluidoras, principalmente diante da morosidade das ações interpostas em face da Fazenda Pública.

Nesse diapasão, revela-se de suma importância a atuação dos órgãos e entidades com legitimação ativa para a ação civil pública ambiental, entre eles o Ministério Público, curador do ambiente. Se demandarem a reparação, preferencialmente, em face apenas dos particulares, estarão induzindo os mesmos a não serem tão confiantes nas licenças administrativas e a redobram esforços e investimentos na prevenção de futuros danos.

Por fim, cumpre salientar que a ação civil pública ambiental está imune a qualquer forma de intervenção de terceiros, o que favorece a manobra processual proposta. No âmbito desta ação, poder-se-ia cogitar da denunciação da lide na espécie prevista no art. 70, III, e do chamamento ao processo na espécie do art. 77, III, do Código de Processo Civil.

Nesse ponto, adere-se *in totum* ao entendimento de Mirra, segundo quem a simples existência da solidariedade ou do direito de regresso não abre caminho para a intervenção de terceiros, não podendo esta acarretar a introdução de fundamento jurídico novo na demanda originária, com discussão paralela entre denunciante e denunciado ou chamante e chamado em prejuízo do andamento regular e mais rápido do processo.³⁰ No caso específico ora tratado, é impossível a intervenção do Estado no processo sem que seja introduzido fundamento novo, haja vista que os pilares de sua responsabilidade objetiva, nesse caso, é diverso dos da responsabilidade do particular.

Como o Estado licenciador ou fiscalizador responde com base no risco administrativo, sempre haverá a possibilidade de exclusão de sua responsabilidade com a comprovação de alguma causa excludente, o que implica uma

³⁰ Ibid. p. 216.

maior discussão jurídica no processo. A responsabilidade estatal, na espécie, é sempre bem menos clara do que a do empreendedor, sobre o qual pesa a teoria do risco integral, de modo que é muito mais difícil para este romper o nexo causal entre sua atuação e o prejuízo ambiental do que para o Estado. Logo, impossibilitada está qualquer forma de intervenção estatal provocada na ação civil pública ambiental.

5 CONCLUSÃO

Quando o assunto é a reparação dos danos ambientais, impõe-se a adoção de um sistema de responsabilidade civil rígido, no qual se preza pela responsabilização de todos os que, de alguma forma, tenham contribuído, direta ou indiretamente, para a degradação do ambiente. Tem-se em mira, em última instância, a precaução de um futuro colapso ambiental e prega-se a adoção da responsabilidade objetiva fundada na teoria do risco integral, com o fim primordial de proteger o ambiente para estas e as próximas gerações. Neste contexto, urge a adoção da responsabilidade objetiva do empreendedor-poluidor sob a modalidade do risco integral, inclusive nos casos de dano ambiental decorrente de atividade legalmente licenciada.

Por outro lado, diante da questão da socialização dos prejuízos ambientais, sustenta-se que a responsabilidade objetiva do Estado, desde que no exercício de atividades estatais típicas, deve ter fundamento na teoria do risco administrativo. Tal posicionamento não resolve por completo o problema combatido, em face do exercício estatal de atividades próprias da iniciativa privada. Mas ao menos traz uma solução mais justa, evitando que se responsabilize invariavelmente o Poder Público e, indiretamente, a coletividade.

Defende-se a linha dura do regime de responsabilidade objetiva fundada no risco integral como regra geral da responsabilidade civil pelos danos ambientais, admitindo-se uma única exceção, quando o dano advém de atividade estatal típica. No exercício de atividades típicas, o Estado responderá objetivamente pelo dano, mas com fundamento no risco administrativo. E esse afrouxamento no regime de responsabilidade estatal, assim como as demais medidas sustentadas neste trabalho, é plenamente justificável como forma de minorar a pulverização do prejuízo ambiental.

- ALONSO, Paulo Sérgio Gomes. *Pressupostos da responsabilidade civil objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 13 ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2005.
- FINK, Daniel Roberto e outros. *Aspectos jurídicos do licenciamento ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.
- HARADA, Kiyoshi. *Responsabilidade civil do Estado*. Jus Navigandi, Teresina, a. 4, n. 41, mai. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=491>>. Acesso em: 25 mar. 2006.
- KRELL, Andréas Joachim. *Concretização do dano ambiental: objeções à teoria do "risco integral"*. Jus Navigandi, Teresina, a. 2, n. 25, jun. 1998. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1720>>. Acesso em: 25 mar. 2006.
- LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 5 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 1992.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 630.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário*. 2 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.
- NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.
- STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Áreas contaminadas e a obrigação do poluidor de custear – um diagnóstico para dimensionar o dano ambiental*. Revista de Direito Ambiental. n. 25. Ano 7. Editora Revista dos Tribunais, Jan.-mar. 2002.
- STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

CONJUGAÇÃO DE LEIS PENAIS EM BENEFÍCIO DO RÉU DIANTE DAS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI Nº 11.343/2006.

Maria Alice Alves Santos Melo*

SUMÁRIO: 1. Combinação de leis: conceito e alcance; 2. A combinação de leis e o princípio da legalidade; 3. A ponderação das garantias constitucionais.

1 Combinação de leis: conceito e alcance

A irretroatividade da lei penal consiste em uma garantia constitucional que visa proteger o infrator de alteração legislativa que traga nova figura criminosa ou estabeleça modificações gravosas não definidas à época da conduta delitiva.

De igual modo, o art. 3º do Código Penal também prevê, excepcionalmente, a possibilidade de a lei retroceder para beneficiar o agente.

Todavia, a postura da doutrina se reparte ao delimitar o alcance do referido benefício. Por uns, a *lei mitior* restringe-se àquela que apresentar sanção mais amena. Para outros, a lei benéfica consiste, também, naquela que se mostre, em aspectos quantitativos e qualitativos, menos nociva ao infrator. Essa garantia, porém, enseja a indagação acerca da irretroatividade parcial da lei, quando o seu texto contiver uma fração mais nociva e outra mais benéfica ao delinqüente. Trata-se da conjugação de leis penais em benefício do réu.

Partindo dessa análise, surge a necessidade de discutir a real possibilidade de combinar leis penais visando reprimir o infrator da forma que mais se adequa à finalidade do direito penal moderno. Essa solução consiste em agregar fragmentos de leis distintas, editadas em momentos diferentes, buscando uma alternativa penal a fim de alcançar uma resposta estatal mais branda ao infrator.

A discussão merece relevo tanto no âmbito acadêmico quanto na aplicação da lei pelos operadores do direito. Advogados e magistrados têm se depaorado, freqüentemente, com os obstáculos encontrados para a conjugação de leis penais, sob o fundamento robusto de que tal alternativa, ainda que visasse beneficiar o agente, importaria na criação de um terceiro gênero, o que significaria, para muitos, uma violação ao princípio da legalidade, que também encontra assento constitucional.

Assim, cumpre perquirir, doravante, a possibilidade da conjugação das

*Bacharela em Direito pela Universidade Tiradentes. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade de Sergipe. Assessora de Procurador de Justiça do MP/SE, de 2003 a 2006.

leis ressaltando a finalidade do preceito secundário da norma penal, sem abstrair os limites impostos pelo ordenamento jurídico.

O conceito de lei mais favorável também é um aspecto tormentoso que, por vezes, enseja dúvidas ao intérprete. Em verdade, apenas a análise do caso concreto conduz à conclusão segura da *lex mitior*. Para Luiz Regis Prado,

esse caráter deve ser considerado em relação ao agente e à situação judicial concreta em que se encontre. Dessa maneira, uma lei pode favorecer-lo, pela diferente configuração do delito – crime ou contravenção, elementos constitutivos acidentais; pela diferente configuração de suas formas – tentativa, participação, reincidência; pela diferente determinação da gravidade da lesão jurídica; pela diferente determinação das condições positivas ou negativas da punibilidade; pela diferente determinação da espécie e duração da pena e dos efeitos penais.¹

Costa e Silva apud René Ariel Dotti, também sugerem alguns critérios para se identificar a lei mais favorável:

‘Mitior lex’ é a que torna a punição dependente de queixa. Nem todos assim entendem. No cotejo das penas privativas de liberdade, não se deve atender à duração de cada uma delas, mas à respectiva gravidade. Quando as duas leis divergirem no máximo e no mínimo, só a pena que no caso concreto tiver que ser aplicada poderá dizer qual das duas aludidas leis é mais favorável ao delinquente. Na avaliação do resultado mais favorável devem ser levadas em conta, as normas extra penais que constituam implícita ou explicitamente, elementos da lei penal. Nos crimes em que a atividade do agente e o resultado se verifiquem em tempos diferentes, pode acontecer que, no intervalo, uma lei nova entre em vigor. A mais favorável será a que se aplicará.²

Desta feita, toda a norma que estenda o campo da licitude penal e amplie o espectro de atuação do agente (*abolitio criminis*, antijuridicidade e culpabilidade), é considerada lei mais favorável. De igual forma, qualquer regra que diminua ou torne a pena mais branda ou a comute em outra de menor severidade também será mais benéfica. Entretanto, a benignidade de uma lei, por vezes, não se manifesta de forma tão clara de modo que permita ao intérprete concluir qual a legislação a ser aplicada.

Nesses casos, a orientação da doutrina capitaneada por Nelson Hungria e Heleno Fragoso é a de que é possível indagar ao infrator qual sanção lhe seria menos severa, assegurando-se-lhe, desse modo, a garantia da retroatividade benéfica da lei penal.

¹ PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal*. 3. ed. RT: São Paulo, 2006, p. 191.

² DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. 8. ed. Forense: Rio de Janeiro, 2003, p. 269.

2 A conjugação de leis e o princípio da legalidade

Erigidos à categoria de garantias constitucionais, os princípios da legalidade e da reserva legal asseguram que só se aplicam ao caso concreto as leis vigentes ao tempo do crime.

Todavia, visando tornar efetivo o preceito constitucional, bem como para resguardar os interesses do acriminado, o Código Penal prevê, excepcionalmente, a possibilidade de a lei penal retroceder e se aplicar a fatos posteriores à sua edição.

Nessa ordem de idéias, surge, portanto, a indagação a respeito do alcance da retroatividade: se do preceito primário ou do secundário, e de que forma ela pode ser aplicada em harmonia com o ordenamento jurídico.

Mais uma vez o entendimento doutrinário e jurisprudencial se reparte nesse aspecto.

Nelson Hungria, Aníbal Bruno, Heleno Cláudio Fragoso e Paulo José da Costa Júnior, citados por René Ariel Dotti, também entendem não ser possível a combinação de uma lei anterior com outra posterior para o efeito de extrair de cada uma delas fragmentos mais favoráveis ao agente porque, nesse caso, o juiz estaria usurpando a função legislativa. Confira-se:

entre nós, Fragoso apoiou o Anteprojeto de CP elaborado por Nelson Hungria (1963), proibindo a fusão de leis, no pressuposto de que a combinação de leis afrontaria o parágrafo único do art. 2º do CP. O notável penalista argumentava que, aludindo o dispositivo a palavra 'lei' ("A 'lei' posterior, que de outro modo favorece o agente, aplica-se ao fato não definitivamente julgado e, na parte em que comina pena menos rigorosa, ainda ao fato julgado por sentença condenatória irrecorrível"), não permitiria a utilização de um todo.³

A postura que vem ganhando espaço nos Tribunais e nos debates acadêmicos, porém, acena para direção oposta, no sentido de afastar a existência de uma "terceira lei" editada pelo magistrado, ao empreender a conjugação de leis penais.

Valiosa lição foi deixada por José Frederico Marques, preciso ao defender a conjugação de leis penais:

dizer que o juiz está fazendo lei nova, ultrapassando assim suas funções constitucionais, é argumento sem consistência, pois o julgador, em obediência aos princípios de equidade consagrados pela própria Constituição, está apenas movimentando-se dentro dos quadros legais para uma tarefa de integração perfeitamente legítima. O órgão judiciário não está

³ DOTTI, op. cit. p. 271.

tirando, 'ex nihilo', a regulamentação eclética que deve imperar 'hic et nunc'. A norma do caso concreto é construída em função de um princípio constitucional, com o próprio material fornecido pelo legislador. Se ele pode escolher, para aplicar o mandamento da Lei Magna, entre duas séries de disposições legais, a que lhe pareça mais benigna, não vemos por que se lhe vede a combinação de ambas, para assim aplicar, mais retamente, a Constituição. Se lhe está afeto escolher o todo para que o réu tenha tratamento mais favorável e benigno, nada há que lhe obste selecionar parte de um todo e parte de outro, para cumprir uma regra constitucional que deve sobrepassar a pruridos de lógica formal. Primeiro a Constituição e depois o formalismo jurídico, mesmo porque a própria dogmática legal obriga a essa subordinação pelo papel preponderante do texto constitucional. A verdade é que não estará retroagindo a lei mais benéfica, se, para evitar a transação e o ecletismo, a parcela benéfica da lei posterior não for aplicada pelo juiz; e este tem por missão precípua velar pela Constituição e tornar efetivos os postulados fundamentais com que ela garante e proclama os direitos do homem.⁴

Damásio Evangelista de Jesus também acompanha a postura garantista esposada por José Frederico Marques, exemplificando a conjugação de leis sucessivas ao tratar do art. 23 da lei nº 5.726/71, que deu nova redação ao art. 281 do Código Penal, definindo crime de comércio de entorpecente ou substância que determine dependência física ou psíquica, cominando penas de 1 a 6 anos de reclusão e multa de 50 a 100 vezes o maior salário mínimo vigente no país. Adiante, prossegue:

a vigente lei nº 6.368, de 21.10.76, descrevendo o mesmo fato em seu art. 12, impõe a pena de reclusão de 3 a 15 anos, e pagamento de 50 a 360 dias-multa. Nota-se que, quanto à pena privativa de liberdade, a lei antiga é mais benéfica; quanto à multa, a norma anterior é mais severa. Em face disso, em relação aos crimes cometidos na vigência da lei antiga, a jurisprudência admitiu a combinação de leis: quanto à reclusão, incide a lei antiga; quanto à multa, a nova.⁵

Note-se que o referido autor se reportava à lei nº 6.368/76, então vigente à época da edição da sua obra. Contudo, situação análoga alcança a lei nº 11.343/2006, denominada Nova Lei de Drogas, que revogou a lei nº 6.368/76.

⁴ MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. 7. ed. São Paulo: Millenium, 2005, p. 223.

⁵ JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal – Parte Geral*, v. 1. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 95.

O novel diploma, ao definir a conduta referente ao crime de tráfico de substância entorpecente (art. 33), antes rotulada no mencionado art. 12, da lei nº 6.368/76, manteve as dezoito condutas típicas constantes nesse dispositivo revogado.

Substituiu, porém, a expressão “substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica” por droga, de modo que a alteração mais significativa repousa sobre o preceito secundário da lei, qual seja, a sanção penal. Segundo o novo regramento, a pena do tráfico, antes de 3 a 15 anos, passou a ser de 5 a 15 anos, impondo, também, de 500 a 1.500 dias-multa.

A princípio, é notável que se trata de *lex gravior*, na medida em que a pena mínima cominada em abstrato ao crime, bem como a previsão da pena de multa mais severa, denotam que se cuida de lei posterior mais drástica, insuscetível de retroceder para alcançar fatos ocorridos antes da sua vigência.ncia mine depende queevogado art. 12. mencionado art. 12, da lei nart. 12, imp

O art. 33, §4º do novo diploma trouxe, também, previsão não contida na lei revogada:

nos delitos definidos no *caput* e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique à atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Cuida-se, nitidamente, de causa de diminuição de pena não contemplada pela lei 6.368/76, exceto a parte que veda a substituição das penas restritivas de direitos, configurando-se, nesse particular, em *novatio legis in mellius*.

A dúvida se instala quando se indaga acerca da aplicação daquela causa de diminuição prevista na nova lei aos casos praticados antes da sua vigência, já que não comporta ultra-atividade integral, pois a sanção cominada ao art. 33 da lei nº 11.343/2006 é mais nociva que a do art. 12 da lei nº 6.368/76.

A resposta a essa indagação guarda relação de pertinência com a possibilidade da conjugação de leis, resguardando-se a pena em abstrato da lei antiga e possibilitando a aplicação da causa de diminuição contemplada pelo novo diploma.

Tal discussão é recorrente e vem encontrando espaço nos aerópagos, a exemplo do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, que se posicionou pela possibilidade de aplicação de ambas as leis, admitindo-se a conjugação dos diplomas no que beneficiar o infrator. Eis a ementa de um dos julgados:

E M E N T A. APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO MINISTERIAL – MAGISTRADO QUE APLICA À CONDENADA OS BENEFÍCIOS DA NOVA LEI DE DROGAS – ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06 – POSSIBILI-

DADE – RETROATIVIDADE DE LEI MAIS BENÉFICA – SENTENÇA MONOCRÁTICA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. Tendo em vista o advento da Lei 11.343 de 23 de Agosto de 2006, notadamente em seu artigo nº 33, § 4º, prevê uma causa de diminuição de pena de 1/6 a 2/3 ao réu primário e sem antecedentes, desde que não tenha envolvimento em atividades criminosas e nem integre organização criminosa. Dessa forma, considerando a retroatividade da Lei Penal benéfica, novatio legis in melius, sempre que, ocorrendo sucessão de leis penais no tempo, o fato previsto como crime tenha sido praticado na vigência da lei anterior e entre em vigor lei mais benigna, que é aquela que de “qualquer modo favorece o agente”, esta deverá prevalecer e ser aplicada imediatamente ao caso concreto. Portanto, a causa de diminuição aplicada em 2/3, pela magistrada, às f. 69-70, deve ser mantida, visto ser o agravado primário, sem antecedentes, e não integrar organização criminosa. (TJMS. Apelação Criminal 2007.024174-8/0000-00. Rel. Des. João Batista da Costa Marques. Primeira Turma Criminal. Julgado em: 02/10/2007).

O Tribunal de Justiça do Paraná também acompanha idêntico posicionamento. O julgamento dos Embargos de Declaração de nº 0375568-4/01, em 21/06/2007, de relatoria do Rel Des. Oto Luiz Sponholz, da 1ª Câmara Criminal, seguiu o mesmo entendimento que vem sendo sedimentado no Mato Grosso do Sul.

Confira-se, ainda, julgado do Superior Tribunal de Justiça admitindo a retroatividade da lei nº 11.343/2006, mantendo-se a pena prevista na lei nº 6.368/76:

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO. ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. INEXISTÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. ELEMENTARES DO TIPO. MAUS ANTECEDENTES. INQUÉRITOS E PROCESSOS SEM O TRÂNSITO EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA NÃO-CULPABILIDADE. ART. 18, INCISO III, DA LEI N.º 6.368/76. ASSOCIAÇÃO EVENTUAL. MAJORANTE NÃO PREVISTA PELA LEI N.º 11.343/06. ABOLITIO CRIMINIS. RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA. CONCESSÃO DE ORDEM DE OFÍCIO.

1. Não pode o magistrado sentenciante majorar a pena-base fundando-se, tão-somente, em referências vagas, sem a indicação de qualquer circunstância concreta que justifique o aumento, além das próprias elementares comuns ao tipo. Precedentes desta Corte Superior.
2. A consciência da ilicitude de sua conduta é pressuposto para a aplicação da pena, que não afeta a culpabilidade do agente.

3. Na fixação da pena-base e do regime prisional, inquéritos e processos em andamento não podem ser levados em consideração como maus antecedentes, em respeito ao princípio da não-culpabilidade.

4. A Lei n.º 11.343/06, que revogou expressamente a Lei n.º 6.368/76, ao definir novos crimes e penas, não previu a incidência de majorante na hipótese de associação eventual para a prática dos delitos nela previstos. Logo, diante da ‘abolitio criminis’ trazida pela nova lei, impõe-se retirar da condenação do Paciente a causa especial de aumento do art. 18, inciso III, da Lei n.º 6.368/76, em obediência à retroatividade da lei penal mais benéfica.

6. Ordem concedida para, mantida a condenação, reformar a sentença e o acórdão no tocante à individualização da pena, determinando que outra seja proferida, sem referência às circunstâncias que constituem elementos do próprio tipo e sem o acréscimo relativo aos maus antecedentes. Habeas Corpus concedido de ofício para excluir da condenação a majorante do art. 18, inciso III, da Lei n.º 6.368/76, decorrente da associação eventual para a prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes. (HC 65.402/MS, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 28.11.2006, DJ 18.12.2006, p. 451).

Nota-se, pois, que a corrente que admite a discutida conjugação de leis penais em benefício do réu vem ganhando adeptos inclusive no Judiciário, sobretudo no que se refere à aplicação da causa de diminuição de pena prevista na nova lei de drogas, aspecto vastamente debatido.

Ultrapassado o exame da casuística já exposta, cumpre perquirir o fundamento legal e principiológico para a admissibilidade da conjugação de leis, tal qual defendido.

3 A ponderação das garantias constitucionais

A legalidade, assim como a retroatividade da lei mais benigna e a irretroatividade da lei mais grave, não se tratam apenas de princípios fundamentais de aplicação da lei penal, mas de garantias constitucionais que protegem o indivíduo do arbítrio do poder estatal, limitando sua atuação.

Estando todas elas elencadas no rol que compõe o núcleo material intangível da Constituição Federal, impõe-se a ponderação de ambas a fim de aferir se é o caso de haver a sobreposição de uma delas.

Desta feita, persistindo a colisão de princípios-garantias, cabe dirimi-la através de método hermenêutico que se ajuste à finalidade proposta pelo poder constituinte.

Dispondo acerca do choque entre direitos fundamentais, pontificaram Clèmerson Merlin Clève e Alexandre Reis Siqueira Freire:

os direitos fundamentais, enquanto direitos humanos positivados em uma determinada Constituição, são polimórficos, dotados de conteúdos nucleares prenhes de abertura e variação, apenas revelados no caso concreto e nas interações entre si ou quando relacionados com outros valores plasmados no texto constitucional. É que as normas de direito fundamental são dotadas de considerável grau de abertura e dinamicidade ao se apresentarem para sua concretização social. Resulta, então, que em determinadas situações os direitos fundamentais entram em colisão entre si ou se chocam com outros bens protegidos constitucionalmente. Nestas situações está-se diante de uma 'colisão de direitos fundamentais', fenômeno que emerge quando o exercício de um direito fundamental por parte de um titular impede ou embaraça o exercício de outro direito fundamental por parte de outro titular, sendo irrelevante a coincidência entre direitos envolvidos.⁶

Assim, na hipótese sob análise, discute-se qual a garantia constitucional que deve prevalecer; se a da legalidade ou a da retroatividade da lei penal benigna.

Respondendo à essa indagação, alcançou-se a seguinte conclusão: os direitos fundamentais podem entrar em conflito em situações especiais: nas hipóteses de concorrência de direitos fundamentais e de colisões de direitos fundamentais ou envolvendo direitos fundamentais e bens jurídicos de estatura constitucional. Tem-se como certo que a concorrência de direitos fundamentais manifesta-se quando o comportamento de um mesmo titular preenche os pressupostos de fato da vários direitos fundamentais. A concorrência de direitos fundamentais poderá ocorrer do cruzamento de direitos fundamentais, ou seja, o mesmo comportamento de um titular é incluído no âmbito de proteção de vários direitos, liberdades e garantias. O conteúdo destes direitos possui, em certos setores limitados, uma cobertura normativa igual. Uma outra sorte de concorrência surge a partir da acumulação de direitos, circunstância em que determinado bem jurídico leva à acumulação de direitos fundamentais em um único sujeito.⁷

⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin e FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 232.

⁷ Idem., p. 232.

Sendo idêntica a base normativa dessas garantias e sujeitando-se elas a limites distintos, a dificuldade de solver o confronto mostra-se ainda mais difícil.

A despeito de tudo isso, o bem jurídico em confronto é a liberdade do indivíduo, ainda que manifestada sob aspectos distintos, quais sejam: a garantia de que apenas a lei, em seu aspecto formal e material, pode instituir crimes e cominar penas, assim como a garantia de que o indivíduo somente se sujeitará às sanções definidas em lei antes da conduta delitiva.

A sugestão proposta por José Joaquim Gomes Canotilho, *apud* Clèmerson Merlin Clève e Alexandre Reis Siqueira Freire, consiste na aplicação do método hermenêutico concretista que, segundo ele,

vem a realçar e iluminar vários pressupostos da tarefa interpretativa: (1) os pressupostos subjetivos, dado que o intérprete desempenha um papel criador (pré-compreensão) na tarefa de obtenção do sentido do texto constitucional; (2) os pressupostos objetivos, isto é, o contexto, actuando o intérprete como o operador de mediações entre o texto e a situação em que se aplica; (3) relação entre o texto e o contexto com a mediação criadora do intérprete, transformando a interpretação em ‘movimento de ir e vir’ (círculo hermenêutico).⁸

Acompanhando essa orientação, sobretudo a necessidade de enfrentar a situação concreta a fim de aferir se a garantia da legalidade da lei penal afasta a possibilidade de conjugar leis penais em benefício do réu, é imprescindível a adoção de técnicas sem as quais a análise de eventual colisão de garantias se tornaria impossível.

Konrad Hesse, *apud* Clèmerson Merlin Clève e Alexandre Reis Siqueira Freire, detalhando as técnicas interpretativas do método concretista, afirmou: o método hermenêutico concretizador exige um procedimento adequado para a concretização das normas constitucionais. Conforme Konrad Hesse, mediante uma atuação de natureza tópica orientada e vinculada pela norma haverão de se encontrar e se provar pontos de vista que, aferidos por meio da criação, sejam submetidos aos jogos de opiniões a favor e contra, buscando fundamentar a decisão da forma mais clara e convincente possível. Deverá o intérprete afastar pontos de vistas alheios ao problema, incluindo no programa normativo e no âmbito normativo os elementos concretizantes ofertados pela normativa constitucional. Nesse sentido, exercem relevante função no processo concretizador os princípios de hermenêutica constitucional.⁹

⁸ Idem., p. 235.

⁹ Idem. p. 235-236.

Por outra banda, é imperioso reconhecer que a atividade interpretativa, tal qual se propõe, deverá ser norteada por uma série de princípios que se prestarão a otimizar a concretização constitucional.

Seguindo essa direção, José Joaquim Gomes Canotilho afirma que “a elaboração de um catálogo de tópicos relevantes para a interpretação constitucional está relacionada com a necessidade da doutrina e praxis jurídicas de encontrar princípios tópicos auxiliares da tarefa interpretativa”.¹⁰

Elencam-se, portanto, os seguintes princípios: da unidade da Constituição, do efeito integrador, da conformidade constitucional, da interpretação efetiva, da força normativa da Constituição, da interpretação conforme à Constituição e o princípio da concordância prática.

Considerando inexistir hierarquia entre os princípios, impõe-se admitir que a análise de nenhum deles há que ser afastada, na medida em que será a avaliação compartilhada de todos eles que conduzirá à adequada interpretação da norma constitucional.

Merece relevo, também, o princípio da concordância prática ou da harmonização, segundo o qual se afasta a possibilidade de sacrifício entre bens jurídicos de modo a priorizar a harmonia entre eles.

Nesse particular, o estudo do mencionado princípio ganha espaço quando da colisão de direitos fundamentais, oportunidade em que se busca a ponderação entre direitos conflitantes, estabelecendo limites e condicionamentos recíprocos.

Sem embargo da importância que a doutrina tradicional empresta aos mencionados princípios, cumpre tratar, ainda, de um princípio geral a que se empresta valiosa relevância, qual seja, o da proporcionalidade.

Georg Ress, apud Paulo Bonavides, preleciona que o princípio da proporcionalidade, enquanto máxima de interpretação, não representa nenhum critério material, ou seja, substantivo, de decisão, mas serve tão-somente para estabelecer, como diretiva procedimental, o processo de busca material da decisão, aplicado obviamente à solução de justiça do caso concreto e específico. A correspondente tomada de decisão, relacionada com o caso concreto, se opera mediante um processo de apreciação contido no subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit im engeren Sinne*), o qual confere aos bens jurídicos conflitantes uma eficácia ótima.¹¹

Essa vertente do princípio da proporcionalidade, voltada a extrair a máxima eficácia dos preceitos constitucionais, revela-se mais um aliado ins-

¹⁰ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Almedina: Coimbra, 2002, p. 1187.

¹¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13ª ed. Malheiros: São Paulo, 2003, p. 426.

trumento voltado à ponderação das garantias constitucionais quando em conflito.

Diante desse panorama principiológico, em que se confrontam garantias com o mesmo *status* constitucional, é imperioso reconhecer que de acordo com o princípio da unidade da Constituição, por meio do qual devem ser afastadas contradições no texto constitucional, os preceitos contidos nos incisos II e XL do art. 5º da Carta Política Federal podem conviver harmoniosamente.

Tal argumento encontra respaldo, também, no espírito garantista do constituinte. Da análise dos dispositivos elencados no referido art. 5º, em conjunto com os fundamentos da República Federativa do Brasil, extrai-se que a proteção à liberdade se manifesta de forma deveras acentuada, assim como o amparo à dignidade da pessoa humana, na medida em que ampara o indivíduo de qualquer excesso oriundo do poder estatal.

Demais disso, nota-se que ainda que a definição de crimes e penas se sujeite ao princípio da legalidade, a conjugação de leis em favor do réu não há que ser repudiada sob o argumento de que haveria a usurpação da atribuição reservada ao Legislativo para a edição de leis.

Nesse sentido, cabe admitir que à atividade interpretativa impõe-se uma relevante responsabilidade, posto que o confronto entre leis a serem aplicadas no caso concreto reputa-se uma tarefa árdua, pois o complexo de normas presentes no ordenamento jurídico, por vezes, é insuficiente ou desproporcional para trazer uma solução justa e adequada ao problema.

Desta feita, sem diminuir ou afastar a importância da função legislativa, é inegável o subjetivismo da exegese empreendida pelo julgador quando diante de leis que divergem do contexto social ou quando trazem dúvidas quanto à escolha do comando a ser aplicado.

No que tange à possibilidade da conjugação de leis penais em benefício do réu, tal qual ocorre com as leis 6.368/76 e 11.343/2006, aqui largamente defendida, observa-se que a sucessão temporal de leis que implica prejuízo ao acusado, mesmo que em parte de seu preceito secundário, deve ser solvida pelos princípios da proporcionalidade e da unidade da constituição. Assim, tendo a Lei Maior possibilitado a retroatividade benéfica, a legalidade restará preservada com a aplicação das leis, ainda que em conjunto.

Diante dos fundamentos expostos, sem embargo do entendimento esposado por parcela da doutrina e da jurisprudência que ainda se reparte entre a possibilidade e a impossibilidade da conjugação de leis penais, e filiando-se à corrente que vem conquistando adeptos de renome, entende-se que a combinação da legislação nos fragmentos em que a sanção se mostrar benigna ao infrator, não há que ser repudiada, mas aceita sobretudo como forma de se ajustar à finalidade garantista e ressocializadora do Direito Penal moderno.

BIBLIOGRAFIA

- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal – Parte geral*. São Paulo: revista dos Tribunais, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13ª ed. Malheiros: São Paulo, 2003.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 65.402/MS. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 25/11/2006.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. EDcl. 0375568-4/01. Disponível em <<http://www.tj.pr.gov.br>>. Acesso em: 25/11/2006.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul. Apelação Criminal 2007.024174-8/0000-00. Disponível em <<http://www.tj.ms.gov.br>>. Acesso em: 25/11/2006.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Almedina: Coimbra, 2002.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin e FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- COSTA JR, Paulo José. *Curso de Direito Penal*. Parte Geral. Saraiva: São Paulo, 1998.
- DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. 8. ed. Forense: Rio de Janeiro, 2003.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal – Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- GRECO, Rogério. *Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.
- JESUS, Damásio E. de. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- _____. *Direito Penal – Parte Geral*, v. 1. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. 7. ed. São Paulo: Millenium, 2005.
- PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal*. 3. ed. RT: São Paulo. 2006.
- _____. *Elementos de Direito Penal*, vol.I. 3. ed. RT: São Paulo. 2005.
- _____. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 6. ed. RT: São Paulo. 2006.
- SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 27. ed. Malheiros: São Paulo, 2006.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios Constitucionais*. SAFE: Porto Alegre, 1999.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5. ed. Saraiva: São Paulo. 1994.

POSSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO DE OFÍCIO PELO JUIZ NO PROCESSO CIVIL (ART. 219, §5º DO CPC)

Patrícia Cunha B. de Carvalho *

SUMÁRIO: 1. A prescrição no Código Civil. 2. O advento do art. 219, §5º, do Código de Processo Civil. 3. Instauração de ofício do incidente para o reconhecimento da prescrição. 4. Conclusão

1. A prescrição no Código Civil

A prescrição é um fato jurídico que pode ser alegado como exceção de direito material para fins de neutralização da pretensão do credor, representando verdadeiro contradireito, ou seja, um fato impeditivo que combate a eficácia da pretensão sem, contudo, suprimi-la.

Neste sentido, José Carlos Barbosa Moreira:

“É curioso como a idéia de extinção reluta em sair de cena. O novo código civil, que acertou em afastar a tese da extinção da ação, deixa entrar pela janela o que havia expulsado pela porta. Não é só a ação que a prescrição se revela impotente para extinguir: a pretensão também. Se a pretensão na verdade se houvesse “extinguido”, jamais seria razoável, omisso que permanecesse o réu, a desconsideração desse fato pelo juiz, com a eventual emissão de sentença favorável ao autor”.¹

Além disso, verifica-se que a prescrição é uma exceção de direito material disponível e que, por tal razão, poderá o devedor exercer o direito potestativo de renúncia, satisfazendo, por conseguinte, a pretensão ou o direito subjetivo do credor.

Com o advento do novo Código Civil, a prescrição foi disciplinada conforme a regra estatuída no art. 194 do referido diploma, que proibia o reconhecimento de ofício da prescrição pelo magistrado, excepcionando-se a hipótese em que se favorecia ao absolutamente incapaz.

2. O advento do art. 219, §5º, do CPC.

A Lei nº 11.280/2006 revogou expressamente o artigo 194 do Código

*Bacharela em Direito - Universidade Federal de Sergipe. Assessora Jurídica do Ministério Público do Estado de Sergipe. Pós-Graduada do Curso de Especialização em Ciências Penais - UNISUL / IPAN / LFG. Pós-graduada do Curso de Especialização em Direito Público - UCAM.

¹BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo Código Civil e o direito processual*. In DIDIER JR, Fredie; MAZZEI, Rodrigo, *Reflexos do novo código civil no direito processual*. Salvador: Podivm, 2005.

Civil e deu nova redação ao §5º, do art. 219 do Código de Processo Civil, determinando que “o juiz pronunciará, de ofício, a prescrição”.

Questiona-se: a prescrição deixou de ser uma exceção e passou a ser uma objeção, matéria de ordem pública, diante da nova redação? A lei processual teria alterado a natureza jurídica de um instituto de direito material? O pronunciamento da prescrição ainda tem o condão de retirar tão-somente a eficácia da pretensão?

Trata-se de uma norma de natureza processual versando sobre um instituto de direito material, qual seja, a prescrição. Contudo, não se pode admitir que haja a mudança da natureza jurídica do instituto, uma vez que lei de natureza processual não pode alterar uma norma de direito material.

Neste sentido, Fredie Didier, citando Humberto Theodoro Jr aduz que: “É lícito concluir, portanto, que o “sistema do Código Civil está todo comprometido com a livre disponibilidade da prescrição consumada. (...) A estrutura jurídica do sistema é, inquestionavelmente, a de uma exceção de direito material, quer se mantenha ou não a disposição do art. 194 da lei substancial”.² A alteração legislativa seria aceitável se o sistema das obrigações no direito privado também fosse alterado, o que não aconteceu.”³

A interpretação do §5º, do art. 219 do CPC tem que ser realizada com bastante cautela para que não resulte em um absurdo jurídico. E isto porque, se considerarmos que a prescrição agora não seria mais uma exceção, mas sim que teria se transmutado em objeção, teríamos uma afronta a outro instituto a ela coligado e que ainda se encontra vigente, a renúncia.

Se adotarmos tal pensamento, estaria tacitamente revogado o art. 191 do Código Civil devido à flagrante incompatibilidade com a nova regra processual, já que o réu perderia a possibilidade de renunciar à prescrição, haja vista que ela ostentaria matéria de ordem pública, indisponível, tal como uma objeção.

Sobre o assunto, salienta Fredie Didier que:

“Permanece em vigor o art. 191 do CC-2002, que permite expressamente a renúncia da prescrição, expressa ou tácita. A não-arguição da prescrição consumada é uma forma de renúncia. Uma regra que permite a renúncia tácita e outra que permite o reconhecimento *ex officio* da prescrição estão em evidente conflito.

Não é porque o juiz pode conhecer de ofício, que a prescrição torna-se direito (exceção substancial) indisponível. Também por tudo isso, ainda vige, plenamente, a regra que veda o pedido de repetição do que se

² THEODORO Jr., Humberto. *Comentários ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 3, t.2, p. 213.

³ DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. 7. ed. Salvador: JusPODIUM, 2007.

pagou para solver dívida prescrita (art. 882 do CC-2002). É lícito, portanto, o pagamento de dívida prescrita.”⁴

Além disso, o reconhecimento de ofício da prescrição pelo juiz não possibilita o acolhimento de provável existência de causas impeditivas, suspensivas ou interruptivas do seu curso, a exemplo de um protesto judicial, sendo prudente, portanto, a intimação do autor para tal desiderato, em nome do Princípio da Cooperação.

Ademais, impõe-se também a intimação/citação do devedor, já que a impossibilidade de sua manifestação sobre as alegações do credor pode elidir outro direito material seu, a exemplo da renúncia à prescrição, já que se encontra ainda em vigor o art. 191 do CC, bem como impedir o próprio cumprimento da obrigação ou mesmo a improcedência da pretensão do autor em razão da extinção da própria relação obrigacional.

Ressalte-se que impedir que o réu cumpra a sua obrigação, ou seja, o pagamento, sob a alegação de que já estaria prescrito o débito lesaria direito da personalidade atinente à sua honra, pois o devedor pode querer renunciar à prescrição para fins de efetuar o pagamento da dívida a fim de elidir a “pecha” de mau pagador.

Comungando deste pensamento, sustenta Fredie Didier que:

“...os autores sempre identificaram na exigência de o devedor alegar a prescrição uma regra de profundo conteúdo moral: como o crédito continua existindo, o devedor inadimplente que alega a prescrição continua com a “marca” de devedor impontual, que lhe pode prejudicar em outros negócios perante outros credores.”⁵

No mesmo sentido, António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro:

“A hipótese de um devedor, beneficiado pela prescrição, não a querer usar, nada tem de anormal: poderão prevalecer aspectos morais ou, até, patrimoniais e pragmáticos: o comerciante preferirá pagar o que deve do que fazer constar, na praça, que recorreu à prescrição, com prejuízo para o seu credor legítimo. Recorrer à prescrição é, em suma, uma opção que exige um claro acto de autodeterminação e isso no seio de uma posição privada.”⁶

⁴ DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. 7. ed. Salvador: JusPODIUM, 2007.

⁵ DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. 7. ed. Salvador: JusPODIUM, 2007.

⁶ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Tratado de Direito Civil Português – Parte Geral*. Coimbra: Almedina, 2005, t.4, n.79, p. 165. Assim também, MAZZEI, Rodrigo. *Reforma do CPC*. São Paulo: RT, 2006, p. 434; ARRUDA ALVIM, José Manoel. “Da prescrição Intercorrente”. *Prescrição no Código Civil – uma análise interdisciplinar*. 2ª Ed. Mirna Cianci (coord.). São Paulo: Saraiva, 2006, p. 31, nota 3.

Pode também querer discutir a própria existência da dívida, renunciando a preliminar da prescrição e com isso, caso seja o pedido do autor improcedente, ter direito à repetição em dobro, em face da cobrança indevida, por uma dívida já paga (art. 940 do CC).

Este é o pensamento de Rodrigo Mazzei:

“se o insucesso do pedido do autor for a improcedência no núcleo da controvérsia, demonstrando o requerido que a dívida já está paga, o autor se sujeitará ao pagamento de verba em favor do réu, abrindo as portas inclusive para eventual indenização quanto ao dano de ordem moral. No entanto, se for declarada a prescrição, por não se julgar a existência da obrigação em si, mas apenas o afastamento da pretensão pela consumação do tempo, não terá aquele que figurou como réu o mesmo benefício da sentença de improcedência que reconheceu o adimplemento da obrigação”.⁷

Por estas razões, diante de uma prescrição reconhecida pelo juiz nos autos de um processo, necessária é a instauração de um incidente processual para fins de fazer valer o princípio do contraditório e da ampla defesa e para preservar eventuais direitos cuja existência pode ser ignorada pelo próprio magistrado.

3. Instauração de ofício do incidente para o reconhecimento da prescrição

Em nosso Estado Democrático de Direito, não se tem como finalidade precípua o “culto à lei”, como se fazia outrora. Hodiernamente, o mais importante é o “direito por princípios”, já que as leis devem guardar compatibilidade vertical com a Constituição da República e esta detém a força normativa que possibilita o controle da constitucionalidade de tudo que vai de encontro às suas normas, sejam elas regras ou princípios.

A instauração do incidente pelo magistrado, portanto, estará em consonância com a nova visão do direito, em especial, com o princípio da juridicidade. Não estará adstrito ao aspecto puramente legalista, mas sim conforme os ditames constitucionais.

Portanto, diante de uma prescrição não alegada por qualquer das partes, o magistrado deve instaurar o incidente e intimar as partes para que se manifestem sobre este fato jurídico, em nome do contraditório e da ampla defesa. Assim, a existência da suposta prescrição será suscitada e não pronunciada de ofício pelo magistrado.

⁷ MAZZEI, Rodrigo. *Reconhecimento ex officio da prescrição*. In Reforma do CPC. São Paulo: RT, 2006.

E será a partir das manifestações das partes que o juiz poderá dar seguimento à marcha processual, diante do que for por elas explanado, permitindo, assim, que o credor não seja privado injustamente de seu crédito e que o devedor possa exercer o seu direito de renúncia, optando pelo pagamento da dívida, ou mesmo provar que não mais subsiste a obrigação.

Acrescente-se que o devedor também pode reforçar o ponto de vista do juiz acerca da prescrição, aceitando-a e ratificando a sua ocorrência. E, caso não haja qualquer óbice ao reconhecimento da prescrição, impõe-se uma decisão acolhendo-a.

Pensar de modo contrário levaria à conclusão sobre a inconstitucionalidade do próprio dispositivo em análise, já que pressupõe uma intervenção indevida do Estado na autonomia privada.

Sobre o assunto, ensina Nelson Rosenvald que:

“Apesar da clareza da legislação processual, não julgamos adequado o indeferimento oficioso da inicial. De fato, constata-se uma perplexidade. O magistrado possui uma “bola de cristal” para antever a inexistência de causas impeditivas, suspensivas ou interruptivas ao curso da prescrição?

Certamente será arbitrário o indeferimento liminar da inicial, sem que o autor (credor) tenha a chance de justificar uma das causas inibitórias da prescrição, manifestação ao autor – tal qual ocorre quando a prescrição é suscitada pelo réu (art. 326, CPC) – deverá ele apelar da sentença (art. 296, CPC) para obter um juízo de retratação ou então rever o resultado julgamento perante o tribunal.

Mais grave! O devedor também não se manifestará a respeito do cerne da lide, pois apesar da extinção do processo sem resolução do mérito, com a constatação da preliminar meritória, o réu nem ao menos é consultado. Será irrelevante o seu desejo de renunciar a prescrição, seja para cumprir a obrigação ou então, para alegar a própria improcedência da pretensão com fundamento na inexistência do débito a ele atribuído, ou pela configuração de uma causa de extinção da relação obrigacional (v.g. compensação, remissão, novação).

Pior! A impossibilidade de se pronunciar sobre a pretensão do credor, elidirá outros direitos materiais do devedor, tais como, a possibilidade de provar que a dívida já foi paga e assim, exigir, a repetição duplicada da quantia indevidamente cobrada. Ou seja, o devedor nem ao menos poderá exigir a pena privada do art. 940 do Código Civil, de nítido efeito moralizador nas relações privadas em face da sanção punitiva que agrega à reparação do dano. Ora, na parte final do referido dispositivo, excepciona-se a repetição em dobro “se houver prescrição”. Mais uma

razão para a impossibilidade lógica de se cogitar da revogação do art. 191 do Código Civil, pela supressão ao direito material do devedor de renunciar à prescrição”.⁸

Ressalte-se ainda que, quando se decide o incidente, a prescrição já não pode ser alegada a qualquer tempo, conforme o que preceitua o art. 193 do CC, pois a matéria não pode ser alegada novamente devido à preclusão (art. 471 do CPC).

Não é porque o juiz pode tomar conhecimento de ofício de uma prescrição que ela se tornará um direito indisponível, transmudando-se de exceção para objeção. A natureza jurídica da prescrição continua sendo a de uma exceção de direito material disponível. A alteração legislativa somente poderia modificar esta natureza se houvesse também a alteração do sistema de obrigações no direito privado e por uma lei de direito material, o que não ocorreu.

Este é também o entendimento de Alexandre Freitas Câmara:

“No que diz respeito à substância da reforma, porém, tudo se passa de modo ainda pior. Como se viu pela lição de Câmara Leal anteriormente invocada, não se pode dar ao juiz o poder de conhecer de ofício da prescrição porque este poder é incompatível com a possibilidade de renúncia, pelo devedor, da prescrição que lhe favorece. Ocorre que o legislador deu ao juiz o poder de conhecer de ofício da prescrição mas não retirou do devedor a faculdade de a ela renunciar. Isto torna o direito civil brasileiro, em matéria de prescrição, absolutamente incoerente e, por isso mesmo, assistemático”.⁹

Desta forma, a nova regulamentação contida no §5º, do art. 219 somente destaca uma regra de natureza processual, mas que não interfere na esfera do direito material, não modificando a natureza disponível do instituto da prescrição como uma exceção de direito material. Tampouco retira a característica de não ser capaz de suprimir a pretensão ou o direito subjetivo do autor.

4. Conclusão

A nova regra disciplina apenas norma atinente ao processo, possibilitando ao magistrado apontar a ocorrência da prescrição não alegada pelas partes, criando uma técnica de aceleração processual, tornando a prescrição matéria de interesse público, mas não uma questão de ordem pública.

A prescrição é considerada objeção apenas para fins de direito processual. Para fins de direito material, continua sendo uma exceção de direito mate-

⁸ ROSENVALD, Nelson. *Prescrição: Da Exceção à Objeção*. Artigo publicado em “Leituras Complementares de Direito Civil – O direito civil-constitucional em concreto”. Organizador Cristiano Chaves de Farias. Editora Jus Podivm. Salvador: 2007.

⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Reconhecimento de ofício da prescrição: uma reforma descabeçada e inócua*. Extraída do site WWW.flavioarturce.com.br

rial. E esta interpretação está em consonância com as regras de direito material e processual acerca da prescrição.

Enfim, alterou-se apenas o regramento processual da prescrição. Embora ela continue sendo uma exceção de direito material, possui regime jurídico de objeção apenas para fins processuais, já que permite um mecanismo de aceleração processual, de interesse público.

Referências Bibliográficas

- DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. 7. ed. Salvador: JusPODIUM, 2007.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo Código Civil e o direito processual*. In DIDIER JR, Fredie; MAZZEI, Rodrigo, Reflexos do novo código civil no direito processual. Salvador: Podivm, 2005.
- MAZZEI, Rodrigo. *Reconhecimento ex officio da prescrição*. In Reforma do CPC. São Paulo: RT, 2006.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil – Teoria geral*. 4. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Reconhecimento de ofício da prescrição: uma reforma descabeçada e inócua*. Extraída do site WWW.flaviotartuce.com.br
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz*. São Paulo: Método, 2005.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Distinção científica entre prescrição e decadência*. In DIDIER JR, Fredie; MAZZEI, Rodrigo, Reflexos do novo código civil no direito processual. Salvador: Podivm, 2005.
- FONTES, André. *A pretensão como situação jurídica subjetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- ROSENVALD, Nelson. *Prescrição: Da Exceção à Objeção*. Artigo publicado em “Leituras Complementares de Direito Civil – O direito civil-constitucional em concreto”. Organizador Cristiano Chaves de Farias. Editora Jus Podivm. Salvador: 2007.
- CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Tratado de Direito Civil Português – Parte Geral*. Coimbra: Almedina, 2005, t.4, n.79, p. 165. In DIDIER JR, Fredie.
- MAZZEI, Rodrigo. *Reforma do CPC*. São Paulo: /RT, 2006, p. 434. In DIDIER JR, Fredie.
- ARRUDAALVIM, José Manoel. “*Da prescrição Intercorrente*”. *Prescrição no Código Civil – uma análise interdisciplinar*. 2ª Ed. Mirna Cianci (coord.). São Paulo: Saraiva, 2006, p. 31, nota 3. In DIDIER JR, Fredie.
- THEODORO Jr., Humberto. *Comentários ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 3, t.2, p. 213. In DIDIER JR, Fredie.

PEÇAS JURÍDICAS

Exigível o título executivo judicial, a exceção de pré-executividade há de ser rechaçada.

Demonstrado o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano causado e não provada a existência de excludente de responsabilidade, a reparação do dano se impõe.

Pedro Iroito Dória Léo*

M. L. S. A. e seu filho menor impúbere R. A. S. P. ajuizaram Ação Declaratória Negativa de Débito, cumulado com obrigação de fazer, antecipação tutelar e indenização por danos morais em face de UNIMED Sergipe – Cooperativa de Trabalho Médico, pretendendo a nulidade da rescisão unilateral do contrato celebrado, compelindo a demandada ao pagamento cirurgias no menos e ao tratamento de fisioterapia posterior, além da reparação do constrangimento causado.

Regularmente citada, a Ré apresentou a Contestação às fls. 47/56, após o deferimento do pleito de antecipação tutelar.

Réplica às fls. 76/79.

Em autos apartados, os autores promoveram a Execução da decisão antecipatória de tutela, a qual a Ré impugnou sob Exceção de Pré-Executividade.

Às fls. 93/94 dos autos da Ação Declaratória consta sentença que rechaçou o pleito autoral, revogando a tutela antecipada anteriormente deferida.

Irresignados, os autores interpuseram recurso de apelação à instância superior.

Contra-razões de recurso às fls. 101/114.

Nos autos da Execução foi acolhida a Exceção de Pré-Executividade o que ensejou, também, a irresignação autoral.

A Executada/Excepiante apresentou tempestivamente suas contra-razões de recursos.

Com vistas aos autos esta Procuradoria de Justiça lançou as Promoções nº 75/07 e 77/07, pugnando pela intervenção ministerial nos feitos ante o evidente interesse de menor a reclamar a atuação do “parquet” na forma da legislação processual civil.

Diligenciados os feitos, o Promotor de Justiça, em lamentável e equivocada manifestação, aduz a desnecessidade de intervenção ministerial.

*Procurador de Justiça do Ministério Público de Sergipe.

Este, o breve relatório.

Compulsados os autos tem-se que se trata de irresignação em face das decisões prolatadas em Ação Declaratória e de Execução de Título Judicial que desacolheram os pleitos autorais.

Preliminarmente impõe-se um registro sobre a manifestação do Promotor de Justiça oficiante nos feitos que se eximiu de atuar, sob equivocada argumentação de que o menor não é parte nas ações.

Primeiramente, o menor é parte, conforme se vê nas petições iniciais de ambos os processos e nesta condição se manteve até o julgamento das ações, porquanto não argüida a ilegitimidade ativa do mesmo.

Por outro lado, mesmo que não fosse autor das demandas, o interesse do menor é patente no “in folio” e neste sentido é reclamada a intervenção do Ministério Público nos exatos termos do art. 82, I, do Código de Processo Civil.

Lamentável, destarte, a manifestação do “parquet”.

No mérito, há que se ter em vista que o pleito antecipatório, deferido em 19.06.2006 e publicado em 23.06.2006, vigorou até ser revogado por sentença em 12.04.07.

Os fundamentos da decisão que acolheu a Exceção de Pré-Executividade contrariam a prova dos autos, eis que, de fato e de direito, havia título executivo judicial quando da promoção da Execução.

Até a sua revogação, a determinação era perfeitamente exigível, não subsistindo os argumentos invocados pelo Excipiente/Executado.

Quanto à ação principal, também merece reparos a decisão de primeiro grau.

É que, conforme asseverado na decisão antecipatória, a rescisão unilateral do contrato é desprovida de fundamento ante a purgação da mora por parte dos autores, ora Apelantes.

A celebração de novo contrato, posteriormente à rescisão unilateral do anteriormente pactuado e objeto da presente contenda não caracteriza a perda do objeto da decisão, consoante equivocado entendimento lançado na sentença vergastada.

Os fatos impugnados persistem e a lesão a direito dos autores é patente.

Configurado o nexo de causalidade entre o evento danoso e a ação da ré, que não agiu no exercício regular do direito, a reparação do dano se impõe.

Ressalte-se que as excludentes de responsabilidade, quais sejam caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima, não restaram demonstradas.

Diante do exposto, sou pelo conhecimento dos recursos interpostos, eis que tempestivamente apresentados, dando-se-lhes provimento, a fim de reformar a prestação jurisdicional de primeiro grau, nos termos pleiteados, invertendo-se o ônus da sucumbência.

Pedro Iroito Dória Leó
Procurador de Justiça

Legitimidade recursal do Ministério Público.

Não se tratando, a etapa alimentar, de vantagem genérica, não há se falar em extensão a servidores inativos e pensionistas, ante a natureza indenizatória do adicional.

Pedro Iroito Dória Léo*

E. M. C. ajuizou Ação Ordinária de Revisão de Pensão Previdenciária em face do Instituto de Previdência do Estado de Sergipe - IPES, pugnando pela paridade entre ativos, inativos e pensionistas.

Regularmente citado, o Réu apresentou a Contestação às fls. 61/64.

Réplica às fls. 67/70.

Com vistas aos autos, o representante do **parquet**, após solicitação de diligência, devidamente cumprida, lançou o parecer às fls. 78/81 pugnando pela procedência parcial do pleito exordial.

Às fls. 88/92 consta sentença que acolheu integralmente o pleito autoral.

Irresignado, o Ministério Público do Estado de Sergipe interpôs recurso de apelação à instância superior.

Contra-razões de recurso às fls. 101/103.

Este, o breve relatório.

Compulsados os autos tem-se que se trata de irresignação ministerial em face de sentença que não aplicou corretamente a lei, deferindo a autora benefício indevido.

Registre-se aqui a salutar intervenção do Ministério Público nos autos, não em defesa dos interesses do Estado de Sergipe, mas em prol da coletividade, na qualidade de fiscal da lei, oportunizando ao Tribunal o exame da matéria, ante a desídia do ente estatal, eis que não sujeita a sentença, ao duplo grau de jurisdição, nos termos do art. 475 § 2º, do Código de Processo Civil.

Este, o comportamento que se espera dos Promotores de Justiça, em defesa dos interesses maiores da sociedade, não se acovardando ou se omitindo, sob a pueril alegação de ausência de interesse público a justificar a intervenção ministerial.

A irresignação manifestada diz respeito à parcela relativa à Etapa Alimentar, deferida na sentença de primeira instância ao arrepio da lei, sob equivocado fundamento de ser adicional devido a todos os servidores militares de

*Procurador de Justiça do Ministério Público de Sergipe

forma indistinta.

Ocorre que tal verba tem natureza indenizatória, já que é devida tão somente ante a impossibilidade de o Estado fornecer alimentação aos servidores da jornada e local de trabalho, impondo-lhes a necessidade de realizarem suas refeições fora de sua residência.

O Supremo Tribunal Federal já emitiu juízo sobre a questão, entendendo indevida a etapa alimentar a servidores inativos e pensionistas:

“Recurso Extraordinário. Adicional de etapa alimentar aos militares inativos. Impossibilidade. Verba de natureza indenizatória. Inexistência de caráter genérico. Recurso Extraordinário conhecido e provido.” (RE 411998/SE, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2º T, in DJU de 10.02.06, p. 00018).

Diante do exposto, sou pelo conhecimento do recurso interposto, eis que legitimamente e tempestivamente apresentado, dando-se-lhe provimento a fim de reformar a prestação jurisdicional de primeiro grau, adequando-a a lei e a entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Pedro Iroito Dória Leó
Procurador de Justiça

**PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO - RECLASSIFICAÇÃO DE
PROMOTORES DE JUSTIÇA DE PRIMEIRA ENTRÂNCIA
ORIGEM: SECRETARIA GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SERGIPE
INTERESSADOS: ALEX MAIA ESMERALDO DE OLIVEIRA e OUTROS
RELATORA: CONSELHEIRA MARIA LUIZA VIEIRA CRUZ**

Maria Luiza Vieira Cruz*

VOTO**

**CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SERGIPE
- REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO - PROMOTORES DE PRIMEIRA ENTRÂNCIA. POSTULAÇÃO DE PÔR TERMO À DISTINÇÃO FEITA PELA LEI COMPLEMENTAR Nº 111/2005 ENTRE OS PROMOTORES VITALICIADOS E NÃO VITALICIADOS - PROCEDÊNCIA - PEDIDO PRINCIPAL NO SENTIDO DE ENQUADRAR TODOS OS PROMOTORES DE PRIMEIRA ENTRÂNCIA NA SEGUNDA ENTRÂNCIA - ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA, DA RAZOABILIDADE E DO DIREITO ADQUIRIDO - ACATAMENTO DO PLEITO - ATENDIMENTO DE RECOMENDAÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO - DESNECESSÁRIO O ENVIO DE PROJETO DE LEI PARA SANAR OS VÍCIOS - PRECEDENTES DO STF E ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO DOMINANTE NESTE SENTIDO.**

- Estando patente à inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 111/2005, mormente quando faz a distinção entre os promotores de primeira entrância, sob o aspecto da vitaliciedade, impõe-se o seu descumprimento, ante o princípio da isonomia, consoante orientação firmada, através de consulta desta Instituição junto ao Conselho Nacional do Ministério Público.

- Evidente, também, a inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 111/2005, quando não determina o enquadramento de todos os promotores de primeira entrância, à época da lei, na segunda entrância.

*Procuradora de Justiça

**Requerimento nº 367/2006 formulado pelos Excelentíssimos Senhores Promotores de Justiça de 1ª Entrância, julgado na 4ª Sessão Extraordinária do Conselho Superior do Ministério Público – CSMP, realizada em 22.03.2007.

- Não há necessidade de enviar projeto de Lei à Assembléia Legislativa, quando patentes estiverem os vícios de inconstitucionalidade. Pode, deste modo, o administrador descumpri-la, sobretudo quando o seu Órgão Fiscalizador Externo assim já decidiu.

I - RELATÓRIO

Os promotores de primeira entrância, vitaliciados e não vitaliciados, à época do advento da Lei Complementar nº 111/2005, alegando que foram prejudicados, no aspecto do enquadramento na carreira, postulam, através deste procedimento, a correção de todas as irregularidades que são indicadas na peça inicial.

Postulam, em suma, que o tratamento que foi conferido aos atuais promotores de entrância especial, antigos promotores de segunda entrância, deve também ser dispensado a todos os promotores de primeira entrância, independentemente se estavam vitaliciados ou não, quando do advento da mencionada Lei, ante os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da isonomia.

Aduzem, ainda, que o Conselho Nacional do Ministério Público, recentemente, recomendou, através de resposta e Consulta do Excelentíssimo Corregedor da época - Dr. José Carlos de Oliveira Filho -, que todos os promotores de primeira entrância, quando do advento da citada Lei Complementar nº 111/2005, fossem reclassificados para a segunda entrância, perorando, também, que fosse respeitada a percepção do subsídio pertinente à referida entrância.

Ressaltam, através de petição e documentos anexados posteriormente, que a referida consulta aconteceu em razão da distinção que é realizada entre os promotores de primeira entrância, no tocante à percepção de subsídio entre os vitaliciados e não vitaliciados à época da mencionada Lei.

Salientam, também, que a resposta à citada consulta detectou diversos vícios de ordem constitucional, não só no tocante à questão da distinção entre vitaliciados e não vitaliciados, como também no ponto referente ao não enquadramento de todos os promotores de primeira entrância, independentemente do *status* de vitaliciado ou não, na segunda entrância.

Encerram, através deste requerimento administrativo, que sejam todos eles considerados como promotores de segunda entrância, tanto na percepção do subsídio pertinente à citada entrância, como no aspecto da classificação, para fins de remoção e promoção.

Ilustram o requerimento, apontando remoção no Tribunal de Justiça de Sergipe, que se enquadra integralmente nos pleitos da presente postulação.

Eis em breves linhas, o relatório.

II - VOTO

A - O caso

Como Conselheira desse Órgão Ministerial, percebo que os Promotores de Justiça de primeira entrância desejam, administrativamente, a promoção à segunda entrância, para fins de subsídio, como também para enquadramento e classificação na carreira.

Do *in folio*, verifico que é sobre a negativa de princípios vetores da Administração Pública e da presença de vício de constitucionalidade, na aplicação da referida Lei, que gira toda a querela jurídica.

B - Da questão prévia

De logo, antes de adentrar no âmago da questão, faz-se mister ararmos o terreno, afastando a distinção entre os promotores vitalícios e não vitalícios para fins de remuneração.

Tentarei alumiar o caminho a ser percorrido.

Com efeito, a Constituição da República de 05 de outubro de 1988, mais precisamente no artigo 93, inciso V, aplicável aos membros do Ministério Público, é límpida ao estabelecer que os subsídios serão escalonados, em nível federal e estadual, conforme as respectivas categorias e estruturas, não podendo a diferença entre uma e outra ser superior a 10% ou inferior a 5%.

Por esse prisma constitucional, extrai-se a proibição, para fins de subsídio, entre promotores vitaliciados e não vitaliciados. Demais disso, não se pode confundir a figura do promotor substituto com a de promotor não vitaliciado. Em verdade, o substituto, fazendo uma exegese comparada do artigo 93, II, b, da Carta Régia, poderá ser vitalício ou não.

Assim, resta evidente que o que importa para a equiparação do subsídio é a posição que o promotor de justiça ocupa na carreira e não o seu “*status*” de vitaliciado. Dito isso, o tratamento diferenciado ofertado aos promotores de primeira entrância não vitaliciados, à época da Lei Complementar de n. 111/05, não pode ser aceito, pois fere os princípios da isonomia e da razoabilidade. Todos os promotores, sob o prisma da Lei anterior, vitaliciados ou não, eram promotores de primeira entrância e percebiam os mesmos vencimentos. Então, por que, no atual regime, diferenciá-los? Qual a razão para tal?

Admitir essa distinção significa apagar definitivamente o *direito ad-*

quirido dos aludidos profissionais, que é amplamente resguardado pela *Norma Normarum*.

Ressalte-se, ainda, no caso dos autos, e sem prejuízo da tese que iremos desenvolver, que o direito não pode ser indeferido, haja vista já terem sido vitaliciados todos os Promotores de Justiça que almejam a equiparação e classificação aos seus pares.

Nesse ponto, como já dito, a questão mais uma vez se aproxima do direito adquirido, *ex vi legis*, dos membros do Parquet e não de ofensa aos princípios constitucionais e de Lei manifestamente inconstitucional.

Colocando uma pá de cal na questão em testilha, impende-me frisar que é de conhecimento de todos a manifestação do Órgão de controle externo do Ministério Público - CNMP -, no sentido do acatamento do direito dos Promotores que à época da Lei não estavam vitaliciados, consoante atestam os documentos em anexo.

O posicionamento acima referido partiu do então Corregedor da época - Dr. José Carlos de Oliveira Filho -, que, sensível à questão em tela, resolveu consultar o CNMP, garantindo o apoio à classe, acaso a resposta fosse positiva, como de fato aconteceu.

Diante do exposto, com fulcro nos argumentos suso expendidos, fica evidente que não há razão alguma para a distinção em tela. O direito que foi definido para os de primeira entrância que já eram vitaliciados, quando do advento da lei, deve ser estendido a todos da respectiva entrância, independentemente de se encontrarem estáveis ou titulares de Promotoria .

É essa a nossa primeira impressão. Passemos, doravante, ao exame da Lei Complementar 111/05.

C - Da questão jurídica

À guisa de argumentação histórica, nos termos da Lei Complementar n. 02/90, o Ministério Público do Estado de Sergipe era estruturado, em primeira entrância, com 27 cargos de promotor de justiça e 15 de promotor de justiça auxiliar e, na segunda e última entrância, com 63 cargos de promotores de justiça.

Com o advento da lei Complementar 111/05 foi criada uma entrância Especial, compreendendo as promotorias de Aracaju e adjacências. Efetivamente, percebe-se, nitidamente, que surgiu um novo 'degrau' na carreira do Ministério Público, fato este determinante para uma redução de subsídio entre os níveis da carreira e mais uma dificuldade nas futuras classificações dos seus membros.

Entrementes, tudo ocorreu dentro do regular processo legislativo.

Pois bem. Tentando corrigir a diferença entre os seus pares, a mencionada Lei Complementar assegurou aos promotores que permaneceram na segunda entrância, mesmo não vitaliciados, a classificação e o subsídio de promotor de justiça de entrância especial. Aos de primeira entrância, desde que vitaliciados, apenas a percepção dos subsídios de segunda entrância. Em suma, aos de primeira, não vitaliciados, que ingressaram pelas regras do edital nº 1/2001, enquanto não vitaliciados, recebem subsídios correspondente a 90% daqueles atribuídos aos de primeira entrância vitaliciados.

Eis, nas assertivas por nós grifadas, o ponto legislativo que deve ser encarado como inconstitucional.

Vejamos os porquês.

D - Da inconstitucionalidade da lei e da possibilidade de o administrador descumprir-la.

Sem delongas, podemos detectar a inconstitucionalidade acima referida nos pontos nevrálgicos do requerimento em questão.

Efetivamente, quando a Lei Complementar 111/2005 faz distinção entre vitaliciados e não vitaliciados, diferença esta inexistente na Lei anterior, viola frontalmente não só os princípios da isonomia e da razoabilidade, como também o direito adquirido.

Com efeito, o vilipêndio à isonomia ocorre pelo fato de tanto os vitaliciados como os não vitaliciados exercerem a mesma função e pertencerem à idêntica entrância. E se antes, no regime anterior, percebiam idênticos vencimentos, qual a razão da distinção atual? Tal diferenciação não é razoável, uma vez que a distinção só deve existir dentro das normas que a autorizam, e estas normas, no caso específico, correspondem à Carta Maior, que, em momento algum, admite citada discriminação.

Conforme bem colocado pelo Conselho Nacional do Ministério Público, no processo 449/2006-71, os vícios da Lei Complementar nº 111/2005 não se restringem a tal distinção.

Quando a referida Lei prevê que apenas os Promotores de segunda Entrância, à época do seu advento, seriam contemplados com a elevação *ex lege*, houve também violação ao princípio da isonomia, em razão de os promotores de primeira entrância terem sido afastados do topo máximo da carreira por mais um “degrau”.

Assim, não pode a citada Lei contemplar somente parte da carreira. O direito adquirido de todos deve ser respeitado!

Ad argumentandum tantum, é de bom alvitre assinalar que o Tribunal de Justiça de Sergipe, como bem acentuaram os postulantes, já vem adotando o entendimento em questão, pois, recentemente, uma Magistrada titular da Comarca de primeira entrância foi removida para uma Comarca de segunda entrância, consoante se vê no documento de fl.

O que fazer então quando nos deparamos com uma lei manifestamente inconstitucional, como a Lei Complementar de nº 111/05 no ponto em exame?

Com o fito de manter a ordem traçada pela Constituição Federal, o STF, em diversos julgados, sobre a posição do administrador público frente uma lei inconstitucional, assim já se manifestou:

“Não tenho dúvida em filiar-me à corrente que sustenta que o Poder Executivo pode deixar de cumprir - assumindo os riscos daí decorrentes - lei que se lhe afigure inconstitucional. A opção entre cumprir a Constituição ou desrespeitá-la para dar cumprimento à lei inconstitucional é concedida ao particular para a defesa do seu interesse privado. Não o será ao Chefe de um dos Poderes para a defesa, não de seu interesse particular, mas da supremacia da Constituição que estrutura o próprio Estado.” (Representação nº980-SP, Relator Ministro Moreira Alves, in RTJ nº 96:496).

“Os poderes executivo e legislativo, por sua chefia - e isso mesmo tem sido questionado com o alargamento da legitimação ativa na ação direta de inconstitucionalidade - podem tão-só determinar aos seus órgãos subordinados que deixem de aplicar administrativamente as leis ou atos com força de lei que considerem inconstitucionais. (ADIN 221/MC-DF – Relator Ministro Moreira Alves).

O professor e constitucionalista Alexandre de Moraes, em sua obra *Direito Constitucional*, 5ª Edição, pgs. 526 e 527, leciona:

“O Poder Executivo, assim também os demais Poderes do Estado, está obrigado a pautar sua conduta pela legalidade estrita, observando, primeiramente, como primado do Estado de Direito Democrático, as normas constitucionais. Dessa forma, não há como exigir-se do Chefe do Executivo o cumprimento de uma lei ou ato que entenda flagrantemente inconstitucional, podendo e devendo, lícitamente, negar-se a cumprimento, sem prejuízo do exame posterior do Judiciário. Grifo nosso.

São inúmeros os entendimentos neste sentido. Para não ficar enfadonho, citarei apenas os números de julgados e nomes das doutrinas aos quais me filio com segurança.

Efetivamente, neste sentido, comunga a maior parte da doutrina, como, por exemplo, O Ministro José Celso Mello Filho, na obra *Constituição Anotada*, 2ª Ed., pg. 346; e os Juristas Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em *RPESP* 12/564; Themístocles Brandão Cavalcanti, em *RDA* 82/383; Luis Roberto Barroso, em *Interpretação e Aplicação da Constituição*, Ed. Saraiva, ed. 1999, pgs. 176 e 177; Hely Lopes Meirelles, em *Direito Municipal Brasileiro*, 10ª Edição, Editora Malheiros, 1998; entre outros.

Não é demais enfatizar que além destes posicionamentos ancorarem a tese acima exposta, no sentido de que pode o administrador público descumprir Lei inconstitucional, como já dito, o Órgão de Controle Externo dos Ministérios Públicos já entendeu que a multicidad LC nº 111/2005 possui os citados vícios constitucionais.

Diante do expendido, é desnecessária a confecção de projeto de Lei para albergar o requerimento dos ora postulantes, pois se esta lei é eivada de inconstitucionalidades e a Instituição de Controle Externo do Ministério Público assim já se manifestou, resta em meu pensar, atender a sua recomendação.

Ademais, vale ressaltar ainda, que o cumprimento da aludida recomendação do Conselho Nacional do Ministério Público prejudicaria representação junto ao Procurador Geral da República, no sentido de buscar a interposição do remédio para sanar os vícios acima elencados, fato que evitaria, também, um prejuízo para toda a classe, por meio da referida Lei.

III - CONCLUSÃO

Por fim, chegando à conclusão do presente requerimento, com fulcro nos princípios da razoabilidade e da isonomia, resguardando, também, o direito adquirido, seguindo recomendação do Egrégio Conselho Nacional do Ministério Público e verificando que os pleitos em tela não trarão prejuízos à classe, entendo que:

1- A todos os promotores de justiça de primeira entrância, à época do advento da Lei, sem qualquer distinção, independentemente se estavam ou não vitaliciados, deve ser concedido o direito de serem enquadrados na segunda entrância, e, por consequência, de participarem dos Editais de REMOÇÃO da segunda entrância, bem como a percepção dos efeitos financeiros pertinentes.

É como voto.

Aracaju, em 22 de março de 2007.

Maria Luiza Vieira Cruz
Conselheira Relatora

LIMITAÇÃO DOS EFEITOS DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA À CIRCUNSCRIÇÃO TERRITORIAL DO ÓRGÃO PROLATOR

AGRAVO DE INSTRUMENTO. LIMINAR DEFERIDA A AGRAVADA EM RAZÃO DA TRAMITAÇÃO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA NA COMARCA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. PRORROGAÇÃO DO PRAZO DE VALIDADE DO PROCESSO SELETIVO PÚBLICO PETROBRAS/PSP/RH-1/2005. PRESCRIÇÃO. INTELIGÊNCIA DO ART. 16º DA LEI Nº 7.347/85. OS EFEITOS DA DECISÃO, EM SEDE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA, FICAM ADSTRITOS À CIRCUNSCRIÇÃO TERRITORIAL DO ÓRGÃO PROLATOR. PELO PROVIMENTO DO RECURSO.

*José Luiz Melo**

PARECER

Cuidam os autos de *agravo de instrumento* interposto por **PETRÓLEO BRASILEIRO S/A - PETROBRAS**, irresignada com a sentença interlocutória que deferiu liminar proferida no bojo de *ação ordinária*, tombada sob n.º 200811300036, manejada por M. V. S. S.

A decisão hostilizada agasalhou os argumentos alinhados pela agravada, determinando a impossibilidade de se declarar a prescrição do processo seletivo público PETROBRAS/PSP/RH-1/2005, com fulcro na existência de uma Ação Civil Pública, manejada no Estado do Rio de Janeiro, pelo Ministério Público do Trabalho da 1ª região, na qual obteve medida liminar para fins de prorrogar o prazo de validade do aludido concurso.

Inconformada, a **PETROBRAS S/A**, em suas razões de fls. 01/16, pleiteia a reforma do *decisum a quo* arguindo a prescrição, com estribo no art. 16 da Lei nº 7.347/85, sustentando que a competência territorial do juiz prolator da citada decisão está adstrita à cidade do Rio de Janeiro, de sorte que os efeitos da interlocutória limitam-se à circunscrição territorial daquele município.

Suscita a impossibilidade de segunda prorrogação da validade do certame, em face do que giza o art. 37, III e IV, da Constituição Federal. Ademais, alega que houve rigoroso atendimento à ordem de classificação prevista no edital, razão pela qual não há sentido em admitir a vaga à agravada, pois, do contrário, estar-se-ia cometendo uma flagrante violação às normas constitui-

*Procurador de Justiça, oficiante junto à Câmara Criminal

onais e editalícias.

Conforme certidão às fls. 312 – verso, a agravada deixou trascorrer *in albis* o prazo para o oferecimento das contra-razões.

Eis, em síntese, o relatório.

Instado a se manifestar, passa o Ministério Público a lançar o seu parecer, vazado nos seguintes termos.

Da percuciente análise dos autos - sem embargo da laboriosa decisão saneadora da magistrada de primeiro grau -, infere-se que a pretensão recursal merece guarida. Confirmamos.

Inicialmente, cumpre-nos assinalar qual a abrangência da coisa julgada, em sede de ação civil pública. Nesse tom, melhor sorte assiste à agravante, posto que inegável está que o legislador impôs limites ao comando sentencial, no que se refere à extensão dos efeitos deste.

Nessa trilha, o teor do art. 16, da Lei n.º 7.347/85, *verbis*:

Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

Nesse pano, deflui-se claro e límpido da interpretação do referido artigo que a alusão à eficácia *erga omnes* limita-se à circunscrição territorial da Comarca em que foi ajuizada a ação civil pública, não acobertando, portanto, situações semelhantes fora dos limites territoriais do órgão prolator, ainda que haja identidade de pedidos e causa de pedir.

Não obstante isso, oportuno sobrelevarmos que o trecho “*nos limites da competência territorial do órgão prolator*”, foi adicionado à redação primitiva do referido artigo em razão da Lei 9.494/97, com o fim único de não deixar pairar dúvidas acerca da extensão dos efeitos de decisões em sede de ação civil pública.

Nessa pegada, preciosa é a posição de José dos Santos Carvalho Filho, em Ação Civil Pública, 2ª ed., editora Lúmen Júris, *ipsis verbis*:

“O limite da territorialidade, no caso, não pretende ofender as competências territoriais atribuídas aos Tribunais, mas, ao contrário, o que se pretende é demarcar a área em que poderão ser produzidos esses efeitos, tomando em consideração o território dentro do qual o juiz de primeiro grau tem competência para processamento e julgamento desses efeitos”.

Ante o exposto, é forçoso concluirmos que, *in casu*, a Ação Civil Pública n.º 1661-2006-069-01-00-1, proferida no Estado do Rio de Janeiro, não possui aplicabilidade na Comarca de Sergipe, pois, como já exaustivamente fundamentado, a competência territorial do juiz prolator da decisão está adstrita à circunscrição daquele município.

Assim, repousa o entendimento na jurisprudência pátria, *verbum ad verbum*:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. CANCELAMENTO DE REGISTRO. COMUNICAÇÃO PRÉVIA. ART. 43, § 2º DO CDC. REGISTRO DE PROTESTO.

Afastada a alegação de vinculação à decisão proferida na ação civil pública nº 2001.61.00.032263, que tramita perante a Vigésima Vara Federal de São Paulo. Se vinculação há, ela se limita à competência territorial do órgão julgador, que, neste caso, compreende somente a Terceira Região e não esta Quarta.(...)

APELO IMPROVIDO. UNÂNIME. (AC Nº 70024738130, DES.ª IRIS HELENA MEDEIROS NOGUEIRA, PORTO ALEGRE, 30 DE JULHO DE 2008)

PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – LITISPENDÊNCIA - LIMITES DA COISA JULGADA.

1. A verificação da existência de litispendência enseja indagação antecedente e que diz respeito ao alcance da coisa julgada. Conforme os ditames da Lei 9.494/97, “a sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgãoprolator”.

2. As ações que têm objeto idêntico devem ser reunidas, inclusive quando houver uma demanda coletiva e diversas ações individuais, mas a reunião deve observar o limite da competência territorial da jurisdição do magistrado que proferiu a sentença.

3. Hipótese em que se nega a litispendência porque a primeira ação está limitada ao Município de Londrina e a segunda ao Município de

Cascavel, ambos no Estado do Paraná.

4. Recurso especial provido. (REsp 642462 / PR RECURSO ESPECIAL 2004/0004428-5, Ministra ELIANA CALMON, DJ 18.04.2005 p. 263)

Logo, patente está a prescrição, por esgotamento do prazo de validade previsto no edital do referido concurso público. Dimana dessa moldura fático-jurídica que o prazo de validade do aludido certame esgotou-se em 16/01/2007, conforme se destaca do item 9.3., às fls. 67. A ação em questão, entretanto, foi manejada no dia 09/01/2008, após transcorrido o interstício dentro do qual qualquer medida atinente ao aludido certame poderia ser eficazmente questionada.

Ademais, ressaltemos que é unísono na doutrina e jurisprudência o brocardo de que a aprovação em concurso público não gera direito absoluto à convocação, mas sim, mera expectativa de direito. Além disso, como se vê nos autos, a agravada foi aprovada em cadastro de reserva, não se podendo delimitar a quantidade de vagas que seriam ofertadas, de sorte que o preenchimento destas ficaria a critério da conveniência e oportunidade do Poder Público, respeitando, evidentemente, à ordem classificatória.

Dizendo de outra maneira: a prevalecer entendimento diverso, estar-se-ia adentrado no poder discricionário que é conferido à Administração Pública, o que é vedado ao Poder Judiciário, que, em tais casos, só pode examinar a legalidade do processo seletivo em casos de preterição na ordem classificatória.

De mais a mais, é entendimento assente em nossa jurisprudência, *in litteris*:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO. EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO.

- É incontroverso na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que os candidatos aprovados em concurso público são detentores de mera expectativa de direito à nomeação pela Administração, a qual não tem a obrigação de nomeá-los dentro do prazo de validade do certame.

- O direito à nomeação somente nasce havendo preterição dos habilitados em benefício de outros servidores para ocupar as vagas existentes dentro do prazo de validade do certame, ou ainda em virtude de desrespeito à ordem classificatória, hipóteses inexistentes na espécie. Recurso ordinário desprovido (ROMS 10838 / PB ; RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 1999/0038364-8 DJ DATA:21/10/2002 PG:00398, Min. VICENTE LEAL)

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. DELEGADO DE POLÍCIA. DELEGADO APROVADO NÃO NOMEADO. Art. 37, IV, CF.

- O art. 37, IV, CF, estabelece que os candidatos provados em concurso público têm preferência à nomeação, mas não direito.

- Hipótese em que o recorrente não deixou demonstrado o seu direito de preferência à nomeação.

Recurso a que se nega provimento

(R.M.S. nº 8.187 – TO – 97.3647-2- STJ – 5ª Turma – Rel. Min. Félix Fischer – d. em 03.06.97)

Ante o esposado, opina o Ministério Público pelo conhecimento do recurso, para o efeito de agasalhar a prescrição, à mingua dos substratos fático-jurídicos explanados, de que padece o concurso público sob comento, e, via de consequência, dar-lhe provimento.

É o nosso entendimento.

Aracaju, 18 de agosto de 2008.

José Luiz Melo
PROCURADOR DE JUSTIÇA

APLICABILIDADE DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA AOS AGENTES POLÍTICOS

APELAÇÃO CÍVEL. PRELIMINARES. LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. APLICABILIDADE AOS AGENTES POLÍTICOS. DECISÃO ISOLADA DO PRETÓRIO EXCELSO, QUE NÃO TEM EFEITO VINCULANTE. NULIDADE POR SUPOSTA AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DE LITISCONSORTE PASSIVO NECESSÁRIO. INSUBSISTÊNCIA. MÉRITO. IRREGULARIDADES EM PROCESSO LICITATÓRIO. DANO AO ERÁRIO. INFRINGÊNCIA AO ART. 10, INCISO VIII, DA LEI 8.429/92. PELO DESPROVIMENTO DO RECURSO.

*José Luiz Melo**

PARECER

Trata-se de Recurso de Apelação interposto por **J. R. R.**, descontente com a decisão que julgou procedente o pedido formulado numa **Ação de Improbidade Administrativa** que lhe move o **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE**.

Em suas razões, às fls. 759/773, sustenta, preliminarmente, a impossibilidade de Prefeito Municipal, agente político, vir a responder por ação de improbidade administrativa, invocando precedente do Supremo Tribunal Federal. Afirma que houve nulidade no processo, considerando a ausência de intimação de litisconsorte passivo necessário, tendo em vista que o ato foi praticado pelo Presidente da Comissão de Licitação do Município de Lagarto.

Diz, ainda, que a empresa que recebeu o pagamento pelos serviços prestados também deveria fazer parte do pólo passivo da demanda.

No mérito, aduz que não houve prática de ato de improbidade administrativa, ressaltando que os fatos narrados pelo Ministério Público reportam-se apenas a meras irregularidades formais, sem a presença de dolo ou culpa por parte do agente público. No que tange aos processos de nºs 083615/97 e 083619/

*Procurador de Justiça, oficiante junto à Câmara Criminal

¹ DA SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo, 24ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2005, p-669.

97, afirma que as irregularidades atinentes à ausência de contrato não configuram ato de improbidade, pois é dispensável por disposição de lei. Invoca o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, no sentido de afastar as penas de perda dos direitos políticos e de perda do cargo ou função, mantendo-se, tão somente, o ressarcimento ao erário. Pede a reforma da decisão.

Contra-razões às fls. 799/804.

Eis a matéria devolvida à segunda instância para apreciação.

O Ministério Público, instado a se manifestar, entende que a decisão *sub examine* é irreprochável. Vejamos.

Ab initio, cumpre-nos examinar as preliminares agitadas.

A primeira irresignação repousa na impossibilidade de agente político, no caso analisado, o Prefeito Municipal, vir a responder por ato de improbidade administrativa. De fato, há um precedente do Supremo Tribunal Federal, cuja relatoria coube ao Ministro Nelson Jobim, que se descortina para a tese de que aos agentes políticos aplica-se a lei de crimes de responsabilidade, norma de caráter especial, que afastaria a aplicabilidade da Lei de Improbidade.

Data vênia, essa decisão do Pretório Excelso, frisamos, de caráter isolado, não deve prosperar. Explicamos.

Primeiramente, é necessário fazer uma breve digressão.

A decisão do STF a que nos referimos parte da seguinte premissa: “se a competência para processar e julgar a ação de improbidade (CF, art. 37, § 4º) pudesse abranger também atos praticados pelos agentes políticos, submetidos a regime de responsabilidade especial, ter-se-ia uma interpretação ab-rogante do disposto no art. 102, I, c, da Constituição” (trecho do voto vencedor do Ministro Nelson Jobim, na Reclamação 2.138 / DF).

Nesse passo, sua Excelência não vê a possibilidade de coexistência da lei de crimes de responsabilidade com a lei que trata da improbidade administrativa. Exatamente neste ponto repousa nossa divergência.

Com efeito, sabemos que o Decreto-Lei 201/67 cuida da responsabilidade dos prefeitos e vereadores. Neste diploma legal, mais especificamente em seu art. 1º, definem-se os crimes comuns, enquanto que o art. 4º trata dos crimes de responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores, as chamadas infrações político-administrativas, cujo ilícito está sujeito ao julgamento pela Câmara de Vereadores local. Aliás, quanto a este ponto, é pacífica a jurisprudência da Suprema Corte, conforme se vê no seguinte aresto:

RECURSO DE "HABEAS-CORPUS". CRIMES PRATICADOS POR PREFEITO: ART. 1., I e II, DO DECRETO-LEI N. 201/67. CRIME DE RESPONSABILIDADE. CRIMES COMUNS OU FUNCIONAIS. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (ART. 29, X, DA CONSTITUIÇÃO, COM A REDAÇÃO DA E.C. N. 1/92). 1. O art. 1. do Decreto-lei n. 201/67 tipifica crimes comuns ou funcionais praticados por Prefeitos Municipais, ainda que impropriamente nomeados como "crimes de responsabilidade", e são julgados pelo Poder Judiciário. Revisão da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a partir do julgamento do HC n. 70.671-1-PI. 2. O art. 4. do mesmo Decreto-lei refere-se ao que denomina expressamente de "infrações político-administrativas", também chamadas de "crimes de responsabilidade" ou "crimes políticos", e são julgadas pela Câmara dos Vereadores: nada mais e do que o "impeachment". 3. O art. 29, X, da Constituição (redação da E.C. n. 1/92) determina o "julgamento do Prefeito perante o Tribunal de Justiça"; ao assim dizer, esta se referindo, apenas, aos crimes comuns e derroga, em parte, o art. 2. do Decreto-lei n. 201/67, que atribuía esta competência ao juiz singular. 4. Recurso em "habeas-corpus" não provido. (RHC 73210; Ministro Maurício Corrêa; 31-10-1995)

Por outra banda, ao analisarmos o Decreto-Lei 201/67, cuja aplicabilidade se pretende conferir ao presente caso, ilidindo a regência da Lei de Improbidade Administrativa, detectamos o art. 4º, que trata, repetimos, dos crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipais e Vereadores. Colacionamos, por oportuno, o referido dispositivo legal, *in verbis*:

Art. 4º - São infrações político-administrativas dos Prefeitos Municipais sujeitas ao julgamento pela Câmara dos Vereadores e sancionadas com a cassação do mandato:

I - Impedir o funcionamento regular da Câmara.

II - Impedir o exame de livros, folhas de pagamento e demais documentos que devam constar dos arquivos da Prefeitura, bem como a verificação de obras e serviços municipais, por comissão de investigação da Câmara ou auditoria, regularmente instituída.

III - Desatender, sem motivo justo, as convocações ou os pedidos de informações da Câmara, quando efeitos a tempo e em forma regular.

IV - Retardar a publicação ou deixar de publicar as leis e atos sujeitos a essa formalidade.

V - Deixar de apresentar à Câmara, no devido tempo, e em forma regular, a proposta orçamentária.

VI - Descumprir o orçamento aprovado para o exercício financeiro.

VII - Praticar, contra expressa disposição de lei, ato de sua competência ou omitir-se na sua prática.

VIII - Omitir-se ou negligenciar na defesa de bens, rendas, direitos ou interesses do Município, sujeitos à administração da Prefeitura.

IX - Ausentar-se do Município, por tempo superior ao permitido em lei, ou afastar-se da Prefeitura, sem autorização da Câmara dos Vereadores.

X - Proceder de modo incompatível com a dignidade e o decoro do cargo.

Fazendo uma leitura atenta dos incisos que anunciam os crimes de responsabilidade – Decreto-Lei 201/67, cotejando-os com as hipóteses caracterizadoras de improbidade administrativa – Lei 8.429/92, chegamos a uma única conclusão, diversa daquela encontrada pelo Relator Nelson Jobim.

Para nós, não há como se afastar a aplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos, sob o argumentado de que a Lei dos Crimes de Responsabilidade, norma de caráter especial, estaria tratando por completo o tema enfocado, além de ab-rogar o disposto no art. 102, inciso I, alínea “c”, da Constituição Federal. Trata-se, *concessa venia*, de uma visão desvirtuada do princípio da especialidade da norma.

Com efeito, no presente conflito aparente de leis, devemos exercer elucubração atinente ao espectro de abrangência que cada uma das normas se propõe. Desse modo, partindo para uma análise exegética mais profunda, concluímos não existir óbice à aplicação da Lei 8.429/92, desde que a tipificação levada a efeito nesta norma não encontre subsunção no Decreto-Lei 201/76. Dizendo de outro modo: o que não estiver previsto como crime de responsabilidade, mas estiver definido como ato de improbidade administrativa, pode e deve sofrer os efeitos da LIA.

Esse entendimento foi introduzido pelo eminente Ministro do STF Carlos Velloso, que, em voto-vista, discordou do ilustre relator, não vislumbrando, do ponto de vista jurídico, qualquer empecilho à aplicação da Lei de Improbidade Administrativa nesses casos. Por relevante, transcrevemos:

“Posto assim a questão, é forçoso convir que os agentes políticos mencionados somente respondem pelos crimes de responsabilidades tipificados na lei especial (CF, parágrafo único do art. 85). No que não estiver tipificado como tal, não há falar em crime de responsabilidade. E no que não estiver tipificado como crime de responsabilidade, mas estiver definido como ato de improbidade, responderá o agente político na forma da lei própria, a Lei 8.429, de 1992, aplicável a qualquer agente público (...).”

E prossegue o conspícuo Ministro:

“Isentar os agentes políticos da ação de improbidade administrativa seria um desastre para a administração pública. Infelizmente, o Brasil é um país onde há corrupção, apropriação de dinheiros públicos por administradores ímprobos. E isso vem de longe. (...) Ora, o meio que me parece mais eficiente é justamente o de dar a maior eficácia à Lei de Improbidade. Refiro-me, especialmente, às administrações municipais. Temos mais de cinco mil municípios. em que cada um deles há um Promotor fiscalizando a coisa pública municipal. Abolir a ação de improbidade relativamente aos agentes políticos municipais seria, repito, um estímulo à corrupção. Recebi do Ministério Público do Paraná, da ilustre Procuradora-Geral de Justiça daquele Estado, Dra. Maria Tereza Uille Gomes, que é, também, Vice-Presidente do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais de Justiça, o ofício nº 2.333, de 18.11.2002, no qual sou informado de que, no levantamento do número de ações civis públicas por ato de improbidade administrativa, propostas em face de agentes políticos, em catorze estados brasileiros, constatou-se a existência de 4.191 feitos. Em praticamente metade dos estados-membros, há, portanto, em andamento, mais de quatro mil ações. O entendimento de que os agentes políticos não estariam sujeitos à ação de improbidade ocasionaria a paralisação dessas ações. E mais: administradores ímprobos que foram condenados a restituir dinheiros aos cofres públicos poderiam pedir a repetição desses valores, porque teriam sido condenados por autoridade judicial incompetente. Isso seria, em verdade, um desastre”.

De fato, não há negar a especialidade do Decreto-Lei 201/67, ao compararmos com as disposições contidas na Lei de Improbidade Administrativa, que se aplica aos agentes públicos indistintamente, enquanto que o referido Decreto cuida, isoladamente, dos Prefeitos e Vereadores. Isso não se questiona. Eis o ponto axial da controvérsia.

Agora, o que nos parece inviável, para não dizermos ilegal, é pretender esvaziar o conteúdo da norma, a ponto de suprimir, em qualquer caso e sem qualquer distinção, a sua aplicabilidade aos agentes políticos.

Até porque basta cotejarmos as duas legislações ora examinadas para percebermos que a Lei 8.429/92 é muita mais ampla, prevendo, nos artigos 9º, 10 e 11, diversas hipóteses que caracterizam ato de improbidade administrativa. Por sua vez, o Decreto-Lei 201/67 contempla um número bem menor de casos sujeitos às sanções por prática de crime de responsabilidade.

Nesse limiar jurídico, tem-se que o recorrente responde pela conduta de *“frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente”*, enquadrado no art. 10, inciso VIII, da Lei 8.429/92.

Comparando o referido dispositivo legal com o Decreto-Lei 201/67, mais especificamente seu art. 4º, já transcrito alhures, percebemos que este diploma não prevê sanção para a conduta praticada.

Portanto, a vingar a tese que ora refutamos, ter-se-ia uma lacuna legislativa, gerando odiosa insegurança jurídica. Isso porque - e não é difícil chegarmos a esta conclusão -, o agente político não iria responder segundo as normas da Lei de Improbidade Administrativa, nem tampouco estaria subsumido nas hipóteses traçadas pelo Decreto-Lei 201/67, que não previu, expressamente, a conduta que se pretende apurar no presente in-fólio.

Por outra banda, mesmo entendendo que o argumento acima analisado já seria suficiente para afastar a tese recursal – inaplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos –, faz-se oportuno destacarmos que a referida lei atua na esfera eminentemente cível. De fato, como extremamente cediço, vigora no direito brasileiro a chamada independência entre as instâncias, não havendo óbice legal que determinado agente possa responder na órbita penal, cível e administrativa.

Nesse contexto, o ilustre Ministro do STF, Celso de Melo, acompanhando a divergência, manifestou-se neste sentido, *in litteris*:

“Nem se diga, ainda, Senhora Presidente, que as sanções imponíveis em sede de ação civil por improbidade administrativa revestem-se de natureza penal. Não se questiona que os atos de improbidade administrativa podem induzir a responsabilidade penal de seu autor, assumindo, na diversidade dos tipos penais existentes, múltiplas formas de conduta delituosa. Ocorre, no entanto, que os atos de improbidade administrativa assumem qualificação jurídica diversa daquela de caráter penal, apta, por si mesmo, a viabilizar, no contexto da pertinente ação civil, a imposição das sanções previstas, expressamente, no art. 37, § 4º, da Constituição Federal (...).

(...)

“Concluo pela competência dos Magistrados de primeira instância para processar e julgar ação civil por improbidade administrativa ajuizada em face de agentes políticos, observando-se o rito da lei 8.429/92, respeitadas as exigências constitucionais para efeito de perda do cargo e de privação do mandato”

De mais a mais, uma das teses que embasou a decisão vitoriosa, qual seja, a de que poderia se chegar ao absurdo de se conferir a um Juiz de Direito, de primeira instância, o poder de afastar autoridades do primeiro escalão, inclusive o Presidente da República, para nós, não se sustenta.

Com efeito, o art. 20 da Lei de Improbidade Administrativa possibilita o afastamento do agente público de seu respectivo cargo. Entretanto, o próprio dispositivo legal condiciona a aplicabilidade da norma ao trânsito em julgado da decisão. Como consectário lógico, dir-se-á que a perda do cargo somente será levada a termo, regra geral, após apreciação do recurso pelo STF.

Aliás, restou assentado pela divergência que o parágrafo único do art. 20 não tem aplicação no que toca aos agentes políticos. Ainda sobre este tema, o insigne Ministro do STF, Sepúlveda Pertence, esclareceu:

“Peço vênha para acompanhar os votos divergentes daqueles do eminente Relator, a partir do Ministro Carlos Velloso. Levo em conta, sobretudo, que a perda da função pública, seja ela de um cargo efetivo, seja de um mandato político, só se consuma com o trânsito em julgado da procedência da ação de improbidade. Por isso, não há a temer o argumento ad terrorem de que pudesse um Juiz singular suspender, preventivamente, o Presidente da República ou outro dignatário de alta hierarquia, nem dar à sua sentença forma para destituí-lo imediatamente do mandato e suspender-lhe os direitos políticos”.

O Superior Tribunal de Justiça também já teve a oportunidade de apreciar a controvérsia, adotando idêntico posicionamento. Vejamos o que disse o Ministro do STJ, Francisco Falcão, quando do julgamento do AgRg no RESP 903855, oriundo do Paraná, em 10 de abril de 2007, inclusive invocando precedentes daquele Corte Especial de Justiça, *verbo ad verbum*:

“Suficientemente fundamentada é a decisão que se baseou no firme posicionamento jurisprudencial desta eg. Corte de Justiça, estando superada a matéria em debate, para negar a pretensão deduzida no sentido de afastar a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa ao caso em concreto, por serem os agravantes agentes políticos. Precedentes: EDcl no REsp nº 456.649/MG, Rel. p/ acórdão Min. LUIZ FUX, DJ de 20/11/2006, REsp nº 713.863/RS, Rel. Min. TEORI ALBINHO ZAVASCKI, DJ de 14/09/2006”.

De remate, pedimos a maior cautela para não se cometer o equívoco de propalar a idéia de que a decisão do Supremo Tribunal Federal deve ser acatada pelas instâncias inferiores. Dizendo em termos outros: não se pode, a pretexto

de um julgamento isolado, pretender conferir efeito vinculante à decisão do STF, ocorrida no bojo da Reclamação 2.138-6. Aliás, sobre o tema, a Ministra Ellen Gracie, instada a se manifestar em diversas reclamações, deixou assentado que a decisão proferida pelo Pretório Excelso não tem efeito vinculante.

Ademais, no que tange ao mérito da Reclamação 2.138-6, objeto de análise neste parecer, a tese do recorrente – inaplicabilidade da lei de improbidade administrativa aos agentes políticos –, foi vitoriosa pelo placar apertadíssimo de seis votos a cinco. Ocorre que, naquela oportunidade, votaram favoravelmente à referida tese seis ministros, entretanto, três deles se encontram hoje aposentados. Ei-los: Nelson Jobim, Maurício Corrêa e Ilmar Galvão. Dos Ministros que votaram de forma contrária, apenas os Ministros Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence aposentaram-se.

Por essa razão, conclui-se, facilmente, que, pela atual composição da Suprema Corte, se tem uma posição de empate, por três votos a três. De um lado, os Ministros Gilmar Mendes, Ellen Gracie e Cezar Peluso, enquanto que do outro estão os Ministros Joaquim Barbosa, Celso de Melo e Marco Aurélio. Resta-nos, então, aguardar o que dirão os Ministros Carlos Brito, Eros Grau, Carmem Lúcia, Ricardo Lewandowski e Menezes Direito.

Portanto, afirmamos, com convicção, que ninguém pode dizer, hoje, com segurança, que o Supremo Tribunal Federal tem esse ou aquele entendimento, diante da atual composição daquela Corte.

Ademais, a Constituição Federal, em seu art. 37, *caput*, consagra explicitamente o princípio da moralidade administrativa.

Conforme abalizada doutrina¹: “A probidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial da Constituição, que pune o ímprobo com a suspensão de direitos políticos (art. 37, § 4º). A probidade administrativa consiste no dever de o “funcionário servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer”. O desrespeito a esse dever é que caracteriza a **improbidade administrativa**. Cuida-se de uma imoralidade administrativa qualificada. A **improbidade administrativa** é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem (...)”.

Diante do exposto, em respeito à probidade administrativa e ao desestímulo à corrupção, afastamos a primeira preliminar.

Ainda antes de adentrarmos ao mérito do recurso, sustenta o recorrente que houve nulidade no processo, considerando a ausência de intimação de litisconsorte passivo necessário, tendo em vista que o ato foi praticado pelo

Presidente da Comissão de Licitação do Município de Lagarto. Conclui, também, que a empresa que recebeu o pagamento pelos serviços prestados também deveria fazer parte do pólo passivo da demanda.

A tese é completamente invertebrada.

De fato, sendo o recorrente, à época dos fatos, Prefeito Municipal, responde, em última análise, pela prática dos atos da Administração Pública. Ora, sendo o apelante chefe do executivo municipal, torna-se responsável pelas condutas ilícitas praticadas, mormente quando tenha sido ele quem autorizou o procedimento licitatório. Nada obsta, entretanto, que se apure, posteriormente, em ação autônoma, a responsabilidade do Presidente da Comissão de Licitação do Município de Lagarto. Fica rechaçada a preliminar.

No mérito, não vislumbramos assistir razão ao apelante.

Compulsando os autos, verificamos que o Tribunal de Contas do Estado de Sergipe, analisando os processos números 076598/95, 079962/96, 083615/97 e 083619/97, concluiu que houve diversas irregularidades em procedimentos licitatórios na gestão do apelante. Enumeramos, por oportuno:

- a) propostas orçamentárias enviadas pela firmas particulares, sendo que o valor apresentado não confere com a soma dos valores unitários;
- b) modalidade de licitação inadequada, tendo em vista o valor informado na requisição da despesa;
- c) inobservância de prazo para remessa dos autos ao TCE;
- d) ausência de comprovação de regularidade com a Seguridade Social;
- e) ausência de assinatura dos licitantes na ata de recepção e abertura da carta convite;
- f) propostas não rubricadas pelos licitantes;
- g) ausência de registro na ata de julgamento da compatibilidade de preço das propostas e o praticado no mercado;
- h) ausência de publicação de ato convocatório;
- i) irregularidades na aquisição de produtos de limpeza e gêneros alimentícios para serem distribuídos em creches do município;

Nesse passo, o recorrente não ilidiu as acusações que lhe são feitas, preferindo, em exaustiva argumentação, tecer comentários desairosos ao Tribunal de Contas. Esquece, todavia, que o objeto da presente investigação

repousa na existência de irregularidades em procedimento licitatório. Não se está em cheque, nesta ação, a honorabilidade ou o decoro do TCE. De sorte que, em vez de atacar a Corte de Contas, deveria o apelante ter-se desincumbido de provar que não cometeu os ilícitos apontados pelo Ministério Público Estadual.

Portanto, e concluindo, houve comprovado prejuízo ao erário público, no importe de R\$ 70.694,50 (setenta mil, seiscentos e noventa e quatro reais e cinquenta centavos), devendo o gestor público ser responsabilizado pela conduta ilícita praticada, porquanto viola o art. 10, inciso VIII, da Lei 8.429/92.

Ex positis, somos pelo conhecimento do recurso, para lhe negar provimento, mantendo inalterada a decisão monocrática.

É como pensamos.

Aracaju, 1º de setembro de 2008.

José Luiz Melo
Procurador de Justiça

FILIAÇÃO SÓCIO AFETIVA

CONSTITUCIONAL - DIREITO CIVIL – PROCESSUAL CIVIL – RECONHECIMENTO DE MATERNIDADE SOCIOAFETIVA – PETIÇÃO INICIAL DEFEITUOSA – ADITAMENTO PARA REGULARIZAÇÃO DA LEGITIMIDADE PASSIVA – CITAÇÃO – DECRETO DE REVELIA EM SENTIDO AMPLO – EFEITOS AFASTADOS – INDISPONIBILIDADE DO DIREITO EM DISCUSSÃO - POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - FALTA DE PREVISÃO LEGAL NO DIREITO POSITIVADO - AFETO COMO TRATO DIFERENCIADOR DAS RELAÇÕES INTERPESSOAIS - DEVER DE LEALDADE E ÉTICA COMO ELEMENTOS ESTRUTURANTES DO DIREITO DE FAMÍLIA – VÍNCULO DE PARENTALIDADE DESLIGADO DA VERDADE BIOLÓGICA – CONSAGRAÇÃO DA MATERNIDADE SOCIOAFETIVA – PRESERVAÇÃO DO ELO DA AFETIVIDADE COMO PARADIGMA – ESTADO DE FILIAÇÃO DEMONSTRADO - 1. *A denominação filiação sócio-afetiva agrupa duas realidades observáveis: uma, a integração definitiva da pessoa do grupo social familiar; outra, a relação afetiva tecida no tempo entre quem assume o papel de mãe e quem assume o papel de filho.* 2. *Cada realidade, por si só, permaneceria no mundo dos fatos, sem qualquer relevância jurídica, mas, o fenômeno conjunto provocou a transseciccia para o mundo do direito, que o atraiu como categoria própria.* 3. *Essa migração foi possível porque o Direito Brasileiro mudou substancialmente, máxime a partir da Constituição de 1988, uma das mais avançadas do mundo em matéria de relações familiares, cujas linhas fundamentais projetaram-se no Código Civil de 2002.* 3. *O ponto essencial é que a relação de filiação, de paternidade e maternidade, não depende mais da exclusiva relação biológica entre pai e filho.* 4. *Toda maternidade ou paternidade é necessariamente sócio-afetiva, podendo ter origem biológica ou não biológica.* 5. *Finalmente, a afetividade, no presente, é o paradigma exigido para estabelecer a maternidade ou a paternidade, deixando de ser a partir do Código de 2002, o biológico como paradigma.* - JULGAMENTO PROCEDENTE DAAÇÃO.

Josenias França do Nascimento*

*Procurador de Justiça - Peça subscrita pelo então Promotor de Justiça Josenias França do Nascimento

Eminente Magistrado Julgador:

Havendo perlustrado o quanto contém os autos, constatou o Representante do Ministério Público cuidar-se de uma ação de investigação *a matre*, tendo como fundamento o vínculo sócio-afetivo, desligado da verdade biológica, que a luz do Direito posto revela-se como impossível, isto porque é tema recorrente como fundamento à investigação, o vínculo biológico.

Em que pese a posição do Direito posto no tocante a matéria em apreço, ao se confrontar situação em que o *afeto* é o traço diferenciador das relações interpessoais, não se pode premiar com a irresponsabilidade comportamentos que afrontam o dever de lealdade que merece ser prestigiado como integrante da estrutura familiar, logo, é impositivo invocar também a ética como elemento estruturante do Direito de Família. A omissão em extrair consequências jurídicas pelo só fato de a situação não corresponder ao vigente modelo de moralidade não pode cancelar a *impossibilidade jurídica do pedido*. Certamente esse viés ético foi o que levou à consagração da maternidade socioafetiva.

Constituído o vínculo da parentalidade, mesmo quando desligado da verdade biológica, prestigia-se a situação que preserva o elo da afetividade, sendo este o paradigma atual no trato das investigações de paternidade ou maternidade.

Aqui trago a colação por ser oportuno o posicionamento da Desembargadora MARIA BERENICE DIAS, em seu artigo publicado sob o tema Família, Ética e Afeto, quando assim se expressou: *“não enxergar fatos que estão diante dos olhos é manter a imagem da Justiça cega. Condenar à invisibilidade situações existentes é produzir irresponsabilidades, é olvidar que a Ética condiciona todo o Direito, principalmente o Direito de Família”*.

Feito este preâmbulo para considerar juridicamente possível o pedido aquartelado nesta ação, passa o órgão do Ministério Público a analisar os requisitos da inicial.

O Código de Processo Civil exige elementos que são tidos como essenciais, expressamente enumerados no art. 282, do CPC, no sentido de impor ao postulante trazer ao conhecimento do juiz todos os dados necessários para a perfeita delimitação daquilo que irá julgar.

Para tanto, o art. 282, II, do CPC, exige a perfeita individualização das partes que devam integrar a relação jurídica processual, porque a legitimidade impõe estejam os litigantes claramente especificados, enunciando taxativamente os elementos indispensáveis desse requisito. Assim, todos aqueles que devam integrar a relação jurídica processual devem ser nominados.

Na ação em comento faltou indicação no pólo passivo da demanda os nomes dos possíveis herdeiros da genitora socioafetiva da Requerente, para

ser possível a triangularização da ação com a citação daqueles, sob pena de extinção do processo sem resolução do mérito, por faltar uma das condições da ação, ou seja, o legitimado passivo, que é aquele em face do qual o autor pretende ver à atividade jurisdicional incidir, mesmo que isso não ocorra, seja porque deva incidir sobre outrem, seja porque se descobriu não ter o autor razão.

Identificado o defeito na petição inicial, o órgão do Ministério Público requereu mediante cota, a baixa dos autos em diligência para que a Autora aditasse a exordial no sentido de regularização da legitimidade passiva da ação, sendo o requerimento deferido pela autoridade judiciária.

O desiderato contido na cota promotorial foi atendido, tendo a Autora feito o aditamento à inicial e incluiu no pólo passivo da ação o único sucessor da falecida A. M. C., o Senhor F. S., sobrinho daquela.

Deferido o aditamento a autoridade judiciária determinou a citação do Requerido para vir contestar os termos da ação sob pena de revelia e confissão, e aquele sendo citado deixou transcorrer "*in albis*" o prazo conferido em lei para oferecimento da contestação, optando por ser revel, tendo sido decretada a revelia com o efeito mencionado no art. 319 do CPC, por considerar o Magistrado o direito discutido na ação como sendo disponível.

O órgão do Ministério Público com vista dos autos, após analisar o seu conteúdo se pronunciou dizendo que a ação cuidava de uma investigação *a matre desligada da verdade biológica*, tendo como fundamento o vínculo *sócio-afetivo*, ou seja, a Requerente M. A. C., teria sido abandonada no dia 01 de Setembro de 1962, na porta da residência da Senhora A. M. C., que desde então a criara como se fosse sua filha biológica, porém registrara aquela como não tendo pais conhecidos, e agora após a morte daquela, evento ocorrido em 20 de Janeiro de 1984, esta propõe a presente ação para que seja reconhecida como filha da citada Senhora, alegando como fundamento o *vínculo sócio-afetivo*.

Ocorre que, se fosse levada em consideração a posição vigente do Direito Positivado no tocante a matéria sob comento, com certeza o pedido vertido nesta ação seria de plano indeferido por falta de previsão legal.

Todavia, lembrando posicionamento doutrinário de lavra da Desembargadora gaúcha MARIA BERENICE DIAS, em sua obra *Conversando Sobre os Direitos das Famílias*, que "*constituído o vínculo da parentalidade, mesmo quando desligado da verdade biológica, prestigia-se a situação que preserva o elo da afetividade*", então sob essa ótica vislumbra-se a possibilidade jurídica do pedido. Se foi o envolvimento afetivo que gerou a posse de estado de filho, o rompimento da convivência pela morte não pode romper o vínculo de filiação.

Enfrentando a questão processual atinente ao instituto da revelia, tendo aquela sido decretada pela autoridade judiciária com efeito em sentido amplo, há se sustentar a tese de que o decreto padece de vício que deverá ser sanado com o chamamento do feito à ordem, porque no caso em apreço, mesmo tendo ocorrido revelia (falta de contestação), é possível que seus efeitos sejam afastados, porque a ação versa sobre direito indisponível, posto que se trata de investigar vínculo de parentalidade, mesmo sob a ótica do elo da afetividade, e neste aspecto a Autora não pode desse direito dispor, logo, a indisponibilidade do direito sobre o qual versa a causa afasta a desnecessidade da prova, assim como impede a confissão (art.351 do CPC), ou torna nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova (art.333, I, do CPC). Aliás, nesse caso nem há a exigência de impugnação específica dos fatos (art.302, I, do CPC).

Então, na hipótese dos autos, os fatos alegados pela Autora deverão ser comprovados, não podendo o Juiz anunciar o julgamento antecipado do processo.

Nesta segunda intervenção, com base nos argumentos supra, requer o órgão do Ministério Público o chamamento do feito à ordem para ser decretada a revelia afastando os seus efeitos, porque a ação versava sobre direito indisponível, determinando que a Autora cumpra a regra processual do art.324 do CPC, ou seja, especifique as provas que pretenda produzir em audiência de instrução e julgamento, e depois da prática desse ato processual, o Juiz, desde logo, lance aos autos o despacho saneante ordenando a produção da prova protestada e requerida, nos termos do § 2º, do art. 331 do CPC.

O chamamento do feito à ordem foi feito pela autoridade judiciária, conforme teor da manifestação do representante do Ministério Público, tendo sido lançado aos autos o despacho saneante, deferindo as provas a serem produzidas e determinando o início da fase instrutória, tudo após a parte Autora ter especificado as provas a serem produzidas em audiência.

Na data aprazada para a instrução do feito, 15/03/2006, foram colhidos os depoimentos das testemunhas arroladas com a inicial, e após o término da instrução do processo, foi concedida a palavra ao órgão do Ministério Público para oferecimento de suas razões orais finais, que se encontra vazada nos seguintes termos:

“MM. Juiz: O órgão do Ministério Público do Estado de Sergipe, após concluída a instrução vem dizer em razões finais o que segue: Trata a presente ação de reconhecimento de maternidade desligada da verdade biológica, onde se prestigia o vínculo da parentalidade, cuja situação preserva o elo da afetividade. Embora não haja previsão legal para o reconhecimento de maternidade baseada no elo da afetividade, todavia, muito se avançou no Brasil a Doutrina Jurídica espe-

cializada naquilo que se chama filiação socioafetiva, assim entendida a que se constitui na convivência familiar, independentemente, da origem do filho. A denominação filiação socioafetiva agrupa duas realidades observáveis: uma, a integração definitiva da pessoa do grupo social familiar; outra, a relação afetiva tecida no tempo entre quem assume o papel de mãe e quem assume o papel de filho. Cada realidade, por si só, permaneceria no mundo dos fatos, sem qualquer relevância jurídica, mas, o fenômeno conjunto provocou a transeficácia para o mundo do direito, que o atraiu como categoria própria. Essa migração foi possível porque o Direito Brasileiro mudou substancialmente, máxime a partir da Constituição de 1988, uma das mais avançadas do mundo em matéria de relações familiares, cujas linhas fundamentais projetaram-se no Código Civil de 2002. O ponto essencial é que a relação de filiação, de paternidade e maternidade, não depende mais da exclusiva relação biológica entre pai e filho. Toda maternidade ou paternidade é necessariamente socioafetiva, podendo ter origem biológica ou não biológica. No caso em apreço, ficou demonstrado o estado de filiação, compreendido como o que se estabeleceu entre a filha Requerente e a mãe que assumiu os deveres da maternidade, que corresponde aos direitos mencionados no art. 227 da Constituição Federal. O estado de filiação resultou demonstrada com a instrução. A filha é titular do estado de filiação, da mesma forma que a mãe é titular da maternidade em relação àquela. Registre-se que, existe também demonstrado um liame específico à mãe que a criou, o da afetividade. Por outro lado é mãe quem assumiu estes deveres ainda que não seja a genitora. Finalmente, a afetividade, no presente, é o paradigma exigido para estabelecer a maternidade ou a paternidade, deixando de ser a partir do Código de 2002, o biológico como paradigma. Em sendo assim, resultou demonstrado que a Requerente embora não seja filha ligada à mãe pelo laço biológico, mas está vinculada àquela pela afetividade. Feitas as considerações acima, opina o representante do Ministério Público pelo julgamento procedente da ação para que por sentença seja reconhecida a maternidade socioafetiva, declarando M. A. C., como filha de A. M. C., lembrando e deixando registrado o posicionamento da Desembargadora MARIA BERENICE DIAS, mais uma vez neste parecer, quando se expressou em um artigo sobre o tema Família, Ética e Afeto, nos seguintes termos: “Não enxergar fatos que estão diante dos olhos é manter a imagem da Justiça cega. Condenar a invisibilidade situações existentes é produzir irresponsabilidades, é olvidar que a Ética condiciona todo o Direito, principalmente o Direito de Família”.

Sobre a matéria vertida neste parecer, vejam-se precedentes abaixo transcritos:

JURISPRUDÊNCIA/JULGADOS/2007/STJ/11398019 - RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO SANGÜÍNEA ENTRE AS PARTES. IRRELEVÂNCIA DIANTE DO VÍNCULO SÓCIO-AFETIVO.

11398019 - RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO SANGÜÍNEA ENTRE AS PARTES. IRRELEVÂNCIA DIANTE DO VÍNCULO SÓCIO-AFETIVO. MERECE REFORMA O ACÓRDÃO QUE, AO JULGAR EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, IMPÕE MULTA COM AMPARO NO ART. 538, PAR. ÚNICO, CPC SE O RECURSO NÃO APRESENTA CARÁTER MODIFICATIVO E SE FOI INTERPOSTO COM EXPRESSA FINALIDADE DE PREQUESTIONAR. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA Nº 98, STJ. - O RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE É VÁLIDO SE REFLETE A EXISTÊNCIA DURADOURA DO VÍNCULO SÓCIO-AFETIVO ENTRE PAIS E FILHOS. A AUSÊNCIA DE VÍNCULO BIOLÓGICO É FATO QUE POR SI SÓ NÃO REVELA A FALSIDADE DA DECLARAÇÃO DE VONTADE CONSUBSTANCIADA NO ATO DO RECONHECIMENTO. A RELAÇÃO SÓCIO-AFETIVA É FATO QUE NÃO PODE SER, E NÃO É, DESCONHECIDO PELO DIREITO. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE DO ASSENTO LANÇADO EM REGISTRO CIVIL. - O STJ VEM DANDO PRIORIDADE AO CRITÉRIO BIOLÓGICO PARA O RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO NAQUELAS CIRCUNSTÂNCIAS EM QUE HÁ DISSENSO FAMILIAR, ONDE A RELAÇÃO SÓCIO-AFETIVA DESAPARECEU OU NUNCA EXISTIU. NÃO SE PODE IMPOR OS DEVERES DE CUIDADO, DE CARINHO E DE SUSTENTO A ALGUÉM QUE, NÃO SENDO O PAI BIOLÓGICO, TAMBÉM NÃO DESEJA SER PAI SÓCIO-AFETIVO. A *CONTRARIO SENSU*, SE O AFETO PERSISTE DE FORMA QUE PAIS E FILHOS CONSTROEM UMA RELAÇÃO DE MÚTUO AUXÍLIO, RESPEITO E AMPARO, É ACERTADO DESCONSIDERAR O VÍNCULO MERAMENTE SANGÜÍNEO, PARA RECONHECER A EXISTÊNCIA DE FILIAÇÃO JURÍDICA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (STJ; RESP 878.941; PROC. 2006/0086284-0; DF; TERCEIRA TURMA; RELª MIN. FÁTIMA NANCY ANDRIGHI; JULG 21/08/2007; DJU 17/09/2007; PÁG. 267) (PUBLICADO NO DVD MAGISTER Nº 18 - REPOSITÓRIO AUTORIZADO DO STJ Nº 60/2006 E DO TST Nº 31/2007)

JURISPRUDÊNCIA/JULGADOS/2007/TJRJ/62080359 - DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. FILIAÇÃO SÓCIO-AFETIVA. ANULAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. AÇÃO

62080359 - DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. FILIAÇÃO SÓCIO-AFETIVA. ANULAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. AÇÃO PROPOSTA POR INDIVÍDUO QUE, CASANDO-SE COM MULHER JÁ MÃE DE FILHO ADOLESCENTE, EM CUJO REGISTRO DE NASCIMENTO NÃO CONSTA VOME DE PAI, TENCIONA ADOTÁ-LO, MAS ACABA POR INCLUIR-SE COMO PAI NO ASSENTAMENTO REGISTRAL, ATRAVÉS DE RETIFICAÇÃO, DESENVOLVENDO COM ELE RELAÇÃO DE PATERNIDADE E FILIAÇÃO SÓCIO-AFETIVA PARA ANOS DEPOIS, DIVORCIANDO-SE, PROPORANDO EM FACE DO FILHO, A PERSEGUIR ANULAÇÃO DO REGISTRO DE NASCIMENTO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. 1. PROVADO O PARENTESCO SÓCIO-AFETIVO, NÃO SE DESCONSTITUI O REGISTRO, QUE EQUIVALE À ADOÇÃO, SENDO ASSIM IMUTÁVEL, COMO O QUE SE PRESERVA TAMBÉM O DIREITO DO RÉU À SUA DIGNIDADE. 2. HODIERNAMENTE DESLOCOU-SE O EIXO DA PATERNIDADE DO VÍNCULO BIOLÓGICO PARA O SÓCIO-AFETIVO, O QUE, DE RESTO, A PAR DE SE CONCILIAR COM UMA NOVA REALIDADE QUE O BIODIREITO BUSCA COMPREENDER, MELHOR SE COADUNA COM A REALIDADE CULTURAL DO BRASIL, NA QUAL AVULTA A “ADOÇÃO À BRASILEIRA”. 3. A PREDOMINÂNCIA DA FILIAÇÃO SÓCIO-AFETIVA, LOGO A PATERNIDADE E A MATERNIDADE DE TAL MATEZ, NÃO TRAI A PERPETUAÇÃO DA VERDADE, QUE É UMA DAS QUE O REGISTRO CIVIL DAS PESSOAS NATURAIS, POR SER ELA UMA VERDADE DA VIDA, SOBRE A QUAL - E NÃO SOBRE UMA IDEALIZAÇÃO DA REALIDADE - INCIDE O DIREITO. 4. DESPROVIMENTO DO APELO. UNÂNIME. PRECEDENTE CITADO: TJRJ AC 2006.001.50369, REL. DES. REINALDO PINTO ALBERTO FILHO, JULGADO EM 24/10/2006. (TJRJ; AC 2006.001.57822; CAPITAL; REL. DES. FERNANDO FOCH LEMOS; JULG 28/08/2007; DORJ 22/11/2007; PÁG 332) (PUBLICADO NO DVD MAGISTER Nº 18- REPOSITÓRIO AUTORIZADO DO STJ Nº 60/2006 E DO TST Nº 31/2007)

É o parecer do órgão do Ministério Público, salvo melhor juízo.

Estância, 15 de Março de 2006.

*Josenias França do Nascimento
PROMOTOR DE JUSTIÇA*

AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE

Ana Paula Machado Costa Meneses*

O direito ao livre associativismo e o dever de prestação de contas possuem assento constitucional. O inadimplemento dessa obrigação significa improbidade administrativa, mormente quando a entidade recebeu verba pública para a execução de projeto assistencial.

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE, através de sua representante legal, com endereço para intimações na Praça Fausto Cardoso, nº 327, Centro, nesta Capital, com fundamento nos arts. 127, “caput”, 129, inciso III, da Constituição Federal, 25, IV, alínea “a”, da Lei 8.625/93, art. 1º, IV, da Lei 7.347/85 e art. 11, inciso IV Lei nº 8.429/92, vem à presença de Vossa Excelência propor **AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE**, em face de **J. R. M. S.**, brasileiro, coordenador-geral, solteiro, aposentado, RG nº SSP/SE, CPF nº, filho de **M. M. S.**, residente e domiciliado na rua, nº, Bairro, CEP 49.075.000, e de **M. S. N.**, brasileiro, solteiro, RG nº, SSP/BA, CPF nº, filho de **T. N. S.** e **A. S. N.**, funcionário público (técnico em contabilidade), brasileiro, solteiro, decorador, coordenador financeiro do GAPA, residente e domiciliado na Rua, nº, Aracaju/SE, pelas razões fáticas e jurídicas adiante articuladas:

1 DOS FATOS

1.1-Consta do procedimento administrativo tombado sob o nº 69/07, que o Grupo de Apoio à Prevenção à AIDS do Estado de Sergipe – GAPA/SE (fls. 01 e 02), cuja sede situava-se num imóvel localizado na rua Espírito Santo, nº 85, Bairro Siqueira Campos, está desativado desde abril de 2007, por falta de recursos financeiros, de acordo com o suporte probatório colhido na fase inquisitiva.

1.2- O Gapa perseguia o estabelecimento de uma política de prevenção e apoio aos portadores de vírus HIV/AIDS. Constituído em 05 de julho de 1991, foram-lhe outorgados os títulos de utilidade pública federal, estadual e municipal, todavia efetivamente deixou de cumprir seus fins estatutários elencados no art. 2º, do atual Estatuto.

Promotora de Justiça da Promotoria de Controle e Fiscalização do Terceiro Setor/MPSE. A presente ação tramita na 4ª Vara Cível da Comarca de Aracaju, Proc. nº 200810400395.

1.3- Atualmente, existem duas organizações não governamentais ocupando a antiga sede do Gapa, que está sob administração da Secretaria de Estado e de Inclusão Social, quais sejam: Rede Nacional de Pessoas Vivendo com HIV+ e Rede de Mulheres Cidadãs Positivas, de acordo com o Relatório de Visita Institucional realizado pela equipe do Serviço Social do Programa de Defesa Comunitária do Ministério Público do Estado de Sergipe(doc. de fls. 03).

1.4- A última diretoria foi eleita em 12 de novembro de 2005, cf. ata de assembléia geral extraordinária para atuar no biênio 2005/2007 (doc. de fls. 16), composta nos seguintes moldes: a)J. R. M. S., Coordenador-Geral; b) O. F., Coordenador de Secretaria; c) M. S. N., Coordenador de Finanças; d) M.G A. X. M. e A. K. M. M. S., Coordenadoras de Apoio ao Paciente Soropositivo.

1.5- Anote-se que o GAPA, através de seu coordenador-geral, J. R. M. S., firmou os convênios 50/06 e 34/07, com a SEMASC - Secretaria Municipal de Assistência Social, conta corrente 608725-6, Agência do Banco do Brasil,2961-0, com escopo de prestar serviços de proteção especial à família - Abrigo, deixando de proceder à devida prestação de contas(docs. de fls. 24, 24a-38).

1.6- Saliente-se que, através do convênio nº 50/2006, celebrado em 02 de maio de 2006, com prazo de execução até dezembro de 2006, foi repassado ao Gapa, proveniente da Unidade Orçamentária 19102 – Fundo Municipal de Assistência Social, o valor total de R\$ 10.440,00 (dez mil reais e quatrocentos e quarenta reais), cujo prazo para prestação de contas se exauriu em 17 de abril de 2007.

1.7-No que concerne ao convênio 34/2007 firmado em 02/01/2007, a Secretária Municipal de Assistência Social R. S. R. informa que o valor total era de R\$ 21.574,04 (vinte e um mil reais e quinhentos e setenta e quatro reais e quatro centavos), entretanto, o GAPA apenas recebeu 04 (quatro) parcelas de R\$ 1.797,42, totalizando a importância de R\$ 7.189,68 (sete mil reais e cento e oitenta e nove reais e sessenta e oito centavos), proveniente da Unidade Orçamentária 1901102 – Fundo Municipal de Assistência Social. A transferência do restante dos recursos financeiros foi sustada, em virtude da não prestação de contas, que poderia ser apresentada até o mês de junho de 2007.

1.8-Embora o réu J. R. S. M. tente justificar sua atitude revestida de ilegalidade, alegando que fez a prestação de contas do convênio 50/06, não apresentou comprovante.

1.9-Ademais, o demandado lança mão de argumentos atinentes aos fur-

tos ocorridos na antiga sede da entidade para mitigar sua responsabilidade pela não prestação de contas do convênio 34/07, quando a entidade já se encontrava em processo de paralisação desde o ano de 2006 (doc. de fls. 47-50).

1.10- Declara o réu M. S. N., coordenador de finanças, que se afastou da entidade em agosto de 2006, aproximadamente. Porém, não colacionou o devido suporte probatório de seu afastamento, sequer houve vacância do sobredito cargo, estando àquela época a entidade em processo de desativação por falta de recursos financeiros.

1.11-*In casu*, a responsabilidade pela prestação de contas do convênio recai também sobre o coordenador de finanças (tesoureiro). A nova versão do Estatuto, em seu art. 20, reza que compete ao coordenador de finanças:

- “I-arrecadar e contabilizar as contribuições dos associados, renda auxílios e donativos, mantendo em dia a escrituração da Instituição;
- II-pagar as contas autorizadas pelo coordenador geral;
- III- apresentar relatórios de receitas e despesas, sempre que forem solicitados;
- IV- apresentar ao Conselho Fiscal a escrituração da instituição, incluindo os relatórios de desempenho financeiro e contábil patrimoniais realizadas;
- V- conservar, sob sua guarda e responsabilidade, os documentos relativos à tesouraria;
- VI- manter todo o numerário em estabelecimento de crédito e outras julgadas necessárias”(doc. de fls. 11);

1.12- Vislumbra-se que o dever de prestação de contas é do gestor da pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, coordenador- geral da entidade, e signatário da avença administrativa, assim também do coordenador de finanças, responsável pelo setor contábil da organização não governamental, figurantes do pólo passivo da presente ação.

1.13-Na hipótese “sub examine”, constatou-se a expiração dos prazos para prestação de contas dos convênios assinalados acima, restando tipificada a improbidade administrativa dos réus, com fundamento no art. 11, inciso VI, da Lei 8.429/92.

1.14-No âmbito municipal, o citado Decreto nº 315/2004, em seu artigo 13, I, “b”, ordena que as associações conveniadas devem apresentar à Secretaria Municipal de Assistência Social e Cidadania prestação de contas mensais, contendo relatório atinente ao atendimento prestado, abordando aspectos quantitativos e qualitativos.

“Art. 13 - Cabe às associações e organizações conveniadas:

I – Com relação à Secretaria Municipal de Assistência Social e Cidadania:

b) apresentar prestação de contas mensal contendo relatório mensal do atendimento prestado, com os aspectos quantitativos e qualitativos dos mesmos;”

1.15-Outrossim, em seu art. 16, inciso XIV, exige que conste do convênio cláusula de devolução do valor transferido com correção monetária, acrescido de juros legais:

“Art. 16 - O convênio conterà, obrigatoriamente, cláusulas que estabeleçam:

XIV – O compromisso do conveniente de restituir o valor transferido atualizado monetariamente, acrescido de juros legais, na forma de legislação aplicável aos débitos para com a Fazenda Municipal a partir da data do seu recebimento, aos seguintes casos:

b) quando não for apresentada, no prazo exigido, a comprovação de atendimento ou a prestação de conta, quando couber;”

1.16-Consignada, inclusive, no texto das referidas avenças administrativas, a cláusula décima de restituição de recurso, determinando a comprovação de atendimento ou a prestação de contas, no prazo exigido. Torna-se inadiável a aplicação das penas referidas no inciso III, do art. 12, da Lei 8.429/92.

2 DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL

2.1-Os valores repassados para o Gapa, com o escopo de realizar os objetos dos convênios 50/2006 e 34/2007, são oriundos do Fundo Municipal de Assistência Social, gerido pela Secretaria Municipal da Assistência Social.

2.2- Ab “initio”, a verba é transferida do Fundo Nacional de Assistência Social e repassada ao Fundo Municipal de Assistência Social, constituindo-se em receita e incorporando-se ao patrimônio municipal, conforme art. 2º, inciso I, e § 1º, da Lei Municipal nº 2.378/96.

“Art. 2º - Constituirão receitas do Fundo Municipal de Assistência Social (FMAS):

I - recursos provenientes da transferência dos Fundos Nacional e Estadual de Assistência Social;

§ 1º - A dotação orçamentária prevista para o órgão executor da Administração Pública Municipal, responsável pela assistência social, será automaticamente transferida para a conta do Fundo Municipal de Assistência Social (FMAS), tão logo sejam realizadas as receitas correspondentes.”

2.3- A competência para julgar a presente ação é da Justiça Estadual. A conduta ilícita revela-se na omissão do dever de prestar contas, praticada em face do Município de Aracaju, através da Secretaria Municipal de Assistência Social, restando definida a competência estadual para processar o feito em apreço.

2.4- Vejamos acórdão do Superior Tribunal de Justiça – STJ atribuindo à Justiça Estadual competência para a causa:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE REPARAÇÃO DE DANOS PORATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA CONTRA EX-PREFEITO.

1. “Compete à Justiça Estadual processar e julgar prefeito por desvio de verba transferida e incorporada ao patrimônio municipal” (Súmula 209/STJ). 2. “Compete à justiça federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas” (Súmula 150/STJ). 3. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da 1ª Vara Cível de Capivari (SP), o suscitante. (Processo: 48336 Conflito de Competência; Autuação: 16/03/2005, Relator: Min. Castro Meira Primeira Seção)

3 DA LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

3.1- Cabe ao Órgão Promotorial promover a ação civil pública para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, ao **patrimônio público e social**, dentre outros de natureza difusa, coletiva e individual homogênea e de repercussão social, que resvalam na garantia de probidade administrativa de agentes públicos e privados, consoante comando normativo dos arts. 127 c/c o art. 129, inciso III, da Constituição Federal, e arts. 1º, III e 5º, da Lei nº 7.347/85, inciso IV, do art. 25, da Lei nº 8.625, de 12/02/1993.

3.2- Traduz-se a improbidade administrativa num interesse difuso, que atinge a todos os cidadãos de forma indeterminada. O liame fático, que viabiliza os fortes contornos dessa relação jurídica-básica, está centrado na necessidade social de uma administração proba, seja de uma pessoa jurídica de direito público, seja de direito privado que recebe subvenção social ou verbas públicas advindas de convênios.

3.3-O legislador infra-constitucional almeja preservar o patrimônio público e a moralidade administrativa, trazendo à baila a possibilidade de formulação de pleitos de natureza declaratória, condenatória e constitutiva, no âmbito da ação civil pública. É a lição ministrada por Waldo Fazzio Júnior, em Atos de Improbidade Administrativa, Editora Atlas, pág.313:

“É cabível a propositura da ação civil pública de improbidade administrativa, tendo em vista a natureza difusa do interesse tutelado. Mostra-se lícita, também, a cumulação de pedidos de natureza condenatória, declaratória e constitutiva pelo Parquet por meio dessa ação.”

3.4- A lei nº 8.429/92 sacramentou a legitimidade do Ministério Público para intentar demanda judicial, visando à defesa da moralidade administrativa, de modo a resguardar o cumprimento do ordenamento jurídico. Por conseguinte, o citado diploma legal disciplina, em seu artigo 17, parágrafo 4º, que o Ministério Público, se não intervier como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.

4 DO DIREITO

4.1- A Carta Magna de 1988, em seu art. 70, parágrafo único, estabelece o dever de prestação de contas por entes públicos e privados fomentados com recursos estatais.

4.2- A ausência de prestação de contas constitui ato de improbidade administrativa insculpido nos moldes do inciso VI, do art. 11, da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), que se perfaz, quando são postergados os princípios informantes da Administração Pública, mormente nos casos de entidades sem fins lucrativos, que recebem recursos através de convênios com o Poder Público.

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

[...]

VI – deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;”

5 DO PEDIDO PRINCIPAL

5.1- Requer o Ministério Público Estadual a Vossa Excelência o seguinte:

a) notificação do requerido nos termos do art. 17, § 7º, da Lei nº 8.429/92, receba a petição inicial e proceda:

b) citação do Coordenador-Geral J. R. M. e do Coordenador de Finanças M. S. N., para que contestem a presente ação, no prazo de 15 (quinze) dias;

c) condenação do réu J. R. M. S. às seguintes penas: suspensão dos direitos políticos por 3 (três) anos; ressarcimento integral do dano calculado com base na importância recebida pelo Gapa, sem a respectiva prestação de contas, aplicando-se juros legais e correção monetária, com fundamento na cláusula décima dos convênios 50/06 e 34/07, e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário pelo prazo de três anos, com fundamento no art. 12, inciso III, e § único da Lei nº 8.429/92;

d) condenação do réu M. S. N. às seguintes penas: ressarcimento do dano integral calculado com base na importância recebida pelo Gapa, sem a respectiva prestação de contas, aplicando-se juros legais e correção monetária, com fundamento na cláusula décima dos convênios 50/06 e 34/07, e pagamento de multa civil, com fundamento no art. 12, inciso III, e § único da Lei nº 8.429/92;

e) condenação dos réus ao pagamento das despesas e custas processuais relativas à presente ação, dispensando o Ministério Público Estadual do pagamento das custas, emolumentos e outros encargos, em atendimento ao disposto nos arts. 18, da Lei nº 7.347/85;

Protesta por todos os meios de prova admitidos em direito, notadamente documental, pericial, inspeção judicial, testemunhal e **depoimento pessoal dos réus**, sob pena de revelia e confissão.

Dá-se à causa o valor de R\$ 1.000,00 (hum mil reais), para efeitos meramente fiscais.

Nestes Termos,
Pede Deferimento.

Aracaju, 18 de abril de 2008.

Ana Paula Machado Costa Meneses
Promotora de Justiça do Terceiro Setor

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – TERCEIRIZAÇÃO DE OFERECIMENTO DE SERVIÇOS DE SAÚDE

Alonso Gomes Campos Filho*

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE, no exercício de uma de suas funções institucionais, vem perante esse Juízo, com fulcro nos artigos 127, *caput*, 129, inciso III e 196, todos da Constituição Federal; nos artigos 1º, *caput* e 25, inciso IV, alínea “a”, ambos da Lei nº 8.625/93; nos artigos 1º, inciso IV, 3º e 5º, todos da Lei nº 7.347/ 85 e demais disposições legais aplicáveis à espécie, propor

AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER, CUMULADA COM PEDIDO DE LIMINAR,

Sob o rito ordinário e em face do **ESTADO DE SERGIPE - SECRETARIA DO ESTADO DA SAÚDE**, pessoa jurídica de direito público interno, representado, nos termos do artigo 12, inciso I, do Estatuto Processual Civil, por sua Procuradoria-Geral do Estado, com sede à Praça Olímpio Campos nº 14, Centro, Aracaju/SE, procedendo-se a citação processual na pessoa do Procurador-Geral do Estado e da empresa **S. M. A. E. E G H. LTDA**, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob o nº , sediada na rua, nº, Centro, Conceição do Jacuípe, estado da Bahia, CEP 44.245-000, com representação também nesta cidade, no Hospital público local, pelos seguintes fatos e fundamentos:

SINOPSE FÁTICA

Segundo se depreende do contido na cópia do **Ofício incluso (DOC. 01)**, o Órgão de Execução Ministerial com atribuições neste município de Ribeirópolis fora instado, pelo Sindicato dos Médicos do Estado de Sergipe, a adotar as medidas legais cabíveis acerca de possíveis irregularidades verificadas na contratação, pelo Estado de Sergipe, de pessoas jurídicas para administrarem alguns hospitais públicos regionais e ofertar, sob o regime de direito privado, as ações de saúde.

Consoante é fato notório, foram publicados editais de Licitação no Diário Oficial do Estado de Sergipe, por solicitação do correlato Secretário de Saúde, visando à contratação de pessoa jurídica para organização, adminis-

*Promotor de Justiça do Ministério Público de Sergipe.

tração e gerenciamento, por ora, de 04 (quatro) hospitais regionais, dentre os quais se encontra o Hospital Público de Ribeirópolis, localizado na Rua Antônio Mendonça Neto, s/n, nesta Cidade. Ressalta-se, também, que das 04 (quatro) concorrências lançadas, 03 (três) destas já foram concluídas: as relacionadas aos Hospitais das cidades de Ribeirópolis, Itabaiana e Propriá, sagrando-se, estranhamente, como única vencedora desses certames a empresa demandada.

Ultrapassados os procedimentos licitatórios, foi firmado o respectivo contrato para gerenciamento da Casa de Saúde sita nesta Cidade, sob a modalidade de **Empreitada Global**, restando avençado que **a Secretaria Estadual de Saúde, na qualidade de contratante, disponibilizará estrutura física, materiais permanentes, equipamentos e instrumentos necessários à execução dos serviços de saúde, enquanto a empresa requerida fornecerá os recursos humanos, medicamentos e insumos necessários à execução dos serviços**, de acordo com o teto físico-orçamentário a ser repassado, ajustado no importe monetário de R\$ 358.829,56 (trezentos e cinquenta e oito mil e oitocentos vinte e nove reais e cinquenta e seis centavos) mensais, conforme testifica cópia dos respectivos procedimento licitatório e contrato, em anexo (DOC. 02).

Observa-se, ainda, que é dever do contratado, segundo a pactuação mencionada, expedir Autorizações de Internações Hospitalares (AIH/SUS) e que a dotação orçamentária da contratação está estabelecida em duas fontes de recursos: a federal – fonte 27 e a estadual – fonte 06.

Destarte, nos termos do edital referido e do contrato ajustado, tem-se que o Hospital Regional de Ribeirópolis, em tese, “*continuará público*”, porém sob a **gerência e gestão operacional de uma entidade de caráter privado, com fins lucrativos**. Significa dizer que órgão e serviço públicos de caráter não econômico serão gerenciados sob o regime do Direito Privado, prescindindo, assim, de prévia licitação pública para aquisição de insumos, medicamentos e outros materiais, e de concurso público para contratação de pessoal, seja para atividades fins ou para atividades meio.

Os mecanismos de proteção da Administração Pública, portanto, instituídos através de princípios constitucionais e legais, encontram-se francamente alijados no presente contrato, alargando-se, por certo, a porta para a malversação do Erário.

Neste mesmo passo, fácil perceber, pela simples narrativa, que o contrato combatido viola vários dispositivos constitucionais e legais, a exemplo do preceituado no artigo 199, parágrafo 1º, da Constituição Federal e nos artigos 24 a 26 da Lei Federal nº 8.080/90 (Lei Orgânica Nacional da Saúde), haja vista que, a rigor, somente se encontra autorizada a participação da iniciativa privada no Sistema Único de Saúde (SUS) de forma complementar e não substitutiva da

Administração Pública. Ademais, mesmo nos casos legalmente permitidos, deve-se dar preferência às unidades sem fins lucrativos e sempre utilizar a capacidade instalada (prédios, equipamentos, profissionais, medicamentos, etc.) da pessoa privada contratada.

Outrossim, como será melhor argumentado nos tópicos posteriores, também se vislumbra cristalina violação aos termos da Lei nº 8.666/93 que, a título de ilustração, ao tratar, no seu artigo 6º, incisos II e VIII, de serviços e do regime de execução indireta por contrato de empreitada global, referem-se a atividades como demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, entre outras, porém, todas ligadas a obras públicas e não a serviços públicos sociais e de relevância pública.

No caso trazido a exame, o Estado de Sergipe está, de fato, transferindo toda a execução e administração das atividades assistenciais de saúde do referido nosocômio para uma entidade privada e com fins lucrativos, para serem operacionalizados sob o regime privado, com inquestionáveis vícios de ilegalidade.

Por outro lado, também merece registro que, malgrado as vicissitudes apontadas, a multicitada Casa de Saúde, recém inaugurada, vem ofertando à população ribeiriopolitana ações de saúde outrora inexistentes neste município, situação que não só concorre para a óbvia aprovação da coletividade, como também se presta, mesmo que por instrumentos antijurídicos, à satisfação do interesse público, como bem denotam as Fotografias (DOCS. 03) colacionadas a esta peça.

É em meio ao quadro fático-jurídico pincelado que surge a necessidade de aforar a presente Ação Civil Pública em defesa do direito à saúde, do patrimônio público e dos princípios constitucionais da legalidade, moralidade, eficiência, impessoalidade e publicidade, que por serem difusos, titularizados pela coletividade, devem ser defendidos, nos termos do artigo 129, inciso III, da Magna Carta, pelo Ministério Público.

DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

I DA LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O novo ordenamento jurídico-constitucional, inaugurado sob o sentimento nacional da moralidade pública, conferiu ao Ministério Público a função institucional de promover Ação Civil Pública para a proteção do patrimônio público, *ex vi* da norma inscrita no artigo 129, inciso III, da Constituição da

República Federativa do Brasil de 1988. Ademais esse novel sistema legal também ampliou o espectro de atuação ministerial, pois outorgou-lhe a **defesa dos direitos e interesses difusos e coletivos**. Portanto, a legitimidade do Ministério Público para propor Ação Civil Pública na defesa do patrimônio público e do direito à saúde tem assento na própria Constituição Federal ao dispor expressamente:

II DA ALEGAÇÃO DE VÍCIOS DE ILEGALIDADE DOS ATOS DE ADMINISTRAÇÃO: LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO.

Preliminarmente, argumenta-se a ilegalidade do edital e do contrato administrativo celebrado entre o Estado de Sergipe/SES e a empresa privada S.M. Assessoria Empresarial e Gestão Hospitalar Ltda., por pelegarem tais instrumentos contra a Carta Magna e a Legislação Federal em vigor.

Os **vícios de ilegalidade** ora argüidos decorrem da violação dos atos de administração (edital e contrato) aos **princípios administrativos** instituídos no artigo 37 da Constituição Federal de 1988, bem como aos **ditames constitucionais da participação complementar da iniciativa privada e da comunidade no Sistema Público de Saúde**, conforme preceitua o artigo 199, do Texto Constitucional.

Cumpre sublinhar que, segundo a melhor doutrina, o controle em questão é apenas de legalidade, pois não obstante a violação de preceitos constitucionais, como os atos violadores se materializam em instrumentos normativos secundários (edital de licitação e contrato) não se afigura possível o confronto direto com a norma de maior hierarquia jurídica. Esse é o magistério dos juristas Sylvio Motta e William Douglas¹. *In verbis*:

“Se estas normas – atos normativos não-primários – não se ajustarem à Constituição, o correto será dizer que eles são inquinados do vício de legalidade.

Portanto, todo cuidado é pouco. Se o examinador apresentar em uma questão um desses atos normativos não-primários e indagar o tipo de conflito existente ali, a resposta correta é ilegalidade. Isso porque o direito brasileiro não admite inconstitucionalidade por derivação, e toda jurisprudência do Supremo Tribunal Federal inclina-se nesse sentido.”

¹ MOTTA, Sylvio e DOUGLAS, William. *Controle de Constitucionalidade*. Ed. Impetus, Rio de Janeiro (RJ), 2000, p. 22.

Percebe-se também a violação de preceitos contidos na Lei nº 8.080/90 (Lei Orgânica da Saúde), notadamente no que concerne à **participação complementar da iniciativa privada no Sistema Único de Saúde (SUS)**, consoante estabelece o artigo 24 deste diploma legal. Por certo, esse dispositivo legal somente admite a participação da iniciativa privada *“quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área”*.

Ora, no caso em apreciação, o instrumento contratual possibilita a **incursão da entidade privada e de suas regras dentro de um órgão público, criando um ente esdrúxulo e prejudicial ao erário: administração pública direta executada sob as regras do direito privado**.

Neste mesmo diapasão, o contrato afronta a Lei nº 8.666/93 ao permitir que a empresa vencedora compre insumos, medicamentos e outros materiais prescindindo de licitação, forma de aquisição de bens pela Administração Pública, bem como contrate diretamente pessoal, inclusive, para executar as atividades fins.

Pois bem.

É o Poder Judiciário intérprete qualificado e definitivo da Constituição, da lei e dos atos de administração, podendo revê-los e anulá-los, como se impõe no caso trazido a juízo.

Cumpre destacar que o contrato administrativo guerreado afronta a moralidade administrativa, na medida em que permite que ente privado, “sob a roupagem de entidade pública”, e com o teto orçamentário público, não se sujeite ao Direito Público. Agirá como qualquer particular, inclusive, usufruindo do prédio e demais equipamentos cedidos, uns adquiridos recentemente e nunca antes utilizados pela Administração estadual.

A entidade privada, sem permissivo legal, não pode atuar dentro da estrutura da administração pública e em seu nome, muito menos em áreas como a da saúde, desobrigadas de **licitar para comprar bens e serviços**, o que permite o favorecimento de fornecedores, a violação dos princípios da legalidade, da livre concorrência, da publicidade e da moralidade, consagrados na Lei Maior em vigência.

Esta irregular situação permite, por exemplo, a livre contratação de apadrinhados e apaniguados - *“um verdadeiro trem da alegria”* - pois as referidas entidades não estão obrigadas a admitir seu pessoal, mediante concurso público, nos termos do artigo 37, II da atual Carta Política da República.

De acordo com o artigo 196, da Constituição Federal, não há qualquer dúvida de que a saúde é direito de todos e dever do Estado, tratando-se de **serviço de relevância pública exercido diretamente pelo mesmo, dispondo o**

§1º, do artigo 199, da Carta Magna, que as instituições privadas poderão participar do Sistema Único de Saúde, mas em caráter complementar:

“§1.º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência às entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos”. (Sem grifos no Original)

O Sistema Único de Saúde (SUS) é assim definido na Lei n.º 8.080/90.
Verbis:

Art. 4º - O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração Direta e Indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde – SUS.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro² sobre esse dispositivo constitucional, doutrina:

“A Constituição fala em contrato de direito público e em convênio. Com relação aos contratos, uma vez que forçosamente deve ser afastada a concessão de serviço público, por ser inadequada para esse tipo de atividade, tem-se que entender que a Constituição está permitindo a terceirização, ou seja, os contratos de prestação de serviço, tendo por objeto a execução de determinadas atividades complementares aos serviços do SUS, mediante remuneração dos cofres públicos. Trata-se de contratos de serviços regulamentados pela Lei nº 8.666, de 21.6.93, com alterações introduzidas pela Lei nº 8.883, de 8.6.94. Pelo artigo 6º, inc. II, dessa lei, considera-se serviço ‘toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse da Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnicos profissionais’.

É importante realçar que a Constituição, no dispositivo citado permite a participação de instituições privadas “de forma complementar”, o que afasta a possibilidade de Que o contrato tenha por objeto o próprio serviço de saúde, como um todo. De tal modo que o particular assuma a gestão de determinado serviço. Não pode, por exemplo, o Poder Público transferir a uma instituição privada toda a administração e execução das atividades de saúde prestadas por um hospital público ou por um

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 5ª Edição. São Paulo: Atlas, 2005. p. 243/244

centro de saúde; o que pode o Poder Público é contratar instituições privadas para prestar atividades meio, como limpeza, vigilância, contabilidade, ou mesmo determinados serviços técnico-especializados, como os inerentes aos hemo centros, realização de exames médicos, consultas etc.; nesses casos, estará transferindo apenas a execução material de determinadas atividades ligadas ao serviço de saúde, mas não sua gestão operacional.

A Lei nº 8.080, de 19.9.90, que disciplinou o Sistema Único de Saúde, prevê, nos arts. 24 a 26, a participação complementar, só admitindo-a quando as disponibilidades do SUS ‘forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área’, hipótese em que a participação complementar ‘será formalizada mediante contrato ou convênio’, observadas a respeito, as normas de direito público ‘(entenda-se, especialmente a Lei nº 8.666, pertinente a licitações e contratos)’. Isto não significa que o Poder Público vai abrir mão da prestação de serviço que lhe incumbe para transferi-la a terceiros; ou que estes venham a administrar uma entidade pública prestadora do serviço de saúde; significa que a instituição privada, em suas próprias instalações e com seus próprios recursos humanos e materiais, vai complementar as ações e serviços de saúde, mediante contrato ou convênio.” (Sem grifos no Original).

Ademais, insta ressaltar que o instrumento de pactuação do convênio somente pode ser celebrado quando a pessoa jurídica contratada persegue igual ideário da Administração Pública, qual seja, a satisfação do interesse público. No caso em apreço, a empresa contratada persegue a obtenção de lucros, razão pela qual, por mais um motivo, afigura-se ilícita essa malfadada forma de prestação de serviço público de saúde. Esse é o escólio do ilustre administrativista José dos Santos Carvalho Filho³. *Ipsis litteris*:

“(…). Por outro lado, no verdadeiro convênio inexistente perseguição de lucros, e os recursos financeiros empregados servem para cobertura dos custos necessários à operacionalização do acordo. Sendo assim, inviável e incoerente realizar licitação.”

³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 10ª edição. Ed. Lumen juris. Rio de Janeiro (RJ), 2003, págs. 186, 187 e 280.

“Pensamos, pois, que o termo convênio atualmente é o adequado para os regimes de cooperação entre pessoas, só cabendo distingui-los, como se fez acima, da figura tradicional dos contratos. Por tal motivo, o fator que deve remarcar essa modalidade de ajustes, repetimos, é o intuito cooperativo dos participantes, sendo, pois, irrelevante distinguir a natureza jurídica destes.”

Ao ‘terceirizar’ os serviços de saúde, o Estado de Sergipe está transferindo toda a execução e administração das atividades de saúde que vão ser prestadas pelo Hospital Regional de Ribeirópolis, quando deveria prestar diretamente os serviços públicos de saúde. Da forma como está previsto no contrato inquinado de ilegalidade, a empresa vencedora, na realidade, absorverá as atividades e serviços públicos de saúde e os prestará em nome do Poder Público e com o seu orçamento, adotando as regras do Direito Privado, tendo como objetivo a lucratividade, situação que certamente prejudicará a população carente.

Com isso, fácil perceber que o Estado de Sergipe, embora não esteja efetivamente transferindo as atividades de saúde, posto que as estará desenvolvendo, por interposta pessoa, dentro do seu próprio equipamento, a saber, o Hospital Regional de Ribeirópolis, em verdade e em termos práticos este ente federativo demandado está não somente repassando para o setor privado a gerência e operacionalização do serviço em caráter substitutivo e não complementar, como também seu prédio devidamente reformado, equipamentos e orçamento, correndo o sério e imediato risco de escoamento do dinheiro público pelos ralos da administração lucrativa, além do mediato perigo, quando poderá ser solidariamente responsável pelas eventuais dívidas deixadas pelo ‘ente privado contratado’, sejam tais débitos de origem administrativa, fiscal ou outras, como fornecimento de água, energia elétrica, entre outras. Assumirá ainda os prejuízos decorrentes da dilapidação do patrimônio público indevidamente cedido, situação trágica, infelizmente, já vivenciada pelo Estado de Sergipe em diversas outras oportunidades.

É oportuno ressaltar que, mesmo se houvesse permissivo constitucional e legal para a execução de serviços públicos não econômicos por entidades privadas dentro da capacidade instalada pública e sob o regime privado, o edital fustigado ainda padeceria de diversos outros vícios. A exemplo da não exigência de acréscimo de garantia em razão dos repasses de bens, mas de tão somente 5% (cinco por cento) do valor do contrato, segundo dispõe a cláusula 12.4, do correlato instrumento convocatório, contrapondo-se à regra estabelecida no artigo 56, parágrafo 5º, da Lei nº 8.666/93. *In verbis*:

“Art. 56. OMISSIS.

§ 5º. Nos casos dos contratos que importem na entrega de bens pela Administração, dos quais o contratado ficará depositário, ao VALOR DA GARANTIA DEVERÁ SER ACRESCIDO O VALOR DESSES BENS.” (Sem grifos no Original).

Destarte, afigura-se cristalina a própria exigência legal da complementação da garantia pactuada, a cargo da Segunda Demandada, em perfeita consonância com os Princípios Jurídicos da Legalidade e da Supremacia do Interesse Público.

Ademais, não se olvide que existe um movimento nacional dos Governantes e Secretários de Saúde para viabilizar a transferência dos serviços de saúde para a iniciativa privada. Para tanto, foi inicialmente editada uma Medida Provisória, posteriormente transformada em Lei, criando as Organizações Sociais (OS) e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPS). Tais denominações, em verdade, referem-se a títulos/qualificadores outorgados às entidades sem fins lucrativos ou filantrópicos que atendam aos requisitos legalmente instituídos, conforme verificação em processos administrativos. Depois de qualificadas, são selecionadas as entidades que melhor atendam às necessidades dos serviços hospitalares, transferindo-se-lhes os serviços, bens, orçamentos e, em alguns casos, os próprios servidores públicos.

Pois bem. Até esta prática, que ostenta presunção ‘*juris tantum*’ de legalidade, em virtude da pré-existência de lei, está sendo objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade, tendo, ainda, sido aforadas várias outras ações para coibir a entrega do bem público à iniciativa privada.

Nesse sentido, o Conselho Nacional de Saúde, através da **Deliberação nº 01, de 10 de março de 2005**, posicionou-se contrariamente “*à terceirização da gerência e da gestão de pessoal do setor de saúde, assim como da administração gerenciada de ações e serviços, a exemplo das Organizações Sociais (OS), das Organizações da Sociedade Civil de Interesses Públicos (OSCIPS) ou outros mecanismos com idêntico objetivo, e ainda toda e qualquer iniciativa que atente contra os princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde.*”

Mostra-se também relevante transcrever os argumentos contrários à transferência da saúde pública às entidades privadas como Organizações Sociais, que também se adota na presente Ação Civil Pública, consignados pelo Dr. Wagner Gonçalves, Subprocurador Geral da República, esposados no “*Parecer sobre a Terceirização e Parcerias na Saúde Pública*”, incluso no Procedimento Extrajudicial nº 099/2005. *Ipsis litteris*:

“Face o disposto na Constituição (art. 196 e seguintes) e na Lei nº 8.080/90, o Estado tem a obrigação de prestar diretamente os serviços públicos de saúde.

A iniciativa privada (com ou sem fins lucrativos) participa na prestação de serviços quando a capacidade instalada do Estado (prédios, equipamentos, corpo médico, instalações, etc), for insuficiente para atender a demanda.

Dá-se preferência, pelas regras vigentes, às entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos, que são chamadas a participar do Sistema Único de Saúde – SUS de forma complementar (e com sua capacidade instalada) para auxiliar o Estado no atendimento à população.

A saúde é livre à iniciativa privada que, mesmo fora do Sistema Único de saúde, também exerce serviços de relevância pública.

A correta leitura do art. 197 da CF (e face às demais regras vigentes) é a de que a execução dos serviços de saúde deve ser feita diretamente (pelo Estado) ou por terceiros (hospitais e unidades filantrópicas que venham a integrar o SUS). Todos exercem serviços de relevância pública, mas aqueles prestados pelo Estado são de natureza essencialmente pública, integral e universal, caracterizando-se como direito fundamental e dever do Estado para a iniciativa privada.

Não é possível, face às regras vigentes, aos Estados transferirem a gestão, a gerência e a execução de serviços públicos de saúde de hospitais ou unidades hospitalares do Estado para a iniciativa privada.

A dispensa de licitação em qualquer caso, seja para a escolha de parceiros para o SUS, com exceção de casos especialíssimos de entidades filantrópicas (que não atuarão com a capacidade instalada do Estado, mas com seus próprios prédios e meios), seja para a compra de material ou subcontratação, é ilegal e fere a Constituição.

Não se pode confundir assessoria gerencial que se presta à direção de um determinado hospital público (que pode inclusive ser contratada pelo Poder Público mediante licitação) com a própria gerência desse hospital.

A atividade de prestação de serviços públicos de saúde rege-se pelo regime de Direito Público, com as implicações decorrentes. Isso se aplica aos contratos ou convênios realizados pelo Poder Público.

As leis estaduais e municipais, que pretendem transferir à iniciativa privada a capacidade instalada do Estado em saúde, são ilegais e inconstitucionais.

A Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998 (originária da MP nº 1.591), no se refere à saúde, é inconstitucional e ilegal: quando dispensa licitação (§

3º, art. 11); autoriza a transferência para a iniciativa privada (com ou sem fins lucrativos) de hospitais e as unidades hospitalares públicas (ex: art. 1º, quando fala em saúde; art. 18, quando fala em absorção e quando fala em transferência das obrigações previstas no art. 198 da CF e art. 7º, da Lei nº 8.080/90; e art. 22, quando fala em extinção e absorção).

A Lei nº 9.637/98 colide frontalmente com a Lei nº 8.080/90 e com a Lei nº 8.152, de 28 de dezembro de 1990. Desconhece, por completo, o Conselho Nacional e os conselhos Estaduais, que têm força deliberativa.

A Lei nº 9.637/98 nega o Sistema Único de Saúde (SUS) como previsto na Constituição, já que introduz um vírus – organizações sociais -, que é a antítese do Sistema.

A terceirização da Saúde, seja na forma prevista na Lei nº 9.637/98, como nas formas similares executadas pelos Estados – e antes mencionadas – dá oportunidade a direcionamento em favor de determinadas organizações privadas, fraudes e malversação de verbas do SUS.

A terceirização elimina licitação para a compra de material e cessão de prédios, concurso público para contratação de pessoa e outros controles próprios do regular funcionamento da coisa pública. E pela ausência de garantias na realização de contratos ou convênios, antever-se inevitáveis prejuízos ao Erário.” (Sem grifos no Original).

Em vista disto, se as transferências ‘*legalmente instituídas*’ estão colocando em ‘*xeque*’ o SUS e o Erário, o que se dirá das ações do Governo de Sergipe, que desapropria prédios, reforma-os e os entrega diretamente a uma pessoa jurídica com fins lucrativos, permitindo que a iniciativa privada gerencie os serviços públicos, em seu nome e dentro do regime privado?

Interessa ressaltar que o desmonte da assistência hospitalar vem ocorrendo de forma cadenciada e com incursões semelhantes do Governo Estadual: se o bem for público, permite-se a deficiência total do serviço de saúde prestado pelo Poder Público ou ente privado, para licitar os serviços para pessoa jurídica de direito privado. Se o hospital for particular, desapropria-o para depois, devolvê-lo à iniciativa privada – caso de Propriá .

Outra ilegalidade encontrada é a ausência de prévia consulta e aprovação desta ‘*novel e irregular*’ política de administração dos serviços de saúde no Conselho Estadual de Saúde, órgão colegiado de caráter deliberativo, que deve atuar na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde, consoante estabelece o parágrafo 2º, do art. 1º, da Lei nº 8.142/90, afastando, assim, o controle social e violando o artigo 198, inciso III, da Constituição Federal.

III DO DIREITO À SAÚDE E O ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL.

Como já restou enfatizado linhas atrás, a Saúde é encarada como uma premissa básica no exercício da cidadania do ser humano, constituindo-se elemento de extrema relevância para a sociedade. Com efeito, a própria disposição constitucional de tal direito social – *previsto no Capítulo II, Título II, da Lei Maior de 1988* -, encerra sua regulamentação sob os auspícios dos direitos fundamentais do homem e das correlatas garantias legais.

Portanto, ante a consideração do direito à saúde como um “direito social fundamental”, deve-se buscar a maior otimização possível, haja vista que a preservação da vida e o respeito à dignidade humana apresentam prevalência constitucional aos preceitos legais violados quando da contratação da pessoa jurídica para administrar o Hospital Público de Ribeirópolis/SE.

Portanto, em virtude dessa interpretação sistemática do Texto Constitucional, impõe-se **NÃO AANULAÇÃO IMEDIATA DO CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS NA ÁREA DA SAÚDE**, posto que, malgrado as iniquidades exaustivamente apresentadas, tal determinação judicial não se prestaria, em termos práticos, à resolução da problemática apontada, por força da consequente inércia estatal na prestação desses serviços.

Dessa forma, afigura-se mais prudente e em consonância com o caráter de máxima aplicabilidade dos direitos fundamentais, **LIMITAR JUDICIALMENTE OS EFEITOS DA AVENÇA CONTRATUAL, IMPEDINDO SUA RENOVACÃO**, por ser tratar de *pacto de trato sucessivo*, cumprindo ao ente estatal, nesse período de duração do pacto prefalado, organizar-se para diretamente ofertar os serviços na área da saúde.

IV DA CONVALIDAÇÃO PARCIAL DO CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE SAÚDE – MANUTENÇÃO DO PACTO, SEM PRORROGAÇÕES.

Diante de suas peculiaridades, referentes ao regime jurídico adotado e da própria razão de ser da atuação do Estado Democrático de Direito, figura o princípio da **Supremacia do Interesse Público** como um verdadeiro axioma de toda e qualquer atividade administrativa. Nesse sentido se observa que os Estados, ao se organizarem, limitam-se, por meio de princípios e instrumentos normativos, os seus poderes em relação aos indivíduos e à coletividade, no *intuito único de se buscar a promoção do bem-estar social.*

Portanto, como já retratado no tópico anterior, a manutenção, **EM CARÁTER EXCEPCIONAL E TEMPORÁRIO**, do contrato estabelecido entre o Estado Requerido e a Empresa Demandada, afigura-se como medida razoável e que atende ao interesse público, haja vista que a abrupta extinção desse vínculo jurídico, mesmo inquinado de uma série de vícios, poderia ocasionar a falta de prestação do direito fundamental à saúde, ocasionando insegurança social e incontáveis prejuízos à população ribeirãoopolitana.

Decerto, fácil perceber a conformação da manutenção parcial do instrumento contratual multicitado com o primado dos Princípios da Supremacia do Interesse Público, da Razoabilidade e da Segurança Jurídica.

Elucidativo, nesse sentido, é o exemplo esposado pela festejada administrativista Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴. *In verbis*:

“Imagine-se a seguinte hipótese: autorizou-se um loteamento em terras municipais. O interessado, valendo-se de documentos falsos, logrou obter aprovação do loteamento, seu registro e o competente deferimento do loteamento perante a própria Prefeitura Municipal a quem pertenciam as terras. O ato que determinou a expedição do alvará autorizando a realização do loteamento é nulo. E a nulidade advém do conteúdo do ato. O loteamento não poderá ser autorizado, uma vez que dentro do imóvel municipal. Inobstante, famílias adquiriram lotes, construíram casas, introduziram-se melhoramentos, cobrados foram os tributos incidentes sobre eles, bem como tarifas de água etc. Enfim, onde era terreno municipal erigiu-se verdadeira cidade. Anos após, descobre-se que o terreno não pertencia ao loteador e que se tratava de área municipal. Imagina-se, mais, que se tratava de verdadeiro paul, que foi sanado pelos adquirentes e, o que era um terreno totalmente inaproveitável, tornou-se valorizado.”

V DA NECESSIDADE DE CONCESSÃO DE TUTELA ANTECIPADA E LIMINAR ‘INAUDITA ALTERA PARS’ – IMPOSIÇÃO DA PRESTAÇÃO DE GARANTIA SUPLEMENTAR (Art. 56, § 5 da Lei nº 8.666/93).

Atento aos infortúnios ocasionados pelo decurso do tempo e visando a amenizar seus efeitos nocivos, o legislador pátrio criou uma série de medidas legais, a exemplo dos chamados instrumentos de “tutela de urgência”, onde se destacam as medidas de antecipação de tutela de mérito, adotadas antes do desfecho definitivo do processo, visando a afastar as situações de risco aos interesses das partes e à efetividade da prestação jurisdicional.

⁴ Apud ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. *Ob. cit.*, p. 311.

É nesse contexto que o instituto da **Tutela Antecipada** é aplicado no Direito Processual, seja nos feitos em geral ou especificadamente nas causas de Obrigação de Fazer ou Não Fazer, *ex vi* do disposto nos artigos 273 e 461, *caput* e parágrafo 3º, ambos do Código de Processo Civil, no artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), no artigo 12, *caput*, da Lei nº 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública), dentre outros preceitos legais aplicáveis à espécie.

No presente caso, verifica-se a **verossimilhança da alegação**, diante da relevância dos argumentos antes declinados e que retratam insofismavelmente a **EXIGÊNCIA DE COMPLEMENTAÇÃO DO VALOR SUPLEMENTAR DA GARANTIA**, nos coativos termos do artigo 56, parágrafo 5º, da Lei nº 8.666/93, não podendo o instrumento convocatório fustigado simplesmente afastar-se das regras gerais de regência das licitações, conforme prescreve o artigo 1º, do Diploma Legal citado. Alvisareira, nesse passo, é a doutrina que eleva o **Princípio da Legalidade** a um dos principais suportes do Estado Democrático de Direito, definindo a atuação do particular e dos entes públicos.

Por fim, não se pode olvidar o caráter pragmático dessa garantia suplementar, haja vista que a mesma visa a resguardar o erário e, consequentemente, o interesse público, de possíveis avarias sofridas pelos bens públicos sob a direta administração da empresa requerida.

No tocante ao requisito do *periculum in mora*, vale dizer o **fundado receio de ineficácia do provimento final**, vislumbra-se o mesmo pela concreta possibilidade de o ente estatal responder solidária ou subsidiariamente pelas eventuais dívidas inadimplidas pela demandada terceirizada, consistindo a prestação da garantia suplementar uma espécie de blindagem do erário e uma medida de desestímulo à atuação administrativa incauta da Empresa Demandada.

Também urge sublinhar que o deferimento da medida liminar postulada não concorre para a afetação do princípio do contraditório e da ampla defesa, além de se apresentar reversível os efeitos da tutela antecipada, face o seu caráter provisório, conforme preleciona o ilustrado jurista Nelson Nery Junior⁵. *In verbis*:

"Concessão da liminar. Embora a expressão 'poderá', constante do CPC 273 caput, possa indicar faculdade e discricionariedade do juiz, na verdade constitui obrigação, sendo dever do magistrado conceder a tutela antecipatória, desde que preenchidos os pressupostos legais para tanto, não sendo lícito concedê-la ou negá-la pura e simplesmente. Para isto tem o juiz o livre convencimento motivado (CPC 131): a) convencendo-se da presença dos requisitos legais, deve o juiz conceder a antecipação de tutela; (...)."

Portanto, comprovados ambos os requisitos, impõe-se o deferimento do pedido liminar.

⁵ NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil Comentado*. 7ª edição, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo (SP), 2003, págs. 648, 131, 132 e 782.

DOS PEDIDOS

Diante do exposto, e respaldado no que preceitua a legislação vigente que rege a matéria, nas provas carreadas à presente pretensão e nos ensinamentos doutrinários, **REQUER**, como obra de intrépida, imparcial e serena **JUSTIÇA**:

1. A Concessão de **MEDIDA LIMINAR**, consistente na imposição para que a **EMPRESA DEMANDADA** oferte, no prazo máximo de 10 (DEZ) dias, computados da cientificação da decisão liminar, a **COMPLEMENTAÇÃO DA GARANTIA EXIGIDA, DEVENDO ESTAR DEVIDAMENTE ATUALIZADA COM OS VALORES DOS CORRELATOS BENS PÚBLICOS**, nos termos do artigo 56, parágrafo 5º, da Lei nº 8.666/93, sob pena de aplicação de multa diária, em importe a ser prudentemente arbitrado por Vossa Excelência;

2. **CITAÇÃO dos REQUERIDOS**, para, querendo, defenderem-se sob pena de **REVELIA** e os efeitos processuais advindos da mesma;

3 - Que sejam **JULGADOS INTEGRALMENTE PROCEDENTES OS PLEITOS AUTORAIS**, compelindo o **ESTADO DE SERGIPE**, ao final do prazo improrrogável fixado no sobredito Contrato de Empreitada Global, objeto desta demanda, a **ABSTER-SE DE TRANSFERIR, A QUALQUER TEMPO, A GERÊNCIA E A GESTÃO DO HOSPITAL PÚBLICO DE RIBEIRÓPOLIS/SE, PARA QUALQUER PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO, COM OU SEM FIM LUCRATIVO**, com cominação de multa diária ao responsável pelo descumprimento e demais sanções aplicáveis à espécie;

4. **CONDENAÇÃO DOS REQUERIDOS no PAGAMENTO DAS DESPESAS E CUSTAS PROCESSUAIS RELATIVAS À PRESENTE AÇÃO**, dispensando o Ministério Público do desembolso das custas, emolumentos e outros encargos, nos termos do artigo 18, da lei 7.347, de 24.07.85.

Protesta provar o alegado por todos os meios de prova em Direito admitidos, especialmente prova documental, depoimento pessoal do Representante Legal do Estado Demandado e prova testemunhal.

Por fim, dá à causa o valor de R\$ 1.000,00 (um mil reais).

Ribeirópolis (SE), 13 de Setembro de 2006.

ALONSO GOMES CAMPOS FILHO
Promotor de Justiça

**APELAÇÃO – EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS –
PESSOA COM DEFICIÊNCIA**

Ana Galgane Paes*

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE, por sua Promotora de Justiça que oficia perante este Juízo, no uso de suas atribuições institucionais, vem à presença de VOSSA EXCELÊNCIA, no prazo legal e nos termos do artigo 513 e seguintes do Diploma Processual Civil, apresentar

RAZÕES AO RECURSO DE APELAÇÃO

ora interposto, vez que inconformado com a decisão proferida por este Douto Juízo *a quo* que julgou procedente o pedido contido nos autos do Processo 200730700217, exonerando o recorrido da obrigação de prestar alimentos a sua filha deficiente mental, por esta receber benefício assistencial instituído pela Constituição Federal e regulamentado pela Lei de Organização e Assistência Social, requerendo seja o presente processado como de estilo, remetendo-se os autos à **COLEND A CÂMARA CÍVEL**.

TERMOS EM QUE PEDE
E ESPERA DEFERIMENTO.

Aracaju, 19 de outubro de 2007.

Ana Galgane Paes
Promotora de Justiça

*Promotora de Justiça do Ministério Público de Sergipe

COLEDA CÂMARA CÍVEL

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE
RECORRIDO: A. S. S.

RAZÕES DO RECURSO

De logo convém ressaltar que, em que pese as decisões sempre justas da eminente Magistrada titular da 7ª Vara de Assistência Judiciária, e não é sem razão, posto que reconhecido o grau de zelo, equilíbrio e habilidade profissional no trato com o direito, o que denota o notório saber jurídico do Juízo prolator.

No entanto, certamente pelo asoberbamento de serviço, a nobre Magistrada equivocou-se ao emitir decisão no Processo 200730700217, julgando procedente o pedido de exoneração de alimentos formulado por A. S. S. em face da filha deficiente mental, M. R. S.

Conforme referido pelo próprio autor em sua inicial, o mesmo, através do Processo 376/2004, que tramitou perante a 2ª Vara Privativa de Assistência Judiciária, se comprometera a continuar contribuindo para o sustento da filha portadora de necessidades especiais, apesar da mesma ter completado a maioridade, no percentual de 10% (dez por cento) dos seus vencimentos.

Em dezembro/2005, o recorrido, conforme documento de fls. 12, percebia o salário bruto de R\$ 1.323,27, contribuindo para o sustento da recorrente com o valor de R\$ 106,15.

O autor ajuizou a ação de exoneração de alimentos tendo como único e exclusivo escopo o fato da requerida receber benefício para pessoa portadora de deficiência (benefício n.º 137660762-7), através da Previdência Social.

Formulado pedido de antecipação de tutela a Douta Magistrada da 2ª Vara Privativa de Assistência Judiciária o negou por não enxergar argumento plausível a sua concessão, acrescentando, “que não restou demonstrado que o benefício que vem sendo pago à requerida seja suficiente para cobrir suas despesas, bem como não comprovou o requerente a impossibilidade de continuar arcando com a pensão outrora acordada.” (Grifamos).

A requerida, de acordo com sua defesa e conforme faz prova o documento de fls. 53, recebe benefício assistencial desde maio/2005, no valor de um salário mínimo, no entanto insuficiente para sua sobrevivência, não suprimindo todas as suas necessidades básicas inclusive a compra incessante de medicamentos para não ficar agressiva.

Por outro lado, por conta da necessidade constante de cuidados e vigilância com a alimentanda, sua genitora fica impossibilitada de trabalhar. Se trabalhasse (raciocínio lógico), teria direito a receber, por seu trabalho, no mínimo, um salário mínimo. Mas assim não ocorre porque esse mínimo a que teria direito é dedicado exclusivamente a sua filha.

Na fase instrutória, salvo o documento encaminhado pela previdência social (fls. 53), não houve produção de qualquer outra prova (testemunhal, depoimento pessoal) ou realização de estudo social, etc.

Não teria sido importante para este Juízo verificar sob quais condições vive a alimentanda? Será que as condições sob as quais vive não fere o **princípio da dignidade da pessoa humana**?

O Ministério Público havia realmente entendido desnecessárias tais provas tendo emitido parecer de fls. 49/50, ressaltando:

“O requerente não demonstrou que o fato de pagar pensão à filha deficiente está desfalcando o necessário ao seu sustento, bem como não provou que o benefício recebido pela requerida é o suficiente para suprir as suas necessidades básicas, como alimentação, vestuário e compra de remédios.

O documento de folhas 20 demonstra que a requerida é interditada, o que a torna absolutamente incapaz nos termos do artigo 3º inciso II do Código Civil, não podendo prover o seu próprio sustento.

Outrossim, o benefício governamental recebido pela requerida que necessita de cuidados especiais e medicamentos constantes, não é suficiente para cobrir todas as suas necessidades e não tem a finalidade de substituir a obrigação alimentar decorrente do pátrio poder, conforme preceitua o artigo 1.694 do mesmo diploma legal.”

Pessoas com deficiência precisam de proteção especial. Essa proteção deve vir não só do legislador, mas também da sociedade e principalmente dos seus pais e demais familiares.

É em virtude das limitações impostas aos deficientes, como consequência da deficiência, que os mesmos necessitam dessa proteção especial.

O recebimento do benefício pelo recorrente através da previdência social, cumulado com o percentual de 10% (dez por cento) pagos pelo genitor e incidentes sobre os vencimentos deste (percentual ínfimo, diga-se de passagem), não pode significar um favorecimento indevido da requerida que é deficiente mental, por isso interditada.

A Constituição Federal em seu artigo 203, inciso V garante o benefício assistencial para idosos e pessoas com deficiência que **comprovem não possuir meios de prover à própria subsistência ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.**

Para que se possa fazer jus ao benefício assistencial instituído pela

Constituição Federal e regulamentado pela Lei de Organização e Assistência Social – LOAS, é necessário que a família se encaixe no critério de carência exigido por esta Lei.

A LOAS, exige além da deficiência muito grave, que fique caracterizada a total incapacidade para o trabalho e para a vida independente, que seja de família muito carente, cuja renda máxima *per capita* daquela família seja inferior a ¼ do salário mínimo.

Se aplicarmos o cálculo efetuado pela LOAS à pensão paga em dezembro/2005 de R\$ 106,15, considerando apenas como integrantes da família a mãe e filha, teríamos uma renda *per capita* de R\$ 53,07, muito inferior à exigência da lei naquele período.

Tais exigências da LOAS não representam apenas carência econômica, mas estado de miserabilidade (que certamente fere o princípio da dignidade da pessoa humana), como bem situa Eugênia Augusta Gonzaga Fávero, *in* Direitos das Pessoas com Deficiência, Editora WVA, 2004, pág. 189. Acrescenta ainda a autora: “Tais requisitos, não só contrariam a própria Constituição, como dificultam imensamente o recebimento do benefício.”

Assim, podemos concluir que para que a requerida, ora recorrente, tivesse o seu direito concedido, todos esses requisitos foram verificados, nos levando a concluir que a alimentanda integra uma família carente, cuja deficiência a impossibilita totalmente para o trabalho e para uma vida independente.

No entanto, sem se verificar qualquer condição da alimentanda, foi o seu genitor exonerado de lhe prestar alimentos, mesmo sem sequer argumentar que os 10% dos seus vencimentos pagos a título de alimentos lhe acarretavam prejuízos na sua subsistência.

Temos, portanto, que uma injustiça foi cometida ao exonerar o recorrido da prestação alimentícia, obrigando a recorrente a continuar suportando uma condição de miserabilidade e de dependência que o destino lhe impôs.

A nobre Magistrada ao fundamentar sua decisão no artigo 1694, parágrafo 1º do Código Civil, *data máxima vênia*, aplicou pura e simplesmente a letra da lei.

ADEMAIS, TERIAM APENAS O ESTADO E A GENITORA DA RECORRENTE OBRIGAÇÕES PARA COM ESTA? SEU GENITOR NÃO TEM AMÍNIMA OBRIGAÇÃO MATERIAL PARA COM A MESMA?

Será mesmo que o recorrido, pai de uma pessoa com deficiência mental, deve ser totalmente desobrigado de prestá-la qualquer assistência material? (Será que lhe presta assistência moral, se lhe dá afeto, etc.?). Ou será que esse ser com deficiências não foi gerado a partir de suas entranhas?

O fato do benefício assistencial ter sido concedido à alimentanda

posteriormente à fixação dos alimentos, em nada altera a sua condição de necessitada e nem é causa suficiente para exonerar o recorrido da sua obrigação.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em Apelação Cível de n.º 70019198647, manteve decisão do juízo *a quo* que determinou o pagamento pelo pai de pensão alimentícia à filha maior com deficiência, cujo alimentante é idoso, assim como determinou a sua manutenção no plano de saúde deste, mesmo aquela recebendo benefício previdenciário:

ACÇÃO DE ALIMENTOS. ALIMENTADA PORTADORA DE NECESSIDADES ESPECIAIS. A filha portadora de deficiência física e mental, absolutamente incapaz para os atos da vida civil, embora conte 47 anos de idade, faz jus aos alimentos fixados em patamar razoável e proporcional às possibilidades do alimentante, pois necessita de medicamentos e de cuidados especiais para sua subsistência. Apelo desprovido. (Apelação Cível N° 70019198647, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 09/05/2007).

ACÇÃO DE EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS. O filho portador de deficiência física e mental, embora conte 50 anos de idade, faz jus aos alimentos, pois necessita de medicamentos e de cuidados especiais para sua subsistência, não possuindo condições de trabalhar. Preliminar do MP acolhida, apelo provido e recurso adesivo provido, em parte. (Apelação Cível N° 70006346837, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 25/06/2003).

ALIMENTOS. ADEQUAÇÃO DO QUANTUM. NECESSIDADES ESPECIAIS DO FILHO. 1. É adequado o quantum alimentar quando observa o binômio possibilidade-necessidade. 2. Se o filho apresenta problemas graves de saúde e tem despesas periódicas, cabível a fixação da pensão alimentícia em 20% dos ganhos líquidos do genitor, ficando este obrigado a assegurar plano de saúde pela UNIMED e a fornecer os aparelhos ortopédicos de que necessita, fazendo as trocas periódicas. Recurso provido em parte. (SEGredo DE JUSTIÇA) (Apelação Cível N° 70012311981, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 21/09/2005).

A REFORMA DO DECISUM

Ex positis, o Ministério Público pugna a essa Egrégia Câmara Cível que conheça do Recurso, para lhe dar provimento, reformando a sentença ora atacada, para manter a pensão alimentícia de 10% (dez por cento) dos vencimentos do recorrido paga por este a sua filha deficiente, ora recorrente, por ser de inteira justiça.

J. aos respectivos autos.

**TERMOS EM QUE PEDE
E ESPERA DEFERIMENTO**

Aracaju, 19 de outubro de 2007.

**Ana Galgane Paes
Promotora de Justiça**

MEDIDA CAUTELAR PREPARATÓRIA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA PORATO DE IMPROBIDADE

Alex Maia E. de Oliveira*

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE, pelo subscrito Promotor de Justiça que oficia nesta Comarca, ora em substituição, no exercício das funções atinentes a Curadoria do Patrimônio Público e Controle Externo da Atividade Policial, na condição de autor legitimado para ajuizamento de ação civil por ato de improbidade, litigando com os réus a seguir qualificados, vem, respeitosamente, oferecer

MEDIDA CAUTELAR PREPARATÓRIA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA PORATO DE IMPROBIDADE

Com fundamento nos artigos. 129, inc. III e VII c/c art. 37, § 4º, art. 6º, *caput*, 144, *caput* e art. 5º, XXXV, todos da Carta Magna, forte ainda nos arts. 798 do Código de Processo Civil e no art. 20, § único da Lei 8429/92, em face dos seguintes pessoas:

Major. QOPM L. J. N., RG nº, CPF nº, com domicílio na 2ª CIA do 4º BPM da Cidade de Porto da Folha; **2º Tenente. QOAPM J. B. B.**, RG nº, CPF nº, com endereço na Delegacia Municipal de Porto da Folha; **2º Tenente QOAPM M. L. S.**, RG nº, CPF nº, residente à Rua , nº , Porto da Folha/SE; **3º Sargento 3996 J. R. T. L.**, RG nº, CPF nº, domiciliado na Praça , nº , Porto da Folha/SE; **Cabo 2001 J. P. D.** RG nº, CPF nº, Trav. , nº , Porto da Folha/SE; **Cabo 1999 J. S. L.**, RG nº, CPF nº, Rua , nº , Porto da Folha/SE., 2ª Cia do 4º BPM de Porto da Folha, passando a apresentar os seguintes fundamentos de fato e de direito :

I – BREVE RELATO

Este membro ministerial recebeu denúncia apócrifa relatando diversos atos de improbidade administrativa ocorridas no âmbito da 2ª COMPANHIA DO 4º BATALHÃO DA POLÍCIA MILITAR, sediado em Porto da Folha, e diante de suas gravidades, bem como premido pelos princípios da legalidade e indisponibilidade do patrimônio público instaurou Inquérito Civil tombado sob o no. 02-2006.

Em seu decorrer foram descortinadas diversas práticas inconstitucionais e ilegais que descreveremos sucintamente:

1) Desvio de combustível destinado à cota para emprego na viatura da

*Promotor de Justiça do Ministério Público de Sergipe.

2ª CIA de Porto da Folha, sendo utilizado de forma particular pelos demandados, engendrada por meio de rígida organização no controle e emissão de autorização para seu gasto, levando a um racionamento absurdo, impedindo o policiamento ostensivo do Município;

2) Uso de bem público (viatura da 2ª CIA) para prestação de serviços particulares de segurança dos agentes públicos qualificados acima, inclusive para fazer escolta de parentes de alguns deles;

2.1) Utilização indevida de viatura da 2ª CIA para transportar oficiais em atividades apartadas de suas funções (trabalho particular, viagens a outras cidades);

3) Irregularidade no funcionamento da 2ª CIA, com a autorização para ingresso na sede desta de meretrizes, as quais ali permaneciam para encontros amorosos com alguns dos investigados;

4) Desvio de alimentos destinados à 2ª CIA, por parte dos litigados, os quais possuíam um verdadeiro esquema de recepção e controle dos gêneros alimentícios, em proveito próprio, levando a falta para manutenção dos demais policiais em serviço;

5) Prática de corrupção consistente na cobrança de propina para contemplar alguns policiais com lotação em localidades com direito a diárias;

6) Atividade de segurança privada, com utilização de bens públicos, no horário de serviço, por parte dos demandados;

Como lastro probatório às condutas acima descritas, citaremos trechos de depoimentos individuando a conduta de cada um dos investigados.

Em relação ao MAJOR L. e TENENTE B. B., atualmente Assessor Técnico desta urbe:

“Durante a administração do Cap. L., o quartel era utilizado como local para encontros libidinosos com prostitutas de Porto da Folha.

Tanto o Cap. L. quanto o SGT. B., hoje Tenente, costumavam levar mulheres para o interior do batalhão durante as tardes em um período

longo, chegando em certas oportunidades a permanecerem no Batalhão até certas horas da noite.

Houve situações em que tanto os oficiais citados quanto as próprias prostitutas chegaram a circular no batalhão embriagados.”

O B., era o elo de ligação entre o Comandante L. e o Sub-Ten. M., todos com ingerência para autorizar e assinar as ordens de abastecimento, acrescentando que **B.** é concunhado de L., sendo o primeiro atualmente Assistente Técnico aqui em Porto da Folha.” (*Declaração Cb. J. B. S.*).

“Presenciou diversas e diferentes mulheres entrarem na CIA para encontros libidinosos. Julgou tratar-se de prostitutas.

*Era o Capitão e hoje **Major L.** quem levava essas mulheres para o interior da corporação.*

*Participavam desses encontros Sgto. O. B., **Ten. B. B.**, antes 1º Sargento, atualmente ocupando a função de Assessor Técnico da Delegacia de Porto da Folha. “ (*Declaração do CABO R. F.*).*

No tocante à participação do SARGENTO L.:

“ No dia 22 de março de 2006, desapareceram duas galinhas do declarante, pertencentes ao criatório que o mesmo possui numa área de terra vizinha a 2ª CIA.

*(..) Alega o declarante, como prova da presente acusação, que no dia do furto o Sgto. F. apontou para os outros plantonistas, Cab. W., Cab. P., Cab. J. S. e Cab. C., que estavam presentes no local onde o depoente estava a procura das galinhas, e perguntou a estes quem havia levado a criação do depoente, tendo todos dito que: ‘ quem tinha levado foi o **Sgto. L.**; rapaz! Leve à frente’”. (*Depoimento de C. L.*).*

“Declara que na gestão do Comandante W. era utilizado o uno da cia para realizar escolta do veículo de um funcionário do Banco do Nordeste de Gararu, que vinha até Porto da Folha e retornava àquela cidade.

*Fora do dia de pagamento, a escolta ficava a cargo de J., J. e **Sgto. L.***

Inclusive, o depoente disse que em certas oportunidades nas quais a

viatura estava sendo utilizada para fins particulares dos oficiais mencionados – W., J., L. e M. (..).

“O único veículo disponível, na época do Capitão W., era o Fiat Uno p.p. 1603, ano 2006, o qual nas palavras do depoente era usado quase que exclusivamente para transportar aquele oficial à sua residência na cidade de Aracaju.

Costumeiramente, W. viajava cerca de três vezes na semana para Aracaju, sem qualquer razão de ordem funcional, ou seja, para realizar atividades de interesse da 2ª CIA.

Esse veículo, era utilizado para fins particulares por W., M. e Sgt. L.”
(Depoimento do Cb. J. B. S.)

Com relação às condutas do Tenente M. e Cabo J.:

“Informou ainda que o Ten. M. costumava ir para Canindé do São Francisco, na condição de professor pelo que sabe, sendo transportado pela viatura Fiat Uno desta CIA.

Declarou que durante o tempo em que residiu nos povoado de Lagoa da Volta e Lagoa do Rancho nunca foi viatura aos referidos locais para fazer ronda rotineira, exceto quando havia qualquer festa. Acrescentou que não sabe o motivo da ausência do veículo da CIA nos povoados.” (Depoimento Cabo E.).

“Que desde quando ficou lotado aqui soube do desvio de combustível praticado pelo então Capitão L. (hoje Major), o qual contava com a participação de subordinados, quais sejam, 2º Ten. M., 2º Ten. B. B. (atualmente Assessor Técnico desta Comarca).

Durante os quase dois meses em que Capitão C. comandou a 2ª CIA, este segundo presenciou o declarante chamou M. e lhe pediu para se retirar da CIA, ao que este insistiu para ficar, ocasião em que o Capitão C. disse o seguinte: “seu sub-tenentzinho ladrão, quer que eu lhe prove, eu provo através de documentos”.

Escutou do Cab. J., primo de M., que este lhe concedia cerca de 10 a 20 litros por semana, esta regalia devia-se ao fato de J. fazer a escolta, no dia de sábado, do sogro de M., G. B.

Essa escolta era feita no veículo Fiat 1603, à paisana, com a

participação do Cab. J., utilizando-se de armas pesadas da corporação, cujo trajeto era de Porto da Folha ao Povoado Lagoa da Volta. Dentro da CIA corre a informação de que o combustível é utilizado para abastecer a moto do Ten. M., dos cunhados e do Cab. J.

Dentro do universo de policiais lotados na 2ª CIA, cerca de 30 homens, somente o M., J., L. e o cozinheiro N. eram os únicos que possuíam a chave da dispensa, confirmando o depoente que já flagrou, em companhia de D. e E., os oficiais citados acima desviarem alimentos do depósito, fato este ocorrido altas horas da noite. (Depoimento do Cb. J. B. S.)

“Em pouquíssimas ocasiões abasteceu a viatura neste período em que o Tenente M. era responsável pelo controle do combustível, tendo como homem de confiança o Cab. J.

O Cab. J., o Ten. M. e o Sgto. L. integram um grupo fechado dentro da corporação.

Informou ainda, que desde o ano passado, pelo que se recorda, o sogro do Ten. M., é escoltado pelo veículo da 2ª CIA desta cidade até o Povoado Lagoa da Volta, aos sábados. A referida segurança passou a ocorrer desde quando o sogro do Tenente foi vítima de diversos assaltos, mais precisamente três, ocorrências estas em que foi levado o dinheiro do mesmo, o qual é empresário nesta cidade.

Inclusive o depoente fazia segurança particular escoltando dinheiro que ia do BANESE desta cidade para o Ponto BANESE em Gararu, usando arma própria e à paisana, porém foi advertido pelo Cab. J. de que ele teria que trabalhar fardado e com sabe que isto é ilícito não fez, acabando por perder esse trabalho particular.

Acredita que a advertência do Cab. J. deveu-se a ambição do mesmo, visto que seu grupo – M., J., J. e o Comandante W. – queria monopolizar o ganho com essas atividades paralelas.” (Depoimento do Soldado A. M. S.).

Finalmente, eis as ações praticadas pelo Cabo J.:

“Que acredita que há desvio nos alimentos destinados à 2ª CIA, porque a mesma quantidade é fornecida para a 3ª CIA de Glória, conforme lhe

disse o Major I., mas nesta não falta alimento em qualquer das refeições. Tal situação ocorria durante a época do Comandante W., o qual designou o Tenente M. e o Cab. J. para trazerem os alimentos de Aracaju.” (Depoimento do Soldado A. M. S.)

“Que a escolta feita ao carro do Banco do Nordeste de Gararu, é feita pelo Cab. J., Cab. C. e Cab. J.

Que o referido carro vem buscar dinheiro no Banco do Brasil nesta urbe para ser transportado para a agência do Banco do Nordeste de Gararu.

Que a escolta é feita com um Fiat Uno, pertencente à CIA, veículo este caracterizado. Que acredita que os policiais que fazem a escolta ganham para exercer essa tarefa. O pagamento é feito pelo Banco do Nordeste de Gararu, e pelo que sabe tal solicitação foi feita pelo gerente deste estabelecimento.” (Depoimento do Cabo E. F. C.).

“Escutou do Cab. J., primo de M., que este lhe concedia cerca de 10 a 20 litros por semana, esta regalia devia-se ao fato de J. fazer a escolta, no dia de sábado, do sogro de M., G. B.

Essa escolta era feita no veículo Fiat 1603, a paisana, com a participação do Cab. J., utilizando-se de armas pesadas da corporação, cujo trajeto era de Porto da Folha ao Povoado Lagoa da Volta.

Inclusive, o depoente disse que em certas oportunidades nas quais a viatura estava sendo utilizada para fins particulares dos oficiais mencionados – W., J., L. e M. – era hábito substituir pelo Corsa de J. para realizar diligências.

Disse ainda, que ouviu falar que esses galões eram transportados por J. no próprio carro da corporação para Aracaju, em benefício do Capitão W.

O Cab. J. quase que se limitava a ser motorista do Capitão W. e trabalhar na escolta em favor do Banco do Nordeste.” (Depoimento do Cabo J. B. S.).

Ocorre que, muitos Oficiais e Praças têm-se esquivado em comparecer nesta Promotoria para prestar depoimentos, receosos de sua integridade física, além de temerem represálias de ordem funcional, como sucedeu às principais testemunhas ouvidas no Inquérito Civil, as quais foram transferidas *ex officio* da 2ª CIA, local onde possuem residência e família, para outros Batalhões distantes desta cidade.

Ademais, alguns destes mesmos Praças, peças importantíssimas na revelação dos atos de improbidade acima elencados, tomaram notícia de ameaças veladas por parte dos demandados.

Por fim, os atos lesivos ao patrimônio público prosseguem, de forma

vergonhosa e em afronta as autoridades constituídas, sem mencionar no prejuízo à comunidade porto-folhense, razão por que este membro ministerial tomou a iniciativa de ajuizar esta ação cautelar, com pedido liminar *inaudita altera pars*, buscando o afastamento dos envolvidos.

II – DA LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O art. 129, III, da Constituição Federal, estabelece como funções institucionais do Ministério Público a promoção do inquérito civil e da ação civil pública, para a proteção dos patrimônios público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. Com isso, ampliou o rol previsto no art. 1º, inciso IV, da Lei n. 7347/85, possibilitando a sua atuação na defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa, ambos direitos de natureza difusa.

A Lei n. 8.429/92, editada para atender o comando constitucional preceituado no art. 37, parágrafo 4º, também prevê expressamente a legitimidade do Ministério Público para ajuizar ação cautelar, de natureza civil, visando entre outras medidas, o afastamento dos responsáveis por ato de improbidade administrativa como garantia de isenção na coleta das provas e tutela do patrimônio público.

III – PRIMEIRO FUNDAMENTO DO PEDIDO. POSSIBILIDADE JURÍDICA. DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO. MEDIDA LIMINAR. *FUMUS BONI IURES*

Da narrativa acima, bem como da documentação até agora produzida no Inquérito Civil no. 02-2006, resta indubitosa a ofensa ao erário, no particular causando prejuízo ao patrimônio público do Ente Federativo Estadual, com repercussão sobre a segurança pública deste Município, ambos direitos de natureza difusa, seriamente afetados com as práticas ilegais e inconstitucionais descritas.

Sem dúvida, o patrimônio pecuniário do Estado restou, e ainda permanece sob alvo de ações concertadas e sistematizadas, lesado no instante em que os agentes policiais em questão desviam recursos e bens alocados à consecução da segurança dos cidadãos.

Um dos interesses a tutelar com a presente medida cautelar é preservar imediatamente o patrimônio público lesado com as aludidas ações, as quais seguramente terão continuidade a permanecerem o estado atual das coisas.

Em que pese a literalidade do art. 20, § único da LIA venha sugerir o afastamento provisório do agente público unicamente para defesa da instrução, esta exegese acanhada não atende ao postulado constitucional de blindagem do patrimônio público almejado pelo Legislador Maior como tema recorrente

em seu texto (art. 5º, LXXXIII, 15, V, 23, I, 37, § 4º e 5º e art. 129, III), além de esvaziar o poder geral de cautela insito ao detentor do poder jurisdicional, enquanto corolário do postulado da inafastabilidade da jurisdição albergado no art. 5º, XXXV de nossa Carta Federal.

A autorização normativa para a cautelar invocada encontra lastro nos dispositivos retrocitados, cuja normatividade deve ser maximizada no caso concreto – princípio da máxima efetividade¹ das normas constitucionais -, bem assim se garantirá a força normativa² da *LEX LEGUM* em aparente contraste com a redação do art. 20, § único da Lei de Improbidade Administrativa, cuja eficácia e alcance deverá se curvar àquelas outras de maior hierarquia.

Deveras, a manutenção dos agentes públicos acionados nos cargos atuais, equivale a um estímulo a novas práticas ilícitas, a par do deletério efeito psicológico e real da impunidade, visto que no exercício de seus misteres encontrarão os mesmos motivos e facilidades de ordem prática que os levaram a desfalcocar o patrimônio público.

A defesa do erário justifica o presente pleito liminar, marcadamente instrumental, posto que voltado à defesa da ordem pública, aí compreendida o patrimônio público objeto de atos ímprobos e criminosos, bem assim preservar a segurança da comunidade local já afetada com o aumento da criminalidade gerada pela malversação de recursos estatais destinados à segurança coletiva.

Filia-se a tal posicionamento FÁBIO MEDINA OSÓRIO³, respondendo positivamente à possibilidade de afastamento do agente quando se possa presumir que ficando no cargo, acarretará novos danos ao Ente Público e à sociedade, textualmente:

“ Se esses novos danos pudessem estar enquadrados no objeto da demanda, vale dizer, consubstanciando reiteração de atos cuja repressão já se ambicionava no próprio processo, parece razoável sustentar que a instrução processual se estenderia a essa hipótese e, por conseguinte, também o alcance do art. 20, § único, da Lei número 8.429/92. Assim por exemplo, no caso em que o agente público é acusado de formação de quadrilha para cometimento de crimes contra o erário, com tipificação de tais condutas no âmbito da Lei número 8429/92, em princípio, seria recomendável o afastamento compulsório do cargo (...).”

Inadmitir o afastamento cautelar dos ora litigados, em sede liminar e inaudita altera pars, seria conceber uma atuação jurisdicional inefetiva, resultando no esvaziamento da cláusula constitucional de acesso à justiça.

¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador, Coimbra Editora, pág. 370.

² HESSE, Konrad, A Força Normativa da Constituição, Porto Alegre, Antonio Fabris, 1991, pág. 22-23.

³ In Improbidade Administrativa, pág. 243, grifos nossos.

chancelando a vulneração do patrimônio público, já tão combalido em se cuidando da realidade retratada neste petitório, seria, a nosso juízo, aniquilar o próprio comando contido no art. 37, § 4º da Carta Federal.

É inadmissível tolerar atos de tamanha ofensa a princípios basilares da função administrativa – moralidade, eficiência, legalidade, impessoalidade – perpetrados justamente por quem se confia a relevante tarefa estatal da segurança pública, cujas condutas descortinadas no procedimento administrativo que arrima a presente, vão de encontro aos objetivos da República (construção de uma sociedade justa, livre, solidária; erradicação da pobreza, da marginalização e das desigualdades sociais – art. 3º da CF).

A possibilidade jurídica do pedido da medida instrumental reside na defesa do patrimônio público, cuja proteção se dá pela via do direito de ação, albergados que estão pelos já multicitados dispositivos constitucionais a autorizar a sua concessão.

Invocando o magistério de **FLÁVIA FERRER⁴**, desenvolvendo a magistral Teoria da Força Normativa da Constituição traçada por **KONRAD HESSE**, sobre o tema assim asseverou:

“O julgador não deve supor que, por não exercer um mandato popular, lhe falte legitimidade para proferir decisão que atenda ao interesse público, mesmo que não haja dispositivo expresso em sede infraconstitucional para fundamentar a decisão judicial. No momento de proferir decisão cabe ao magistrado a busca da melhor e maior aplicação do texto constitucional, com o fim de implementar os direitos e garantias fundamentais, tanto de primeira como de segunda ou terceira geração.

A doutrina moderna já abandonou a concepção que via os princípios constitucionais como aspirações morais ou programas políticos, sem força normativa. Tal concepção aceitava como fatalidade a idéia, expressa por Ferdinand Lassale, de que as questões constitucionais não são jurídicas, mas de natureza meramente política. Essa idéia trazia embutida a própria negação do Direito Constitucional como ciência jurídica.

O estudo e a conscientização da comunidade jurídica devem buscar resgatar a força normativa da Constituição, por meio de um trabalho de interpretação que vise concretizar de forma excelente os seus princípios, direitos e garantias, dentro das condições reais dominantes numa determinada situação.”

Trilhando o caminho do afastamento provisório do agente público

⁴ In A Efetividade dos Direitos Sociais, coordenado por Emerson Garcia, *Lumen Juris*, 2004, capítulo atinente ao Direito à Segurança, pág. 348 e 349.

enquanto manifestação do poder geral de cautela do magistrado, em defesa do direito difuso ao patrimônio público incólume, já se manifestou nossos Tribunais, *ad instar*:

"MEDIDA CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO. ADMISSÃO EM RARA EXCEPCIONALIDADE. PREFEITO. DENÚNCIA. IMPROBIDADE. AFASTAMENTO DO CARGO. PROVIDÊNCIA QUE SE IMPÕE EM BENEFÍCIO DO ERÁRIO E DA MORALIDADE PÚBLICA. 1. Constituindo os fatos irrogados ao Prefeito, crime em tese, e havendo possibilidade de, no exercício do cargo, manipular documentos, pressionar testemunhas, dificultar a apuração dos fatos, e mais, com vistas a repetição da conduta reprovável, impõe-se decretar o afastamento temporário do Prefeito até término da instrução criminal e julgamento do mérito, motivadamente." (STJ, AgReg 1998/0059758, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca) (Destacamos).

"Responsabilidade Civil-Improbidade Administrativa-Prefeito-Afastamento do cargo. Recurso não Provido. (..) a doutrina admite que a liminar se impõe, quando o agente público, se porta de uma maneira tal, que induz à presunção de que, ficando em seu cargo, acarretará novos danos ao Erário Público e à sociedade (..)." (TJSP, 4ª Câmara de Dir. Público, AgI 94.250-5/1, Rel. Des. Jacobina Rabello.) (Inovamos com destaque).

"Ação Civil Pública-Prefeito-Liminar-Afastamento do cargo-Ato impugnado-Improbidade administrativa- Proteção jurídica à instrução e à preservação da ordem- Revogação do efeito suspensivo-Decisão mantida-Recurso não provido." (TJSP, 4ª Câmara de Dir. Público, AgI 160.658-5/, Rel. Des. Soares Lima.) (Destacamos).

No que pertine a plausibilidade do direito invocado, este situa-se *in re ipsa*, isto é, na prova colhida até o momento corporificada no Inquérito Civil anexo.

O *fumus boni iuris* se identifica com a própria causa de pedir próxima, qual seja, os atos de improbidade aqui expostos, cuja revelação se deu pela prova testemunhal e documental acostada por meio do Inquérito Civil, demonstrando, ainda que de forma indiciária, a prática de atos não só ilegais, como também de natureza criminal praticados pelos réus, abusando de suas relevantes funções públicas, e realizando atos de improbidade *propter officium*.

Os depoimentos coletados, especialmente dos colegas de farda dos acionados, dão notícia da prática de inúmeros atos de improbidade, enquadrando-se na tripla tipicidade descrita na LIA.

De fato, o desvio de combustível da 2ª CIA por parte de alguns oficiais, em proveito próprio e de parentes se subsume no disposto no inciso XII do art. 9º da LIA.

Outrossim, os relatos do uso de veículo da 2ª CIA para escolta de particulares, uso privado, bem como para desempenhar outras atividades de segurança de cunho particular, a teor da prova indiciária, enquadra-se na hipótese do inciso IV do mesmo artigo 9º.

As condutas indicadas nos 2 (dois) parágrafos anteriores, igualmente trazem prejuízo ao erário, encontrando sua previsão legal nos artigos 10, inciso II e XIII, respectivamente.

Outrossim, a ordem emanada pelos litigados para racionar uso de combustível, prejudicando o policiamento na cidade, expondo a população a risco, permitir o ingresso de prostitutas no interior da 2ª CIA, prática de subornos para favorecer policiais de menor hierarquia, uso de bem público (viatura policial) em proveito próprio e de terceiros, acabam por infringir os princípios constitucionais administrativos da eficiência, moralidade, legalidade e impessoalidade, atraindo a incidência do art. 11 da LIA.

É relevante notar que os elementos de convicção arregimentados são robustos o suficiente para amparar a presente medida, em sede de cognição sumária, visto que há mais do que fumaça do bom direito.

Aliás, os estudiosos³ da matéria chegam a asseverar que basta a presença de indícios para o deferimento da presente cautelar:

“Embora não possa o afastamento provisório arrimar-se em ‘meras conjecturas’ não tem sentido exigir a prova cabal, exauriente, de que o agente, mantido no exercício da função, acarretará prejuízo ao descobrimento da verdade. Indícios já serão suficientes à decretação da medida, o que em nada infirma o seu caráter excepcional. Como sinteticamente exposto por Galeno Lacerda, se ‘o dano ainda não ocorreu, não se requer prova exaustiva do risco. Basta a probabilidade séria e razoável, para justificar a medida.’”

³ ROGÉRIO PACHECO ALVES e EMERSON GARCIA, Improbidade Administrativa, 2ª ed., 2004, *Lumen Júris*, pág. 814.

Neste sentir também já se pronunciou nossos Pretórios:

“Não se mostra imprescindível que o agente tenha, concretamente ameaçado testemunhas ou alterado documentos, mas basta que, pela quantidade de fatos, pela complexidade da demanda, pela notória necessidade de dilação probante, se faça necessário, em tese, o afastamento compulsório e liminar do agente público do exercício de seu cargo, sem prejuízo de seus vencimentos, enquanto persistir a importância da coleta de elementos informativos ao processo e de que da narrativa da inicial, por si só, já decorreria presunção de que o agente público, ao natural, pudesse prejudicar a instrução processual”.
(TJRGS, 1ª CCiv. MS no. 594014094, Rel. Des. Celeste Vicente Rovani)
(Grifamos).

IV – SEGUNDO FUNDAMENTO DO PEDIDO. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. COLHEITA PROBATÓRIA NO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. INQUÉRITO CIVIL. AMEAÇA A TESTEMUNHAS. MEDIDA LIMINAR. *PERICULUM IN MORA*.

Na remotíssima hipótese do ilustrado Juiz *a quo* refutar a possibilidade jurídica do pedido cautelar lastreado na defesa do patrimônio público, *ad argumentandum tantum*, e em observância ao princípio da eventualidade, suscitaremos mais outro fundamento autônomo para a medida provisória perseguida.

A teor do depoimento coletivo inserto nos autos anexos, onde se fizeram presentes os policiais militares F. C. P. A., D. A. F. e J. B. S., os mesmos estão sendo ameaçados pelos investigados, a ponto de terem solicitado audiência nesta Promotoria para noticiarem a situação.

Veja-se a propósito a seguinte passagem :

“(..) houve uma reunião a portas fechadas, onde se encontravam SGT. L., MAJOR L. e TENENTE M., onde foi dito que os depoentes tivessem cuidado, e que seria fácil ‘pegá-los’ quando estivessem viajando em direção ao trabalho, especialmente o CB. J. S. B., pois este último viajava muito, e costuma pegar carona.”.

“ (..) ouviu comentários na cidade, de que o SGT.L. mandou um aviso aos declarantes dizendo o seguinte: ‘quando isto tudo acabasse eu vou dar um pau nos CABOS e em um deles também.’ ” (Destaque nosso)

Da leitura da referida assentada, vê-se que os increpados estão usando de seus cargos, patentes e superioridade hierárquica, tão relevantes e ameaçadores, numa instituição de disciplina rígida como é a da Polícia Militar, para enviar “avisos” aos policiais destemidos, responsáveis por revelar o esquema criminoso que se instaurou no 2ª CIA de Porto da Folha.

Os mesmos, inclusive, têm razão para acreditar nos “recados” tenebrosos, visto que muitos dos envolvidos, especialmente o Sgt. L., responde a diversos procedimentos criminais por delitos praticados nesta e em outras Comarcas, como faz ver os extratos processuais que acompanham a presente.

Uma das principais testemunhas, considerada a mais ameaçada nos dizeres dos colegas de farda que tiveram a iniciativa de revelar tais intimidações graves, é o CB. R., o qual já confidenciou aos demais tal situação, porém por receio de sofrer mal maior preferiu o silêncio, como se denota da seguinte passagem da audiência coletiva:

“Quanto ao CB. R., este foi visitado pelo CB. W., o qual o advertiu, dizendo-lhe que o MAJOR L. mandou ele ter cuidado com a boca, sugerindo que não dissesse nada que viesse a comprometer os investigados, visto que R. havia trabalhado cerca de 12 anos da CIA, sabendo dos detalhes destes atos ilícitos.”

Tais ameaças vêm como medida extrema a tentar alcançar a impunidade dos atos aqui narrados, visto que antes disto os investigados já haviam tentado tal resultado com o afastamento *ex officio* dos depoentes citados acima, inclusive do CABO R., transferindo-os para outras cidades, conforme asseveraram *in verbis*:

“Que durante a gestão do Cap. B. foi formado um grupo, integrado por outros praças, quais sejam, Soldado D., Cb. R. e Cb. B., com o objetivo de auxiliar o novo comandante da 2ª CIA no combate a atos ilícitos e regularização do funcionamento desta.

Esta equipe informou ao novo comandante os excessos e práticas ilegais realizadas pelos investigados Ten. M., Cb. J., Sargento L., Major L. e Tenente B. B.

Os militares citados no parágrafo anterior ficaram ressentidos com esta atitude, a qual descortinou os abusos realizados, além de terem atribuído aos declarantes a transferência dos mesmos desta 2ª CIA.”
(Grifamos).

Isto, sem sombra de dúvidas, afeta a investigação encetada por este Curador do Patrimônio, como seguramente prejudicará a produção da prova oral em juízo, dificultando o alcance da verdade real.

No caso *sub oculi*, o acesso de forma franca e irrestrita ao material probatório já fica comprometido, resvalando tal dificuldade na sua reprodução na fase judicial, visto que os apontados autores dos atos de improbidade se articularam para coagir as únicas e principais testemunhas capazes de detalhar as práticas lesivas ao patrimônio público da 2ª CIA, impedindo a coleta de outros elementos de convicção, a par de por em risco os já produzidos, porquanto os Praças que depuseram em desfavor dos demandados, ante o risco pessoal por que passam, possivelmente sentirão inclinados a não mais depor no Inquérito Civil, com seríssima possibilidade também de mudarem a versão dos fatos em juízo.

Neste diapasão, é força convir o afastamento cautelar, de natureza provisória, ora pleiteado em sede liminar, encontra sua razão de ser na escorreita colheita de provas no procedimento administrativo em curso, o qual irá igualmente se repetir na instrução processual em juízo.

É dizer, o direito constitucional à prova que se busca tutelar com a regra do art. 20, § único, de caráter instrumental cuja referibilidade é o direito material difuso ao patrimônio público adequadamente preservado de ações deletérias, justifica a providência cautelar requerida, em sede liminar, pois que assegurar o acesso às provas dentro do procedimento administrativo, equivale a assegurar a livre e franca produção desta mesma prova em juízo.

Esposa igual entendimento **ROGÉRIO PACHECO ALVES E EMERSON GARCIA⁶**:

“A lei autoriza o afastamento por ordem de ‘autoridade administrativa competente’, o que não significa nenhuma novidade em nosso sistema (art. 147 da Lei 8112/90), parecendo óbvio, no entanto, que o que se busca preservar, aqui, não é propriamente a ‘instrução processual’ mas, antes, a apuração da improbidade no procedimento administrativo, inclusive no âmbito do inquérito civil, cuja natureza, como visto, é administrativa. De fato, não faria sentido que somente os procedimentos

⁶ *Op. cit.* pág. 813, inovamos com destaques.

administrativos investigatórios da pessoa jurídica de direito público lesada pudessem ter a sua eficácia garantida pelo afastamento do investigado. A única ressalva que se deve fazer, conquanto óbvia, é que o afastamento, em tais hipóteses, somente poderá ser determinado pelo Poder Judiciário por não dispor o Ministério Público de qualquer poder hierárquico sobre o agente, aplicando-se, outrossim, a regra do *caput* do art. 17 da Lei de Improbidade (ajuizamento da ação de conhecimento no prazo de trinta dias da efetivação da medida cautelar)”.⁷

Trilha igual caminho MARINO PAZZAGLINI FILHO⁷, *verbis*:

“Como se sabe, medida cautelar é espécie do gênero ‘ processo cautelar’. Poderá ser obtida em ação cautelar preparatória da ação civil pública ou incidentalmente nesta, ou ainda, na própria petição inicial da ação principal, em tópico próprio, como pedido liminar.

(...) Acrescente-se que o parágrafo único do art. 20 estatui a possibilidade de o juiz ou a autoridade administrativa determinar, cautelarmente, o afastamento do agente público (...). Seja antes ou durante o processo, a medida não tem prazo determinado, mas se decretada no curso do procedimento administrativo, quando se ajuizar a ação, deverá ser renovada judicialmente.

É pertinente asseverar que em tema de direitos difusos – patrimônio público, segurança pública – sobreleva buscar a prevenção do dano, até porque o sucedâneo da reparação pecuniária não tem o condão de restituir *o statu quo ante*.

Deveras, o aumento dos crimes graves na pacata Porto da Folha, a falta de policiamento ostensivo nos povoados, impunidade propiciada pela ineficiência do aparelho de segurança estatal, sem mencionar os danos pessoais sofridos pelas vítimas de delitos nesta cidade decorrente da precariedade na atuação da polícia militar integrante da 2ª CIA do 4º BPM de Porto da Folha, constituem danos irrecuperáveis, insuscetíveis de reposição através de pecúnia.

É a lição haurida do renomado BARBOSA MOREIRA⁸ ao tratar da tutela dos direitos difusos, *litteris*:

“ Se a Justiça Civil tem aí um papel a desempenhar, ele será necessariamente o de prover no sentido de prevenir ofensas a tais interesses, ou pelo menos de fazê-las cessar o mais depressa possível e

⁷ MARINO PAZZAGLINI FILHO, MÁRCIO FERNANDO ELIAS ROSA e WALDO FAZZIO JÚNIOR, Improbidade Administrativa, 4ª ed., Ed. Atlas, pág. 194 e 197, grifos nossos.

⁸ Citado por RODOLFO MANCUSO, Ação Civil Pública, pág. 191-192.

evitar-lhes a repetição, nunca o de simplesmente oferecer aos interessados o pífio consolo de uma indenização que de modo nenhum os compensaria adequadamente do prejuízo acaso sofrido, insuscetível de medir-se com o metro da pecúnia."

O perigo da demora, já tratado de forma abrangente no curso desta petição, reside na permanência dos réus nos cargos em que se encontram, visto que o dano ao erário, muito certamente, prosseguirá, como já vem ocorrendo de longa data, além do prejuízo já iminente em se conseguir as provas de tais atos divorciados dos princípios norteadores de qualquer atividade administrativa.

A medida preventiva ora postulada, em sede de liminar, se impõe para resguardar se continue a sangrar os cofres estatais em proveito particular, cuja consequência trágica reflete não apenas no aspecto financeiro, mas também vem pondo em risco a ordem pública desta urbe, visto que o desvio de combustível, alimentação, uso de veículos públicos para fins particulares terminam por afetar o alcance do desejável princípio da eficiência dos serviços públicos, em particular o da segurança pública.

Ora, a continuarem os demandados na função em que se encontram, certamente, pautando-se na experiência comum pelo que de ordinário ocorre, o prejuízo ao direito difuso patrimônio público, remanescerá como alvo de fácil locupletamento ilícito, porque os causadores dos danos em comento ocupam altos níveis na hierarquia local, propiciando a reiteração destes atos de improbidade, como, aliás, vem sucedendo há anos.

De mais a mais, o aspecto instrumental de preservação do resultado útil do processo principal se evidencia com a tutela do direito constitucional à prova, bastante ameaçada na fase administrativa, e, por conseguinte, transmitindo esse óbice à instrução processual, obstruindo a demonstração dos atos lesivos ao patrimônio público merecedor de proteção, em decorrência da conduta ilícita dos investigados em enviar ameaças às testemunhas.

Ora, impõe o princípio da moralidade administrativa o afastamento dos agentes públicos, *in casu*, como medida liminar, *inaudita altera pars*, salutar à correta e transparente apuração destes fatos, pois é desarrazoado manter-se no exercício da função servidores públicos, cujas atribuições e cargos na estrutura administrativa do órgão a que pertencem podem realizar, e o estão realizando, manobras de coação, ameaças veladas sobre subordinados para recuarem em seus testemunhos, de maneira a nublarem a produção da prova durante a instrução processual.

Deveras, é de se supor, sem precisar maior esforço intelectual, que os réus não possuem isenção de ânimo para continuarem em seu *mister*, por sérios riscos de interferir na busca da verdade real.

Deveras, se os acionados continuarem em seus respectivos cargos, o procedimento encetado através do Inquérito Civil não caminhará a contento, tornando-se mais difícil e comprometedor para a parte autora e para este juízo reconstituírem os fatos que ensejaram esta lide, restando prejudicada a busca da verdade real.

Eis aí o *periculum in mora* a justificar tal medida extrema de afastamento cautelar, *in limine*, pois a continuidade dos autores dos atos de improbidade em seus cargos dentro da Polícia Militar, tem prejudicado o deslinde deste procedimento e por via transversa da futura ação civil por ato de improbidade administrativa, gerando igualmente transtorno à coleta da prova nesta última.

Vale ressaltar, finalmente, que as ações dos réus colimando a impunidade e dificultar a apuração das improbidades, mostraram-se eloquentes com os atos de transferência *ex officio* das testemunhas do Inquérito Civil.

Com efeito, todos os policiais militares que não pactuavam com os atos ilícitos revelados eram afastados da 2ª CIA, e, por conseguinte, de suas residências e famílias, para trabalharem em locais distantes dos acontecimentos, assegurando a ocultação dos diversos atos de improbidade perpetrados, bem assim inibindo tentativas dos mesmos em denunciarem os acontecimentos às autoridades cabíveis.

Consoante a melhor doutrina sobre a matéria, em casos – como o presente – no qual os servidores investigados ou acionados põem em risco ou interferem na busca da verdade real, e, portanto, prejudicam a instrução processual, é de rigor o seu afastamento cautelar.

É ilustrativa a lição de WALLACE PAIVA MARTINS JÚNIOR⁹, *verbis* :
“ A permanência do servidor no cargo público poderia ser causa natural de perturbação à coleta de provas no processo (...) a doutrina admite que a liminar se impõe, quando o agente público se porta de uma maneira tal, que induz à presunção de que, ficando em seu cargo, acarretará novos danos ao Erário e à Sociedade”.

Seguindo nesta senda, há prestigiosa opinião da mais completa obra do mercado, na atualidade, sobre o tema da improbidade administrativa, dos professores EMERSON GARCIA E ROGÉRIO PACHECO ALVES¹⁰, os quais admitem tal medida, mesmo que em presença de meros indícios de dano irreparável à instrução, textualmente:

⁹ In Probidade Administrativa, Ed.Saraiva, 1ª Ed., pág. 324).

¹⁰ Op. cit, pág. 814.

“Embora não possa o afastamento provisório arrimar-se em meras conjecturas, não tem sentido exigir a prova cabal, exauriente, de que o agente, mantido no exercício da função, acarretará prejuízo ao descobrimento da verdade. Indícios já serão suficientes à decretação da medida, o que em nada infirma o seu caráter excepcional”. (Inovamos dos original com grifos).

Sufraga este entendimento nossos Pretórios, *ad exemplum* destes julgados :

“(..) Esta prova deve ser feita, pelo menos, de forma indiciária, tornando presentes elementos que convençam o juiz de que há grande risco da conduta coercitiva do Chefe do Executivo ser exercida. Não devem ser suficientes simples alegações. Há necessidade de fatos, pelo menos mínimos, que caracterizem indícios e/ou presunções”. (STJ, MC no. 3181-GO, 1ª Turma, julgado em 12/03/2001, destacamos).

“ Não se mostra imprescindível que o agente tenha, concretamente ameaçado testemunhas ou alterado documentos, mas basta que, pela quantidade de fatos, pela complexidade da demanda, pela notória necessidade de dilação probante, se faça necessário, em tese, o afastamento compulsório e liminar do agente público do exercício de seu cargo, sem prejuízo de seus vencimentos, enquanto persistir a importância da coleta de elementos informativos ao processo e de que da narrativa da inicial, por si só, já decorreria presunção de que o agente público, ao natural, pudesse prejudicar a instrução processual”. (TJRS, 1ª CCiv. MS no. 594014094, Rel. Des. Celeste Vicente Rovani).

V – DA AÇÃO PRINCIPAL A SER PROPOSTA

Nos termos do inciso III do art. 801 do Código de Processo Civil, a ação principal a ser proposta será a ação civil pública por ato de improbidade administrativa, descrito nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92, no que for pertinente.

VI – PEDIDOS FINAIS

EX VI POSITIS, e à luz dos fundamentos e dos fatos narrados nesta petição, o MINISTÉRIO PÚBLICO DE SERGIPE entende ser imperioso o atendimento dos seguintes requerimentos:

1) O acatamento desta medida liminar, inaudita alter pares, de afastamento provisório das funções dos oficiais militares Maj. QOPM L. J. N.,

2º Ten. QOAPM J. B. B., 2º Ten QOAPM M. L. S., 3º Sgt 3996 J. R. T. L., Cabo 2001 J. P. D. e Cabo 1999 J. S. L., como forma de defesa precípua do patrimônio público sucessivamente lesado, o qual continuará exposto a mais atos lesivos mantendo-se o atual *status* funcional dos réus, preservando-se aquele direito material difuso, instrumentalizando sua tutela através do acesso à jurisdição.

2) Na hipótese improvável de V.Exa. entender incabível ou ausente o pressuposto acima invocado, **requer este membro ministerial, alternativamente,** o deferimento de tal medida, *in limine*, tendo como fundamento autônomo assegurar a escoreita e franca apuração dos fatos aos mesmos irrogados, visto que por atos diretos (ameaças) e indiretos (transferência funcional das testemunhas) destes está sendo afetada a busca da verdade real, com vistas a prevenir mais prejuízos à colheita de provas no procedimento administrativo e na instrução processual

3) Requer, outrossim, que o afastamento se dê sem prejuízo dos seus vencimentos integrais como vem se posicionando a Jurisprudência, visto que tal medida não se confunde com a sanção de perda da função, tendo nítido caráter acautelatório, ademais qualquer perda parcial em seu salário poderia configurar violação aos princípios constitucionais da irredutibilidade e presunção de não-culpabilidade.

4) Pugna pela **manutenção da presente medida cautelar, concedida *initio litis*, até ultimação da instrução processual na ação principal.** Realmente, tal restrição deverá ser limitada no tempo, embora seja silente o legislador sobre a matéria, doutos e Tribunais comungam o entendimento que sua duração ficará jungida ao tempo transcorrido para se realizar a instrução processual nos autos da ação principal.

Requer ainda,

5) A citação dos Réus para, querendo, no prazo legal, responderem aos termos da presente ação, sob pena de revelia.

6) A condenação dos requeridos nas custas processuais.

7) Por fim, seja julgada inteiramente procedente a presente ação cautelar, ratificando-se a liminar concedida.

Busca provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos,

apresentação de prova testemunhal, a ser feita oportunamente, a juntada de documentos em prova e contra prova, realização de exames, perícias, vistorias, o depoimento pessoal dos Acionados e o que mais se julgar adequado à elucidação dos fatos.

Segue em anexo cópia do Inquérito Civil no. 02-2006.

Dá à causa o valor de R\$ R\$ 10.000,00 (dez mil reais), para fins meramente legais, em observância ao art. 258 do CPC.

Nestes termos.
Aguarda Deferimento.

Porto da Folha(SE), 19 de setembro de 2006.

ALEX MAIA E. DE OLIVEIRA
Promotor de Justiça Substituto

AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA DECLARAÇÃO DE NULIDADE DE ATOS E DECRETOS QUE CONCEDEM GRATIFICAÇÕES LESIVAS AO PATRIMÔNIO PÚBLICO

José Lucas da Silva Gois*

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE, por conduto do seu Representante signatário, no exercício das atribuições previstas no artigo 129, inciso III da Constituição da República, artigo 118, inciso III da Constituição do Estado de Sergipe, artigo 25, inciso IV da Lei nº 8.625/93, artigo 44, inciso IV da Lei Complementar Estadual nº 02/90 e artigos 1º e 5º da Lei nº 7.347/85, vem à presença de Vossa Excelência para promover

AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PEDIDO DE MEDIDA LIMINAR

em face do **MUNICÍPIO DE BARRA DOS COQUEIROS**, pessoa jurídica de direito público interno, com sede na Av. Moisés Gomes Pereira, nº 16, nesta cidade, CEP 49140-000, pelos motivos de fato e de direito a seguir delineados:

I - DOS FATOS

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE, por conduto do seu Representante com titularidade nesta comarca, recebeu reclamação formulada pelo Vereador **H. B. V.**, noticiando a existência de diversas irregularidades no âmbito do Município de Barra dos Coqueiros, na gestão do seu atual Prefeito **A. S. M.**

Conforme se verifica na documentação inclusa, a municipalidade vem atrasando constantemente o pagamento da remuneração devida a alguns servidores e, sem embargo de tal irregularidade, o seu representante legal vem concedendo, a alguns outros servidores privilegiados, a chamada **Gratificação de Tempo Integral**, a qual fora instituída pelo artigo 47 da Lei Complementar Municipal nº 03/2005.

Estabelece o dispositivo legal sob análise que o Chefe do Poder Executivo Municipal, através de decreto, poderá conceder tal acréscimo remuneratório, desde que haja necessidade dos serviços públicos, em percentual de até 200% (duzentos por cento) dos vencimentos dos servidores respectivos.

Ocorre que o acréscimo remuneratório em apreço vem sendo concedido desde o ano de 2005 através de inúmeros e infundáveis decretos, nos mais variados percentuais, quais sejam: 10% (dez por cento), 15% (quinze por cento), 25% (vinte e cinco por cento), 30% (trinta por cento), 35% (trinta e cinco por

*Promotor de Justiça do Ministério Público de Sergipe.

cento), 40% (quarenta por cento), 45% (quarenta e cinco por cento), 50% (cinquenta por cento), 60% (sessenta por cento), 90% (noventa por cento), 100% (cem por cento), dentre outros, chegando ao limite máximo de 200% (duzentos por cento).

Após a análise da lei e dos decretos municipais anexados à presente, o Ministério Público constatou, perplexo, que o Município de Barra dos Coqueiros dispõe de dezenas e mais dezenas de servidores percebendo a **Gratificação de Tempo Integral**, sem que fosse declinada pelo agente público responsável pelo seu deferimento qualquer motivação específica e necessária para tanto.

É cediço que o labor em tempo integral no serviço público significa, basicamente, cumprir uma jornada de oito horas diárias e quarenta semanais. Considerando que os servidores públicos da municipalidade devem cumprir uma jornada de seis horas diárias e trinta semanais, percebe-se, sem maiores especulações, que os cofres públicos vêm pagando acréscimos pecuniários que, além de díspares, chegam ao dobro dos vencimentos de alguns dos seus servidores, havendo, em contrapartida, um incremento de apenas um terço de horas de trabalho.

Logo, conclui-se que está completamente fora dos padrões de congruência e aceitabilidade os percentuais estipulados para a **Gratificação de Tempo Integral** pela municipalidade, tendo em vista que, em algumas das vezes, acabam sendo mais dispendiosos aos cofres públicos do que a nomeação de outros servidores efetivos, o que culminaria com a criação de novas vagas para o serviço público municipal e, via de consequência, de novos postos de trabalho.

Além disso, resta evidente que as variações díspares e constantes dos percentuais atribuídos aos servidores também não se afiguram dentro dos padrões da congruência e aceitabilidade, uma vez que a jornada integral de um servidor jamais poderá, em termos absolutos, ser mais integral do que a de outro em situação análoga.

Cumpra asseverar, por oportuno, que a suposta melhoria da atividade prestada pela municipalidade com o pagamento de tal acréscimo remuneratório tem se mostrado demasiadamente onerosa para os cofres públicos, instituindo, em verdade, concessões de vencimentos indiretos mediante uma prática discriminatória apenas em favor de alguns servidores.

II – DO DIREITO

Ao tratar dos direitos e garantias fundamentais conferidas aos cidadãos, a Constituição da República de 1988 cuidou de estabelecer, prefacialmente, que todos são iguais perante a lei, sendo vedada aos seus aplicadores a adoção de qualquer medida de caráter discriminatório.

Mais adiante, ao cuidar de estabelecer normas sobre a Administração Pública, foram trazidos de maneira expressa no Texto Constitucional cinco princípios fundamentais, que são orientadores da atividade administrativa, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Apesar de tais princípios serem inerentes à própria estrutura administrativa, achou por bem o legislador constituinte em registrá-los no Texto Constitucional como normas de obediência obrigatória, já que a legislação brasileira sempre se mostrou carente de um instrumento capaz de inibir ou reduzir os contínuos e conhecidos ataques aos princípios da Administração Pública.

Consoante já demonstrado anteriormente, não é sem razão que se pode atestar o manuseio indevido da **Gratificação de Tempo Integral** pela municipalidade, isso num evidente objetivo de burlar os dispositivos constitucionais acima invocados.

Extraí-se do princípio da legalidade a obrigatoriedade da existência de lei prevendo a criação de qualquer parcela remuneratória, vedando-se ao administrador público a prática de atos que deixem de atentar para o interesse público e para o princípio da moralidade, impondo-se, por conseguinte, tanto a observância da lei jurídica quanto da lei ética da própria instituição a que se acha vinculado.

Assim, é certo que a moralidade da conduta do administrador público, juntamente com a sua legalidade e finalidade, além de sua adequação aos demais princípios integrantes do Regime Jurídico Administrativo, constituem pressupostos de validade sem os quais toda a sua atividade será inválida e ilegítima.

Sobre o princípio da legalidade, afigura-se de bom alvitre transcrever a lição escoreita de *Hely Lopes Meirelles* constante de sua obra *Direito Administrativo Brasileiro*, 26ª edição, p. 82:

“A legalidade, como princípio da administração (CF, art. 37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso”.

Por seu turno, no que concerne ao princípio da moralidade administrativa, destaca *Celso Antônio Bandeira de Mello*, em sua lapidar obra *Curso de Direito Administrativo*, 12ª edição, p. 90, que:

“Segundo os cânones da lealdade e da boa-fé, a Administração deverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e honestidade, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos”.

Já o princípio da impessoalidade, que constitui corolário lógico do princípio da igualdade de todos perante a lei, impõe ao administrador o dever de tratar todos os administrados sem discriminações de quaisquer espécies, sejam estas benéficas ou detrimntosas.

Nesse diapasão, cumpre enfatizar os ensinamentos de *José dos Santos Carvalho Filho*, constante de sua obra *Manual de Direito Administrativo*, 17ª edição, p. 17:

“O princípio objetiva a igualdade de tratamento que a Administração deve dispensar aos administrados que se encontram em idêntica situação jurídica. Nesse ponto, representa uma faceta do princípio da isonomia. Por outro lado, para que haja verdadeira impessoalidade, deve a Administração voltar-se exclusivamente para o interesse público, e não para o privado, vedando-se, em consequência, sejam favorecidos alguns indivíduos em detrimento de outros e prejudicados alguns para favorecimento de outros”.

Os princípios acima mencionados foram e se encontram sendo vilipendiados dia após dia pelo Chefe do Poder Executivo Municipal, na medida em que, não obstante a existência de lei que o autoriza a conceder tais gratificações através de ato administrativo, os percentuais são bastante diversificados e não demonstram qualquer motivação, podendo chegar, inclusive, ao dobro dos vencimentos dos servidores mais beneficiados.

Saliente-se, por oportuno, que o Município de Barra dos Coqueiros, desde o ano de 2005, foi concedendo a **Gratificação de Tempo Integral** a inúmeros servidores, sem qualquer critério e de forma desordenada, chegando-se ao absurdo de gerar o atraso dos pagamentos devidos a alguns servidores integrantes de sua estrutura administrativa.

Assim, inexistem dúvidas de que a municipalidade, através do seu representante legal, vem agindo mediante total afronta aos princípios da legalidade, da moralidade e da impessoalidade, praticando atos que necessitam de uma intervenção enérgica e eficaz do Poder Judiciário com vistas à sua correção e retorno da situação de normalidade na Administração Pública Municipal.

É fato público e notório que em todas as esferas federativas vêm ocorrendo abusos por parte de seus administradores, que se utilizam de expedientes do gênero, de forma arbitrária e por vezes eleitoreira, como meio de beneficiar amigos e apaniguados, atitudes que causam vilipêndios inestimáveis ao sempre preponderante interesse público.

Portanto, é salutar para a regularidade administrativa a declaração de invalidade dos atos instituidores de tal acréscimo remuneratório, notadamente porque constituem normas de efeitos concretos, que já trazem em si os resulta-

dos administrativos intoleráveis, retirando o sentido de normas consagradas pela Constituição da República.

Costuma-se apontar como inconstitucional um ato normativo cujo conteúdo ou cuja forma venha a se contrapor ao conteúdo de dispositivo constitucional, ou seja, qualquer ato normativo que revele incompatibilidade vertical com normas e princípios previstos no Texto Magno é eivado do vício da inconstitucionalidade.

No caso em tela, importa verificar detidamente se a lei e os decretos municipais são compatíveis com o conteúdo da Constituição da República, pois são normas de efeitos concretos, que já trazem os resultados administrativos objetivados pelo representante legal da municipalidade, sendo passíveis, portanto, de declaração de nulidade pela via judicial.

A simples leitura do dispositivo legal que instituiu a famigerada **Gratificação de Tempo Integral** revela uma inconstitucionalidade material sem tamanho, pois além de contrariar o conteúdo dos princípios constitucionais acima mencionados, foram editadas não para realizar os concretos fins da municipalidade, mas sim para perseguir outros contrários, notadamente de beneficiar, de modo desarrazoado, um determinado grupo de servidores.

A prescindibilidade de servidores com jornada em tempo integral é tão flagrante que o Chefe do Poder Executivo Municipal, através de inúmeros e sucessivos decretos, concedeu gratificações, aumentos e cortes, chegando a modificar sobremaneira os valores dos percentuais destinados a alguns servidores.

Trata-se, na verdade, de desvio ou excesso de poder e manifesta ofensa ao princípio da razoabilidade dos atos do Poder Público.

Por conseguinte, os malfadados atos normativos em análise estão eivados de inconstitucionalidade, uma vez que violam direta e indiretamente os princípios contidos na Constituição da República, notadamente os princípios da legalidade, impessoalidade, e moralidade, haja vista a concessão do acréscimo remuneratório multicitado sem atender à real necessidade do serviço público e sem que a confiabilidade constitua o elemento preponderante do exercício das funções.

Ressalte-se que o objeto da presente ação não é a declaração de inconstitucionalidade de ato normativo em tese, sendo a questão de índole constitucional apenas a causa de pedir remota da presente demanda, na medida em que ela resolve, também, uma determinada situação litigiosa, na qual são atacados os atos ofensivos de efeitos concretos, com fundamento em tais preceitos constitucionais.

III – DOS PEDIDOS

DO PEDIDO LIMINAR

Sobre medida liminar, reza o artigo 12 *caput*, da Lei 7.347/85 - Lei da Ação Civil Pública:

“Art. 12. Poderá o Juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita agravo”.

É ponto pacífico na doutrina e na jurisprudência que a medida liminar pode ser concedida, desde que presentes os seus requisitos, seja em sede de ação cautelar, seja em sede de ação de conhecimento.

O *fumus boni juris* está patenteado pela farta argumentação já expendida, assim como na prova documental acostada à presente exordial. A procedência da demanda é cristalina, o direito aflora com naturalidade, o fato de ter a municipalidade concedido gratificações a alguns servidores em afronta aos princípios constitucionais vigentes é claro, e a necessidade de regularizar a situação dos servidores que se acham com os vencimentos atrasados é latente.

A conduta da municipalidade, através de seu representante legal, vem subvertendo os princípios da legalidade, isonomia e impessoalidade que devem presidir a administração pública, com amplos e persistentes reflexos na moralidade administrativa, reclamando a adoção de imediata medida judicial, que faça cessar o prosseguimento da atuação impugnada.

Por outro ângulo, o *periculum in mora* encontra-se demonstrado concretamente através do grave risco de dano irreparável à comunidade local, em especial ao patrimônio público municipal e aos servidores com os seus pagamentos atrasados, que por certo deixarão de prestar um serviço público com eficiência, em manifesto prejuízo da comunidade que dele depende.

Está claramente evidenciada a necessidade de amparo judicial urgente, para afastar de pronto o risco de reiteração da conduta administrativa que se pretende obstar, máxime porque tradutora de permanente inobservância dos postulados maiores expressos na Constituição da República.

Vale lembrar que o erário público também não pode ficar ao sabor de irregularidades patentes cometidas no dia após dia pelos administradores públicos. A sociedade não pode nem deve continuar pagando por aquilo que não deseja.

Convém enfatizar, por fim, que eventual alegação de que o deferimento de liminar poderia ocasionar uma desordem administrativa não prevalece, uma vez que se deve priorizar a proteção do patrimônio público, sem prejuízo da regularização da situação dos servidores que se acham com os seus pagamentos atrasados.

Diante do exposto, presentes o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, requer o Ministério Público do Estado de Sergipe, após a audiência do representante legal do Município de Barra dos Coqueiros, a concessão de **MEDIDA LIMINAR** no sentido de sustar imediatamente todos os efeitos dos decretos vigentes que concedam **Gratificação de Tempo Integral**, assim como para que o Sr. Prefeito Municipal se abstenha de conceder qualquer novo acréscimo remuneratório do gênero, possibilitando-se, destarte, a regularização dos pagamentos atrasados de todos os servidores municipais.

Na hipótese de descumprimento da liminar, requer ainda que seja cominada multa por cada concessão, a ser suportada pelo Erário Municipal, sem prejuízo do direito de regresso contra o agente faltoso, e das medidas de ordem criminal, sendo a multa destinada ao fundo de que trata o artigo 13 da Lei nº 7.347/85 e seu Regulamento.

Por fim, requer que após o deferimento da medida liminar, seja encaminhada cópia da decisão para a Câmara de Vereadores de Barra dos Coqueiros e ao Tribunal de Contas do Estado de Sergipe, para conhecimento e fiscalização de seu cumprimento.

DO PEDIDO PRINCIPAL

EX POSITIS, requer o Ministério Público do Estado de Sergipe o seguinte:

1) A citação do Município de Barra dos Coqueiros, na pessoa do seu representante legal, para responder à presente, sob pena de revelia e confissão ficta;

2) O julgamento procedente dos pedidos contidos na presente exordial, com:

a) A declaração de nulidade de todos os atos e decretos vigentes que concederam a **Gratificação de Tempo Integral**, que se acham em desacordo com a Constituição da República por serem lesivos ao patrimônio público e aos princípios norteadores da Administração Pública;

b) A sustação em definitivo do pagamento da **Gratificação de Tempo Integral** a todos os servidores que a percebem atualmente, sem prejuízo de outras medidas econômicas a serem eventualmente adotadas pela municipalidade com vistas à regularização de sua situação financeira, ou, caso assim não entendido, que seja obrigado o representante legal do Município de Barra dos Coqueiros a conceder o referido acréscimo remuneratório aos seus servidores

públicos em percentual uniforme, e mediante a observância de critérios objetivos e pré-determinados, ressaltando-se a necessidade dos serviços, e com a necessária motivação dos atos concessivos;

Requer e protesta provar o alegado por todos os meios probatórios admitidos em direito, notadamente depoimento pessoal do representante legal da municipalidade, prova testemunhal e documental, auditoria do Tribunal de Contas e tudo mais que se fizer necessário e permitido ao esclarecimento da verdade.

Atribui-se à presente, para os efeitos legais, o valor de R\$ 1.000,00 (hum mil reais).

Nestes termos,
Espera deferimento.

Barra dos Coqueiros, 19 de outubro de 2007.

JOSÉ LUCAS DA SILVA GOIS
Promotor de Justiça

ROL DE TESTEMUNHAS

DISCURSOS

**DISCURSO DA PROCURADORA-GERAL DE JUSTIÇA
NA SOLENIDADE DE POSSE DA DESEMBARGADORA
MARIA APARECIDA GAMA DA SILVA***

Maria Cristina da Gama e Silva Foz Mendonça

Saudações

O Ministério Público de Sergipe, Instituição que tenho a honra de representar neste momento, vem trazer sua mensagem de congratulações ao Poder Judiciário sergipano pela posse da ilustre Desembargadora Maria Aparecida Santos Gama da Silva.

Para nós, integrantes do Ministério Público, é uma ocasião auspiciosa, pois vemos ser reconhecida a excelência da atuação profissional da nova Desembargadora. A homenageada desta tarde sempre pautou seu trabalho pela ética e pelo zelo para com os seus deveres funcionais, tratando a todos, partes, servidores, advogados e promotores, com respeito, consideração e uma natural elegância que é reflexo e tradução de sua nobreza de espírito.

À polidez e simpatia, a Desembargadora Maria Aparecida Santos Gama da Silva, agrega também os atributos da inteligência, discernimento, argúcia e determinação, compondo assim uma personalidade talhada para o difícil e nobilíssimo ofício de julgar.

Sou testemunha de sua dedicação aos estudos jurídicos, e bem assim de sua sensibilidade social, desde o início de sua profícua carreira na magistratura, que ocorreu na Comarca de Porto da Folha, nos idos de 1978.

Já se vão quase trinta anos, mas não há como esquecer nossos primeiros passos, recém concursadas ambas, eu na carreira do Ministério Público e a Dra. Aparecida, na Magistratura.

Nos tempos anteriores à Constituição de 1988, outra era a feição do Ministério Público. Todavia, já naquela época o Promotor de Justiça de uma Comarca de interior se defrontava, em seu atendimento diário ao público, com a concretude dos problemas sociais, prestando a assistência judiciária possível e tentando conciliar as partes desavindas.

Pois bem, iniciamos ambas em Porto da Folha no mesmo ano, com poucos meses de diferença, jovens profissionais do direito a enfrentar longas jornadas em estradas de terra, naqueles sertões adustos, num tempo em que não havia telefone nem sequer na sede da Comarca. Os contatos com a Capital se faziam apenas através do rádio da Delegacia, sujeito a panes quase diárias.

* Pronunciamento de Dra. Maria Cristina da Gama e Silva Foz Mendonça, Procuradora-Geral de Justiça de Sergipe, em 23 de janeiro de 2008.

Ali chegando, deparamo-nos com a total ausência de uma estrutura que se pudesse chamar de fórum, iniciando os trabalhos em uma salinha do cartório eleitoral, que funcionava anexo à delegacia de polícia. Instalamo-nos, pagando um módico aluguel, na casa de uma viúva, senhora de muito respeito e modos simples, que procurava nos agradar com pratos estranhos ao meu paladar de pessoa criada no sul, como arroz descascado no pilão e manteiga feita em casa, com sal grosso.

As noites eram embaladas pelo cricrilar dos grilos e pelo coaxar dos onipresentes sapos, que eram vistos nas calçadas, quintais e de vez em quando dentro de casa, enormes e pachorrentos. Valentes esquadrilhas de muriçocas também desafiavam o nosso descanso, situação amenizada com o recurso de cortinados e ventilador.

Destes tempos guardo muitas lembranças: as pessoas da cidade e dos povoados, trabalhadoras e dignas, que nos honravam com sua confiança e cujos problemas nos esforçávamos para solucionar; as grandes enchentes do Rio São Francisco, em pleno verão, devido às chuvas ocorridas nas cabeceiras do rio em Minas Gerais; os conflitos dos índios Xocós com fazendeiros da região pela posse das terras ancestrais; alguns casos curiosos como as reclamações de sitiante pela invasão dos bandos de jumentos em estado selvagem que viviam nas caatingas e destruíam plantações; meus primeiros contatos com a linguagem e os costumes rurais, bem como com a violência retratada nos inquéritos e processos criminais.

Também resiste vívida a lembrança do nosso cotidiano de trabalho, os dias e noites longe da família, preenchidos pelo trabalho e pelo estudo incessante, pois o labor era nosso único passatempo. Aprendi neste trabalho, independente, mas harmônico, a admirar a inteligência e o preparo intelectual da Dra. Maria Aparecida, e mesmo depois que nos distanciamos pela evolução natural de nossas carreiras, cada qual sendo removida para uma comarca diferente, acompanhei sua trajetória profissional, ouvindo frequentemente as referências elogiosas ao seu trabalho.

Ao longo dos anos, tive notícias de que a Dra. Aparecida desenvolveu a judicatura nas comarcas de Aquidabã, Japaratuba e São Cristóvão, sendo promovida em 1988 para a 3ª Vara Criminal de Aracaju, dedicando-se a partir de 1992 à área cível, na 13ª Vara.

Seu dinamismo valeu-lhe designações para atuar como Juíza auxiliar da Presidência em dois biênios, tendo também atuado neste Tribunal em substituição a ilustres Desembargadores, em tudo obtendo o destaque que lhe assegurou a elevação, pelo critério de merecimento, ao cargo de Desembargadora, vindo nesse momento ocupar a vaga deixada pela aposentadoria da Emérita Desembargadora Madeleine Alves Gouveia.

Em boa hora vem a novel Desembargadora compor esta Elevada Corte de Justiça, que será enriquecida pela sua visão avançada da realidade social, aliada à experiência no deslinde de assuntos administrativos e institucionais, haurida em seu trabalho junto à Presidência.

O Sistema Judiciário brasileiro passa por um momento ímpar de sua história, alavancando um processo de modernização sem precedentes. Este sistema, composto pelas famílias organizacionais do Poder Judiciário, do Ministério Público e da advocacia pública, necessita corresponder às expectativas da sociedade e neste sentido vem desenvolvendo esforços concretos.

Em outubro de 2007 foi divulgado o Relatório “**Brasil Fazendo com que a Justiça Conte**”, do Banco Mundial, cujos principais enfoques foram, em primeiro lugar, “a determinação de como as principais organizações dos sistemas judiciários realizam o monitoramento do próprio desempenho – a estrutura, o teor, a origem e o uso das estatísticas obtidas da carga de trabalhos e dos resultados; em segundo lugar, quais as conseqüências para o entendimento dos problemas e para a elaboração de programas para solucioná-los.”

Este estudo despertou grande interesse, ensejando a realização de um seminário no STF em 06/12/2007, valendo à pena reproduzir algumas de suas informações, o que faremos de forma bastante resumida:

Narra o documento, que o Brasil está passando por uma **crise auto-descrita do judiciário**, ainda que a maior parte das discussões travadas sobre os problemas associados (morosidade, congestionamentos, custos, falta de acesso, corrupção), sobre suas causas e sobre as soluções, estejam em grande parte baseadas em histórias, saber convencional e em opiniões de especialistas. A pesquisa lança dúvidas sobre algumas das conclusões mais comuns, em especial sobre a tendência de colocar a maior parte da culpa sobre os juízes, dizendo que a experiência em outros locais sugere que as reformas fundamentadas naquilo que “achamos que sabemos”, (o que os brasileiros denominam de “achismo”), podem representar desperdício de recursos e levar a resultados contraprodutivos.

Dizem ainda os técnicos responsáveis pelo relatório:

“Considerando-se o fato de que o Brasil é um líder regional na área de automação do judiciário, sendo, portanto, potencialmente capaz de congrega dados empíricos sobre o desempenho dos tribunais, a fundamentação continuada no “achismo” mostra-se especialmente surpreendente. Tribunais, ministérios públicos e advocacia pública já começam a reconhecer esta falha, esforçando-se para melhorar as respectivas estatísticas relacionadas ao desempenho...”.

Concluem os pesquisadores:

“A nossa análise inicial das tendências relacionadas à carga de trabalho em várias jurisdições e níveis valida a crença de que desde o início dos anos 90 verificou-se crescimento dramático em todas as áreas, o que veio a gerar problemas de congestionamento, e mais provavelmente da demora. Demonstra também uma tendência corolária que recebe pouca atenção: a produtividade do judiciário é em geral alta, chegando a alcançar proporções realmente fenomenais no caso de alguns tribunais”.

E acrescentam: “Os juízos estaduais receberam o grosso do crescimento na carga de processos e, mesmo tendo acrescentado novos juizes, não parecem ter conseguido fazer a compensação. O número de processos por juiz de primeira instância praticamente dobrou durante os últimos dez anos, alcançando níveis que são recordes para a região da América Latina...”.

O sentido geral das conclusões é que “as estatísticas de gestão existentes no Brasil exigem melhorias consideráveis para que possam atender à sua função de auxiliar as chefias na identificação de problemas e das suas causas, na análise de mudanças de padrões na demanda e na adequação da resposta da organização, e no desenvolvimento de propostas de reformas”.

Para a AMB, a modernização do Judiciário deve estar centrada em dados quantitativos e qualitativos que possam apontar diagnósticos de forma objetiva. Um documento publicado pela instituição anuncia que o Judiciário já iniciou esforços para otimizar a utilização de estatísticas, autorizando a convicção de que nós estamos vivendo um momento de transformação positiva no Judiciário.

Não só o Poder Judiciário, mas também o Ministério Público, ambos componentes organizacionais do sistema judiciário, estão determinados a alcançar maior efetividade e rapidez na realização de suas respectivas missões institucionais e isso será grandemente facilitado se um sistema confiável de informações estatísticas propiciar a avaliação de todo o desempenho.

O Ministério Público também empreende sua caminhada em direção à modernização, investindo na implantação de sistemas para melhorar suas estatísticas e o seu autoconhecimento. Tais posturas possibilitam diagnósticos de atuação constantes e mudanças de postura e rota, no sentido de aperfeiçoar a atuação, melhor servindo à sociedade.

Senhoras e Senhores,

A sociedade reclama Magistrados solucionadores de conflitos e não simples aplicadores de regras. Espera um Judiciário preocupado com o comba-

te à corrupção, que adote posturas proativas em favor dos segmentos mais vulneráveis da população e é nesta direção que o vemos caminhar.

Vejo, portanto, como muito positivo este momento para as nossas instituições.

Desde a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004 que as duas instituições, Magistratura e Ministério Público tornaram-se, como carreiras de Estado, mais próximas, com regimes jurídico-constitucionais bem semelhantes, além de quase idênticas prerrogativas e proibições.

Como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, o Ministério Público é uma engrenagem imprescindível na máquina judiciária, sem a qual o produto final não será alcançado.

É mister que o Poder Judiciário e o Ministério Público, como instituições co-irmãs – inclusive por vontade constitucional – cada vez mais estreitem os seus laços, visando, particularmente, ao combate às chagas sociais: corrupção, improbidade administrativa e o crime organizado.

Muitos passos foram dados; tantos outros necessitamos juntos alcançar.

Nesse panorama que se descortina, a Des. Maria Aparecida Santos Gama da Silva irá desempenhar um relevante papel, trazendo a sua cultura, a sua experiência, o seu ideal para o Colendo Colegiado que irá integrar.

Um ideal de Justiça.

Ideal, definido pela inteligência de Rui Barbosa, como algo que “não se define, enxerga-se por clareiras que dão para o infinito. O ideal é tudo que alheia o homem da própria individualidade, e o eleva, o multiplica, o agiganta, por uma contemplação pura, uma resolução heróica, ou uma aspiração sublime. Disse o Cristo que o homem não vive só de pão. Sim, porque vive do pão e do ideal. O pão é o ventre, centro da vida orgânica. O ideal é o espírito, órgão da vida eterna”.

Dra. Maria Aparecida: o Ministério Público de Sergipe estará sempre ao seu lado na busca e concretização desse Ideal.

Parabéns pela merecida ascensão na carreira da magistratura estadual.

Muito obrigada.

**DISCURSO DA PROCURADORA-GERAL DE JUSTIÇA
NA SOLENIDADE DE POSSE DO DESEMBARGADOR
NETÔNIO MACHADO***

Maria Cristina da Gama e Silva Foz Mendonça

Saudações.

Cumpro mais uma vez a honrosa missão de saudar, em nome do Ministério Público de Sergipe, um novo Desembargador, no emocionante momento de sua posse nesta elevada Corte.

Reservou-me o destino a oportunidade de desempenhar tão prazerosa tarefa, e sou-lhe grata por poder participar da solenidade que finaliza e completa o processo através do qual, um excelente magistrado atinge o ápice de sua digna, longa e laboriosa carreira.

Expresso com toda a segurança a opinião dos membros do Ministério Público deste Estado. Conheço a excelente reputação do Doutor Netônio Bezerra Machado junto aos Promotores e Procuradores de Justiça, que sempre a ele se referem de forma elogiosa, mencionando ora a sua privilegiada capacidade intelectual, ora sua vasta cultura jurídica ou humanística, ou ainda sua esmerada técnica processual, sem esquecer outras qualidades pessoais, como a sensatez, equilíbrio e espírito de justiça.

O Desembargador Netônio Bezerra Machado, filho da terra dos Marechais e lá se graduando Bacharel em Direito, escolheu Sergipe para fixar residência e aqui partilhar os seus talentos. Inicialmente, como assessor jurídico do Banco do Brasil, depois no elevado mister da magistratura.

A sua diuturna dedicação às letras jurídicas, espírito público, qualidades morais, como também o inestimável serviço prestado ao nosso Estado, particularmente na magistratura, o fez merecedor do mais significativo título que o Estado pode dedicar a alguém aqui não nascido: o título de Cidadão Sergipano, concedido pela Augusta Assembléia Legislativa do Estado de Sergipe, no ano de 2001.

Some-se ao reconhecimento do Estado, a Medalha de Mérito Cultural Inácio Joaquim Barbosa que lhe foi conferida pelo Município de Aracaju.

A excelência do seu trabalho jurídico como magistrado, proporcionou-lhe inúmeras convocações do Tribunal de Justiça, para, no exercício da magistratura de segunda instância, substituir os Doutos Desembargadores Gilson Góis Soares, Epaminondas Silva de Andrade Lima e Clara Leite de Rezende.

Especializado em Direito Processual Civil, o Dr. Netônio incursiona, com

* Pronunciamento de Dra. Maria Cristina da Gama e Silva Foz Mendonça, Procuradora-Geral de Justiça de Sergipe, em 12 de março de 2008.

igual desenvoltura – inclusive com trabalhos publicados e conferências ministradas –, na filosofia, teoria do estado, direito civil, direito administrativo e direito penal. Os seus trabalhos são, inclusive, objeto de citação por destacados nomes da cultura jurídica nacional, como os professores Ivo Dantas e Theotônio Negrão.

O seu especial destaque no mundo acadêmico é, inegavelmente, na área de direito constitucional, pois, como emérito professor, emprestou os seus dons intelectuais à Universidade Tiradentes e à Escola Superior da Magistratura do Estado de Sergipe – ESMESE, além de, como eminente examinador, integrar diversas bancas de concurso.

Não se olvide, ainda, o exercício das funções de Juiz Auxiliar da Presidência do Tribunal e de membro do Tribunal Regional Eleitoral e Corregedor da mesma casa de justiça especializada.

Um *curriculum* precioso.

De minha parte, sem ignorar as virtudes invocadas, aprecio no Desembargador Netônio Machado especialmente a simplicidade de hábitos, a vida reta, dedicada à família, e a serenidade, que lhe permite enfrentar quaisquer vicissitudes com espírito elevado e bonomia, na certeza de que, ao final, prevalecerão a justiça e a verdade.

Acima e além da serenidade, porém, encontro no novel Desembargador, impresso em tintas indelévels, o valor que reputo essencial para um magistrado, o da ética sem nuances, sem relativismos, pura e simples honestidade que não comporta gradação, apenas ser.

Que tranqüilidade para os jurisdicionados ter a certeza de que aquele em cujas mãos repousam os bens mais preciosos do cidadão, a honra, o patrimônio, a segurança, tem gravada no coração uma lei suprema, imutável: a de fazer triunfar o correto, o justo, o verídico, custe o que custar, doa em quem doer!

Bom seria se tal lei não habitasse apenas nos corações dos bons magistrados, como dos bons membros do Ministério Público, mas que fosse a moeda corrente em toda a sociedade, permeando todas as relações.

Senhoras e Senhores:

Nos últimos anos deparamo-nos com o registro na mídia nacional e também no nosso estado de Sergipe de episódios lamentáveis relacionados à corrupção que continua, lastimavelmente, a se disseminar.

Tais episódios merecem de toda a sociedade uma profunda reflexão e escolhi esta oportunidade para suscitá-la, porque dentro de poucos dias o

Ministério Público do Brasil lançará uma campanha nacional de conscientização voltada especialmente para a juventude brasileira, que conta com a adesão do Ministério Público de Sergipe.

Como registra Christiane Nogueira Travesedo Cardoso, em valorosa monografia intitulada “O combate à corrupção no Brasil: Desafios e Perspectivas” (2005), a corrupção é um fenômeno histórico e mundial.

Explica didaticamente a autora, que corrupção seria um desvio de conduta praticado por um indivíduo que, agindo de maneira a auferir qualquer espécie de lucro (vantagem), não hesitaria em lançar mão de expedientes escusos para atingir seus objetivos, ainda que estes fossem de encontro a tudo que a sociedade conhece por certo e justo.

Para a filosofia, corrupção seria uma modificação na ordem natural das coisas, uma espécie de desvio de conteúdo (Aristóteles). Para Maquiavel, um agir sem virtudes, ou como professorava Sócrates, um se deixar levar por prazeres, desejos e paixões – supérfluos – que não são seus, por encontrar-se sua alma vazia de ciência, de ocupações nobres e de princípios verdadeiros.

Emmanuel Kant reconhecia a corrupção como um agir contrário à lei moral que visa ao estabelecimento de um acordo entre os desejos do homem e a ordem da natureza, cuja finalidade é se atingir o Soberano Bem.

Para Rousseau, uma espécie de degeneração da razão que, movida pelas paixões, põe de lado a moral e a virtude para lançar-se numa busca frenética pelo poder.

Já para a psicologia, a corrupção seria um desvio de personalidade que ocorre quando o Ego não consegue experimentar o prazer solicitado pelos instintos naturais sem ir ao extremo de violar os princípios válidos de sua consciência moral; seria um agir inconsciente. Na órbita da Igreja, a corrupção vem a ser o resultado da liberdade excessiva do homem e da sua falta de preparo para lidar com ela.

Desde o Brasil-Colônia há registros de combate a esse mal. De igual forma, após a Independência, quando nobres e ministros faziam uso de práticas escusas para atingirem seus anseios e saciarem sua sede de poder. Com o advento da República e o surgimento do fenômeno conhecido como coronelismo, intensificou-se o tráfico de influências. A forma de investidura do funcionalismo público – patronato e clientelismo –, sem a observância da impessoal regra do concurso público, funcionava como uma moeda de troca dos políticos, favorecendo os desvios.

Mesmo com a promulgação da Carta de 1988 e a chamada abertura democrática, o negativo fenômeno continuou se apresentando, como se percebe das muitas CPI's, inquéritos e investigações relatados pela imprensa no cotidiano da nação.

Na verdade, a corrupção é um grande mal cultural que precisa ser combatido, em peleja que deve empolgar toda a sociedade. O combate à corrupção reforça as instituições democráticas e evita distorções na economia, vícios na gestão pública e deterioração da moral social.

O gestor público, a quem faltam a ética e a responsabilidade no trato da coisa pública, esquece-se de que o recurso público desviado é aquele mesmo cuja falta se traduz em fome, doença, desamparo da velhice, abandono da infância, e tantos outros males que nos mantêm presos à condição de país emergente.

Senhoras e Senhores,

O Índice de Percepções de Corrupção da Transparência Internacional, divulgado em 2002, mostra que o Brasil não teve alterada sua imagem em relação ao nível de 2001. O índice que incluiu 102 países classifica o grau de corrupção dos países numa escala de 0 a 10, em que 10 corresponde ao menor grau de corrupção percebido e 0 o maior grau.

Em 2002, o Brasil recebeu classificação 4,0 (repetindo a “nota” de 2001; ela foi de 3,9 em 2000 e de 4,1 em 1999). O país fica no mesmo patamar que Bulgária, Jamaica, Peru e Polônia.

Urge envolver a população em uma tomada de consciência em relação à existência e à gravidade desse problema e da necessidade de reforçar a participação da sociedade civil na prevenção e na luta contra a corrupção.

Concluo apresentando as minhas escusas ao homenageado do dia, por trazer tão áridas reflexões, em tarde de festa.

No entanto, a Magistratura e o Ministério Público são instituições co-irmãs e de mãos dadas devem, sem medir esforços, incessantemente, cumprir a missão constitucional que lhes foi confiada e participar do esforço nacional pela formação de uma nova cidadania, em que a retidão e a justiça sejam os valores onipresentes.

Parabéns, Dr. Netônio. A Corte se engrandece com a sua presença, desta feita de forma definitiva. Todos os que fazem o Ministério Público de Sergipe têm a certeza de que, na magistratura estadual de superior instância, Vossa Excelência saberá – como sempre fez – honrar a sua toga e a cultura jurídica sergipana.

Muito obrigada.

DISCURSO DA PROCURADORA-GERAL DE JUSTIÇA NA SOLENIDADE DE POSSE DO DESEMBARGADOR EDSON ULISSES DE MELO*

Maria Cristina da Gama e Silva Foz Mendonça

Cumprimentos às Autoridades e Familiares

Minhas senhoras e meus senhores:

Representando o Ministério Público de Sergipe, cumpro a honrosa missão de saudar o homenageado desta tarde, que advindo do quinto constitucional, galga o mais alto degrau da magistratura sergipana, vindo a ocupar a vaga deixada pela aposentadoria do eminente Desembargador Manuel Pascoal Nabuco DÁvila.

Até chegar a este merecido posto, trazendo sua vasta experiência nas lides forenses na condição de advogado, o Dr. Edson Ulisses de Melo percorreu os diversos campos do exercício do *jus postulandi*.

Na advocacia privada por muito anos, mas também na condição de Procurador-Geral do Estado ou mesmo como Chefe da Assessoria Jurídica do Banco do Nordeste do Brasil, o seu dilatado currículo contempla relevantes funções exercidas no seio da instituição que se constituiu, ao longo da história brasileira, como uma das mais importantes trincheiras contra o arbítrio e em defesa da cidadania.

Na OAB, seccional de Sergipe, foi Conselheiro Seccional por vários mandatos, vice-presidente, presidente e membro do Conselho Federal por três mandatos. Destaque-se, nesse período de intensa atuação junto ao órgão de classe, a Presidência da Comissão Nacional de Direitos Humanos do Conselho Federal da OAB, entre outras de grande relevância.

Em sua exitosa carreira profissional, houve espaço para atividade acadêmica, exercida por longos anos da Universidade Tiradentes e, por um breve período, na Universidade Federal de Sergipe, além de professor da Escola Superior de Advocacia. Lecionou Direito das Sucessões e Direito Falimentar por muitos anos. Atento à atualização profissional, obteve dois títulos de pós-graduação *lato sensu* em Direito Público e em Direito Processual Civil.

Assim, combinando intensa atuação advocatícia, vida acadêmica e atividades públicas tipicamente estatais ou associativas, chega o Dr. Edson Ulisses de Melo ao Tribunal de Justiça de Sergipe, com reconhecido mérito, para emprestar sua experiência, construída no diuturno labor forense, a este nobre sodalício.

*Pronunciamento de Dra. Maria Cristina da Gama e Silva Foz Mendonça, Procuradora-Geral de Justiça de Sergipe, em 12 de maio de 2008.

Mais que isto, à experiência e conhecimento jurídico, o Desembargador Edson Ulisses alia a profunda sensibilidade social advinda de sua própria história pessoal, que se inicia com o nascimento na bucólica Ilha do Ouro, município de Porto da Folha, no seio da numerosa família formada por Josino Ulisses de Melo e Maria Cândida de Melo, e seus filhos.

Tendo a família passado a residir em Propriá, atendendo ao sonho do patriarca de proporcionar melhores oportunidades de estudo aos filhos, o jovem Edson Ulisses cursou o ensino fundamental no ginásio Diocesano, graças a bolsas de estudos concedidas pela Diocese de Propriá, passando a participar do MOJUP (Movimento da Juventude de Própria), por meio do qual conheceu os padres belgas que ali atuavam, aproximando-se do bispo D. José Brandão de Castro, fundador da Pastoral da Terra em Sergipe, de quem recebeu a influência religiosa, moral, educativa e ideológica que iria contribuir decisivamente na formação do seu caráter.

Trabalhando desde muito jovem como auxiliar de marceneiro, auxiliar de balconista e no armazém de Pedro Paes Mendonça, sempre estudando à noite, o Dr. Edson Ulisses compartilhou das dificuldades dos trabalhadores e das dores e vitórias das minorias, graças às raízes maternas que o identificam com as lutas dos índios Xocós.

Os obstáculos que enfrentou para adquirir a necessária formação nunca o desanimaram de seus propósitos, prosseguindo seus estudos no Colégio Estadual Atheneu Sergipense, no qual cursou o então chamado Científico, ao tempo em que trabalhava no Banco do Nordeste do Brasil, onde sua carreira teve por marco inicial o concurso público e o cargo de auxiliar de escritório.

No mencionado Banco, prosseguiu sua carreira dividindo o tempo com os estudos em Direito na UFS e posteriormente com o magistério, chegando a exercer o cargo de Chefe da Assessoria Jurídica da regional Sergipe/Bahia/Alagoas.

Como advogado, sempre defendeu que a advocacia é um *múnus público* que exige do profissional uma visão social de suas causas, fazendo questão de que os advogados que compõem o Escritório Déda e Melo dedicassem parte de seu tempo à advocacia gratuita.

SENHORAS E SENHORES,

Completo este quadro com a afirmação do novel Desembargador, em recente entrevista ao Jornal da Cidade, edição do dia 05 de maio de 2008, de que seria um julgador em busca da Justiça. Disse Sua Excelência que a lei será, a partir da Constituição, observada, contudo, buscando sempre os fins a que se destina. Registrou que a máxima de Ulpiano seria o seu norte: dar a cada um o que é seu.

As palavras do Desembargador Edson Ulisses, na verdade, trazem um importante compromisso de concretização da Carta da República e uma linha hermenêutica que norteará o seu nobre mister na aplicação do Direito: a Constituição Federal será o seu guia.

Pois bem.

Gostaria de pedir vênia para propor aos Senhores Desembargadores uma reflexão a partir de uma nova visão constitucional que se esquadrinha no meio jurídico, defendida com ineditismo no Brasil pelo Insigne Ministro Carlos Britto em suas magnas conferências e profundos votos, mas também objeto de importantes discussões no continente europeu, particularmente na Itália.

Tal abordagem diz respeito ao que vem sendo chamado de **constitucionalismo fraternal**.

Permitam, senhoras e senhores, novel Desembargador, uma breve digressão, com lastro em recente estudo levado a efeito pelo membro do Ministério Público sergipano, Carlos Augusto Alcântara Machado, de onde pinçamos apenas alguns excertos:

“O direito positivo nasce, como se sabe, de opções realizadas pelo legislador para, disciplinando condutas, estabelecer regras de convivência social. Na clássica formulação kelseniana a produção do Direito será sempre decorrente de um ato arbitrário do poder.

Todavia, ao longo da história da humanidade, percebeu-se que há determinados direitos que se inserem num conjunto de bens da vida não suscetíveis de submissão ao arbítrio do Estado.

Tais direitos, caracterizados como inalienáveis, imprescritíveis e irrenunciáveis, foram gravados com a nota de fundamentalidade.

A consagração de direitos fundamentais nos ordenamentos jurídicos ocorreu paulatinamente e tem uma estreita relação com a necessidade de contenção do poder e o advento do chamado constitucionalismo moderno.

Na Carta-Cidadã de 05 de outubro de 1988, o legislador constituinte pátrio, ao se comprometer com a construção de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, apresentou os seus valores supremos, logo no Preâmbulo: liberdade, segurança, bem-estar, desenvolvimento, igualdade e justiça. Em seguida, após traçar toda uma base

principiológica, estabeleceu como objetivo fundamental da República Federativa a construção de uma sociedade solidária (art. 3º, I – CF).

Para tanto, o Estado brasileiro terá que garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização; reduzir desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, II a IV).

A Carta Constitucional vigente absorveu os três valores do movimento revolucionário de 1789 ao definir como o primeiro objetivo da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária: liberdade, igualdade e fraternidade.

Os ordenamentos jurídicos contemporâneos lograram certo êxito em combater a opressão e o arbítrio, garantindo, dentro do possível, liberdade e igualdade.

No entanto, serão fadados ao insucesso se mais um passo não for dado em busca da fraternidade, pois, em última análise, tal valor torna-se premissa e condição dos outros dois valores (liberdade e igualdade).

Quando o texto da Constituição da República Federativa do Brasil indica como um dos seus objetivos – o primeiro – construir uma sociedade livre, justa e solidária, não está enunciando, como conclui Daniel Sarmento,

“uma diretriz política desvestida de qualquer eficácia normativa. Pelo contrário, ela expressa um princípio jurídico, que, apesar da sua abertura e indeterminação semântica, é dotado de algum grau de eficácia imediata e que pode atuar, no mínimo, como vetor interpretativo da ordem jurídica como um todo”.

Aduz, com propriedade, ainda o mestre:

“Na verdade, a solidariedade [aqui também é possível referir-se à fraternidade] implica reconhecimento de que, embora cada um de nós componha uma individualidade, irredutível ao todo, estamos também juntos, de alguma forma irmanados por um destino comum. Ela significa que a sociedade não deve ser um locus da concorrência entre

indivíduos isolados, perseguindo projetos pessoais antagônicos, mas sim um espaço de diálogo, cooperação e colaboração entre pessoas livres e iguais, que se reconheçam como tais”.

Hoje o direito já se fundamenta na solidariedade para justificar a consagração de direitos transindividuais ou metaindividuais.

Justifica, ainda, na solidariedade, práticas de ações afirmativas e de justiça distributiva.

Contudo ainda é muito pouco.

O constitucionalismo moderno conheceu duas grandes fases: a primeira, fundada no liberalismo (constitucionalismo liberal), onde o valor liberdade esteve em destaque, e a segunda, caracterizada pela social democracia (constitucionalismo social), com especial ênfase ao valor igualdade.

O texto da Constituição de 1988 inaugurou no nosso país, como vem destacando o eminente Ministro do Supremo Tribunal Federal Carlos Britto, o Constitucionalismo Fraternal ou, como afirmam outros, o Constitucionalismo Altruístico.

Define o Douto Ministro da mais alta Corte brasileira, o constitucionalismo fraternal como “a terceira e possivelmente a última fase, o clímax do constitucionalismo”. Continua o jurista, tratando do constitucionalismo: “Depois que ele assumiu uma feição liberal ou libertária, uma função social ou igualitária, agora chega à terceira fase, que é a fraternidade, para ombrear todas as pessoas em termos de respeito, referência e consideração...”.

E essa inegavelmente é a tendência que cada vez mais se observa nos ordenamentos constitucionais contemporâneos, particularmente na Constituição de 1988.

É o ordenamento jurídico a serviço da realização – ou pelo menos em busca – da fraternidade.

Desde o surgimento do constitucionalismo moderno, mais de dois séculos se passaram e o mundo precisa compreender que práticas solidárias mais efetivas devem ser consagradas. Sem fraternidade não haverá felicidade”.

Agindo de acordo com esta premissa seremos agentes de transformação da sociedade.

Conhecendo o perfil da magistratura sergipana - particularmente dos eminentes membros desta Corte de Justiça - penso que poderão dar um importante contributo na construção de uma sociedade mais fraterna. Percebo, mesmo, que esta é uma tendência em franca ascensão, com a qual o novel Desembargador demonstra nítida afinidade.

Concluo manifestando ao Dr. Edson Ulisses de Melo e à sua digna família, na pessoa da estimada e competente Dra. Maria do Carmo Déda Chagas, sua devotada esposa, meus votos de êxito e felicidade.

Parabéns, Dr. Edson Ulisses, por ter alcançado o mais elevado cargo da magistratura sergipana.

Muito obrigada.

**DISCURSO DO PROCURADOR DE JUSTIÇA
JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA FILHO NA DESPEDIDA DO
PROCURADOR DE JUSTIÇA PEDRO IROITO DÓRIA LEÓ**

A CASA CONTINUA SUA

José Carlos de Oliveira Filho*

Minhas Senhoras,
Meus Senhores.

E lá vai o Iroito rumo à merecida aposentadoria. Lá vai o Iroito combativo e combatido. Lá vai o Iroito precursor do Ministério Público que se estruturou e que avança em direção ao futuro, com passos largos e firmes.

Ele faz parte daquela geração de pioneiros que pensou em ter no Ministério Público uma Instituição forte e firme em defesa dos interesses da sociedade.

Ainda podemos vê-lo enquanto se afasta na curva do tempo, agora com passos não tão longos como os de outrora, mas com a mesma convicção de quem pensou alto e viu no Ministério Público verdadeiro Parquet idealista, consagrado pela chamada Magistratura de Pé.

Aos poucos e enquanto tentamos absorver a idéia repentina de sua aposentadoria, por implemento do tempo, vamos relembando de sua personagem por aqui, marcando desde a pontualidade britânica com que pontuou o horário de nossas reuniões das terças-feiras, impreterivelmente às dez da manhã, até a forma como implementou a criação da Ouvidoria do Ministério Público, como seu primeiro dirigente.

A partir deste momento, Iroito garante lugar no portal de honra das figuras mais ilustres de nossa Instituição, porque assim o fez por merecer, desde o instante em que escolheu sua atividade profissional no Ministério Público, por legítima vocação e por puro idealismo.

Participou ativamente da política estudantil, assim como incursionou pela política partidária e se destacou, em cada delas, pela argúcia do refinamento de suas posições e pela maneira como capitaneou memoráveis campanhas em favor dos candidatos a quem apoiou, nesses campos.

Quando na atividade do Ministério Público, como Promotor de Justiça, nunca permitiu que seu trabalho tivesse diminuição no tratamento mesmo dispensado aos Juízes, porque sempre foram iguais, atuando em posições diversas.

Esteve em todos os embates. Defendeu posições. Marcou presença e não se escondeu anonimamente ou ficou em cima do muro da pusilanimidade. Esteve sempre na frente de luta das batalhas que escolheu. Não foi, nunca, omissor.

*Procurador de Justiça. Pronunciamento feito na última reunião ordinária do Colégio de Procuradores de Justiça deste semestre, em 17.06.2008

Por isso que se afirma, também aqui: não há ninguém em Sergipe e, quiçá no Brasil, que não o saiba membro do Ministério Público, atuante em Sergipe.

Fez inúmeros amigos, mas também granjeou a antipatia de muitos desafetos, porque preferiu a honestidade de criticar na presença, do que injustiçar na ausência.

Foi coerente na defesa dos seus princípios. Fez alianças políticas e não políticas. Mas, se sua palavra foi empenhada, mesmo que depois houvesse reversão dos acontecimentos, seguiu adiante ao lado de quem emprestou seu apoio.

E lá se vai o Iroito.

Quase ninguém acredita que ele se vai. Homens assim não deveriam ir. Deveriam ficar. Por que essa aposentadoria em pleno vigor físico? Por que afastar do trabalho quem não está cansado? Por que?

Mas o Iroito sabe que fez seu papel. Sabe que cumpriu seu dever cívico e profissional. Que fez o melhor que pôde. Que até quis mais, mas esbarrou no tropeço da burocracia ou nos contratempos inventados pela força do poder, que, muitas vezes, prefere ficar sobre o muro da indiferença...

Houve um tempo em que criou e manteve o Boletim Informativo do Ministério Público, divulgando as notícias do Parquet como ele sempre cognominou a Instituição, para os daqui e os de fora.

Foi uma maneira de nos sabermos presentes no contexto nacional e de que Sergipe se fazia guardião dos interesses do Ministério Público, nesta região do Nordeste do País.

O Boletim foi sua bandeira de luta, tanto que às vezes se mesclava numa só pessoa: a pessoa de Iroito. Não que ele quisesse usurpar as funções Institucionais do órgão. Ao contrário. Fê-lo um elemento de luta, nas batalhas institucionais do Parquet local.

Minhas Senhoras,
Meus Senhores.

Mas o tempo passou na vida do nosso Iroito. E aquele jovem bem magrinho, que mal cabia dentro do paletó, tornou-se um gigante na Instituição que ele viveu e vivenciou.

Foram inúmeros os momentos de glória. Mas os momentos de ostracismo também aconteceram. Assim como no vai-e-vem da vida é no vai-e-vem do tempo, quando alternamos bons e maus momentos, porque como dizia o notável orador sacro Padre Vieira: Tudo passa e nada passa...

Mas nunca esmoreceu com a derrota. Ao contrário, levantou-se após cada revés com mais força e energia, porque a vida não se faz de fracos, mas de fortes.

Estava no seu sangue ir à luta. Não se incomodou se lhe fizeram comentários desairosos. Era a oposição, dizia e passava adiante o recado contra seu desafeto.

Ninguém o viu chorando pelos cantos. Ao contrário, sempre o vimos altaneiro a dizer: vamos à luta...

E eis que o inesperado dia da aposentadoria do nosso Iroito chegou, como chegam os dias e as noites, independentemente de nossa vontade.

E o Iroito, finalmente, se vai.

Ainda o vemos saindo pela porta da frente do Ministério Público de Sergipe, por onde entrou altaneiro um dia, agora olhando por sobre os ombros, sem se voltar para trás, porque, certamente nesse dia de hoje não nos quer mostrar seus olhos marejados com as lágrimas da saudade que ele terá de nós, e da saudade que nós todos teremos dele.

Vai acompanhado de Vilma, Iroito Leó, Paulo Celso, e Fátima, seus fiéis escudeiros, e só não trouxe o seu séquito de gatos por absoluta impossibilidade física de transportar a todos, porque são inúmeros.

Mas antes que ele atravessasse aquela porta e seja colocado na galeria dos imortais desta Instituição, queremos dizer-lhe algo, colega Iroito.

Escute-nos só mais esta vez, assim:

“Queira-nos bem, porque nós lhe queremos bem.

Não desapareça por completo.

Lembre-se que a aposentadoria é tão somente um até breve que nos dizemos, mas não é um adeus.

Agora com bastante tempo disponível faça, pelo menos, duas coisas, doravante:

Escreva as memórias do Ministério Público e aprenda a dirigir, para dar sossego à amiga Vilma.

E viva, viva muito e intensamente, como você e Vilma sempre viveram.

Se a fantasia da Mangueira ficou pesada demais para carregar, aposente-a de vez, mas não deixe de ir ao Sambódromo ou ao Baile de Gala do Copacabana Palace, aquele mesmo onde tirou fotos, todo embevecido, ao lado da atriz global Juliana Paes, aquela mesma da propaganda de uma conhecida marca de cerveja.

Viva bastante para comemorarmos juntos todos os seus aniversários que, temos certeza, ainda serão muitos”.

Mas agora é preciso dizer-lhe adeus, Iroito.

Seja feliz e volte sempre que a casa continua sua.

Muito obrigado.

**DISCURSO DA PROCURADORA-GERAL DE JUSTIÇA NA
SOLEINIDADE DE POSSE DA DESEMBARGADORA
SUZANA MARIA CARVALHO OLIVEIRA***

Maria Cristina da Gama e Silva Foz Mendonça

Cumprimentos às Autoridades e Familiares

Minhas senhoras e meus senhores:

Piero Calamandrei, jurista florentino, que desenvolveu seu trabalho na primeira metade do séc. XX e ainda hoje é frequentemente citado, em sua clássica obra intitulada “Eles, os Juizes, visto por nós os advogados”, narra a seguinte parábola:

“Ponham dois pintores diante da mesma paisagem, um ao lado do outro, cada um com o seu cavalete e, passada uma hora, vejam o que cada um desenhou na tela. Hão de notar duas paisagens completamente diferentes e tão diferentes que vos há de parecer impossível que o modelo tenha sido um só. Podeis dizer que um deles traiu a verdade?”

Referia-se ao papel desempenhado pelos advogados no processo enquanto defensores dos interesses contrapostos de seus representados, mas poderíamos estender a reflexão à missão do Juiz, que busca descortinar a verdade entre as versões que lhe são trazidas pelas partes, para, a partir da Verdade, realizar a Justiça.

Como o Direito é uma ciência social, a verdade nem sempre será única, pois dependerá de infinitas relações decorrentes das complexas condutas humanas em constantes interferências intersubjetivas.

Nesse cenário, agrega-se o conteúdo normativo, por vezes impregnado de imprecisões, demandando um hercúleo esforço do julgador na concretização da Justiça, a partir de referenciais previamente consagrados na Constituição, de natureza principiológica.

O compromisso com a Liberdade, Igualdade e Fraternidade deverá ser, ao que parece a esta representante do Ministério Público, a bússola que guiará a verdade a ser encontrada pelo Julgador, buscando compatibilizar interesses contrapostos.

* Pronunciamento de Dra. Maria Cristina da Gama e Silva Foz Mendonça, Procuradora-Geral de Justiça de Sergipe, em 18 de agosto de 2008.

Há, portanto, na conduta do Julgador, uma inafastável premissa: o Magistrado somente cumprirá o seu relevante papel, como espera a sociedade, se as suas ações foram revestidas de inflexíveis valores éticos, que serão as lentes através das quais seu olhar divisará a buscada clareza, a senda correta a seguir.

Valores básicos reconhecidos em uníssono por todos, nomeados por REALE como invariantes axiológicas, tais como dignidade da pessoa humana, justiça, solidariedade e igualdade.

No entanto, sem embargo de tais valores estarem consagrados na ordem jurídica constitucional, necessitam de um impulso para serem aplicados. Necessitam do ser humano a quem foi conferida a nobre missão de decidir, de julgar, o Magistrado.

Um ser humano com sensibilidade suficiente para enxergar os problemas e dramas da humanidade e saber sopesá-los diante dos conflitos que invariavelmente se apresentam.

Um ser humano capaz de exercitar a compreensão, o apreço e a compaixão, pois não se pode esquecer, como sempre registra o Ministro Ayres Brito, a palavra *sentença* tem a sua origem no verbo *sentir*, derivado, logo, do substantivo *sentimento*.

Assim percebo a novel Desembargadora Dra. Suzana Maria Carvalho Oliveira, uma pessoa que vivencia o sentimento e a arte de amar, como idealizada, primorosamente, por ERICH FROMM, na sua valiosa obra “A arte de amar”:

“A sociedade deve ser organizada de modo tal que a natureza social e amorosa do homem não se separe de sua existência social, mas se unifique com ela. Se é verdade, como venho tentando mostrar, que o amor é a única resposta sadia e satisfatória ao problema da existência humana, então qualquer sociedade que exclua, relativamente, o desenvolvimento do amor deve, no fim de contas, perecer vitimada por sua própria contradição com as necessidades básicas da natureza humana.

... Analisar a natureza do amor é descobrir sua geral ausência hoje em dia e criticar as condições sociais responsáveis por essa ausência. Ter fé na possibilidade do amor como fenômeno social, e não apenas excepcional-individual, é uma fé racional baseada em penetração na própria natureza do homem.”

Refletindo sobre a mensagem do autor penso – imediatamente – na pessoa da Desembargadora Suzana Carvalho Oliveira, que transmite, com seu exemplo, tal sentimento.

A vida da Dra. Suzana é uma prova incontestável do exercício desta arte, sempre presente no seu procedimento, no seu agir, no exercício da judicatura e na vida pessoal e familiar.

Se escolhi como tema desta modesta saudação o exercício do amor e da bondade, é porque o reconheço presente na personalidade da novel Desembargadora, evidenciado nos momentos cotidianos que são a matéria prima da

nossa vida. E se o afirmo com tal ênfase, é porque pude testemunhá-lo diretamente, durante o tempo em que nossas trajetórias se desenvolveram paralelas, na comarca de Frei Paulo, no início da década de 80.

Naquela época, a então Juíza de 1º Entrância, Dra. Suzana Carvalho Oliveira, era titular da Comarca de Frei Paulo, que compreendia também os distritos de Pinhão e Carira, sendo eu a Promotora Titular, ao longo de mais de um ano.

Éramos, ambas, mães de filhos pequenos, compartilhando as mesmas preocupações e cuidados. Também compartilhávamos as instalações do Fórum e o desejo de bem servir à comunidade e realizar a justiça.

Desenvolvíamos as atividades forenses e atendíamos à grande procura das pessoas da região, que para lá acorriam diariamente e que nunca voltavam para casa sem terem sido ouvidos.

Muitas vezes utilizamos o mesmo veículo, e não foram poucas as ocasiões em que o nosso velho fusquinha pôs à prova a paciência da Dra. Suzana, enguiçando seguidamente naquela época em que não havia telefone celular e o socorro dependia unicamente da boa vontade dos outros motoristas. Devo dizer ainda, que a minha perícia ao volante não era das maiores, o que revela outra qualidade incontestada da Dra. Suzana: a coragem.

Pois bem, mesmo nas situações mais estressantes, nunca vi a nobre Juíza perder a elegância, o bom humor, ou a bonomia. Esta serenidade, fruto de uma feliz combinação de segurança interior e elevação espiritual, permaneceu como característica imutável ao longo de sua carreira.

Paciência e bondade, atributos da personalidade da empossada, reconhecidos por todos que têm o prazer de desfrutar do seu convívio, são elementos que impregnarão os seus votos e contribuirão sobremaneira na realização da Justiça junto aos seus pares que compõem o Douto colegiado.

Senhoras e Senhores,

Estou convencida de que a homenageada desta tarde, porquanto dotada de predicamentos jurídicos, acumulados em estudos de pós-graduação e em trinta anos de fértil magistratura, emprestará ao colegiado não apenas um trabalho de alto nível técnico, mas também o seu sentimento que contribuirá para a realização de uma Justiça mais viva.

Felicito, portanto, este Egrégio Tribunal e os familiares da novel Desembargadora, a quem desejo pleno êxito e muitas alegrias nesta nova fase que ora se inaugura.

Muito Obrigada.

PRONUNCIAMENTO DE ABERTURA DO I WORKSHOP SOBRE INCLUSÃO E ACESSIBILIDADE - PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Rodomarques Nascimento*

CUMPRIMENTOS:

É com imensa satisfação que inicio os trabalhos desta manhã, quando será tratado o tema “INCLUSÃO E ACESSIBILIDADE DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA”.

Inicialmente, irresistível pontuar, de forma rápida, que a denominação escolhida para nosso evento, ao referir-se às pessoas com deficiência, mostra-se a mais ajustada com o atual estágio de desenvolvimento dos estudos sobre o assunto.

Todos nós, seres humanos, possuímos um intrincado sistema de órgãos e membros que possibilita o exercício das atividades cotidianas. Trata-se de maravilhas que a natureza nos presenteia embora, no mais das vezes, sequer as percebamos e valoramos devidamente.

Todavia, quando, por força de motivo qualquer, vemo-nos privados de alguma dessas funções, logramos compreender a perfeita dimensão desses pequenos milagres, cuja ausência ou comprometimento podem tornar complexas tarefas até então banais e corriqueiras.

A modernidade, por certo, vem oferecendo resposta a isso, disponibilizando sofisticados tratamentos médicos, equipamentos e artefatos, inclusive próteses, tudo direcionado à compensação ou recuperação das deficiências eventualmente diagnosticadas, a fim de que o exercício da vida possa ser realizado com dignidade.

Ocorre, porém, que não só o corpo exige tratamento. A plenipotência das pessoas com deficiência exige a recuperação de sua auto-estima, o resgate de sua consciência enquanto agente capaz. Sobretudo, exige que se chame à responsabilidade a sociedade civil e o Poder Público, esse último em especial, que se constitui, por desígnio da Constituição Federal, o protagonista a quem foi encarregada a tarefa de resgatar esses especiais brasileiros da negligência e do preconceito.

Então, neste momento, reunimo-nos com o intuito de ouvir, tomar conhecimento e reiterar os debates sobre qualidade de vida, controle social, políticas públicas de inclusão e acessibilidade de pessoas com deficiência.

Mas não há como se principiar a discussão da matéria sem se reconhecer, de logo, que o legislador Constituinte, com autonomia soberana e inteli-

* Procurador de Justiça, Coordenador-Geral do Ministério Público de Sergipe, em 15 de setembro de 2008.

gência invejável, ao editar a Constituição Federal de 1988, consagrou, em diversos momentos, dispositivos munindo as pessoas com deficiência de direitos importantes, a exigir seu cumprimento, a exemplo:

- da proibição de discriminação de salário e critérios de admissão para o trabalho (art. 7º XXXI);
- da reserva de percentual de cargos públicos (art. 37 VIII); e
- da acessibilidade a edifícios, logradouros e transporte coletivo, esse último, tema a ser tratado no dia de hoje.

Não se mostra concebível que, por exemplo, pessoas com necessidade especial de locomoção, a necessitar de cadeiras de rodas - popularmente conhecidas como *cadeirantes* -, podendo transitar sem qualquer ajuda, sejam obrigadas a se socorrer de terceiros para poder ter acesso a ruas, passeios, edifícios e transporte coletivo.

Nos termos da lei, esse direito de acesso é imperativo e tem de ser respeitado.

O Ministério Público, por obrigação de ofício, deve lançar mão dos instrumentos jurídicos que estão à sua disposição para exigir o respeito e a observância de tais direitos. Nesse ponto, quero prestar homenagem à honrosa e competente colega, **Dra. Berenice Andrade Melo**, Promotora de Justiça na Defesa da Pessoa com Deficiência, que com muito denodo e capacidade vem desempenhando brilhantemente suas funções.

É certo que as modificações pretendidas não podem se realizar ao mesmo tempo. Porém, gradativamente, podem-se observar prédios sendo construídos ou adaptados com rampas e sanitários de portas largas, corrimões e artefatos necessários, assim como se pode ver, em nossas ruas, ônibus com sistema de acesso a pessoas com deficiência.

Em resumo, existem progressos.

Todavia, ainda é muito pouco. É preciso avançar mais, seja educando, seja criando e melhorando o espaço urbano de nossas cidades.

Enfim, carece-se da compreensão das diversas entidades públicas e civis, a fim de que se encontre o ideal necessário no sentido de se proporcionar dignidade às pessoas com deficiência.

Tomemos o exemplo das **paraolimpíadas**, realizadas em Pequim, nas quais, mediante esforço e dedicação, limites físicos estão sendo vencidos, atestando-se a capacidade de pessoas com deficiência para feitos invejáveis, conquistando medalhas, respeito e admiração.

Vivencia-se, no ano de 2008, um marco para as pessoas com deficiência. Basta lembrar-se a realização da **II Conferência Nacional dos Direitos das Pes-**

soas com Deficiências, a ocorrer entre 1 e 4 de Dezembro de 2008, em Brasília, sob coordenação da Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, cujo mote será: *“Inclusão, Participação e Desenvolvimento – Um novo jeito de avançar.”*

Merecem referência, também, as pesquisas que vêm sendo realizadas com as células-tronco, assunto esse recentemente tratado pelo Supremo Tribunal Federal, ocasião em que a Excelsa Corte garantiu o avanço, no Brasil, dos estudos nessa área da ciência. Menciono, ainda, a facilitação do acesso ao trabalho; a questão da acessibilidade; e o ingresso no ensino educacional, fazendo especial referência ao programa **“Pré-Matricula”**, lançado durante o presente evento, voltado à inclusão de crianças e adolescentes com necessidades educacionais especiais na rede de ensino.

Em síntese, o presente *Workshop* é mais um esforço no sentido de avançarmos em busca de nosso objetivo: a crescente dignidade e a maior qualidade de vida das pessoas com deficiência.

Não mais vou me alongar, desejando boas-vindas a todos, na esperança de que o evento tenha o sucesso por nós pretendido.

Muito obrigado.

**RELATÓRIO DA OUVIDORIA
DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

OUVIDORIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

RELATÓRIO DE ATUAÇÃO

PERÍODO: AGOSTO DE 2006 A JUNHO DE 2008

Com o advento da Ementa Constitucional nº 45/2004, da República Federativa do Brasil foi implementada a “Reforma do Judiciário e do Ministério Público” e o legislador constituinte entendeu que deveria existir um Controle Externo ao Poder Judiciário e ao Ministério Público. Nesse toar, instituiu o Conselho Nacional de Justiça - CNJ e o Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP, com o objetivo de exercer um controle da atuação administrativa e financeira, bem como conter, punir e até desfazer atos abusivos da Magistratura e de membros do Ministério Público.

Face à determinação do § 5º do artigo 130-A da Constituição Federal foram criadas nos Estados as Ouvidorias do Ministério Público, visando a receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra membros ou órgãos do Ministério Público, inclusive seus serviços auxiliares, representando diretamente ao Conselho Nacional do Ministério Público.

Em Sergipe, a Ouvidoria do Ministério Público foi criada pela Lei Complementar nº 128 de 18 de Julho de 2006 e, através da Resolução nº 04/2006 do Colégio de Procuradores de Justiça, regulamentada a eleição para escolha do Ouvidor do Ministério Público. No dia 8 de agosto do mesmo ano, o Procurador de Justiça **Pedro Iroito Dória Leó** foi eleito, por unanimidade, tendo tomado posse imediatamente. Em 13 de setembro tornou-se público o Regimento Interno da Ouvidoria.

Desde então, a Ouvidoria vem recebendo representações, reclamações críticas, elogios, pedidos de informações e de orientação, além de sugestões. É um espaço livre, para o exercício de cidadania, já que visa a dar voz ativa às manifestações da população, sempre com o intuito de aproximar o Ministério Público dos munícipes.

Ressalte-se que as denúncias são encaminhadas aos Promotores de Justiça e os assuntos alheios ao *parquet* são enviados aos órgãos competentes para as providências cabíveis, sempre dando ciência do encaminhamento ao Promotor de Justiça, aos órgãos públicos respectivos ou ao cidadão interessado.

A Ouvidoria do Ministério Público na administração do Procurador de Justiça **Pedro Iroito Dória Leó**, cujo mandato expirou em face de sua aposentadoria, atuou em regime de cooperação com os demais órgãos do *parquet* não dispondo, contudo, de poderes correccionais. Portanto, não substitui e nem interfere nas atribuições da Corregedoria-Geral do Ministério Público.

Após sua aposentadoria, em sessão extraordinária do Colégio de Procuradores de Justiça, no dia 22 de julho de 2008, foi eleito o novo Ouvidor do Ministério Público o Procurador de Justiça Josenias França do Nascimento. Seu mandato será exercido excepcionalmente até dezembro próximo, quando será realizada nova eleição.

Sergipe foi um dos pioneiros Estados a implantar a Ouvidoria do Ministério Público.

Contatos através do *email* ouvidoria@mp.se.gov.br

**OUVIDORIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE
RECLAMAÇÕES, SUGESTÕES E DENÚNCIAS RECEBIDAS E ENVIADAS
DE AGOSTO DE 2006 A JUNHO DE 2008**

2006

RECEBIDAS	AGOSTO	SETEMBRO	OUTUBRO	NOVEMBRO	DEZEMBRO	TOTAL
Por e-mail	14	47	35	46	23	165
Por telefone	0	0	0	0	0	0
Pessoalmente	0	0	2	1	0	3
TOTAL	14	47	37	47	23	168

2007

RECEBIDAS	Por e-mail	Por telefone	Pessoalmente	TOTAL
JANEIRO	55	0	0	55
FEVEREIRO	42	0	0	42
MARÇO	49	0	0	49
ABRIL	58	0	0	58
MAIO	54	0	0	54
JUNHO	42	2	0	44
JULHO	67	0	0	67
AGOSTO	64	0	0	64
SETEMBRO	40	0	0	40
OUTUBRO	43	0	0	43
NOVEMBRO	42	5	0	47
DEZEMBRO	15	2	0	17
TOTAL	571	9	0	580

2008

RECEBIDAS	Por e-mail	Por telefone	Pessoalmente	TOTAL
JANEIRO	44	2	0	46
FEVEREIRO	48	2	0	50
MARÇO	49	1	0	50
ABRIL	64	2	0	66
MAIO	52	0	2	54
JUNHO	60	0	0	60
TOTAL	317	7	2	326

TOTAL GERAL

(Agosto de 2006 a Junho de 2008).

RECEBIDAS	Por e-mail	Por telefone	Pessoalmente	TOTAL
TOTAL	1053	16	5	1074

* Todas as sugestões, reclamações e denúncias recebidas são encaminhadas à Coordenadoria do Ministério Público, ao Centro de Apoio Operacional, à Escola Superior do Ministério Público, às Promotorias específicas ou aos demais órgãos da administração pública.

**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

MILLIANE PINHEIRO DA SILVA

**ESTAGIÁRIOS DA ESCOLA SUPERIOR DO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE SERGIPE**

ANDREY LUIZ DOS SANTOS

MÔNICA BARBOSA LIMA RIBEIRO

2008

REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE

N: 22

