ISSN 1806-2598

REVISTA

DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE

Sergipe | Ano XIX | Nº 23 | 2009

ISSN 1806-2598

REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE

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

REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE

CONSELHO EDITORIAL

EDUARDO LIMA DE MATOS
ADÉLIA MOREIRA PESSOA
DARCILO MELO COSTA
CARLOS AUGUSTO ALCÂNTARA MACHADO
JORGE MURILO SEIXAS DE SANTANA
JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA FILHO

Revista do Ministério Público do Estado de Sergipe, nº 23
(2009) Aracaju: Ministério Público do Estado de Sergipe, 1991

ISSN 1806-2598

1. Direito - Periódicos. I. Sergipe. Ministério Público.
(060.1/8) CDU. 34 (05)

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

ANO XIX - Nº 23 - 2009

MINISTÉRIO PÚBLICO DE SERGIPE

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

CORREGEDORA-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO
Maria Creuza Brito de Figueiredo

SUPLENTE
Maria Luiza Vieira Cruz

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 RODOMARQUES NASCIMENTO
Procurador de Justiça JOSENIAS FRANÇA DO NASCIMENTO
Procuradora de Justiça ANA CHRISTINA SOUZA BRANDI

SECRETÁRIO
Promotor de Justiça ORLANDO ROCHADEL MOREIRA

COLÉGIO DE PROCURADORES DE JUSTIÇA

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

SECRETÁRIO
Procurador de Justiça JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA FILHO

MEMBROS
Procuradora de Justiça MARIA EUGÊNIA DA SILVA RIBEIRO
Procurador de Justiça MOACYR SOARES DA MOTTA
Procuradora de Justiça MARIA LUIZA VIEIRA CRUZ
Procuradora de Justiça MARIA CREUZA BRITO DE FIGUEIREDO
Procurador de Justiça RODOMARQUES NASCIMENTO
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 JOSENIAS FRANÇA DO NASCIMENTO
Procuradora de Justiça ANA CHRISTINA SOUZA BRANDI
Procurador de Justiça CELSO LUÍS DÓRIA LEÓ
Procuradora de Justiça MARIA CONCEIÇÃO DE F. ROLEMBERG

COMISSÕES PERMANENTES
ASSUNTOS ADMINISTRATIVOS

MEMBROS
Procurador de Justiça LUIZ VALTER RIBEIRO ROSÁRIO
Procurador de Justiça RODOMARQUES NASCIMENTO
Procuradora de Justiça ANA CHRISTINA SOUZA BRANDI

ASSUNTOS INSTITUCIONAIS

MEMBROS
Procurador de Justiça MOACYR SOARES DA MOTTA
Procurador de Justiça JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA FILHO
Procurador de Justiça JOSENIAS FRANÇA DO NASCIMENTO

ASSESSORIA DA PROCURADORA-GERAL
Promotor de Justiça:
CARLOS AUGUSTO ALCÂNTARA MACHADO
MANOELCABRAL 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 MENDONÇA
Substituto: Procurador de Justiça RODOMARQUES NASCIMENTO

CÂMARAS CÍVEL E CRIMINAL

Procuradores de Justiça:
MARIA EUGÊNIA DA SILVA RIBEIRO
MOACYR SOARES DA MOTTA
JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA FILHO
MARIA LUIZA VIEIRA CRUZ
MARIA CREUZA BRITO DE FIGUEIREDO
RODOMARQUES NASCIMENTO
MARIA HELENA FERNANDES DE BARROS
LUIZ VALTER RIBEIRO ROSÁRIO
MARIA JOSELITA ALMEIDA BARBOSA
JOSENIAS FRANÇA DO NASCIMENTO
ANA CHRISTINA SOUZA BRANDI
CELSO LUÍS DÓRIA LEÓ
MARIA CONCEIÇÃO DE F. ROLEMBERG

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

DIRETOR
Promotor de Justiça EDUARDO ANTÔNIO SEABRA

NÚCLEO DE SEGURANÇA PÚBLICA
Promotor de Justiça EDUARDO ANTÔNIO SEABRA

NÚCLEO DE APOIO À INFÂNCIA E ADOLESCÊNCIA
Promotora de Justiça MIRIAM TERESA CARDOSO MACHADO

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 NILZIR SOARES VIEIRA JÚNIOR

NÚCLEO DO MEIO AMBIENTE, URBANISMO, PATRIMÔNIO SOCIAL E CULTURAL
Promotor de Justiça GILTON FEITOSA CONCEIÇÃO

NÚCLEO RECURSAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO
Diretor: MANOEL CABRAL MACHADO NETO

Membros: PROMOTORES DE JUSTIÇA ASSESSORES DA PROCURADORA-GERAL DE JUSTIÇA, DA CORREGEDORA-GERAL E DO COORDENADOR-GERAL

PROMOTORIAS DE JUSTIÇA DOS DIREITOS DO CIDADÃO DE ARACAJU

1ª Promotoria do Cidadão Especializada na Defesa do Patrimônio Público
Promotor de Justiça EDUARDO BARRETO D'ÁVILA FONTES
2ª Promotoria do Cidadão Especializada em Serviços de Relevância Pública, Controle Externo da Atividade Policial e Questões Agrárias
Promotor de Justiça EDUARDO ANTÔNIO SEABRA
3ª Promotoria do Cidadão Especializada em Saúde
Promotora de Justiça MIRIAM TERESA CARDOSO MACHADO
4ª Promotoria do Cidadão Especializada na Defesa do Acidentado do Trabalho, Idoso, Deficiente e Direitos Humanos em Geral
Promotora de Justiça BERENICE ANDRADE DE MELO
5ª Promotoria do Cidadão Especializada em Meio Ambiente, Urbanismo, Patrimônio Social e Cultural, e Controle e Fiscalização do Terceiro Setor
Promotora de Justiça ANA PAULA MACHADO COSTA MENESES
6ª Promotoria do Cidadão Especializada em Educação
Promotor de Justiça ORLANDO ROCHADEL MOREIRA

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

Promotor de Justiça EDUARDO ANTÔNIO SEABRA
Promotora de Justiça BERENICE ANDRADE MELO

ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

DIRETOR
Promotor de Justiça EDUARDO LIMA DE MATOS

DIRETOR ADMINISTRATIVO E PEDAGÓGICO:
Adélia Moreira Pessoa

CONSELHO ADMINISTRATIVO
Presidente: EDUARDO LIMA DE MATOS

Promotor de Justiça JORGE MURILO SEIXAS DE SANTANA
Promotor de Justiça MANOEL CABRAL MACHADO NETO
Promotor de Justiça SANDRO LUIZ DA COSTA
Promotora de Justiça ADÉLIA MOREIRA PESSOA

PROMOTORIAS DE JUSTIÇA DE ARACAJU DE ENTRÂNCIA FINAL

1º Promotor de Justiça (1ª, 4ª, 7ª e 8ª Varas Cíveis)
AUGUSTO CÉSAR LOBÃO MOREIRA

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

3º Promotor de Justiça (14ª Vara Cível)
GILTON FEITOSA CONCEIÇÃO

4º Promotor de Justiça (15ª e 21ª Varas Cíveis)
ODIL SILVA OLIVEIRA

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 Promotora de Justiça da Curadoria de Família e Sucessões (2ª Vara Cível)
MÁRCIA MENDES MATOS

5º Promotor de Justiça da Curadoria de Família e Sucessões (5ª Vara Cível)
ALDO SOUZA ARAGÃO

1º Promotor de Justiça da Curadoria da Fazenda Pública
(3ª Vara Cível)
HENRIQUE RIBEIRO CARDOSO

2º Promotor de Justiça da Curadoria da Fazenda Pública
(12ª Vara Cível)
CARLOS AUGUSTO ALCÂNTARA MACHADO

3º Promotor de Justiça da Curadoria da Fazenda Pública
(18ª Vara Cível)
JORGE MURILO SEIXAS DE SANTANA

4º Promotor de Justiça da Curadoria da Fazenda Pública
(19ª Vara Cível)
MARCÍLIO DE SIQUEIRA PINTO

5º Promotora de Justiça da Curadoria da Fazenda Pública
(12ª e 20ª Varas Cíveis)
MARIA EUGÊNIA DEDA

7º Promotora 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 Promotora 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 Promotora de Justiça Distrital (1ª Vara de Assist. Jud.)
CARMEM LÚCIA BUARQUE DE GUSMÃO

2º Promotora de Justiça Distrital (2ª Vara de Assist. Jud.)
ANA CRISTINA ARAGÃO DE CARVALHO

3º Promotora de Justiça Distrital (3ª Vara de Assist. Jud.)
MARILENE PAES B. DE FIGUEIREDO

4º Promotora 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 Promotora de Justiça Distrital (6ª Vara de Assist. Jud.)
ANA CLÁUDIA M. COSTA MORAES

7º Promotora de Justiça Distrital (7ª Vara de Assist. Jud.)
ANA GALGANE PAES

1º Promotor de Justiça Criminal (1ª Vara Criminal)
LUÍS ALBERTO MOURA ARAÚJO

2º Promotora de Justiça Criminal (2ª Vara Criminal)
JULIANA CHECUCCI CARBALLAL

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

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

5º Promotora 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)
DEIJANIRO JONAS FILHO

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

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

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

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

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

2º Promotora de Justiça das Execuções Criminais
(7ª Vara Criminal/VEMPA)
VERÔNICA DE OLIVEIRA LAZAR AMADO

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

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

PROMOTORIAS DE JUSTIÇA DO INTERIOR DE ENTRÂNCIA FINAL

ITABAIANA
1º Promotor de Justiça Criminal (1ª Vara Criminal)
JOSÉ LUCAS DA SILVA GOIS

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

1º Promotora de Justiça (Vara Cível)
ALLANA RACHEL MONTEIRO BATISTA SOARES COSTA

2º Promotor de Justiça (Vara Cível)
VIRGÍLIO DO VALE VIANA

Promotor de Justiça Especial (JESP Civel e Criminal)
EMERSON OLIVEIRA ANDRADE

ESTÂNCIA
Promotora de Justiça Criminal (Vara Criminal)
ADRIANA RIBEIRO OLIVEIRA

1º Promotor de Justiça (Vara Cível)
GIMARCOS EVANGELISTA DE ALCÂNTARA

2º Promotora de Justiça (Vara Cível)
CARLA ROCHA BARRETO DE ALMEIDA

Promotora de Justiça Especial (JESP Cível e Criminal)
MARIA HELENA SANCHES LISBÔA VINHAS

LAGARTO
Promotor de Justiça Criminal (Vara Criminal)
FRANCISCO JOSÉ DE OLIVEIRA GÓIS

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 (JESP Cível e Criminal)
CARLOS HENRIQUE SIQUEIRA RIBEIRO

PROPRIÁ
1º Promotor de Justiça
PETERSON ALMEIDA BARBOSA

2º Promotor de Justiça
JOÃO RODRIGUES NETO

TOBIAS BARRETO
1º Promotor de Justiça
CARLOS CÉSAR SOUZA SOARES

2º Promotor de Justiça
VAGO

NOSSA SENHORA DO SOCORRO
1º Promotora de Justiça Criminal (Vara Criminal)
CLÁUDIA DANIELA DE FREITAS SILVEIRA FRANCO

2º Promotora 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

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

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

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

Promotor de Justiça Criminal (Vara Criminal)
ALEXANDRO SAMPAIO SANTANA

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

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

CANINDÉ DO SÃO FRANCISCO
Promotora de Justiça
SUZY MARY DE CARVALHO VIEIRA

PROMOTORIAS DE JUSTIÇA DO INTERIOR DE ENTRÂNCIA INICIAL

AQUIDABÃ
Promotor de Justiça PAULO JOSÉ FRANCISCO ALVES FILHO

ARAUÁ
Promotora de Justiça MÔNICA MARIA HARDMAN DANTAS BERNARDES

BARRA DOS COQUEIROS
Promotor de Justiça ANTÔNIO CARLOS NASCIMENTO SANTOS

BOQUIM
Promotor de Justiça EDUARDO FRANKLIN M. DE OLIVEIRA

CAMPO DO BRITO
Promotora de Justiça FABIANA CARVALHO VIANA FRANCA

CAPELA
Promotora de Justiça ANA LEILA COSTA GARCEZ

CARIRA
Promotor de Justiça ADSON ALBERTO CARDOSO DE CARVALHO

CARMÓPOLIS
Promotora de Justiça POLLYANA MARA CASTRO DE AGUIAR

CEDRO DE SÃO JOÃO
Promotor de Justiça ANDERSON VIANA SOUZA

CRISTINÁPOLIS
Promotor de Justiça ALEXANDRE ALBAGLI OLIVEIRA

FREI PAULO
Promotor de Justiça ADEMILTON DE OLIVEIRA SANTOS

GARARU
Promotor de Justiça MAURÍCIO GUSMÃO MAGALHÃES

ITABAIANINHA
Promotora de Justiça TALITA CUNEGUNDES FERNANDES DA SILVA

ITAPORANGA D'AJUDA
Promotor de Justiça ARNALDO FIGUEIREDO SOBRAL

JAPARATUBA
Promotor de Justiça NILZIR SOARES VIEIRA JÚNIOR

LARANJEIRAS
Promotor de Justiça WALTER CÉSAR NUNES SILVA

MARUIM
Promotor de Justiça CECÍLIA NOGUEIRA GUIMARÃES

NEÓPOLIS
Promotora de Justiça KARLA CHRISTIANY CRUZ LEITE

NOSSA SENHORA DA GLÓRIA
Promotor de Justiça ALEX MAIA ESMERALDO DE OLIVEIRA

NOSSA SENHORA DAS DORES
Promotor de Justiça RENÊ ANTÔNIO ERBA

PACATUBA
Promotor de Justiça EDYLENO ÍTALO SANTOS SODRÉ

POÇO REDONDO
Promotora de Justiça MARIA RITA MACHADO FIGUEIRÊDO

POÇO VERDE
Promotor de Justiça LÚCIO JOSÉ CARDOSO BARRETO LIMA

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

SIMÃO DIAS
Promotor de Justiça RICARDO SOBRAL SOUZA

UMBAÚBA
Promotor de Justiça RENATO VIEIRA DANTAS BERNARDES

PROMOTORES DE JUSTIÇA SUBSTITUTOS

Promotora de Justiça Substituta
TATIANA SOUTO QUIRINO

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 DE LIMA BARRETO
PEDRO IROÍTO DÓRIA LEÓ
MARIA IZABEL SANTANA DE ABREU

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

INTEGRANTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SERGIPE, ORIUNDO DO MINISTÉRIO PÚBLICO
Desembargador LUIZ ANTÔNIO ARAÚJO MENDONÇA

APRESENTAÇÃO

Apresentamos, com grande satisfação, o resultado do esforço integrado de todos que participaram para que mais um número da Revista do Ministério Público de Sergipe pudesse ser publicado.

Nesta edição, além das seções sempre presentes em nossa revista, onde são destacados os trabalhos premiados no concurso de melhor arrazoado, artigos, peças jurídicas e discursos, ressaltamos o espaço dedicado aos trabalhos apresentados no VII Encontro do Ministério Público do Estado de Sergipe - O Ministério Público na Contemporaneidade.

Poderão ser lidas as conferências, bem como as experiências relevantes do Ministério Público de Sergipe, que abrilhantaram aquele evento.

Ressaltamos também a jurisprudência institucional e a seção reservada para os excertos históricos deste Ministério Público.

Para que os novos colegas não percam de vista a luta daqueles que, no passado, viabilizaram a conquista do atual respeito atribuído a esta Instituição, é nossa pretensão sempre trazer fragmentos da história do Ministério Público nos próximos números desta revista.

Reverenciar suas memórias, nas palavras de Lauro Pereira Guimarães, é reconhecer a *semeadura fecunda que fizeram.*

Assim é o democrático espaço desta publicação: ponto de encontro em que os mais experientes e os mais jovens membros do Ministério Público podem se expressar, refletir e crescer.

Boa leitura!

MARIA CRISTINA DA GAMA E SILVA FOZ MENDONÇA
Procuradora-Geral de Justiça

SUMÁRIO

VII ENCONTRO ESTADUAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE

CONFERÊNCIAS

O PERFIL CONSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO..... 31
Carlos Ayres Britto

O MINISTÉRIO PÚBLICO E O SEU CONSELHO NACIONAL..... 45
Cláudio Barros Silva

MINISTÉRIO PÚBLICO: PERSPECTIVAS E DESAFIOS..... 63
Maria Tereza Sadek

O MINISTÉRIO PÚBLICO CONTEMPORÂNEO..... 75
Eduardo Abdon Moura

EXPERIÊNCIAS RELEVANTES

O PROJETO PATERNIDADE RESPONSÁVEL NA CONTEMPORANEIDADE..... 101
Alessandra Pedral de Santana

SISTEMA DE AVISO LEGAL POR VIOLÊNCIA, MAUS TRATOS E EXPLORAÇÃO SEXUAL CONTRA CRIANÇA E ADOLESCENTE. 105
Maria Conceição de Figueiredo Rolemberg

SISTEMA INFORMATIZADO DOS ABRIGOS EM ARACAJU E MUNICÍPIOS SERGIPANOS - S.I.A..... 113
Maria Conceição de Figueiredo Rolemberg

PRÊMIO MELHOR ARRAZOADO JURÍDICO 2009

(I) LEGALIDADE DA "TAXA" DE ESGOTO EM SERGIPE..... 123
Augusto César Leite de Resende

TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA - INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS..... 131
Emerson Oliveira Andrade

A CUMULATIVIDADE DE RESPONSABILIDADES POR ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA EM FUNÇÃO DA DISTINÇÃO DE SUAS NATUREZAS JURÍDICAS..... 155
Bruno Oliveira Falcão

SISTEMA PENAL E MÍDIA: BREVES LINHAS SOBRE UMA RELAÇÃO CONFLITUOSA..... 175
Juliana de Azevedo Santa Rosa

PRÊMIO MELHOR ARRAZOADO FORENSE 2009

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DIREITO À SAÚDE - PACIENTE EM ESTADO GRAVE QUE NECESSITA DE TRATAMENTO FORA DO DOMICÍLIO - TFD..... 201
José Rony Silva Almeida

APELAÇÃO CRIMINAL TOMBADA SOB O Nº. 2008307464, OFERTADA NOS AUTOS DA AÇÃO PENAL Nº. 200577021021, NA QUAL SE IMPUTA A EX-PREFEITO A PRÁTICA DE CRIME DE RESPONSABILIDADE..... 213
Alex Maia Esmeraldo de Oliveira

ARTIGOS

A ATIVIDADE PROBATÓRIA *EX OFFICIO JUDICIS* NA RECENTE REFORMA PROCESSUAL PENAL..... 231
Mauro Fonseca Andrade

A STF ESTÁ ASSUMINDO UM "ATIVISMO JUDICIAL" SEM PRECENDENTES? 255
Luiz Flávio Gomes

UN ESTUDIO COMPARADO DEL COMPORTAMENTO DE LA CORTE SUPREMA Y DE LA PROCURACIÓN GENERAL EN LA ARGENTINA ATRAVÉS DEL EJERCICIO DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD (1935-1983) 257
Jorge O. Bercholc

MÁRIO CABRAL - ESCRITOR SERGIPANO-BAIANO 279
Darcilo Melo Costa

LICENCIAMENTO AMBIENTAL E URBANÍSTICO DA ESTAÇÃO RÁDIO BASE-SERVIÇOS DE TELEFONIA CELULAR-CASO DA RUA JÚLIO SANTANA, BAIRRO 13 DE JULHO 287
Ana Paula Machado Costa Meneses

UMA BREVE ANÁLISE DA LEI MARIA DA PENHA 297
Fábio Dantas de Oliveira

SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS PARA MAIORES DE 60 ANOS: INCONSTITUCIONALIDADE? 311
Julival Pires Rebouças Neto

VIOLÊNCA CONTRA A MULHER: DA NORMA À REALIDADE - UM DESAFIO PERMANENTE 315
Adélia Moreira Pessoa
Angeline Nardeli Fonseca
Antônia Silva Meneses

ATUAÇÃO DO MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL 337
Ubirajara Braga de Albuquerque
Danilo Lovisaro do Nascimento

PEÇAS JURÍDICAS

EXECUÇÃO FISCAL - IPTU - LIMITES MUNICÍPIO ARACAJU... 355
Rodomarques Nascimento

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS..... 381
José Carlos de Oliveira Filho

CONTRA-RAZÕES EM AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DO REGISTRO DE CANDIDATURA..... 389
Alex Maia E. de Oliveira

ALEGAÇÕES FINAIS. NEGLIGÊNCIA MÉDICA. ABANDONO DE PLANTÃO..... 441
Alonso Gomes Campos Filho

AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA PARA ANULAÇÃO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO..... 453
Peterson Almeida Barbosa

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - LICENCIAMENTOS AMBIENTAL E URBANÍSTICO - INSTALAÇÃO DE ESTAÇÃO RÁDIO BASE..... 477
Ana Paula Machado Costa Meneses

DISCURSOS

REPENTE A JOSÉ LUIZ MELO..... 489
Marcelo Augusto Barreto de Carvalho

DISCURSO DE POSSE NO CARGO DE PROCURADOR DE JUSTIÇA 493
Maria Conceição de Figueiredo Rolemberg

ANAMIRA BATALHA - ENTRE A TRISTEZA E A ALEGRIA..... 503
Gimarcos Evangelistas de Alcântara

PRONUNCIAMENTO NA SOLENIDADE DE CONCESSÃO DA MEDALHA DO MÉRITO PARLAMENTAR..... 507
Ana Christina Souza Brandi

PRONUNCIAMENTO NA INAUGURAÇÃO DO ESPAÇO CULTURAL "PROMOTORA DE JUSTIÇA MARIA ANAMIRA"..... 513
José Carlos de Oliveira Filho

DISCURSO DE SAUDAÇÃO A CRISTINA MENDONÇA..... 517
Luiz Valter Ribeiro Rosário

DISCURSO DA PROCURADORA-GERAL DE JUSTIÇA NA SOLENIDADE DE POSSE DE MESA DIRETORA DO TJSE 2009..... 525
Maria Cristina da Gama e Silva Foz Mendonça

JURISPRUDÊNCIA INSTUTICIONAL

STJ - RECURSO ESPECIAL Nº 928.550 - AP (2006/0013316-9) ILIGITIMIDADE PASSIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL.... 535

EXCERTOS HISTÓRICOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE

PIONERISMO NA LUTA INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO..... 545

PRONUNCIAMENTO NA INAUGURAÇÃO DO FÓRUM PAULO MOURA, NA CIDADE DE MOITA BONITA, EM 26 DE DEZEMBRO DE 2006..... 551
Ana Paula de Carvalho Moura

CONFERÊNCIAS

O PERFIL CONSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O MINISTÉRIO PÚBLICO E O SEU CONSELHO NACIONAL

MINISTÉRIO PÚBLICO: PERSPECTIVAS E DESAFIOS

O MINISTÉRIO PÚBLICO CONTEMPORÂNEO

VII Encontro Estadual do MPSE

O PERFIL CONSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO*

Carlos Ayres Britto**

Boa tarde a todos. Quero saudar a mesa Diretora dos trabalhos, na pessoa da Doutora Procuradora Geral, Cristina Foz; saudar a platéia também, com todo o carinho, na pessoa do Professor Carlos Augusto Alcântara Machado, querido amigo, constitucionalista admirado no Brasil todo, autor de obras importantes. Digo a todos que me sinto até emocionado em retornar a essa casa, em que fui Procurador Geral de Justiça de mil novecentos e oitenta e três e mil novecentos e oitenta e quatro. Já se vão vinte e seis anos, e aqui fiz grandes amizades. Conheci o Ministério Público mais de perto, com mais profundidade; me tornei um admirador incondicional da Instituição. Lembro-me de pessoas que me assessoraram, como Darcilo Melo Costa, eminente Procurador que está aqui presente, Eduardo Cabral, e tantos outros. Alguns já se foram. O destino já levou alguns de nossos colegas de então, como por exemplo, o ex-Procurador José Andrade. E voltar a essa Casa é motivo de emoção. Se a personalidade, a biografia de todos nós, de alguma forma é adornada a partir dos cargos exercidos, sem dúvidas que esse, de Procurador Geral de Justiça, me deixa particularmente feliz, orgulhoso, sem vaidade, quero dizê-lo, pelo menos sem narcisismo da minha trajetória de vida pública, de vida profissional. O Professor Carlos Augusto Machado, quando me fez o convite, e a Doutora Cristina Foz, nossa Procuradora Geral de Justiça, me deixaram muito a vontade para falar sobre um tema mais aberto, recorrentemente se diz, um tema guarda-chuva, debaixo do qual cabem muitos assuntos, muitas reflexões, por isso eu sugeri diante disso, dessa abertura, dessa compreensão para com o tempo escasso de cada um dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, eu escolhi esse tema "O perfil constitucional do Ministério Público", e comecei a fazer umas anotações na perspectiva de trocar umas idéias com os senhores, e de ser de alguma forma útil. Comecei com esse propósito que não podia deixar de ser, de ver na Constituição aqueles, aquelas passagens, aqueles dispositivos mais marcantes, denotadores ou definidores do perfil institucional

* Transcrição da Conferência proferida no VII Encontro do Ministério Público do Estado de Sergipe, em 15/05/2009.

** Ministro do Supremo Tribunal Federal, Doutor em Direito, Professor de Direito.

do Ministério Público. Por isso que comecei a estudar a própria estrutura formal da Constituição, o seu arcabouço normativo por inteiro, formalmente considerado, para ver a razão de ser da inserção do Ministério Público topograficamente no título de número quatro da Constituição, devotado a organização dos poderes, e o capítulo de número quatro, versantes sobre as funções essenciais a jurisdição. O Ministério Público está ali na Constituição no capítulo sobre organização dos poderes, como uma instituição vizinha de porta do Poder Judiciário. O Poder Judiciário está no capítulo de número três, e o Ministério Público está no capítulo de número quatro. E por que essa vizinhança, essa contigüidade física topográfica? Porque o Ministério Público se aproxima do Judiciário na medida em que a jurisdição é prestada pelo Judiciário e o Ministério Público desempenha uma função essencial a essa jurisdição, jurisdição no sentido de dizer o Direito, de jurisdizer, jurisdiction. Cabe ao Judiciário, efetivamente, não criar o Direito objetivo. O direito, logo abaixo da Constituição, o direito objetivo no plano da abstratividade, é criado pelo Poder Legislativo. É o Poder Legislativo que aplica primariamente a Constituição para produzir o chamado direito infraconstitucional legislativo, portanto, o direito legislativo abaixo da Constituição, é competência do Poder Legislativo, mas o Judiciário interpreta esse direito para ver da adequação de condutas em concreto a ele, ao Direito Legislativo. Julgar é essa tentativa, não é, de aferir a compatibilidade entre atos empíricos concretos e sua teórica e abstrata conformação legislativa. O Ministério Público atua nesse espaço de funcionamento do Estado e mais de perto de atuação do Poder Judiciário. O Ministério Público não diz o Direito, mas opina quanto a classificação jurídica dos fatos, quanto à adequação ou não de condutas em concreto a esse molde legislativo, e é como uma espécie de marquise sem fim, sobre a qual todos nós transitamos, afinal ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, diz o artigo quinto da Constituição, inciso de número dois. Mas há um outro motivo para o Ministério Público ser vizinho de porta do Poder Judiciário na estrutura formal da Constituição: é que organicamente visto, focado, organizacionalmente focado, estruturalmente focado, o Ministério Público tem por paradigma o Poder Judiciário. O Ministério Público foi concebido pela Constituição a imagem e semelhança do Poder Judiciário: forma de investidura nos cargos, tanto do Ministério Público Estadual, quanto do Ministério Público da União, por suas diversas formas, promoção, subsídio (embora o subsídio quanto a paridade, venha não por disposição constitucional ,

mas por disposição legal perfeitamente compatível com os desígnios com a teleologia da Constituição), aposentadoria, destituição ou perda do cargo, as garantias da irredutibilidade de subsídios, a inamovibilidade, a vitaliciedade, o período de estágio probatório, as vedações, hoje são exatamente as mesmas, então , o paradigma, o molde institucional de que se valeu a Constituição para conceber o Ministério Público, foi o Poder Judiciário. Essa contigüidade, essa proximidade topográfica se explica portanto no plano objetivo, que é o plano da atividade. A função jurisdicional enquanto a atividade objetiva congloba as duas instituições. Não há função jurisdicional sem a participação do Ministério Público, e a estruturação dos dois sistemas de órgãos, a estruturação é assemelhadíssima, no que se houve muito bem a Constituição. O Ministério Público para lembrar um poema de Castro Alves, ele foi um Judeu errante. Ao lado da história constitucional brasileira, já foi do legislativo, já foi do executivo, já foi do judiciário, finalmente veio a Constituição e disse: "O Ministério Público não é de ninguém, é da sociedade". E o Ministério Público faz parte do esquema da tripartição dos poderes. Ele não se circunscreve no âmbito de nenhum dos três poderes estatais, segundo o clássico esquema da tripartição dos poderes de Montesquieu. Aliás, eu estava lendo um discurso muito bonito de Luís Valter, meu querido Procurador e Poeta, e trocadilhista, Luís Valter, esse talento múltiplo que nos encanta a todos, e ele dizia citando Roberto Lira, um discurso de saudação à Doutora Cristina Foz quando da sua posse do seu segundo mandato. Doutor Luis Valter lembrava citando Roberto Lira, "que se Montesquieu hoje, teorizasse sobre a estruturação dos poderes do estado, incluiria um quarto poder, que seria exatamente o Ministério Público". Mas o fato é que o Ministério Público mantém uma linha direta com ou a pessoa do Estado Membro de que faça parte ou com a União. O Ministério Público se liga imediatamente à pessoa jurídica da União ou a pessoa jurídica do Estado membro, sabido que o Ministério Público do Distrito Federal é também da União. Exatamente como ocorreu com os Tribunais de Contas, os Tribunais de Contas não fazem parte de nenhum dos poderes, mas a Constituição tratou melhor o Ministério Público do que o fez, alusivamente aos Tribunais de Contas, porque os Tribunais de Contas estão no capítulo. Sobre o Poder Legislativo e o Ministério Público não está versado senão em capítulo autônomo, independente, e em apartado, vizinho do Poder Judiciário, mas separado ao mesmo tempo. O Tribunal de Contas, os Tribunais de Contas não tiveram para si, vamos falar do Tribunal de Contas da União à luz da Constituição

Federal, e o Tribunal de Contas da União é o êmulo, é o paradigma para todos os outros Tribunais de Contas. O Tribunal de Contas da União está regrado pela Constituição no círculo, no espaço normativo versante sobre o Congresso Nacional, sobre o Poder Legislativo, embora não seja órgão do Poder Legislativo. O Tribunal de Contas não recebeu, não foi nominalmente citado no conjunto normativo em separado, não há um conjunto normativo com o nome do Tribunal de Contas da União, mas há um conjunto normativo com o nome do Ministério Público. Então o Ministério Público foi tratado pela Constituição, com mais atenção ainda do que o próprio Tribunal de Contas, e quando nos transportamos para o capítulo quarto, das Funções Essenciais à Justiça, a primeira observação que me ocorre, é que justiça aqui não é no sentido orgânico, não é Poder Judiciário, não se trata de Poder Judiciário.Justiça aqui é função jurisdicional, é atividade, no sentido não subjetivo orgânico, mas no sentido objetivo, é atividade, como aliás diz o artigo cento e vinte e sete. O artigo cento e vinte e sete coloca as coisas nos seus devidos lugares. O Ministério Público é uma instituição permanente, essencial a função jurisdicional do Estado. Assim como não se pode exercer o controle contábil, orçamentário, financeiro, o controle externo sobre a administração pública sem a participação dos Tribunais de Contas, não se pode exercer a jurisdição sem a participação do Ministério Público. O Ministério Público é uma instituição necessária, de existência necessária, que não pode deixar de existir, com essa adjetivação de permanente para qualificá-la ainda mais. Todas as vezes que a Constituição trata em separado um cargo, uma autoridade, um órgão, uma pessoa jurídica, o faz para prestigiar. É próprio da Constituição separar para valorizar, assim acontece com o Ministério Público. Instituição aqui é uma instituição aparato, é instituição aparelho, é instituição órgão. O Ministério Público não tem personalidade jurídica, é um sistema de órgãos sem personalidade jurídica. A personalidade jurídica ou é do Estado membro ou é da União. Eu ainda tenho a mania de dizer a União Federal, embora a Constituição em nenhum momento fale de União Federal, mas os mais antigos, e eu faço parte deles, pelo menos em idade, sempre se lembram de que as Uniões Estatais são mais comumente grafadas ou qualificadas como Confederação ou Federação. Então se usa União Federal como distinção a União Confederal, e o fato é que na nossa Constituição há uma Confederação prevista no parágrafo único do artigo quarto. Ali está dito que o Brasil formará uma comunidade Latino Americana de Nações, isso é uma Confederação, então, como há previsão de uma estrutura estatal confederal,

eu ainda acho válido falar em União Federal. A Confederação é uma união de estados soberanos, a Federação é uma união de estados simplesmente autônomos. Mas há dois tipos de instituição, no singular, dois tipos de instituição. Ou uma instituição é uma idéia, por exemplo: idéia de justiça, ou idéia de tributo, ou a idéia de pena, ou a idéia de lei, ou a instituição é uma entidade, um aparelho, um órgão, como por exemplo: o Fisco, o Poder Legislativo, o Poder Judiciário, a Empresa. E nós transitamos debaixo também dessa marquise sem fim, que são as instituições, porque são elas que que fazem a nossa cabeça e plasmam o caráter da coletividade. Quero saudar os eminentes Desembargadores Cesário Siqueira e Josefa Paixão, Cesário foi meu aluno lá em Propriá, e eu fui aluno do avô dele, e Josefa foi minha colega de turma, fizemos vestibular juntos e nos formamos juntos, é por isso que voltar a Sergipe tem um sabor diferente. Aqui ninguém me chama de Ministro, que é ótimo. Ou eu sou chamado de Carlinhos, como Josefa me chama, ou de Professor, como Cesário me chama. Então, carinho maior não pode haver. É muito bom retornar a nossa terra. Então, toda a sociedade se organiza em torno das instituições. Primeiro vem a instituição idéia: ninguém deve ser escravo senão da lei; é preciso que haja justiça na base dos relacionamentos intersubjetivos e intergrupais; os custos da máquina administrativa e os investimentos públicos devem ser custeados mediante tributos; os que cometem infração penal devem ser castigados, sofrer reprimenda ou pena. Então a idéia de pena, de tributo, de justiça, de lei, é uma idéia força, é uma locomotiva social, e, quando a idéia é necessária, estruturante, indispensável, indescartável da vida coletiva, a sociedade organiza uma entidade, um órgão, para se especializar no exercício dessa idéia força, dessa atividade a que corresponde a uma idéia força. A justiça corresponde ao Poder Judiciário, a lei corresponde o Poder Legislativo, a pena corresponde a penitenciária, ao tributo corresponde o Fisco. Gravitamos em torno das instituições, ora no plano objetivo, ora no plano subjetivo orgânico. O Ministério Público aqui é versado como Instituição aparelho, Instituição aparato, correspondendo à idéia que é preciso haver na ossatura do Estado um Órgão especializado, na ação penal que atue como *dominus litis,* o senhor da lide penal, e é preciso haver um aparelho estatal que se manifeste de pronto. É preciso haver um aparelho estatal opinativo guardião da lei, guardião da juridicidade, que o faça com independência, dotado de independência técnica, é o Ministério Público.O Ministério Público, não por acaso, é chamado de custodiador da lei, custo legis, guardião da lei, isso tradicionalmente, porque, à luz do

artigo cento e vinte e sete, o Ministério Público é mais do que um fiscal da lei, o Ministério Público é fiscal de todo ordenamento jurídico, porque está dito no artigo cento e vinte e sete que incumbe ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica. Já começa o discurso da Constituição por atribuir ao Ministério Público essa função de fiscalizar a irrestrita observância da ordem jurídica. E ordem jurídica no artigo cento e vinte e sete, não é senão ordenamento jurídico, não é senão direito objetivo, não é senão direito positivo. O Direito é maior do que a lei. Dois dispositivos constitucionais bem o dizem. Quando a Constituição diz no inciso de número dois, do artigo quinto: "ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei", está dizendo o seguinte: não é pela falta de lei que vai faltar o direito"; se não houver lei a conduta já esta permitida, já é jurídica, já é lícita, ausência de lei não significa ausência do direito, porque o Direito é maior do que a lei, e no artigo trinta e sete, cabeça, a Constituição diz que são princípios regentes da Administração Pública toda, de qualquer dos poderes, de qualquer das pessoas estatais, os princípios regentes começam com a legalidade. Mas a legalidade é um ponto de partida, não é um ponto de chegada, porque também são princípios jurídicos tanto quanto a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a eficiência, e a publicidade. Não basta a lei, é preciso que a lei seja editada por um molde impessoal, moral, eficiente e público, ou seja, escancaradamente, transparentemente, com toda visibilidade. A transparência é hoje o nome moderno da publicidade. É preciso que a publicidade alcance o patamar da transparência, e a transparência comparece no mundo contemporâneo como um dos mais sólidos pilares da democracia, segundo essa idéia central de que tudo deve vir a lume, tudo deve vir a tona, nada deve se passar no espaço do mistério no âmbito da administração pública. Toda população hoje é tomada por uma santa curiosidade pelas coisas do poder. Todos nós queremos saber se há tapetes nos recintos públicos, se há poeiras debaixo do tapete, quem colocou a poeira debaixo do tapete, para as devidas responsabilizações, de maneira que a lei, o direito começa com a lei logo abaixo da Constituição, mas não se esgota na lei. O Ministério Público, à luz do artigo cento e vinte e sete, não é mais um fiscal da lei tão só, ele é um fiscal desse continente. A lei é um conteúdo, mas é o continente que é o ordenamento jurídico. Há uma espécie de princípio da jurisdicidade, que é englobante da lei, mas incorpora a publicidade, transparência, a impessoalidade, a moralidade, e a eficiência. E o Ministério Público zela por tudo isso, ele é um custos iuris, hoje, mas do que custos legis. A

idéia do Ministério Público custos legis é reducionista, amesquinha a importância do Ministério Público, e a segunda função do Ministério Público, a segunda finalidade é, nada menos, do que a defesa do regime democrático. Ora, democracia é a menina dos olhos da Constituição, é o princípio dos princípios, é o cântico dos cânticos , numa linguagem bíblica. No preâmbulo da Constituição está dito: "nós representantes do povo brasileiro, organizados em assembléia nacional constituinte para", aí vem a fórmula política de Paulo Verdu, para quê?, instituir um regime democrático, a democracia é o valor continente por excelência, é o valor que mais se faz presente nos outros valores, é o valor que mais repassa a sua materialidade, os seus conteúdos para os outros valores. Antigamente se dizia com Miguel Reale: " os outros valores valem porque a Justiça vale". Hoje, eu acho que é possível dizer: "os outros valores jurídicos valem, porque a democracia vale". Democracia naquela concepção Lincolniana de governo do povo, pelo povo, para o povo. Ou seja: tira-se o povo da platéia e o coloca no palco das decisões que lhe dizem respeito. Topograficamente o povo migra da platéia, vem para o palco das decisões coletivas e ali diz: o soberano sou eu, sou eu quem decide. Então, democracia passa a ser um movimento, um fluxo que o poder governamental assume, que é o fluxo ascendente. O poder estatal vem de baixo para cima, não vem de cima para baixo, ele é ascendente, não é descendente. Democracia é prestigio das bases, limitações das cúpulas. E o Ministério Público defende o regime democrático, às expressas, no artigo cento e vinte e sete da Constituição. Esse papel do Ministério Público serviente da democracia, sobretudo da democracia representativa, está muito visível na atuação do Ministério Público Eleitoral. Eu acho que o Desembargador, estou divisando também daqui, Netônio Machado, querido amigo a quem tanto admiro pela sua cultura, seu talento (passou pelo eleitoral, Desembargador?). Muito bem, então há um link , não um vínculo funcional entre democracia representativa e justiça eleitoral, porque a Justiça Eleitoral concebe, instrui, prepara, realiza, apura as eleições populares. E as eleições são populares, são a ponte, para a formação dos quadros estatais, dirigentes, chefias do Poder Executivo e todos os cargos de natureza legislativa, de maneira que, não é possível conceber a formação dos quadros dirigentes, dos quadros representativos da população, sem a ponte da eleição popular, e o Ministério Público atua magnificamente nesse campo, velando como custos iuris pela regularidade do processo eleitoral, pela legitimidade e pela investidura nos cargos. E a Justiça Eleitoral existe para fazer a

ponderação de valores entre duas legitimidades, há um entrechoque de legitimidades, a legitimidade do voto, alguém é eleito, está ungido pela preferência popular, é a legitimidade material, é a legitimidade de fato, a legitimidade decorrente desse princípio ínsito a democracia que é a maioria ou a majoritariedade, mas há outra legitimidade, a legitimidade formal, de observância das regras do jogo, é uma legitimidade ética, porque as regras eleitorais que proíbem a fraude , a corrupção, o abuso do poder econômico, a captação ilícita de sufrágio, o abuso do poder político, o abuso do poder dos meios de comunicação, o uso indevido da máquina administrativa, essas normas têm um componente ético. E no entrechoque insuperável da legitimidade material, que é a do voto, da legitimidade formal que é a das leis, uma modalidade de legitimidade ética. A Constituição opta pela legitimidade ética, como se o discurso dela fosse, não basta ganhar, é preciso fazê-lo com observância das regras do jogo, é preciso ganhar "limpamente", e o Ministério Público Eleitoral, agora como Presidente do TSE, eu pude conhecer ainda mais de perto, desempenha um papel fundamental. Eu tenho para mim que a maioria das ações provém do Ministério Público, das impugnações, dos pedidos de investigação judicial eleitoral, das representações. O Ministério Público tanto atua enquanto parte, como atua enquanto custo iuris, de sorte que a democracia representativa tem no Ministério Público um agente, absolutamente necessário. É outro modo portanto pelo qual o Ministério Público atua em prol do aperfeiçoamento das nossas instituições. Claro que eu não estou falando, voltei a ver Luiz Valter, de um Ministério Público raivoso, com rajas de sangue no olho, com ímpeto persecutório, isolado dos demais poderes, e rogando-se ou arrogando-se, o poder de salvação da pátria, como se investido numa missão salvacionista ou messiânica. Não. Eu vejo o Ministério Público da linha do discurso de sua excelência, atuando em harmonia com os poderes. Independência não significa dissociação, mas no limite também ali onde a ocupação do seu espaço funcional, institucional, significa uma postura de firmeza e de dissenso, o Ministério Público não pode arredar pé. O Ministério Público não precisa ser grosso, mas precisa ser firme: "hay que endurecer-se pero sin perder la ternura jamas". O Ministério Público desempenha esse papel magnificamente bem. Finalmente, no artigo cento e vinte e sete está dito que cabe o Ministério Público defender os interesses sociais e os individuais indisponíveis. Melhor impossível. Não é possível conceber uma instituição pública independente de qualquer dos poderes estatais, com finalidades tão nobres, tão eleva-

das, tão essenciais. A Constituição fez do Ministério Público, um órgão, um sistema de órgãos, órgãos absolutamente depurados da intangibilidade da Constituição, ou melhor dizendo, uma instituição capaz de tirar a Constituição do papel, de vitalizá-la, impedir que ela seja um elefante branco, ou como disse Lenio Streeck, - a Professora Adélia Pessoa, conhece bem a obra de Lenio Streeck, um notável filósofo, publicista, sul-rio-grandense - a Constituição não pode ser um latifúndio improdutivo. E o Ministério Público atua nesse direcionamento fazendo da Constituição um corpo vivo, um pedaço , perceptível, vivo, da nossa realidade jurídica e social. Se eu me transportar para as funções institucionais do Ministério Público, porque o meu tempo não é eterno aqui, e toda a platéia tem direito a razoável duração do discurso, da conferência, da palestra, eu vou perceber que no artigo cento e vinte e nove ao cuidar exatamente, das funções institucionais do Ministério Público, a Constituição nada mais fez do que uma concreção. No artigo cento e vinte e nove, a Constituição retoma por uma forma minudente, pormenorizada o discurso do artigo cento e vinte e sete, cabeça. Aquelas finalidades do artigo cento e vinte e sete, cabeça, estão densificados pelo artigo cento e vinte e nove, versante sobre as funções institucionais do Ministério Público. É preciso interpretar cada uma dessas funções teleologicamente, finalisticamente, logo, à luz da cabeça do artigo cento e vinte e sete. E nós aprendemos com o tempo, nós operadores jurídicos mais antigos, que já passamos pela Advocacia, pelo Ministério Público, pela Magistratura, nós aprendemos o seguinte: o operador jurídico não pode fazer senão tentar desvendar o conteúdo normativo do dispositivo interpretado, mas na tentativa de desentranhar do dispositivo da norma , o que, o conteúdo significante da norma, sua base significativa, o que ela está dizendo, o que da norma. O operador aprende que sem o para que, não se chega ao que. O para que da norma é condicionante do que da norma, então, para que o dispositivo jurídico foi encartado numa lei, num decreto, num código, numa Constituição, para que, fica fácil ir buscar depois do para que, o que, o objeto propriamente dito da regra interpretada, do dispositivo interpretado, e nesse artigo cento e vinte e nove, nós temos um manancial, um filão, é o mais polêmico também dos dispositivos versantes sobre o Ministério Público, artigo cento e vinte e nove, cada um desses dispositivos suscita uma divergência. Eu não vou interpretar, todos eles, mas vou falar de alguns, por exemplo, esse inciso de número dois, do artigo cento e vinte e nove. São funções institucionais do Ministério Público, número dois: zelar, pelo efetivo respeito dos poderes

públicos, qualquer dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública, e a dos serviços eminentes de relevância pública, saúde e educação, aos direitos assegurados nesta Constituição, e vem um arremate magnífico, promovendo as medidas necessárias a sua garantia. Então, o Ministério Público está habilitado, por esse inciso de número dois, do artigo cento e vinte e nove, a tomar as medidas necessárias à garantia dos direitos assegurados pela Constituição brasileira. E nós sabemos que ela não é uma Constituição redutora de direitos, muito pelo contrário, ela é uma Constituição ampliativa, verdadeiramente redentora, daí porque a litigiosidade cresceu tanto no Brasil, porque também a pauta, a lista de direitos, hoje está bem mais extensa. O número três, do artigo cento e vinte e nove, também é rico de inferências jurídicas: promover inquérito civil e a ação civil pública para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, e de outros interesses difusos e coletivos. A defesa do consumidor aqui está presente, a defesa do meio ambiente, - o meio ambiente se tornou na sociedade contemporânea uma questão planetária junto com a ética e a democracia, não há país que não se valorize na ordem internacional a partir da sua organização democrática e do seu compromisso com a ética e com o meio ambiente. São três questões planetárias, a ética, o meio ambiente, e a democracia, e o Ministério Público foi habilitado pela Constituição para atuar centradamente, focadamente nesse campo. Patrimônio público aqui é sinônimo de erário, é sinônimo de tesouro, é o conjunto dos bens, dinheiros e valores públicos, tal como está no artigo, acho que setenta, número um da Constituição, a propósito dos Tribunais de Contas. Então o Ministério Público está autorizado pela Constituição a atuar no campo da defesa do patrimônio público enquanto erário, enquanto tesouro, enquanto conjunto, dos bens, dinheiros e valores, tudo que for conversível em pecúnia tem no Ministério Público um seu defensor. E patrimônio social me parece que é o patrimônio natural, é o patrimônio cultural, o patrimônio arqueológico, o patrimônio artístico, as paisagens naturais notáveis. Nota-se nitidamente, quem estuda o Ministério Público sem pressa, com calma, com olhos de ver, Nietzche dizia o seguinte: " a educação tem por primeira função ensinar a ver", ver com calma, ver sem pressa. Quem olha a Constituição na perspectiva do Ministério Público, chega a conclusão de que ela foi redigida para conferir ao Ministério Público uma competência universal, tal como já tem assentado o Supremo em matéria de ADIN, não se exige do Ministério Público, do Procurador Geral da República quando propõe uma ADIN, uma ação direta de inconstitucionalida-

de, nenhuma demonstração de pertinência temática, porque no âmbito do Ministério Público tudo cabe, habilitação processual do Ministério Público à luz do cento e vinte nove, e cento e vinte e sete da Constituição é verdadeiramente universal. O grande problema que se tem, é combater os que vêem o Ministério Público por lentes de redução e não por lentes de aumento. Sempre aparece alguém para dizer que o Ministério Público não tem competência nessa matéria. Mas é muito difícil provar que o Ministério Público não tem competência nessa ou naquela matéria a partir de dispositivos como esses. Promover inquérito civil e ação civil Pública para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. O número quatro insere o Ministério Público no esquema não na tripartição dos poderes, mas da própria Federação. Compete ao Ministério Público promover ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos estados, nos casos previstos nesta Constituição. Então, o Ministério Público vela pela observância daqueles princípios, a forma federativa, o regime representativo, a forma republicana, a autonomia municipal. A Constituição foi generosa para com o Ministério Público. Eu passaria aqui, eu acho que teria, sem autolisonja, condições de falar uma semana sobre as competências do Ministério Público e acho que seria pouco uma semana, além da generosidade da Constituição para com ele. Para abreviar, a minha prima carnal já me avisou aqui que eu já ultrapassei os quarenta minutos, e eu combinei com ela para avisar-me. Eu vou dizer o seguinte, o Ministério Público tem correspondido a essa confiança da Constituição para com ele? Honestamente, sinceramente, minha resposta é sim, tem correspondido. Se há uma instituição brasileira que desfruta de amplíssimo prestígio social, é o Ministério Público. Não tenho a menor dúvida, correspondeu inteiramente a expectativa da Constituição. Hoje o grande problema do Ministério Público é persistir na ocupação dos seus espaços institucionais. O Ministério Público não precisa pedir mais nada, já recebeu tudo. É corresponder a essa confiança, é lutar para que não lhe soneguem a golpe de Emendas Constitucionais essas competências que fazem do Brasil uma democracia avançada e um humanismo apurado. O Ministério Público, é, não tenho medo de errar, a mais militante das instituições a serviço da Constituição Federal. O Ministério Público se assumiu como instituição de vanguarda absolutamente necessária e não só a função jurídica institucional do estado. Hoje por exemplo se debate muito se o Ministério Público tem competência para investigação criminal, eu vou dizer que tem, porque eu já votei

nesse sentido, então, eu não estou antecipando voto, o voto já foi dado. O Juiz não deve falar por antecipação. Claro que eu posso mudar a minha opinião. É muito difícil. Muito dificilmente. Quando a Constituição habilita o Ministério Público a requerer, a requisitar diligências investigatórias e a exercer o controle externo da Polícia, não é nem da Polícia, é exercer o controle externo da atividade Policial, da atividade. Se nós formos para o artigo cento e quarenta e quatro, a atividade Policial compreende as funções de segurança pública, todas, e os seguintes órgãos : Polícia Federal, Polícia Rodoviária, Polícia Ferroviária, Polícia Civis, Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares. Diligências requisitadas pelo Ministério Público nos remete para algo mais abrangente, investigação, a investigação é um todo, é um continente, é um procedimento que se materializa, que se viabiliza, que se concretiza por diligências. De diligência em diligência é que se realiza, que se concretiza uma investigação. Então habilitar o Ministério Público a requisitar diligências determinadas, requisitar diligências no âmbito de uma competência para investigar, não para abrir inquérito, o Ministério Público não abre Inquérito Policial, acho que isso é indiscutível. Mas a investigação criminal não se esgota na abertura de Inquérito Policial. Então é possível sim, uma investigação de outra índole, não exatamente via Inquérito Policial, a se concretizar mediante diligências a cargo do Ministério Público. Mas eu não vou me aprofundar nisso porque isso é um vespeiro. Deixemos que a matéria volte ao Supremo Tribunal, está até em pauta para voltar em breves dias, e aí teremos todos a oportunidade de refletir melhor e de travar uma discussão verdadeiramente coletiva. Eu me despeço dos senhores dizendo que continuo vendo no Ministério Público, desde que passei por aqui, uma instituição que honra o nosso país muito bem, muito modernamente, muito arejadamente concebido pela Constituição Brasileira. Claro que ele deve atuar concertadamente no âmbito do Estado, no âmbito da União, em harmonia com o Poder Judiciário, em harmonia com a atividade Policial. Até porque o Inquérito não tem outra função imediata. Mediatamente ele visa a recebimento de uma denúncia, instauração de uma Ação Penal. Porém imediatamente o destino do Inquérito, a destinação do Inquérito é o Ministério Público. O Ministério Público avalia o Relatório e afere da viabilidade dos fatos descritos como teoricamente criminosos, delituosos, se há ou não indícios suficientes de autoria, se as provas são minimamente robustas para lastrear a formulação de uma peça acusatória consistente, responsável, sem arbitrariedade, sem afoiteza. E por isso o Ministério Público deve sim manter

com a Polícia sempre que possível, quando não é a própria Polícia a cometer a infração penal, porque aqui e ali isso ocorre, o Ministério Público deve atuar concertadamente . Mas é essa uma Instituição que congrega todos os senhores aqui, de fora à parte os convidados do Poder Judiciário, da Advocacia, das Procuradorias Públicas, da própria Advocacia Geral da União, da Previdência Social, mas o fato é que a grande maioria das pessoas aqui presentes, a grande maioria faz parte do Ministério Público e tem todos os motivos deste mundo para se orgulhar dessa instituição. O Ministério Público é vocação. Se Advocacia é vocação, Magistratura é vocação, o Ministério Público também é vocação. Agora no Ministério Público eu tenho para mim que não estou jogando confete em dizer que aquela exortação de Madre Teresa de Calcutá, se realiza cotidianamente com mais freqüência. A Madre Teresa de Calcutá disse o seguinte: "Deus não vai perguntar pela quantidade, pelo número de nossas ações, ele vai dizer o seguinte: quanto de amor você colocou em cada uma das suas ações". Eu acho que o Ministério Público brasileiro tem colocado amor em cada uma das suas funções institucionais. Obrigado.

O MINISTÉRIO PÚBLICO E O SEU CONSELHO NACIONAL*

Cláudio Barros Silva**

"As ações de cada um são a sua essência. Quando perguntaram a Batista quem era, respondeu o que fazia; porque cada um é o que faz, e não é outra coisa. As coisas definem-se pela essência. Definiu-se pelo que fazia para declarar-se quem era." (Padre Antônio Vieira, Sermão da Sexagésima)

É com muita satisfação que retorno a este Estado de Sergipe e a esta próspera e bela cidade de Aracaju, para participar deste Encontro Estadual do Ministério Público, que trata de assuntos de interesse da Instituição e, principalmente, de uma nova visão contemporânea, com o fim de projetar o nosso futuro.

Com muito agrado venho rever e conviver com grandes amigos e colegas do Ministério deste Estado, os quais destaco nas pessoas da Dra. Maria Cristina, Procuradora-Geral de Justiça, Eduardo Matos, Luiz Valter, Deijaniro, Marcílio, Dra. Creuza. Convivi com o exemplo de dedicação de Iroito, Paulo Moura, Fernando Matos, Gilberto Vilanova, Tarcísio.

Devo, especialmente, destacar a minha colega de turma e Procuradora de Justiça do Rio Grande do Sul, Dra. Jussara Lahude Ritter, Ouvidora-Geral do Ministério Público gaúcho, e o Coordenador da Mesa, eminente colega Carlos Augusto Alcântara Machado, um dos mais destacados membros do Ministério Público brasileiro, profundo conhecedor de direto público, principalmente na área de direito administrativo e direito constitucional. Por seus méritos, poderia estar qualificando a composição do Conselho Nacional do Ministério Público, que tive o prazer de conhecer, com a caríssima Dra. Adélia, hoje Diretora Administrativa da Escola Superior.

É muito grave a responsabilidade assumida. Vir a este encontro para falar do Conselho Nacional do Ministério Público e fazer proje-

*Palestra proferida no VII Encontro Estadual do Ministério Público de Sergipe, em 15/05/2009.

**Ex-Presidente da Associação do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, ex-Vice-Presidente da CONAMP, ex-Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul em dois mandatos e membro do Conselho Nacional do Mistério Público.

ções para o futuro da Instituição. Grave por duas razões: primeiro, é extremamente difícil falar sobre o Ministério Público para colegas, pois todos o encarnamos e somos por ele apaixonados. Também, pelo fato da gravidade do momento, em razão das responsabilidades do Ministério Público e de seus órgãos de controle externo. Cada vez mais identificamos grupos e pessoas onde se sobressaem interesses econômicos, políticos e corporativos que se contrapõem à Instituição.

Como muitos colegas que estão neste Plenário, eu sou de uma geração de membros do Ministério Público que muito lutou para ter a posição constitucional atual.

Em 5 de outubro do ano passado, a cidadania brasileira comemorou os vinte anos da Constituição Federal de 1988. Este instrumento normativo superior, com todos os defeitos que seus críticos possam identificar, modificou profundamente a vida de nosso País, permitindo a estabilidade democrática, fato que tem contribuído decisivamente para o nosso crescimento econômico e social, bem como para a consolidação do Estado Democrático de Direito.

Inegavelmente que, neste momento histórico, os vinte anos da Constituição da República devem ser comemorados por todos os cidadãos, pois, de alguma forma, as regras constitucionais destacam e, ainda, irão destacar a necessidade da afirmação e do reconhecimento dos seus mais elementares direitos.

Neste contexto de acertamento social e institucional, de afirmação de princípios laicos e republicanos, a Instituição do Ministério Público sempre teve papel fundamental.

Por muitos anos, anos sombrios da democracia brasileira, em razão de séria imposição de restrições à liberdade e à cidadania, uma geração de membros do Ministério Público, com os instrumentos utilizados no exercício de suas limitadas atividades, especialmente as da área criminal e de atendimento diário ao povo sofrido e desamparado, construiu, com extrema dificuldade e unidade, uma posição nacional que refletia o necessário crescimento do Ministério Público como Instituição de Estado e não de governo. Esta geração era composta de uma imensidão de membros anônimos, em cada canto deste vasto e diversificado País, e de grandes lideranças nacionais que souberam, com muita maestria e competência, construir um novo perfil institucional e conduzir o Ministério Público à sua nova posição constitucional.

Para esta geração, o Ministério Público estava definido na Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, que alterou a Consti-

tuição Federal de 24 de janeiro de 1967, na Seção VII, do Capítulo VII, como sendo apenas um órgão do Poder Executivo.

Os membros do Ministério Público de hoje, na sua grande maioria, talvez não saibam que a grande legislação do Ministério Público foi, sem dúvida, pela matéria e pela época, a Lei Complementar n° 40, de 14 de dezembro de 1981. Esta Lei é conseqüência da Emenda Constitucional n° 7, de 13 de abril de 1977, que, em seu artigo 96, parágrafo único, autorizou, ainda durante o regime autoritário, que a Instituição tivesse uma lei complementar que estabelecesse normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados. Essa legislação afirmativa reconheceu, na época, grandes avanços à Instituição. Como lei complementar, de caráter geral, contemplou relativa autonomia à Instituição e aos seus membros. Também, estabeleceu regras gerais para ingresso à carreira, reconheceu garantias funcionais, prerrogativas e vedações aos seus membros e determinou a adequação das legislações estaduais às regras gerais. Foi neste ambiente que, em 8 de outubro de 1981, em Porto Alegre, durante a 1ª Conferência Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça, deu-se a criação do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça, órgão nacional que reflete a posição das chefias da Instituição.

Ultrapassada, com sucesso, esta fase, no início da década de oitenta, mobilizaram-se os membros e as lideranças do Ministério Público para que esta nova posição institucional fosse distinguida, no processo de abertura democrática, quando se discutia a formatação do novo texto constitucional, que pulsava, com muito ardor, no coração do povo brasileiro. Foram realizados grandes Congressos Nacionais em Belo Horizonte e em São Paulo. As associações, pela CONAMP, e as chefias, pelo CNPGJ, encarnaram o sentimento de avanços que fervilhava em cada membro da Instituição. Foram, sem dúvida, os anos dos grandes sonhos e das grandes lutas afirmativas.

Um pouco antes, na década de setenta, quando entrou em vigor o novo Código de Processo Civil, o Ministério Público, até então visto pela sua atuação basicamente criminal, por emenda do então deputado Amaral de Souza, passou a experimentar suas novas funções no processo não-criminal, com a consolidação de sua função interveniente, de fiscal da lei, mas ampliada profundamente (art. 82, CPC), e com a possibilidade de ingressar com ações em juízo, nos casos previstos em lei (art. 81, CPC), que foi o marco inicial de uma nova e essencial função dos membros do Ministério Público, possibilitando a atuação como órgãos agentes, no sentido de provocar a prestação jurisdicional.

Pelo esforço de todos e pela compreensão do legislador, naquele momento histórico, se estava moldando uma Instituição diferenciada. Havia uma legislação que, de forma geral e nacional, lhe dava um perfil organizacional e, ao mesmo tempo, lhe fortalecia as atribuições históricas criminais e lhe abria novos espaços de atuação no cível.

Como a Instituição e seus membros assumiram plenamente estas novas funções e atribuições, em 1985 o Congresso Nacional aprovou a Lei da Ação Civil Pública. Eram anos de abertura democrática, de discussões sobre uma constituinte originária, de luta pela voto universal, pelas eleições diretas e pela anistia. Também, a sociedade começou a organizar-se, passou-se a lutar pela defesa do meio ambiente, de direitos humanos, de consumidores e de segmentos massificados da sociedade que não tinham acesso aos bens fundamentais. Os lidadores do direito aprofundavam estudos sobre direito crítico, passavam a ter formação contra-dogmática, tentavam desmistificar o princípio da legalidade, que, como estruturador do Estado, sempre deu sustentação ao regime autoritário.

O acesso à justiça, matéria da atenção diferenciada de juristas como Mauro Cappelletti, que, com suas ondas, veio ao nosso País e proferiu magníficas conferências, passou a ser tema da atenção primordial no âmbito do Ministério Público. Nem Cappelletti e, tampouco, juristas e processualistas tradicionais, podiam entender as novas atribuições conferidas pela Lei da Ação Civil Pública, de forma concorrente, ao Ministério Público, para muitos, apenas, o braço do Estado na persecução penal. Passou-se a discutir a legitimidade para a ação, a possibilidade de litisconsórcio, a competência para julgar, o ônus da prova, os efeitos das sentenças coletivas, a sucumbência. Era um novo patamar de discussões sobre um tema novo e afirmativo à Instituição e à sociedade.

Foi exatamente nesse ambiente que se desenvolveu o processo pré-constituinte para o Ministério Público brasileiro.

A Instituição, todavia, se ressentia de alguns graves problemas. O Ministério Público Federal praticamente não existia. Ao lado de suas atribuições, seus membros podiam advogar e tinham a incumbência legal de fazer a cobrança judicial dos créditos da União. Também, não havia harmonia entre as pretensões do Ministério Público Federal e as dos Estados quanto à denominação dos membros, ao exercício cumulativo da advocacia e a eleição direta para o cargo de Procurador-Geral.

Mesmo com as diferenças expostas, as lideranças de todo o Mi-

nistério Público resolveram atuar com intensidade para que se desse um novo *status* constitucional à Instituição. Nesse momento, a CONAMP liderou o grande movimento para modificar a posição e a extensão do tamanho da Instituição. No Estado do Paraná, as lideranças da Instituição reunidas lançaram a chamada "Carta de Curitiba". Nela estavam assentadas as propostas principais do Ministério Público brasileiro para o novo e democrático texto da Constituição da República.

O Poder Executivo, inicialmente, constituiu Comissão de chamados Notáveis para oferecer um projeto de Constituição. Todavia, esse projeto não prosperou, pois foram convocadas eleições para eleger deputados e senadores que, com poderes constituintes, além de suas atividades parlamentares, teriam a incumbência de elaborar a nova Constituição Federal, rompendo, definitivamente, com o período anterior.

Instalada a Constituinte, a primeira grande questão posta à discussão da sociedade brasileira foi a do regime de governo. Muitos constituintes eram parlamentaristas, poucos monarquistas e a grande maioria era presidencialista. Venceu a idéia inicial de acolher o sistema presidencialista, submetendo-o a referendo popular em razão da possibilidade de se ter o sistema parlamentarista.

Superado o primeiro grande entrave, dentre muitos, os constituintes que defendiam o parlamentarismo ofereceram um projeto de Constituição denominado Hércules IV. Neste projeto, havia o acolhimento de muitas propostas do Ministério Público, mas com um viés parlamentarista.

Durante todo o processo, onde efetivamente ocorreu a participação dos mais diversos segmentos da sociedade brasileira, um grupo de parlamentares criou o chamado Centrão e passou a oferecer sugestões sobre os temas mais diversos, com o compromisso de voto fechado.

Nesse ambiente, onde ocorria a medição de forças de todas as matizes, tramitaram os trabalhos constituintes e caminhou o projeto apresentado pelo Ministério Público. Foram momentos de extrema gravidade e de máxima angústia. Na época, todos viviam os fatos momento a momento, com avanços e recuos, onde a Instituição tinha o apoio de organizações sociais e de muitos parlamentares. Também, havia forte receio de grupos políticos e econômicos em razão do possível fortalecimento do órgão de fiscalização. Todavia, o trabalho da CONAMP e das Associações de Classe foi fundamental e os nossos parlamentares foram incansáveis.

O resultado do trabalho de gerações anteriores e das lideranças no pro-

cesso constituinte redundou no atual texto constitucional, onde não há situação semelhante em legislação constitucional de qualquer outro País democrático.

A Constituição Federal de 1988 retratou, com muita sobriedade e espontaneidade, o resultado da evolução do perfil institucional do Ministério Público, destacando-o, diferenciadamente, das demais instituições públicas ligadas à administração da justiça, alterando radicalmente sua estruturação e organização, conferindo autonomias dedicadas, apenas, aos Poderes do Estado, definindo, em texto constitucional, o seu conceito, que, a cada leitura repetida, mais amplo e abrangente se mostra, afirmando princípios que traduzem o seu perfil nacional, concedendo aos seus membros os mesmos poderes, deveres, garantias e vedações reconhecidas aos magistrados.

Foi mais longe, aliás muito mais, ao reconhecer a iniciativa de leis de interesse da Instituição, somente dedicada aos Chefes de Poderes. Determinou que, nos Estados, a chefia devesse ser escolhida, para mandato certo, dentre os membros, pelo voto direto de seus pares, para compor lista a ser levada ao Poder Executivo que, de forma restritiva, poderia nomear um dos três, apenas, mas não poderia destituí-lo.

Do texto constitucional, outras questões mais importantes ainda se sobrepõem. Com as autonomias funcional, administrativa e financeira, participando efetivamente da distribuição orçamentária, a Constituição Federal conferiu ao Ministério Público *status* semelhante ao de Poder, sem contudo ser Poder formal do Estado. De forma harmoniosa, afirmando o seu compromisso de Órgão de Estado e não de governo, estrategicamente foi colocado o Ministério Público ao lado dos Poderes constituídos, com autonomias e garantias, para exercer, em plenitude, um dos seus mais severos e profundos compromissos. Estar ao lado dos Poderes para fiscalizá-los, parta a ofensa de onde partir, inclusive dos próprios Poderes.

Para atender, na plenitude, este dever constitucional, de afirmação de princípios republicanos e democráticos, foram ressaltadas garantias diferenciadas à Instituição e aos seus membros. Além da necessária unidade e indivisibilidade, que dão sentido à estruturação da Instituição, dando-lhe, inclusive, caráter nacional e unitário, em razão de ser permanente e necessária ao Estado Democrático de Direito e essencial à função jurisdicional a ser prestada pelo Estado, o texto da Constituição Federal definiu, como princípio institucional, a independência funcional de seus membros.

Este princípio, sem dúvida alguma, é a pedra de toque da Instituição. Não há que se falar em uma Instituição da importância e com os

compromissos que tem o Ministério Público, sem que deva ser realçado, com destaque diferenciado que se impõe a todos os seus membros, o princípio da independência funcional. É nesse princípio que reside o real poder que detém o Ministério Público. Seus membros, quando atuam, devem respeito, apenas, à lei e à sua consciência. Diante de fatos que a lei ou a constituição definem como sendo de suas atribuições, ao interpretá-los sem sofrer qualquer interferência externa, os membros do Ministério Público exercem, na sua plenitude, funções próprias e essenciais do Estado. Neste momento, são eles, de fato, o próprio Estado agindo e exercendo as atribuições definidas à Instituição.

Muito se discute hoje, principalmente no âmbito das Administrações Superiores, que o princípio da independência funcional deva ser lido e interpretado juntamente com os princípios constitucionais da unidade e da indivisibilidade. Não há dúvidas da importância desses dois últimos princípios, que tratam da organização e do sentido unitário dessa grande Instituição. Todavia, o princípio da independência funcional deve estar colocado em patamar diferenciado, mesmo pelo fato de tratar diretamente da atividade finalística de cada membro da Instituição. Querer mitigá-lo, como sugerem alguns, poucos e com escassos argumentos, é ferir frontalmente a essência da mais importante garantia que a sociedade pode ter de um membro do Ministério Público, a de ser independente no exercício de suas atribuições.

Não há como mitigar o princípio da independência funcional. Ou o membro do Ministério Público, quando exerce as suas atribuições, é totalmente independente ou, se não tiver esta amplitude o exercício de suas atribuições, poderá ser parcialmente independente. Se for parcialmente independente, poderá ser parcialmente dependente. Nesta situação, sendo parcialmente dependente, poderá não ser o promotor de "justiça" e aquele que não promove, com independência, "justiça", poderá ser "promotor de injustiça".

Assim, nos deparamos na Constituição Federal com princípios gerais que a informam de todas as maneiras. Princípios esses que dão sustentáculo ao próprio regime democrático e à cidadania. Todavia, se focarmos o Ministério Público, veremos que o princípio da independência funcional está inserido diretamente na razão da existência da Instituição e na importância de seus membros. Jamais alguém, mesmo alegando a necessidade da unidade institucional, poderá interferir na atividade fim de um membro do Ministério Público.

A Carta Federal foi generosa, portanto, ao posicionar o Ministé-

rio Público, conferindo-lhe conceito constitucional, outorgando-lhe autonomias, iniciativa de leis, eleição direta para a chefia e princípios que garantem posição singular na estrutura pública nacional.

Pretendeu, ainda, o legislador constituinte dar à Instituição um novo sentido para o exercício de suas graves e nobres atribuições.

Até a Constituição Federal de 1988, o Ministério Público basicamente atuava no processo não-criminal como órgão interveniente. O artigo 81 do Código de Processo Civil, autorizou o Ministério Público, quando previsto por lei, a atuar como substituto processual e a Lei da Ação Civil Pública, aprovada três anos antes, autorizava, nas situações definidas em lei, sempre como co-legitimado, a atuar como órgão agente.

O legislador constituinte impôs, embora de forma conservadora e burocrática ainda haja grave resistência, um novo papel ao Ministério Público. Não criou uma nova Instituição, pois a sua longa história afirmativa resultou no seu novo perfil. Apenas, procurou destacar, expressamente, no texto constitucional o novo papel da Instituição.

Inegavelmente, o Ministério Público está diretamente ligado aos direitos da sociedade. Direitos impositivos da cidadania, direitos definidos para inclusão social, direitos de afirmação pública e democrática. Pretendeu o legislador, que o Ministério Público se transformasse, como Órgão do Estado brasileiro, em essencial agente de realização dos mais elementares direitos da sociedade e da cidadania. Todo o membro do Ministério Público, revestido de todas as garantias que lhe foram conferidas e com as autonomias definidas à Instituição, é, permanentemente, substancial agente de transformação social.

Assim, a Constituição Federal vinculou o Ministério Público à sua função mais importante para realizar a sua destinação constitucional. Deverá o Ministério Público, preferencialmente, atuar como órgão agente, como quis o legislador constituinte, priorizando os seus movimentos institucionais em relação à intervenção burocrática nos processos, que sequer teve destaque constitucional.

Ao traçar este novo perfil, a leitura singela do artigo 129 da Constituição da República dá a dimensão das atribuições e novas funções institucionais. Até a Constituição Federal de 1988, o Ministério Público não detinha a titularidade exclusiva da ação penal pública. Podiam a autoridade judicial e a autoridade policial, em determinados feitos criminais, por portaria, dar início à ação penal pública. Por norma constitucional, o Ministério Público é, hoje, o titular exclusivo da ação penal pública.

Nos embates travados na constituinte, muito se discutiu sobre a importação da figura do *ombudsman*, controlador da regularidade do serviço público e defensor do povo nos Países nórdicos. Entendeu o constituinte de definir essa grave missão à Instituição do Ministério Público, cabendo-lhe *zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessária a sua garantia.* Essa nova função, inédita até 1988 na ordem jurídica nacional, foi conferida ao Ministério Público para que, como guardião do regime democrático e dos princípios e direitos assegurados na Constituição, pudesse atuar, com plenitude, na sua função fiscalizadora. Mas mais foi conferido à Instituição, pois o legislador determinou que, além de zelar pelo respeito efetivo dos poderes e dos serviços de relevância pública, tivessem os seus membros, como órgão agente, a titularidade de ações visando promover as medidas necessárias a garantias desses direitos.

Nesses vinte anos, o Ministério Público tem se destacado na implementação dessa determinação constitucional. Os princípios esculpidos no artigo 37 da Carta Maior, os direitos fundamentais de afirmação da cidadania, os deveres impostos a todos, a implementação dos serviços de relevância pública, os deveres do Estado, dentre tantos direitos constitucionais do povo, são objeto da atenção diária e fiscalizatória, em cada canto do nosso País, por parte dos membros do Ministério Público, que manejam as mais diversas demandas no sentido de impor o respeito aos direitos e aos interesses da sociedade, sejam coletivos, difusos ou individuais, desde que carregados de interesse social.

A Constituição Federal, ainda, definiu exclusividade à Instituição para a promoção do inquérito civil. Este, por certo, o maior e mais efetivo instrumento de solução de conflitos à disposição da sociedade. Todos sabemos que os grandes litígios, como os que estão destacados pelo objeto estabelecido pelos titulares, muitos tidos como interesses econômicos ou políticos, não chegam aos Tribunais, pela simples razão de haver previsão dos mais diversos incidentes regrados na legislação processual, o que determina a eternização dos feitos ajuizados, em regra. Também, até ontem, os desafortunados, que sequer conheciam seus direitos, quando litigavam, por carências econômicas, não tinham respostas efetivas e concretas para as suas demandas. Apenas um pequeno grupo de cidadãos em conflito confia, hoje, na solução de seus litígios pela via jurisdicional. O inquérito civil, instituído a instruir provas que possam dar sustentação a demandas massificadas, buscando a efetividade de direitos sociais, sejam coletivos,

difusos ou individuais, com destaque do interesse público e social, passou a ter a atenção prioritária da Instituição.

Dessas investigações produzidas pelos membros do Ministério Público, nas mais diversas áreas de atribuição, duas conseqüências são destacáveis. Com muita maturidade, entenderam a Instituição e os seus membros, que o termo de compromisso de ajustamento de conduta era o caminho seguro para alcançar, de forma imediata, resultados nos inquéritos civis promovidos. Sem dúvida, em todo o nosso País, hoje, estão os membros do Ministério Público ajustando condutas entre os interessados, evitando a eternização da judicialização do conflito, onde os titulares dos interessados ajustados, em muitos casos, sequer supõem suas conseqüências do acordado e do que possa lhes beneficiar. A certeza da solução acordada e o potencial cumprimento pelos envolvidos nos compromissos de ajustamento levam a resultados tão amplos, que não podemos mensurar corretamente.

Todavia, se a proposta de ajustamento de conduta não alcança os resultados desejados pelo Ministério Público, após a correta promoção do inquérito civil, os membros da Instituição têm manuseado, com extrema competência e habilidade, a ação civil pública para a proteção de direitos e interesses definidos na Carta da República e na legislação infraconstitucional. O legislador constituinte, em 1988, deu *status* constitucional à proteção de determinados bens e direitos, reservando, como função institucional, a autoria de ações civis públicas para a sua proteção, indo além do que já fora, anteriormente, definido na Lei da Ação Civil Pública. Muito mais do que a proteção do patrimônio público, vetada em 1985, quando da aprovação da Lei, a norma constitucional impôs ao Ministério Público, como função da Instituição, a promoção da ação civil pública para, dentre tantos direitos, a tutela de outros interesses difusos ou coletivos.

Essa norma, tão revolucionária como foram as modificações introduzidas pela Lei da Ação Civil Público, tem um abrangência, por previsão constitucional, tão ampla, que, ainda hoje, poucos se arriscam a dissecá-la e, por certo, ainda não alcançamos correta e concretamente os seus limites. Tradicionamente, ensinaram a todos nós que, para propor ou contestar ação, era necessário identificar, previamente, o interesse e a legitimidade (art. 2°, CPC). A norma constitucional inova, permite, em seu texto, que o Ministério Público já tenha reconhecida a legitimidade para propor ações civis públicas para a tutela de outros interesses difusos ou coletivos, muitos conhecidos e não previstos na regra constitucional, mas

muitos, ainda, não reconhecidos e não identificados pela própria sociedade. Assim, se no futuro surgir um novo interesse difusos ou coletivo que não conseguimos identificar hoje, o Ministério Público, por determinação constitucional, está legitimado a instaurar o inquérito civil e, se for o caso, promover a necessária ação civil pública visando a tutela desse interesse.

Destacável, ao tratar desse tema de tamanha importância, a maturidade alcançada pelos membros do Ministério Público brasileiro, em todos os seus ramos, na utilização e manejo da ação civil pública. Além da excelência e da qualidade técnica dos membros do Ministério Público que atuam nessa matéria, a cautela e a sobriedade passaram a ser a marca da Instituição nos últimos anos. Entendeu o Ministério Público a extensão e abrangência da norma. Entenderam seus membros quanto poder foi repassado à Instituição e as conseqüências de eventuais ações temerárias, com a eventual exposição pública dos demandados e, internamente, com muito cuidado e atenção, passou o Ministério Público a atuar, levando em conta a efetividade das demandas, os resultados expressivos na implementação de direitos, o reconhecimento pleno da sociedade e a admiração de todos os segmentos que, de alguma forma, direta ou indiretamente, estão sujeitos às conseqüências da atenção e da atuação institucional.

Dentre tantas outras graves atribuições definidas na Constituição da República, devemos destacar o instrumental de atos de poder investigatório colocados à disposição e ao manuseio do Ministério Público para o exercício de sua nobre missão, com determinações expressas para buscar, onde entender, as provas necessárias à instrução de seus procedimentos investigatórios.

Também, ao estabelecer a necessidade de controles de todos os entes e instituições do Estado, quis o legislador constituinte que o Ministério Público exercesse o controle externo da atividade policial, explicitado na Lei Complementar n° 75/93 e em Leis Complementares nos Estados, que permite, como titular da ação penal e destinatário dos inquéritos policiais, que tenha uma real compreensão da atividade policial, atividade, essa, em alguns casos, preparatória dos movimentos do Ministério Público no processo criminal. Além disso, sendo titular da ação penal pública, no exercício de sua mais antiga e reconhecida função, o Ministério Público passou a ter instrumentos constitucionais e legais para promover investigações, em muitos casos em conjunto com a própria Polícia, principalmente em casos e situações que àquela Instituição, por carências técnicas ou ingerências externas, é incapaz de fazê-lo. Não há dúvidas, hoje, que pode o Ministério Público, como também

tantos outros órgãos públicos e de fiscalização, promover investigações diretas e destiná-las ao titular da ação penal pública.

Nos últimos anos, passou o Ministério Público, tanto o da União, principalmente o Ministério Público Federal, como o dos Estados, com a criação de grupos de trabalho estaduais e nacional, a dar atenção especial e diferenciada ao combate às organizações criminosas. O resultado dessas ações são do conhecimento e, principalmente, do reconhecimento da sociedade brasileira.

Com a brevidade que esta análise exige, estas são as principais imposições da Constituição à Instituição e aos membros do Ministério Público.

Após a promulgação do texto, o Parlamento brasileiro passou a dedicar à Instituição a mais diversa e ampla possibilidade de atuação, principalmente na área não-criminal. Passou o Parlamento a aprovar inúmeras leis que afirmam novas atribuições. Foram aprovadas leis que visam a proteção e a defesa dos mais elementares direitos da criança e do adolescente, das pessoas portadoras de deficiência, dos consumidores, da proteção ambiental, da proteção do patrimônio público, bem como muitas que determinam o envolvimento do Ministério Público na proteção de direitos humanos, de conflitos sociais, sejam rurais ou urbanos, da consolidação do planejamento e saneamento básico das cidades, da efetividade de acesso das minorias à determinados direitos, de proteção à saúde e acesso à educação. São intermináveis as novas funções e atribuições dos membros do Ministério Público que, de forma permanente, se colocam diante do dilema de ter uma Instituição essencial à função jurisdicional do Estado, por norma constitucional, e de ter, ainda, muitas carências estruturais em razão de limitações impostas a essa essencialidade. Ocorre que, por disposições de lei complementar, que impõem controles sobre os limites e a gestão fiscal, se vê a Instituição, muitas vezes, impossibilitada de exercer, com plenitude, o seu *munus*. Este impasse determina que, o mais cedo possível, o Ministério Público tenha que assumir, de fato, como prioridade, a sua função de órgão agente, definida pela Constituição Federal, em detrimento da burocrática atuação interventiva. Por certo essa função, que não merece ser totalmente abandonada, deverá ser reservada às causas que tenham, realmente, repercussão social.

Logo após a promulgação da Constituição Federal, com o elevado número de leis aprovadas, regulamentando novas funções e atribuições, vieram as Leis Orgânicas Nacionais, aprovadas em 1993, que definiram regras de organização da Instituição.

A Lei Complementar n° 75/93 organiza o Ministério Público da União e seus ramos, de forma detalhada. Por sua vez, a Lei n° 8.625/93 fixou normas de caráter geral e determinou que, cada Estado da Federação, tivesse as sua Leis Complementares organizando administrativa e estatutariamente a Instituição.

Esse foi o passo inicial para que as autonomias, em destaque as autonomias administrativa e financeira, começassem a ser consolidadas, deixando de ser, apenas, texto formal constitucional, para ingressarem na realidade de cada Ministério Público. A consolidação das autonomias gerou, como era de se esperar, um grande e longo embate com os demais Poderes do Estado. Quando surge uma Instituição autônoma, como o Ministério Público, que passa a receber uma fatia a mais de um bolo orçamentário, os outros Poderes que repartiam o bolo, até então, passaram a oferecer resistência, pois alguém iria perder parte de sua fatia. Durante alguns anos, o Ministério Público, principalmente nos Estados brasileiros, lutou muito para que o texto da Constituição Federal fosse consolidado sob o aspecto administrativo, deixando de ser pura determinação formal, visando ter, realmente, orçamento próprio, instituir pagadorias de ativos e inativos, elaborar a folha de pagamento, obter os repasses do duodécimo nos prazos constitucionais, executar seu orçamento, situações que têm permitido o crescimento e a consolidação do quadro de apoio de pessoal, a estruturação própria, com a saída da estrutura material do Poder Judiciário, a remuneração digna de seus membros e servidores, o controle do custo da Instituição e os investimentos, principalmente em informática de ponta, para modernizar o Ministério Público.

Não há dúvidas, hoje, pela interpretação constitucional que faz a doutrina e jurisprudência, pelo reconhecimento da sociedade à Instituição e aos seus membros e pela importância de sua posição e atuação na consolidação da cidadania e do Estado Democrático de Direito, que este longo caminho percorrido, durante mais de vinte anos, permitiram que se tenha uma visão do Ministério Público, por ser Instituição permanente e essencial, como um dos grandes pilares que sustente a jovem democracia brasileira.

Pouco mais de vinte anos é um bom período para avaliar o novo perfil da Instituição, contabilizar os avanços produzidos pela atuação dos seus membros, quantificar a importância do Ministério Público no contexto social, o que permite que se possa projetar o futuro, corrigir rumos, identificar prioridades e assumir novas e importantes atribuições.

Não há dúvidas de que o Ministério Público deve, como Institui-

ção, com maior brevidade possível, fazer a sua necessária reflexão interna, sua auto-análise, para assumir novos compromissos, corrigir rumos e, talvez, realizar a sua própria *revolução cultural.*

As Reformas Constitucionais, em destaque a Reforma Administrativa, as da Previdência e a do Poder Judiciário e do Ministério Público, modificaram profundamente a estrutura organizacional da Instituição e atingiram, frontalmente, direitos dos membros, mudando o sistema remuneratório, solidificando, pela paralisia das movimentações, a carreira, definindo diferenças entre membros do Ministério Público, onde alguns tiveram os seus direitos reconhecidos como intocáveis, por terem ingressado na carreira antes das reformas, e uma nova geração de membros que tem ingressado na Instituição depois das referidas modificações.

Abrir espaço franco, direto, que traduza a vontade real de vencer os problemas e as diferenças que hoje já se destacam em cada Ministério Público, é obrigação de todos, principalmente das grandes lideranças de nossa Instituição, estejam elas na Administração Superior, nas Entidades de Classe ou atuando, como a grande maioria, na realização de suas mais elementares atribuições.

Este olhar para dentro da Instituição, com o objetivo de uni-la e pacificá-la, a fortalecerá e lhe permitirá ambiente interno semelhante ao encontrado no movimento pré-constituinte.

Também, deve a Instituição estar preparada e, necessariamente, planejada para enfrentar, com resultados afirmativos, os novos desafios que, no cotidiano, estão sendo impostos pela evolução social.

Há pouco mais de trinta anos, nosso País era eminentemente rural. Apenas vinte por cento da população vivia nos grandes centros e oitenta por cento no interior. Processou-se, neste período, de forma pacífica e espontânea, a maior migração humana da história. Milhões de brasileiros, silenciosa e voluntariamente, em busca de uma nova vida, migraram do campo para as cidades. Hoje, vivem no campo vinte por cento da população brasileira e nos centros urbanos oitenta por cento. Não há estrutura urbana que absorva, com a mínima dignidade, essa massa humana. Não há escola, não há segurança, não há saúde, não há trabalho, não há moradia, não há ruas nem estradas, não há saneamento básico, não há atenção com os jovens que serão o nosso futuro e com os idosos que construíram o nosso passado. O Estado-Administração se mostra carente, incapaz e desestruturado.

Mesmo assim, pela índole e vontade do nosso povo, pelos reflexos da quebra de fronteiras nacionais, por vivermos em um País diferen-

ciado, há o reconhecimento de que, como País e como Nação, temos avançado e, ainda, avançaremos muito.

Todavia, todos os problemas que possamos identificar no contexto social, de alguma forma, têm ligação direta e permanente com aqueles que têm a obrigação constitucional de defender a lei, o regime democrático e os interesses indisponíveis, sejam sociais ou individuais.

Devemos estar preparados para o aumento da criminalidade urbana e organizada, seja sofisticada ou não. Devemos conhecer e enfrentar as questões genéticas, conseqüentes das manipulações, bem como tratar das questões éticas, o uso indevido e a pirataria dessas manipulações. Devemos olhar e pensar nos filhos dos nossos filhos, para entendermos o inferno ambiental que os espera, se não tivermos consciência ecológica hoje. Devemos pensar no direito das minorias, permitindo acesso universal a todo o cidadão aos direitos mais elementares da sociedade, como ao trabalho, à moradia, à educação e tantos outros bens. Devemos, de fato, destacarmos as grandes questões que hoje identificamos e que temos dificuldades de enfrentar, pelas mais diversas razões, para, com planejamento, preparar a Instituição no sentido de implementar a efetiva e a necessária transformação social.

Este é o caminho. A opção deverá ser, sempre e permanentemente, pela realização dos mais elementares direitos e interesses da sociedade. Esta é a razão da existência do Ministério Público e o seu único caminho.

E é neste contexto que aparece este novo Órgão fundamental ao Ministério Público, que, em razão da Emenda Constitucional n° 45/2004, foi constituído e passou a atuar de forma franca.

Em conseqüência da globalização, da necessidade da adaptação dos Países à imediatidade das comunicações e dos negócios, o Banco Mundial preparou o Documento n° 319, que trazia Elementos para Reforma do Poder Judiciário na América Latina e Caribe. Duas Propostas de Emenda Constitucional, PECs 112 e 96, ambas de 1993, deram início a reforma do Poder Judiciário e do Ministério Público. Uma tratava do controle externo e a outra da extinção dos Tribunais Militares. O Poder Judiciário foi exposto em razão de fatos que já estavam apurados, pelo início de Comissão Parlamentar de Inquérito, com o fim de abrir o que chamavam *caixa-preta*. O Ministério Público era exposto pelo excesso de seus membros, por investigações temerárias e por engavetar processos, conforme afirmavam aqueles que defendiam as reformas.

Sem dúvidas que Emenda Constitucional n° 45 afirmou avanços.

Para o Ministério Público a instituição do Conselho Nacional e o tratamento paritário definido para com a magistratura, são substanciais para confirmar a importância das modificações.

O Conselho Nacional do Ministério Público, órgão de controle externo, tem competência para zelar pela autonomia funcional e administrativa da Instituição, de observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência no âmbito do Ministério Público, de apreciar a legalidade dos atos administrativos da Instituição, para receber reclamações contra seus membros e servidores, sem prejuízo da competência disciplinar ou correicional originária, para determinar remoção compulsória, disponibilidade ou aposentadoria compulsória, com proventos proporcionais, para rever os processos disciplinares julgados a menos de um ano, para avocar procedimentos, entre tantas outras atribuições.

O Conselho Nacional do Ministério Público, como o Conselho Nacional de Justiça, têm mostrado resultados jamais imaginados pela sociedade brasileira.

Através da Resolução n° 1/2005, enfrentou a questão do nepotismo, direto e cruzado. Recentemente, no aperfeiçoamento das Resoluções sobre o tema, o Conselho Nacional foi muito além da Súmula Vinculante n° 13/STF, reafirmando os seus termos, mas impondo restrições ao trabalho terceirizado e às contratações conseqüentes das licitações.

Também, estabeleceu critérios objetivos e públicos para promoções e remoções por merecimento, enfrentou a questão da possibilidade da cumulação das funções com uma de magistério. Estabeleceu que membro do Ministério Público não pode dirigir estabelecimento de ensino e definiu o conceito de atividade jurídica para o ingresso à carreira. Impôs o cumprimento da constituição sobre o exercício de atividade político-partidária e o exercício de cargo público compatível, com as ressalvas previstas na Constituição Federal. Definiu vedações e impedimentos à advocacia pelos servidores, enfrentou questões referentes ao teto remuneratório e à implantação dos subsídios nos Estados e na União. Também, determinou, inicialmente, o acontrole da atividade administrativa, financeira e funcional, através da Resolução n° 12, alterada pelas Resoluções 25, 33 e 34. Estabeleceu normas sobre a instauração e tramitação das investigações criminais realizadas pelo Ministério Público, bem como regras sobre o efetivo controle externo da atividade policial e das interceptações telefônicas, telemáticas e de informática a cargos dos membros da Instituição.

Ainda, o Conselho Nacional regulamentou o inquérito civil público, estabeleceu regras sobre os concursos de ingresso à carreira, impôs regras sobre a moradia na Comarca ou local de lotação, regulamentou as funções eleitorais e vedou o exercício de atribuições junto aos Tribunais de Contas.

Há, ainda, propostas que tramitam sobre a necessidade de transparência da Instituição, valor das diárias pagas aos membros e servidores e regras sobre estágios de aprendizado no Ministério Público. Também, tramitam procedimentos que tratam das funções e atribuições dos membros em primeiro e segundo grau, principalmente quanto à intervenção no processo cível e que tratam da organização dos serviços prestados pelo Ministério Público, principalmente quanto ao disposto no artigo 39 da Constituição da República.

Todas estas disposições normativas ocorreram depois de instalado o Conselho Nacional e permitiram que fossem estabelecidas regras gerais para todo o Ministério Público, com o fim de se ter um perfil nacional e, também, para se terminar com ilhas de excelência em contrariedade a quase inviabilidade da Instituição em algumas unidades. São, portanto, normas de extrema importância e necessárias à Instituição.

O Supremo Tribunal Federal, ao enfrentar as Resoluções dos Conselhos, conferiu natureza jurídica de caráter primário às normas, que estão, como as decisões dos procedimentos, sob seu controle jurisdicional. Embora, muitos ainda critiquem o excesso de Resoluções, estas se mostram suficientes para estabelecer regras gerais aos Ministérios Públicos.

Inegavelmente, que o Conselho Nacional do Ministério Público, como todo o Órgão Colegiado, tem os seus equívocos. Todavia, acima do Conselho Nacional está o Supremo Tribunal Federal a controlar os eventuais erros.

Os avanços, no entanto, são significativos. O Conselho Nacional não recebe mais denúncia anônima, tem respeitado as autonomias locais, conhece de consultas, somente, em tese. Passou a emitir enunciados nas questões repetitivas e, ainda, tem determinado que seja esgotada a via administrativa local antes de enfrentar qualquer questão referente às Administrações. Tem procurado trabalhar com decisões monocráticas, em questões consolidadas e sem repercussão, e conferido, o mínimo possível, em razão do dano, liminares.

Seus desafios têm sido estabelecer a cultura do planejamento e atuar em conjunto com as Procuradorias e Corregedorias. Todavia, muito há, ainda, para ser feito.

Quanto à organização administrativa, o Conselho Nacional deve esmiuçar as questões relativas ao exercício de cargos em comissão ou funções gratificadas na Instituição. Identificar os desvios e determinar os ajustes necessários, se houver. Deve trabalhar para a adequação da Instituição ao seu tamanho, este estabelecido pela Lei Complementar n° 101/2001.

No que refere às questões institucionais, deve o Conselho Nacional, efetivamente, efetuar o controle externo, determinar que os membros morem nas Comarcas de lotação e que a exceção seja fundamentada pela Chefia, somente em casos excepcionais. Deve caminhar para a real transparência do Ministério Público, pois exemplar para quem controla e fiscaliza os demais Poderes, Órgãos ou Instituições.

Este é um caminho sem volta. Sua construção se dá a cada momento e com a participação de todos. Um futuro muito próximo irá afirmar a importância dos Conselhos Nacionais como órgão de controle e o acerto na sua criação.

MINISTÉRIO PÚBLICO: PERSPECTIVAS E DESAFIOS*

Maria Tereza Sadek**

Com freqüência, professa-se uma concepção muito parcial a respeito das instituições brasileiras e de nossa democracia. Até muito recentemente, os círculos profissionais em que se vivia transformavam-se em fonte exclusiva de orientação sobre avaliações do mundo e do país. Assim, os integrantes do Ministério Público só falavam entre si e compartilhavam uma visão da instituição a partir do seu meio e de suas próprias experiências. Tal comportamento "de casta" valia para todas as instituições do sistema de Justiça e, também, para o meio universitário. Nesse sentido, é um sinal auspicioso de mudança abrir a discussão, buscar análises e interpretações para além dos muros da instituição.

Minha exposição sobre as perspectivas e os desafios do Ministério Público revelará, certamente, o olhar de uma cientista política, de alguém que não é integrante da instituição e nem mesmo uma operadora do Direito. Venho estudando o Ministério Público desde 1996, quando iniciei uma pesquisa que me permitiu conhecer um bom número de integrantes do MP sergipano. Naquela época contei com o valioso apoio do então corregedor, Dr. Pedro Iroito, e também do Dr. Eduardo de Matos. Dr. Iroito, confesso publicamente, foi um verdadeiro cupido de meu interesse pelo Ministério Público.

O tema de minha palestra é a construção institucional de um novo Ministério Público. Ou mais precisamente, trata-se de uma reflexão sobre as perspectivas de desenvolvimento do Ministério Público e seus desafios. Um novo Ministério Público foi criado a partir da Constituição de 1988. O perfil futuro da instituição, contudo, dependerá significativamente de como serão efetivadas as virtualidades contidas no texto constitucional. Assim, não se tem hoje uma instituição pronta e acabada, mas em processo de construção.

Para desenvolver essa tese, gostaria de iniciar com algumas comparações. Em primeiro lugar, se considerarmos o panorama internacional, perceberemos que o Ministério Público brasileiro é singular. Costu-

* Palestra proferida no VII Encontro Estadual do Ministério Público de Sergipe em 15/05/2009.

** Professora Doutora do Departamento de Ciência Política da USP, Diretora de Pesquisa do Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais

mo brincar dizendo que, quando as pessoas se gabam exclamando que a jabuticaba só existe no Brasil, retruco observando que o que existe, de fato, só no Brasil é o nosso Ministério Público. Podemos encontrar instituições análogas na América Latina, no mundo Europeu e na América do Norte. Em nenhum dos países, entretanto, vamos nos deparar com um Ministério Público que apresente um perfil institucional semelhante ou que ostente igual e tão extenso conjunto de atribuições. Ou seja, o nosso Ministério Público, a partir da Constituição de 1988, é uma instituição que tem pouca semelhança com seus congêneres no exterior e tampouco com o Ministério Público brasileiro do passado. Eu até diria, ousando uma observação ainda mais radical, que o nome é o mesmo, mas a instituição não é a mesma. Várias características mudaram. Entre essas alterações ressalte-se, desde logo, a sua localização institucional e o rol de suas atribuições.

No que se refere à localização institucional, encontram-se situações diferenciadas na América Latina. Há, por exemplo, Ministério Público dependente do Poder Judiciário ou da Corte Suprema de Justiça na Costa Rica, na Colômbia e no Paraguai. Já no México, na República Dominicana e no Uruguai a instituição está ligada ao Poder Executivo.

Além dessas diferenças na localização institucional, deve-se salientar que até os anos 1990, o Ministério Público ou Fiscalia, como é denominado nos países latino-americanos, não era importante em nenhum deles. No Chile, chegava-se à situação extrema: a instituição sequer existia. Na larga maioria dos países da América Latina o Ministério Público é uma instituição que ganhou algum vigor apenas recentemente, a partir da reforma no sistema penal. A alteração legislativa trouxe consigo a necessidade de fortalecimento de uma organização com atribuições de atuar na área penal.

O Ministério Público no Brasil é independente dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. É definido na Constituição de 1988 como "instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis." A instituição brasileira distingue-se de todas as demais existentes nos países democráticos no que tange à amplitude de suas obrigações. A este respeito, os pontos de convergência com os Ministérios Públicos latino-americanos são: a persecução penal e a defesa da legalidade (*custus legis*).

Comparativamente, contudo, constata-se que a amplitude de atribuições não se correlaciona positivamente com o número de promotores

por habitante. Assim, apesar da indiscutível maior extensão de obrigações conferidas ao Ministério Público brasileiro, a relação entre o número de integrantes da instituição e a população é uma das mais desfavoráveis no quadro latino-americano. Como se depreende da tabela 1 abaixo, embora na maior parte dos Ministérios Públicos as atribuições restrinjam-se ou privilegiem a área penal, com pouquíssimas obrigações na área cível, a proporção entre o número de promotores e o número de habitantes é mais favorável nesses países do que no Brasil. De fato, o cotejo das proporções indica que no Brasil, com 4,2 promotores para cada 100 mil habitantes, há uma situação de clara desvantagem no que diz respeito ao número relativo de integrantes. No Panamá, por exemplo, esse número é de 15,3 promotores para cada cem mil habitantes; em Porto Rico é de 11,4; em El Salvador de 9,9; na República Dominicana de 8,0; na Colômbia de 7,8; na Costa Rica de 7,1; na Guatemala de 6,9; no México de 6,6; no Paraguai de 5,9; na Venezuela de 5; na Bolívia de 4,5. Em situação semelhante ou ainda mais crítica do que no Brasil estão o Chile com 4,2 promotores para cada cem mil habitantes; o Peru com 3,0; a Argentina com 2,9; e, por fim, o Equador com a mais baixa relação, com apenas 2,4.

Pode-se verificar que há países proporcionalmente com menos promotores por cem mil habitantes do que o Brasil, como é o caso do Peru, da Argentina e do Equador. Mas, é preciso igualmente voltar a salientar que as atribuições do Ministério Público brasileiro são muito mais extensas do que as que correspondem às Fiscalias ou Ministérios Públicos dos demais países mencionados.

Tabela 1: Número de Promotores/100 mil habitantes.

PANAMÁ	15,3	BRASIL	4,2
PORTO RICO	11,4	PARAGUAI	5,8
MÉXICO	6,6	PERU	3,0
CHILE	4,2	EL SALVADOR	9,9
VENEZUELA	5,0	EQUADOR	2,4
COLOMBIA	7,8	REP. DOMINICANA	8,0
GUATEMALA	6,9	BOLÍVIA	4,5
COSTA RICA	7,1	ARGENTINA	2,8

Fonte: CEJA, 2006

Do ponto de vista comparativo internacional, pode-se ainda destacar dois casos extremos: nos Estados Unidos da América há quinze Promotores para cada cem mil habitantes, enquanto que no Japão, não se chega a ter um Promotor por cem mil habitantes. Obviamente essas proporções refletem as variações culturais e, sobretudo, as características do sistema de Justiça desses países.

Uma outra questão que poderia ser equacionada comparativamente refere-se ao orçamento. Mais uma vez, a situação do Ministério Público brasileiro é desfavorável. Dados relativos a 2004 indicam que, a despeito de margem mais estreita de obrigações, muitos Ministérios Públicos latino-americanos gozam de uma situação orçamentária algumas vezes melhor do que a brasileira. Assim, enquanto o orçamento per capita do Ministério Público brasileiro é de US$ 2,9, o do Panamá é de US$ 15,3; o da Colômbia de US$ 6,6; o do Chile de US$ 5,8; o da Venezuela de US$ 5,7; e o da Guatemala de US$ 4,5.

Tabela 2: Orçamento per Capita, em US $

ARGENTINA	1,1	GUATEMALA	4,5
BOLÍVIA	1,8	HONDURAS	2,6
BRASIL	2,9	MÉXICO	0,06
COLOMBIA	6,6	NICARAGUA	0,4
COSTA RICA	4,3	PANAMÁ	15,3
CHILE	5,8	PARAGUAI	S/I
EQUADOR	2,4	PERÚ	2,9
EL SALVADOR	2,9	VENEZUELA	5,7

Fonte: CEJA, 2006

Além dos aspectos acima relacionados, devem também ser considerados dois fatos: 1) que a Constituição de 1988 consagrou todos os direitos supra-individuais, de uma forma mais generosa do que as constituições dos demais países e 2) que atribuiu especificamente a uma instituição a função da defesa desses direitos. Face a esses aspectos é possível concluir que, até mesmo do ponto de vista formal, a importância do Ministério Público brasileiro é extraordinária e excepcional.

É imprescindível igualmente salientar que a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis abre uma série de possibilidades de atuação. Essa abertura responde pelas principais mudanças no perfil e na identidade do Ministério Público brasileiro, tornando-o absolutamente impar.

É claro que tanto a localização institucional quanto o rol de atribuições vão implicar conseqüências no perfil da instituição. Talvez, a mais importante entre elas seja o fato de que o Ministério Público se constitui em um ator político relevante, um ator político de primeiríssima grandeza. Com freqüência, operadores do sistema de Justiça são muito resistentes à identificação de si próprios e da instituição como "ator político", porque desejam, legitimamente, preservar o conceito de neutralidade, de que se age com imparcialidade, respeitando a letra estrita da lei. Mas, não é disso que se trata. É indiscutível que a orientação é dada pelos parâmetros legais e que se busca a imparcialidade, a neutralidade, o respeito à lei. Ator político, contudo, não significa ator partidário ou atuação segundo padrões ideológicos. Significa a configuração de uma instituição e de seus integrantes como agente dotado de poder, de recursos de poder, que possibilitam e credenciam atuações na vida pública, com capacidade de alterar os rumos da vida pública e de impor suas decisões. Deste ponto de vista, o Ministério Público, assim como o Poder Judiciário, são atores políticos. E atores políticos privilegiados.

Uma questão diferente é saber até que ponto a instituição e seus promotores e procuradores têm correspondido e desenvolvido essas potencialidades. Ou seja, estamos diante de dois aspectos: um refere-se às determinações legais e outro à realidade.

No que diz respeito aos recursos de poder, o ator político Ministério Público conta instrumentos que são excepcionais e que facultam uma atuação geradora de impactos na vida pública. Vejamos:

Os principais recursos de poder que o Ministério Público tem à sua disposição são: a ação penal, cujo monopólio ele detém; a ação civil pública que, embora não detenha o monopólio, tem sido o principal autor a utilizá-la; o inquérito civil público; e os termos de ajustamento de conduta. Ademais, o Ministério Público goza de uma vantagem absolutamente extraordinária: o poder de agenda. Para apreender o significado desta qualidade bastaria um contraste com o Poder Judiciário, que não possui controle de sua agenda, nem na mesma dimensão nem no mesmo grau. Para atuar, o Poder Judiciário tem que ser provocado. Em princípio, trata-se de uma instituição passiva. O Ministério Público, diferente-

mente das demais instituições do sistema de justiça, tem controle da agenda, ou seja, pode definir o que vai fazer; como vai fazer; e quando vai fazer; ao que dará prioridade e ao que não dará prioridade.

Do ponto de vista de uma análise institucional esta característica é muito importante. O fato de existir a possibilidade de controle de agenda significa que há um amplo espaço no interior do qual pode ser estabelecida uma política institucional, podem ser eleitas prioridades. Sublinhe-se que não estou afirmando que isto de fato tem acontecido. O que se salienta é que existe essa potencialidade. O desenvolvimento maior ou menor desta virtualidade fará diferença, provocará impactos na instituição, na sua atuação, na sua imagem.

Além de possuir poder de agenda, o Ministério Público é o principal ativador do Poder Judiciário, ou seja, o Ministério Público é o mais significativo e o mais presente agente provocador do Poder Judiciário. Em resumo, trata-se de uma instituição imbuída em alto grau de protagonismo político, de atuação pública.

Todos esses traços informam que o Ministério Público tem vivido um processo de construção de uma nova identidade. Nesse processo, devem-se considerar dois ângulos: de um lado, aquilo que atua como estímulos, ou seja, os aspectos que dão força, que fornecem energia, enfim, que impulsionam na direção da construção de uma nova identidade. E, de outro lado, tem-se, ao invés, tudo aquilo que funciona como elemento constrangedor, que impõe limites, que traz dificuldades para a efetivação das potencialidades da instituição.

Em relação aos estímulos, saliente-se, em primeiro lugar, o rol de atribuições. O fato de esse rol ser amplo funciona como um poderoso incentivo para a construção de uma identidade institucional, assentada em grande margem de escolha, de abordagens e de prioridades. Como disse anteriormente, é o poder de agenda. Acrescente-se também como mais um significativo estímulo, como um incentivo para a construção da identidade institucional, a independência institucional. É fácil imaginar como diminuiriam os graus de liberdade ou as possibilidades de atuação da instituição caso esta fosse atrelada ao Poder Executivo, ao Poder Judiciário ou ao Poder Legislativo. Haveria, em tese, menor probabilidade de atuação livre e de defesa em relação às imposições de limitações externas.

Mas como dissemos, não há apenas estímulos. Operam também sérios constrangimentos ao desenvolvimento da efetivação das virtualidades. Em primeiríssimo lugar, menciono o tipo de hierarquia, que ca-

racterizo como uma hierarquia monocrática. A rigor, a instituição não possui uma hierarquia piramidal, centralizada, baseada em estritas relações de mando e obediência. Quando o Ministério Público optou e os constituintes acataram reproduzir o modelo do Poder Judiciário, houve um ganho em termos de garantias funcionais, mas uma perda do ponto de vista de atuação institucional, da atuação conjunta. Como a hierarquia é monocrática, ou seja, cada Promotor/Procurador é a própria instituição, é dificílimo planejar e posteriormente implementar uma política institucional.

Um segundo aspecto que atua como constrangimento é o fato de que a decisão judicial final escapa das mãos da instituição. A decisão final ou a última palavra é de autoria do Poder Judiciário que, com freqüência, atua como uma instituição concorrente. Outro aspecto que também não está nas mãos do Ministério Público, mas que certamente o fortaleceria, é a investigação. Como sabem, há hoje um conflito expresso com a Polícia Civil, em torno da possibilidade de conduzir a investigação. Questiona-se no STF se o Ministério Público pode ou não investigar. Um último ponto que gostaria de mencionar em relação às dificuldades, é o constrangimento proveniente dos demais atores públicos e privados, por exemplo, do Poder Executivo, em todos os níveis; dos políticos em geral, especialmente os da base governista; dos poderes privados. Em outras palavras, há uma série de atores com capacidade de constranger ou, se quiserem, de dificultar o processo de construção institucional do Ministério Público.

Gostaria de desenvolver um pouco mais a proposição sobre os constrangimentos decorrentes da forma em que a instituição é estruturada. A ausência de uma hierarquia piramidal gera uma problemática realização daquilo que se caracteriza como unidade institucional. Na medida em que existe dificuldade de se estabelecer prioridades, não há possibilidades de se dizer que a instituição marcha de uma forma unida e homogênea, de uma forma única ou conjunta. O que se tem é a prevalência do princípio de que cada um pode ou não obedecer àquilo que foi estabelecido como central. É um mecanismo oposto ao que orienta o desenrolar de uma decisão típica da política majoritária. Em um processo democrático, baseado em preceitos majoritários, a maioria determina o que tem que ser obedecido por todos, e a minoria respeita porque sabe que um dia ela poderá vir a ser maioria. No Ministério Público, diversamente, não opera esse sistema de tomada e de efetivação de decisões. Tem-se o desenvolvimento de um modelo caracterizado pelo individua-

lismo, é um sistema "atomizado", fragmentado, dividido. Para ilustrar, é o oposto de uma orquestra, de uma instituição regida por princípios democráticos majoritários. Nesse modelo atomizado, embora exista a função do maestro, cada um pode seguir a partitura que desejar.

Dessa forma, a independência funcional entendida como independência do integrante e a ausência de uma hierarquia piramidal geram individualismo, atomização, dispersão. Não estou afirmando que o Ministério Público de Sergipe ou de um outro determinado estado caracteriza-se por estes parâmetros. O que sim estou pontuando é que esses princípios formais dificultam enormemente uma política de natureza institucional. A conseqüência mais relevante desse tipo de constrangimento é uma justaposição de iniciativas e, paradoxalmente, no decorrer do processo, o enfraquecimento da independência funcional. Em conseqüência, a independência funcional do integrante da instituição, que se acredita representar a garantia, por excelência, do exercício pleno de suas obrigações, é fonte geradora de enfraquecimento e não de fortalecimento institucional ao ser impulsionada pelo individualismo e atomização.

Do ponto de vista concreto, é indiscutível que o Ministério Público vem agindo, desde 1988, de uma forma cada vez mais visível. Sua atuação tem que ser levada em conta pelos demais protagonistas da arena pública como o Executivo, o Legislativo, grandes setores públicos ou privados. Hoje, não há mais como ignorar a presença do Ministério Público. Isto gera conseqüências. De forma bastante simplificada é possível classificar essas conseqüências em apoios e em ataques. Em geral, os ataques provêem do Judiciário; do Executivo; do Legislativo, sobretudo de seu setor majoritário/governista; da Defensoria Pública; da Polícia; da OAB; de grupos empresariais. Os apoios, por sua vez, são provenientes, sobretudo, de grande parte da imprensa e de setores da sociedade civil organizada.

No jogo político os apoios e os ataques contam muito. A correlação de forças é dependente dessas variáveis. Presentemente, não haveria como duvidar, os ataques têm sido mais constantes e fortes do que os apoios.

Os principais argumentos daqueles que atacam o Ministério Público, como é possível constatar por meio de declarações na imprensa escrita, rádios, televisões, blogs, etc, dizem respeito àquilo que se chama de "Ministério Público sem responsabilidade". Argumenta-se que promotores forjam denúncias; preparam documentos ineptos; com freqüência atuam de maneira imprópria, até cometendo abuso de poder; que o

Ministério Público inviabiliza a administração pública; que, amiúde, Promotores e Procuradores agem movidos por interesses partidários; enfim, faltariam responsabilidade e responsividade.

Quanto aos apoios, um exemplo emblemático é a famosa "Lei da Mordaça". Esse exemplo dá a dimensão da importância dos apoios. A proposta de lei ficou conhecida como Lei da Mordaça. Ao se cunhar e se propagar este nome, pode-se afirmar que ela estava fadada ao fracasso. Foram exatamente os setores de apoio, muito mais do que o próprio Ministério Público, que imprimiram este termo e que o divulgou para o debate público em geral e especialmente para o Congresso. Dessa forma, aumentou enormemente a dificuldade de um parlamentar se comprometer com uma mudança legislativa que impusesse restrições ao desempenho do Ministério Público, simbolizadas na mordaça. Contudo, é necessário lembrar que a lei quase foi aprovada. Foram contabilizados 290 votos a favor. Para a autorização seriam necessários 308. Faltaram apenas 18. Os votos contra somaram 175 e houve 5 abstenções.

Os argumentos dos que têm manifestado apoio são sustentados na importância para a consolidação de uma sociedade e um Estado democráticos das atribuições do Ministério Público. Dificilmente, contudo, o discurso de aprovação aparece com a mesma contundência dos ataques. O Ministério Público é visto como o guardião da cidadania; como o defensor dos interesses sociais, dos interesses individuais; como um agente poderoso no combate à improbidade administrativa, aos desmandos, à corrupção; na defesa do meio ambiente, de políticas igualitárias, enfim, que a atuação do Ministério Público é absolutamente relevante na área que compreende os interesses difusos, os interesses coletivos, os interesses metaindividuais. Para ilustrar, é comum ouvir a afirmação segundo a qual o índice de corrupção no Brasil, que é reconhecidamente bastante alto, seria certamente superior não fosse a incisiva atuação do Ministério Público.

No entanto, convém explicitar, o conjunto de atuações avaliadas positivamente não tem sido capitalizado de uma forma capaz de criar apoios sólidos, capazes de serrar fileiras em defesa da instituição. Caberia ao próprio Ministério Público tomar e mesmo liderar essa iniciativa. Mas, quais são as estratégias disponíveis? Em outras palavras, como podem ser aplicados os recursos de que se dispõe ou explorar as condições favoráveis de que se desfruta para alcançar o fortalecimento institucional?

Resumidamente, é possível pensar em dois tipos distintos de estratégias. Há um tipo de estratégia que pode ser definido como mera-

mente reativo. Isto é, a cada vez que houver um ataque, buscam-se argumentos e fatos que providenciem uma defesa, em função daquele ataque específico. E há também uma estratégia que visa objetivos, uma estratégia orientada não apenas pelo conjuntural, mas uma estratégia propositiva. Para a concretização desta estratégia propositiva, no entanto, não basta o empenho isolado de um ou de poucos integrantes. Ela depende de uma série de variáveis, entre elas, as mais importantes são a unidade interna, uma política institucional consistente, uma atuação resolutiva.

Outro aspecto que se deveria cuidar é o que tange à área de comunicação da instituição. Ela tem funcionado de modo bastante deficiente. Bastaria salientar que os feitos positivos do Ministério Público não aparecem para o público não especializado. Dou um exemplo: são inúmeras as soluções obtidas sem a intervenção Poder Judiciário. Os Termos de Ajustamento de Condutas traduzem de forma clara o empenho da instituição e a possibilidade de se obter respostas acordadas pelas partes. É uma forma de fazer justiça que fortalece a instituição; que garante direitos; que proporciona diálogos; facilita a convivência futura.

Adicionaria ainda mais um ângulo da questão: os dados. As informações referentes ao Ministério Público são muito escassas. Em relação a este aspecto, o Poder Judiciário encontra-se em situação muito mais favorável. A principal implicação desta deficiência é que não se tem bases seguras para diagnósticos e, em conseqüência, para fundamentar políticas institucionais. Para sustentar esta afirmação, basta um exame das informações disponíveis no CNJ e no Conselho Nacional do Ministério Público.

O Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais (CEBEPEJ), dirigido pelo Desembargador Kazuo Watanabe, fez uma pesquisa sobre a tutela dos direitos difusos e coletivos em três Estados. Uma das principais conclusões daquela investigação é que existe uma significativa carência de dados. Os dados, além de poucos, não são confiáveis. Por outro lado, o confronto dos dados fornecidos pelo Ministério Público com os do Poder Judiciário, indica incongruência.

A escassez de informações tem reflexos tanto interna como externamente. Internamente, como dissemos dificulta e/ou impede a eleição de prioridades e em decorrência a produção das linhas que comporão a política institucional. Externamente, as atuações importantes acabam confinadas nos limites de um determinado gabinete, na Corregedoria-Geral ou, na melhor das hipóteses, são divulgadas local e regionalmente. Dessa forma, ainda que cada um dos Promotores possa ser muito empenhado e consiga

muitas coisas, a sociedade, em geral, sobretudo aqueles que não pertencem ao sistema de Justiça, não ficam sabendo. O que sim a mídia divulga é sobre um Promotor que foi acusado de corrupção, de um outro que tem laços muito estreitos com o poder político ou com a polícia, ou de um que age como salvador da pátria, com olhos voltados para a platéia. É mais do que sabido que a atenção pública prioriza o desvio e que a partir dele se constroem generalizações. Para o contra-ataque, contudo, seria necessário que se tivesse um mínimo de informações, inclusive para mostrar que um caso desviante é de fato desviante e não a regra.

Para concluir, gostaria ainda de fazer referência a mais alguns pontos e recapitular outros. Em primeiro lugar, o que me parece absolutamente central: a identidade do Ministério Público vem sendo profundamente alterada, assentada nos preceitos da Constituição de 1988.

Nesse período, o tamanho do Ministério Público aumentou e se diversificou muito. O número de Promotores e de Procuradores cresceu significativamente. Só esse traço já seria suficiente para provocar uma expressiva mudança interna. De acordo com o diagnóstico feito pela Secretaria de Reforma do Judiciário (MJ) - e esse diagnóstico, creio eu, já está defasado e não representa o que é o Ministério Público hoje, em 2008 - a composição é muito diferente, tanto do ponto de vista demográfico como sócio-econômico. Em termos de distribuição por sexo, avançou a presença feminina. No que diz respeito à origem sócio-econômica, é significativo o percentual de Promotores e Procuradores provenientes de famílias com baixo grau de acesso à riqueza e à educação. Ou seja, não se trata mais de um grupo oriundo predominantemente da elite. Há um número acentuado de integrantes do Ministério Público cujos pais não chegaram ao segundo grau e ao curso universitário. A maior parte dos atuais promotores e procuradores trabalhou antes de ingressar na instituição para manutenção própria e da família.

Além de mudanças nas características demográficas e sociológicas, há também mudanças no papel institucional. O Ministério Público passou a atuar fortemente na área cível, sendo responsável pela defesa dos direitos coletivos, dos direitos sociais, controlando políticas públicas. Todas essas alterações provocaram mudanças na imagem pública da instituição e especialmente nas expectativas que a sociedade tem em relação ao Ministério Público.

Dados comparativos mostram que apesar da amplitude das atribuições, o Ministério Público desfruta de muito menos recursos do que o Poder Judiciário. No Brasil, em 2004, enquanto a média do gasto por

habitantes era de R$ 19,88 para o Ministério Público, a correspondente ao Poder Judiciário era de R$ 62,65.

Uma área importante de atuação do Ministério Público é a que se relaciona com as ações coletivas. O protagonismo do MP tem sido relevante. Dados coletados no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por exemplo, mostram que o Ministério Público foi ator, em média, de 89% de todas as ações civis públicas ali ajuizadas, desde 1993. Há muitos anos em que todas as ACP foram de autoria do MP. É muito provável que esta situação não seja exclusiva do Rio de Janeiro. Entre os co-legitimados ativos ao manejo dos megaconflitos tem sido extraordinária a atuação do MP.

Segundo informações disponíveis, a maior parte das ações civis públicas diz respeito à área do patrimônio público, da improbidade, processual e meio ambiente.

A despeito da carência de dados, pode-se afirmar que a área de atuação institucional do Ministério Público mais forte, que produz mais impacto, é aquela que prescinde do Poder Judiciário, ou seja, a busca de soluções mais efetivas, mais rápidas. A população sabe, e isso não é só uma percepção, que uma questão após ingressar no Poder Judiciário leva anos para ser decidida e concluída.

O Ministério Público encontra aí mais uma poderosa razão para buscar soluções conciliadas, que prescindam da tramitação judicial. Dessa forma, trata-se de um item imprescindível em uma agenda que vise uma atuação propositiva, resolutiva.

Estamos falando de duas coisas simultaneamente. De um lado, o argumento de que as soluções extrajudiciais podem ser mais efetivas, mais eficientes do que as judiciais; e, de outro, que estas soluções são soluções coletivas, e não individualizadas. As soluções individualizadas não têm o mesmo potencial de provocar alterações na vida pública que as soluções coletivas. Observe-se, que no Brasil vive-se um paradoxo: ao mesmo tempo em que existe uma legislação muito avançada e voltada aos direitos coletivos, há uma resistência enorme à aplicação dessa legislação. Nesse sentido, o Ministério Público tem um papel inovador - é o autor por excelência na implementação desta legislação.

O Ministério Público resolutivo é ou pode ser o futuro do Ministério Público, enquanto instituição forte e consolidada. Sublinho o termo "pode ser" porque essa virtualidade depende estritamente como argumentamos da elaboração e implementação de uma política institucional. E, fazer política institucional no Ministério Público é um desafio. Desafio que, certamente, será enfrentado.

O MINISTÉRIO PÚBLICO CONTEMPORÂNEO*

Eduardo Abdon Moura**

Bom dia. Eu cumprimento a todos os colegas presentes, a Dra. Procuradora-Geral, Cristina, minha colega no Colégio de Procuradores-Gerais de Justiça, a todos os demais integrantes da mesa, Corregedora, meu colega de Goiás, Ouvidor, Dr. Abraão, Procurador de Justiça que se faz presente, conheço o Dr. Iroito desde mil novecentos e noventa e cinco, mas não é meu cupido.

Quando eu era Promotor Corregedor em noventa e cinco, Assessor da Procuradora-Geral, tivemos um Congresso Nacional e um de Corregedores, e o Dr. Iroito esteve presente e talvez não se lembre, isto me marcou, porque justamente pela vitalidade que apresentava, apesar já de contando com alguns anos de carreira, e isso me contagiou de alguma forma. O meu principal cupido, verdadeiro cupido, foi o meu pai mesmo que é um Procurador de Justiça aposentado, contemporâneo, inclusive Presidente de Associação junto com o Dr. Iroito, e foi a partir dele que eu adquiri o gosto pela instituição.

Ingressei em mil novecentos e noventa e dois, conto então com dezessete anos de carreira e passei boa parte desse tempo, um pouco mais da metade em funções administrativas dentro da instituição, então tive a oportunidade de conhecê-la olhando pela Corregedoria, como Diretor Geral, como Coordenador do Centro de Apoio, como chefe de Gabinete e como Supervisor de Estágio junto a Escola Superior.

Isso me proporcionou um olhar pragmático sobre o Ministério Público, um olhar que busca fazer com que este sonho de Ministério Público torne-se uma realidade, instrumentos que coloquem em prática este nosso sonho. Por isso que a minha fala hoje e, se tivéssemos nos encontrado antes, talvez proporia a Professora Sadeck que, mesmo que ela diga que não, ela já é do Ministério Público, não adianta mais, nós já a adotamos há muitos anos. Ela já nos brindou lá em Goiás, em várias oportunidades, se fizéssemos até a palestra juntos seria interessante porque são complementares, todas as idéias postas eu comungo e a perspectiva que quero apresentar hoje é de uma postura pragmática da realização dessa ideologia.

---

* Palestra proferida no VII Encontro Estadual do Ministério Público de Sergipe, em 15/05/2009.

** Procurador Geral de Justiça do Estado de Goiás.

Farei uma introdução antes de entrar no texto, aqui nos slides, são dois eixos que se apresentam hoje e estavam presentes na fala da Professora. Nós temos aí o eixo conceitual, ou seja, qual o referencial teórico do Ministério Público hoje, e nós temos o eixo organizacional, ou seja, que tipo de organização existe hoje, qual a forma de trabalho para alcançar este Ministério Público.

Esse referencial teórico, essa ideologia é o que dá um pouco a nossa conformação espiritual do Ministério Público. Eu costumo dizer sem medo que, talvez eu esteja usando a palavra ideologia de forma não científica, ciência comum, talvez o Ministério Público seja a única instituição pública com ideal, com ideologia, nós temos uma hierarquização de conceitos, de princípios, que nos conduzem, que nos impõem uma determinada postura e é sobre essa postura, sobre esse agir, que eu falarei hoje.

Mas, antes de entrarmos propriamente, é interessante fazermos uma digressão histórica, uma pequena dimensão histórica. Se pararmos pra olhar o contexto mundial, nós tivemos aí nas análises dos direitos, nós temos os chamados direitos de primeira geração, de segunda, de terceira, propõe-se até de quarta, mas foi com a afirmação dos direitos da terceira geração que surgiu a oportunidade, ou seja, direitos precisam de proteção, quem irá protegê-los?

E aí já voltamos à conjuntura brasileira, a Constituição de oitenta e oito entregou para o Ministério Público essa defesa. Porque não adianta nada, e a Professora bem colocou, talvez seja a Constituição que mais carrega Direitos e Princípios de todos os países, não há como ter direitos sem alguém que busque sua efetivação, e esse é o Ministério Público.

É interessante observar que uma instituição como a nossa com a feição ou com a conformação que o artigo cento e vinte e sete em diante deu, ela só pode existir em um período democrático, ou seja, a redemocratização do país e o símbolo maior foi a Constituição de oitenta e oito, a refundação, o nosso pacto, o novo pacto social possibilitou o nascimento de uma instituição como a nossa, aliás, sei que sabem, mas é sempre bom reforçar, nós estamos passando pelo maior período democrático da nossa história, isso significa que nós estamos em um período de rápida e constante evolução.

Tudo no Brasil ainda se afirma, os direitos estão por se afirmar, as instituições estão ainda se afirmando, e o Ministério Público sendo a mais jovem delas é a que ainda procura delimitar o seu espaço. Eu sempre uso uma metáfora que é meio grosseira mas que resolve: imaginem um fusca que no banco de trás estão sentados o Poder Executivo, o Poder Legislativo, o Poder Judiciário e o Ministério Público entrou e quer

sentar, então tem aquela chega pra lá, chega pra cá, e nós estamos tentando, e até hoje nós não sentamos no banco não, nós estamos quase, mas porque não estão dando espaço. É mais ou menos esta, como eu disse numa figura alegre de linguagem, que é a situação institucional.

Agora, como a Professora Sadeck colocou, existem três estágios evolutivos do Ministério Público brasileiro: o Ministério Público Clássico, que é o anterior a oitenta e oito, o Ministério Público Demandista, que é o pós oitenta e oito até a década de noventa, meados da década de noventa e do final da década de noventa pra cá, nós podemos dizer que está se transformando em um Ministério Público resolutivo.

Clássico, Demandista e Resolutivo. Que Ministério Público é este? Como foi dito, o Ministério Público de hoje não é o de oitenta e oito, nós somos aquele sonho de oitenta e oito, aquela idéia de oitenta e oito praticada por vinte anos, nós temos vinte anos de exercício pós oitenta e oito, e isso nos deu uma conformação diferente daquela idealizada.

Precisamos agora entender se era melhor que o esperado, igual ao esperado, ou aquém do esperado, onde é que está este Ministério Público, que era o Ministério Público clássico, antes de oitenta e oito, todos nós sabemos, basicamente focado na atuação criminal, e nós temos, é bom até um slide que demonstra, mas já vou falar da vitória que foi a Lei Complementar quarenta, de mil novecentos e oitenta e um, proporcionada pela luta da CAEMP, que o Doutor Iroito é um dos fundadores, que precedeu a CONAMP, o José Pereira da Costa, saudoso colega de Goiás, era o Presidente da CAEMP à época. Depois temos a Lei de Ação Civil Pública de oitenta e cinco, e depois a Constituição, são marcos na nossa história.

O Ministério Público Clássico vocês conhecem, o Ministério Público Demandista, esse eu faço parte porque ingressei em fevereiro de noventa e dois, naquela emoção pós oitenta e oito, nós saímos disparando ações civis que era uma beleza, tinha até uma certa competição, Doutor Abraão é da mesma geração, sabe disso, era na área ambiental. Lá em Goiás houve um período interessante porque o Tribunal de Justiça teve muita resistência para reconhecer a nossa legitimidade. Eu lembro bem, na área ambiental, nós tivemos um precursor brasileiro, falecido precocemente, Doutor Sulivan Silvestre, foi um dos primeiros Promotores do país a propor Ações Civis na área ambiental, e o Tribunal de Justiça dizia em várias decisões que não havia legitimidade, até que nós começamos a recorrer pra o STJ e o STJ revia estas decisões, e aí o Tribunal voltou atrás.

Hoje a legitimidade do Ministério Público é algo mais tranqüilo no que diz respeito ao Juízes e Tribunais, mas isso foi luta também, estava escrito mas não queriam reconhecer, é um processo evolutivo. Esse Ministério Público Demandista começou ceder lugar ao Resolutivo, que é aquele que nem sempre passa pelo Judiciário, ele quer a solução do problema, como a Professora disse, o Judiciário muitas vezes é um fator de constrangimento, é o fator de negação, a judicialização dos direitos sociais não é algo simples, não é algo fácil.

Temos agora recentemente uma decisão do Ministro Celso de Melo, muito boa, muito interessante, que vai no caminho da aceitação de que o Judiciário pode sim efetivar direitos sociais quando da omissão do Poder Executivo. Mas onde está o conceito desse Ministério Público Resolutivo? Ele está por ser melhor trabalhado, ele está na fala da Professora Sadeck, ele está em textos esparsos de Congressos nossos, do colega Gregora Sagra de Minas, do colega Jataí do Rio de Janeiro, na fala do Conselheiro que virá à tarde, Doutor Cláudio Barros, ele está em uma decisão recente do Ministro Carlos Ayres, que inclusive será homenageado, só por esta decisão o Ministro mereceria homenagem do Ministério Público Brasileiro.

Ele diz que: se os direitos que defendemos são cláusulas pétreas, o próprio Ministério Público o é, essa decisão é impagável. Esse Ministério Público então Resolutivo só não se aprimorou ainda porque falta justamente o referencial teórico, alguém sentar, juntar essas idéias e elaborar algo que dê um certo norte. Aí eu pergunto: o que é o Ministério Público de hoje? Ele é realmente o agente político? Ele é realmente o agente de transformação social? Será que nós estamos cumprindo esse papel constitucional ou não? E é muito importante que cada um dos membros do Ministério Público Brasileiro faça essa pergunta a si mesmo, inclusive porque a nós foi dado muito poder, e como diz a Bíblia "A quem muito é dado, muito será cobrado", esta é uma máxima da experiência que nós não podemos refutar e o poder que ao invés de servir, porque numa República o poder existe para servir, porque o poder que serve a si mesmo, esse poder não serve.

Por isso que muitas vezes me entristece em reuniões locais, nacionais, debates de questões meramente corporativas, isso toma oitenta por cento do nosso tempo, é a diferença, tem uma agora que tem até nome de PAE, "Pai de Santo"? PAE, parcela autônoma de equivalência. Quando se fala PAE, o pai, pai de quem! Ainda estava sem saber.

Apenas para dar um exemplo do que, às vezes, ocupa as mentes e

os corações dos nossos colegas, o poder existe para servir, nós temos que exercitá-lo para a sociedade e não em nosso proveito, porque a relação que tem que se estabelecer entre o Ministério Público e a sociedade é uma só e, graças a Deus, está presente, mas nós precisamos mantê-la, ou seja, uma relação de credibilidade. A relação da sociedade conosco não pode ser diversa da credibilidade, ela não pode ser de desconfiança, de medo, ela não pode ser frágil, tem que ser consistente, e isto é algo que tem que estar presente e é muito importante.

Interessante coincidência que este encontro ocorra no mês de maio, o mês de maio vem de Maia, a Deusa do parto, da proteção, ou seja, é feminino por excelência, e o Ministério Público tem que ser uma instituição feminina, o que quer dizer isso? Feminina em que sentido? O que é o feminino? É a incapacidade de desistir do cuidado. A nós não é dado o direito de desistir do cuidado com as outras instituições e do cuidado com os interesses, com os direitos difusos, coletivos, regime democrático, ordem jurídica, nós não podemos descuidar deles, nós não temos esse direito, por isso que esta característica feminina tem que estar presente. Muitas vezes nas mulheres o feminino está mais adensado, mas pode estar em todos nós.

Os homens devem estar pensando: que conversa! Mas pensem bem, feminino é característica do ser humano, mais adensado nas mulheres, é simples, basta olhar quem está numa porta de uma penitenciária, esperando aquele latrocida que já matou quinze, com prisão quase perpétua, a mãe, às vezes, a esposa, ou seja, é uma mulher. Vocês sabem quem visita presídios femininos? Recebem visitas as mulheres? Pouquíssimas. Esta é uma diferença, vem da evolução histórica do ser humano, a mulher é a acolhedora, o homem é o caçador. Inclusive a mulher é multitarefa, por ser ela que coletava, cuidava do bebê contra os predadores. Hoje ela assiste à TV , olha a criança, fala ao telefone. Você vê quatro mulheres conversando, as quatro falam, as quatro ouvem ao mesmo tempo, incrível! Já o homem, um fala e todos os outros ficam assim, aí ele pára, agora sou eu. Aliás, façam uma brincadeira: mandem o marido, o consorte, ir ao supermercado comprar um quilo de açúcar. Incrível! Ele vai voltar com um quilo de açúcar. Mande uma mulher comprar um quilo de açúcar, pelo menos vinte produtos virão juntos com o quilo, às vezes é capaz de esquecer o quilo de açúcar!

Essa ilustração serve apenas para demonstrar que nós temos que realmente dar uma conformação do nosso ideal de instituição, do nosso sonho de instituição, do nosso conceito, da nossa idéia, ideologia. Nós

precisamos evoluir mais um pouco em dois aspectos para seguir adiante: a consolidação do referencial teórico e a consolidação da nossa instituição como organização que tem metas institucionais, e não apenas individuais, e então chegamos ao segundo eixo da introdução, o primeiro era o referencial teórico, o segundo é do referencial organizacional, ou seja, gestão de Ministério Público, esta é a mensagem principal.

Há, ainda, outra mensagem mais importante, a de que o Ministério Público precisa recuperar a sua vitalidade. Ponto central da minha fala é a vitalidade, resgate da vitalidade da instituição, para isso nós precisamos ter ferramentas modernas de gestão, nós precisamos ter, como foi dito, estratégia de trabalho, porque senão o sonho do agente político vira uma baderna, espetáculos particulares individuais que não agregam valor. E depois nós vamos tratar inclusive da questão da independência funcional.

Partindo para o segundo eixo que é da organização, que tipo de instituição, que tipo de organização nós precisamos ter para alcançar os nossos objetivos, inicio tentando analisar que tipo de organização o Ministério Público é hoje. Desculpem-me qualquer imprecisão técnica, porque eu não sou administrador, sou Bacharel em Direito com Mestrado em Ciências Penais, Professor de Direito Empresarial na Universidade há quatorze anos, aliás, por ser Professor de Direito Empresarial é que também houve o pendor para essa área, como autodidata fui pesquisar que organização é o Ministério Público. São os marcos históricos do Ministério Público, que a Professora Sadeck teceu considerações do ponto de vista constitucional, de maneira até mais precisa que a minha, eu simplesmente brinquei que fomos batizados e depois tivemos a certidão de nascimento, para que batismo e depois a certidão, até lá nós não tínhamos a certidão e, como dizem no interior de Goiás, o registro é necessário, vamos adiante, é só pra mostrar que a instituição é recente.

Eu queria que vocês olhassem, talvez nunca tenham visto estes termos na vida, em qual vocês apostariam que é o Ministério Público? É uma estrutura simples? Burocracia mecanizada? Uma burocracia profissional? Uma forma divisionalizada? Ou uma adocracia? Uma estrutura simples é uma organização jovem, pequena, sem sofisticação, ambiente simples. Uma burocracia mecanizada é uma organização antiga, de sistema regulado, ambiente simples, estável, trabalho rotineiro. Nós temos um ambiente complexo, estável, especialização horizontal de tarefas, padronização de habilidades, profissionais especializados que são treinados, o núcleo operacional é o mais importante.

Até agora o que parece mais o Ministério Público? Forma divisionalizada, agrupamento baseado no mercado, não. Terceira, adocracia, ambiente complexo, dinâmico, às vezes diferente, sistema técnico sofisticado, é frequentemente automatizado, estrutura altamente orgânica, é isso? Vocês ficariam com qual agora? A terceira! A maioria disse a terceira. Agora vamos ver exemplos pra saber se vocês acertaram. Nós parecemos com a revendedor de automóveis, provavelmente que não, espero que não. Nós nos parecemos com o Correio? Com órgão de segurança? Às vezes nós precisamos dela. Nós nos parecemos com escritório de advocacia? Com um grande hospital público com várias especialidades? Com uma grande universidade pública que trata de vários temas? Nós nos parecemos com as quinhentas melhores empresas do mundo? Queríamos, pelo menos orçamentariamente seria muito interessante. Nós nos parecemos com agência espacial? Existe um ou outro lunático, mas não é a regra, é um ou outro. Parem para pensar, um hospital público com médicos de todas as especialidades em que dentro do consultório ele tem autonomia pra fazer o que quer e tem que ser assim, pensem numa universidade pública em que nós temos costumes dos mais variados e que dentro da sala de aula o professor tem autonomia para ministrar o que quer, não é isso que acontece com o promotor dentro da sua Promotoria. Então nós somos uma burocracia profissional.

Ser uma burocracia profissional é bom ou é ruim? Nós vamos analisar em seguida, mas nós não podemos negar a nossa essência enquanto organização, nós somos isso e continuaremos sendo. O que é uma burocracia profissional? Nós analisaremos a estrutura básica, condições e alguns problemas associados. Estes problemas são aqueles que a Professora Sadeck anunciou, eles estão aqui, só que aqui sendo analisados como uma organização, o olhar de gestão sobre a instituição. Estrutura básica, os textos são grandes mas eu os lerei para facilitar. O que está em preto é tirado da doutrina, o que está em vermelho são adaptações que eu fiz para contextualizar no Ministério Público. Núcleo operacional é a parte chave, dado alto custo dos profissionais faz sentido um maior apoio possível disponibilizando outras pessoas, exemplo: técnicos periciais, assessores jurídicos, secretários, oficiais de promotoria. O Núcleo Operacional é o que? É a Promotoria ou Procuradoria. O trabalho no Núcleo Operacional dá-se de que forma? Contratam-se profissionais bem especializados e devidamente treinados, Promotor, Procurador de Justiça, concede-se considerável controle sobre o seu próprio trabalho, significando que o profissional age independente dos seus colegas.

Promotor de Justiça trabalha sozinho na Comarca relativamente oculto dos colegas e superiores e desfruta de ampla autonomia nesse local, superiores administrativos, sabemos disso, não é isso que acontece? A maior parte da coordenação entre os profissionais é pelas habilidades, aí a importância das Escolas Superiores ou Centro de Formação, é por ali que você consegue coordenar os trabalhos, por isso que estão as Escolas lá embaixo, é assim que se controla ou que se coordena uma instituição como a nossa. Nós estamos escrevendo o que somos, quer seja bom ou não, enfatiza autoridade de natureza profissional.

Vocês talvez tenham aqui uma pessoa que não tenha ocupado nenhum cargo de destaque na Instituição, porém é referencia numa determinada área e eu vou atrás dessa pessoa, é *experti*, isso é muito valorizado numa burocracia profissional. Os próprios trabalhos são complexos, ou seja, um Promotor de Justiça em seu dia atende ao público, realiza audiências judiciais, atua em processos, procedimentos, inquéritos civis, administra promotoria, transitando entre vários ramos do direito, ou seja, ele é gestor, aliás, aqui entra um fato interessante, todos nós somos enganados quando nos dizem que pra ser Promotor basta conhecer o Direito, depois que você aprende, entra no cargo, você é mediador de conflitos, articulador social, Psicólogo, Assistente Social, você faz de um tudo numa Promotoria, e não se tem essa formação na Academia e muitas vezes o próprio Ministério Público depois que ingressamos não nos qualifica, capacita pra isso.

Precisamos rever, há até uma idéia agora, eu li na revista da AMB do Ministro Gilson Dib, que é o Corregedor Nacional, ele quer passar a exigir no concurso para Magistratura e no curso de formação posterior, Gestão, porque ele disse que o grande problema na Magistratura é Gestão. Por fim os resultados são de difícil mensuração, como é que eu sei que o Promotor da Comarca X, do interior ou da capital é um bom Promotor, por exemplo, na área da infância, como é que eu mensuro o trabalho, como é que eu comparo esse trabalho. Não. E aí que vem aquela distorção horrível que gera uma dificuldade enorme organizacional quando das promoções ou remoções por merecimento, nós não temos critérios bons de aferição. Alguém é promovido e isso gera uma sensação de injustiça, nada mais dolorido para o Promotor do que a sensação de injustiça, que gera uma desestabilização enorme no clima da organização. Se tiver um site que o pessoal acesse, o site é hoje o principal instrumento, o meio virtual, até que a pessoa acha às vezes que está acobertada e ali ela praticamente vocifera tudo que estaria entalado, mas isso acontece.

É então um problema que nós temos que enfrentar e o Conselho Nacional, apesar de ter baixado regras exigindo Resoluções, não existem Resoluções no país hoje que resolvam este problema de nenhum Ministério Público, por quê? Porque nós não sabemos, não temos instrumentos, é o que eu vou propor, instrumento eficaz de medição do trabalho. E não é medição no sentido correicional não, é no sentido de orientação. Processo de classificação por categorização profissional tem duas tarefas, ele atende o cidadão e aí é o caso de um TAC, é o caso de uma ação civil, de expedir uma notificação, atende o cidadão, procura aquela prática que lhe é apresentada e executa, é isso o que nós fazemos, aplica ou executa este programa estabelecido, essas regras estabelecidas impostas.

Eu tive uma experiência muito interessante com uma colega, uma colega recém ingressa na Instituição, quando ela disse o seguinte: muito engraçado, antes de ser Promotor eu pensava que ser Promotora era uma coisa e ela acaba reproduzindo aquele modelo. Descentralização é uma estrutura descentralizada, ou seja, no Núcleo Operacional é um trabalho complexo porém não supervisionado, na Promotoria e na Procuradoria vocês tem muito poder e autonomia para atuar, é uma instituição horizontal, além disso é uma estrutura altamente democrática, os profissionais não só controlam o seu próprio trabalho como também procuram o controle coletivo da administração, ou seja, o Promotor não só controla lá sua Promotoria, Procuradoria, como quer interferir e quer participar da Instituição como um todo. Por exemplo, realizamos pessoalmente os nossos concursos para servidores e colegas, bem como temos Assessores Jurídicos comissionados, em alguns lugares são comissionados outros não, outros nem os temos, e temos certeza que somos assessorados por pessoas de confiança.

Temos dois tipos de hierarquia: entre os Membros ela é horizontal, dos Membros para os servidores ela é vertical. O papel do Procurador-Geral de Justiça demonstra a dificuldade do exercício. O Procurador-Geral passa muito tempo lidando com distúrbios de estrutura, distúrbios entre colegas, quem atua em tal caso, é o da cidadania, é o do patrimônio, quem tem atribuição, qual Centro de Apoio deve cuidar e por aí vai, isso é muito freqüente, é inato, é de uma burocracia profissional. Além disso, se alguém quiser saber o que é um Procurador-Geral de Justiça está aqui descrito, esse segundo parágrafo, exerce papel chave na fronteira da organização entre os profissionais internos e as partes externas interessadas.

Quais são as partes externas? Governo, associações da sociedade civil, associações de classe interna e externa, devem manter contato, fazer relações públicas, atuando como representante porta-voz e negociar com públicos externos. Espera-se que o administrador proteja a autonomia dos Promotores, isolando-os de pressões externas. Espera-se também que ele corteje essas partes externas para que apóiem a organização tanto moral, quanto financeiramente. É este o papel de um Administrador numa burocracia profissional e não é diferente de um Procurador-Geral, trabalha com a negociação e a persuasão sabendo que os profissionais desejam ficar em paz.

Vocês devem conhecer uma gíria, "me erra", é mais ou menos essa postura de muitos profissionais, Promotores e Procuradores, "me deixa quieto na minha Promotoria ou Procuradoria, me esqueça que eu vou cuidar do meu trabalho". Esta posição atomista inviabiliza conquistas em políticas públicas, inviabiliza projetos institucionais, que são aqueles que vão se transformar em realidade social. Hoje em Goiás nós somos trezentos e trinta e um Membros. Não existem trezentos e trinta e um Ministérios Públicos, existe um com trezentos e trinta e um integrantes e muitos se sentem: o Ministério Público sou eu.

Eu vi um Procurador em Minas Gerais dizer o seguinte: que ele não iria fornecer as peças processuais que ele produzia para colocar na intranet porque aquelas peças eram dele. Ele esquece que ele tem patrão que é o Estado e paga muito bem pelo serviço dele, diga-se de passagem, ele esquece que aquelas peças são públicas. Há uma mistura de conceitos, uma confusão, o Ministério Público é uma instituição maior e perene, nós passamos por ela, então essa posição de isolamento não é interessante.

A independência funcional é princípio constitucional do Ministério Público, tem que ser preservada e não há quem tenha que mexer nela, só que a independência funcional tem que agregar valor e não tirar valor da instituição, essa é uma diferença muito interessante. Independência funcional significa que no exercício da atividade o Promotor realmente é independente, mas dentro de projetos institucionais, e projetos institucionais que são normalmente construídos por todos, todos participam da construção, da colocação de idéias, e depois temos de executá-los. Esse é um mito que precisa ser bem compreendido dentro da instituição Ministério Público, quais são as condições? O que mais de um profissional o Promotor precisa: ambiente. O ambiente complexo estável é o principal fator situacional, os profissionais, por atenderem de

forma direta e pessoal ao cidadão requerem discrição em seu trabalho e resistem a racionalização de suas habilidades, pois isto lhes tira a autonomia, então, o ambiente complexo estável, a estabilidade, tranqüilidade pra trabalhar, são muito preciosos para nós.

A tecnologia da organização é sofisticada, mas seu sistema técnico, conjunto de instrumento, não é, ou seja, nós temos um capital intelectual jurídico sofisticadíssimo, estamos entre as principais carreiras de estado do Brasil, somos carreira de estado, mas nós aplicamos este conhecimento de forma desordenada, sem técnica de planejamento, é isso que nos deixa às vezes com a sensação de pouca efetividade. Tudo isso que eu estou falando, é bom frisar, vem da perspectiva que eu percebo, é até uma questão individual. O Ministério Público precisa ter mais efetividade, precisa apresentar mais resultados, nós não estamos satisfeitos, não há política pública nesse país que possa se dizer que anda bem e nós temos que assumir, como a Professora Sadeck disse, a nossa parcela de culpa e de responsabilidade por isso.

Quais são as vantagens e problemas? Nós temos vantagens e vários problemas. Vamos às vantagens de uma burocracia profissional: é a única estrutura que responde a duas necessidades supremas de homens e mulheres, é democrática ao disseminar o poder diretamente aos seus trabalhadores e dar-lhes amplas autonomia, liberam da necessidade de coordenar o trabalho dos seus colegas. Aliás, coordenar Promotor é muito fácil, não é? Tem algum Coordenador que queira fazer algum depoimento, está na hora de expor, desabafar aquela angústia, então esta é uma vantagem. Vamos agora para a autonomia: permite aperfeiçoar as suas habilidades, livre de interferências. Agora as desvantagens, momento que a minha fala se aproxima muito da Professora Sadeck. São grupos de indivíduos que trabalham com recursos e serviços de apoio comun, mas que não desejam interferências no que fazem, é o tal do "me erra".

Autonomia não apenas permite a certos profissionais ignorarem necessidades do cidadão, eles não querem ouvir o cidadão, sabem tudo que tem de ser feito, como também encoraja muitos deles a ignorarem necessidades da própria organização. Os funcionários dessas estruturas não se consideram parte de uma equipe, para muitos a organização é incidente, um lugar conveniente para exercer suas habilidades, são leais a sua profissão e não ao local, ou seja, muitos pensam assim: o Ministério Público de Sergipe tem de dar graças a Deus por eu ser seu integrante, tem de me cumprimentar todo o dia e me agradecer por não sair dessa instituição, este é um sentimento que às vezes acomete alguns. Vamos

adiante: desmontagem. Muito sangue político é derramado na reavaliação contínua das contingências (essa frase não é minha), ou seja, naqueles distúrbios há muito sangramento interno em relação a isso.

Isso me lembra que nós não somos parecidos com os Hospitais, com as Universidades. Os médicos têm facilidades de punir os seus? Os médicos punem bem os médicos? Os professores punem bem os professores? A professora da academia sabe. Isto é característico de uma burocracia profissional, é uma desvantagem, problemas de inovação. O que são problemas de inovação? Nós temos resistência ao novo, aliás essa é uma característica até certo ponto humana, amisoneísmo, aversão ao novo, por isso que você tem dificuldade de trabalhar com a comunidade, próximo da sociedade.

Muitos têm essa dificuldade, eu citei aqui um exemplo, é um Projeto de Goiás que se faz uma parceria com as pesquisadoras da Universidade Federal de Minas Gerais e se usa o pensamento sistêmico que esta aqui, como forma de estabelecer uma parceria institucional e permanente com a comunidade. Ou seja, os nossos paradigmas são difíceis de serem superados, aliás, todos nós sabemos, até quando entramos na Universidade, que por característica os estudantes de direito, os operadores do direito são conservadores. Até porque o ensino jurídico não é crítico, ele simplesmente nos coloca a norma pra que ela seja aplicada, ninguém questiona a existência da norma, este é um problema da formação jurídica.

Alguém poderia saber porque surgiu o Conselho Nacional do Ministério Público? Eu tenho uma idéia, justamente porque nós temos aquela dificuldade de punir os nossos, e como nós somos muito poderosos e somos descontrolados, cada um faz o que acha que deve, o que acontece? A sociedade passou a nos temer, a credibilidade passou a ter um pouco de desconfiança e essa sociedade, através dos parlamentares, entendeu por bem colocar um controle externo em razão do receio que tinha quanto a nossa instituição, daí surgir o Conselho Nacional do Ministério Público.

O que se pretende agora através do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais é que o Conselho Nacional seja sim um órgão fiscalizador, porque está escrito na Emenda 45, mas principalmente um órgão de apoio. O trabalho do Procurador-Geral nunca é fácil, torna-se, então, extremamente difícil quando sujeito ao controle externo. Então a pergunta: como uma sobre-estrutura do porte do Ministério Público deve ser administrada? Qual o modelo de gestão apropriada para o Ministério

Público? Estou a procura de uma resposta. Nós temos excelentes iniciativas, que tive oportunidade de conhecer, Rio Grande do Sul, Mato Grosso, Pernambuco, Paraná, Santa Catarina, Rondônia, todos estamos tentando construir um sistema de gestão do Ministério Público. Goiás também, a partir do momento que eu assumi, há dois anos e pouco atrás, estou já no segundo mandato, nós tentamos implementar e fizemos o plano estratégico da instituição, para quatorze anos, ferramentas modernas para fazer com que o sonho do Ministério Público vire realidade, que o Ministério Público seja realmente resolutivo.

A gestão de instituições como a nossa pressupõe o engajamento de todos, porque não há hierarquia, há independência. É importante que o colega aprenda a trabalhar em equipe, deixe de lado as idiossincrasias que muitas vezes atrapalham. Com relação aos planos estratégicos, vários possuem mas eu não conheço nenhum, nem o meu, que tenha conseguido transformar o plano em gestão, em ação. A minha perspectiva, penso que demora cinco anos, é mudança de cultura interna, pode até demorar uma geração inteira, mas no mínimo cinco anos serão necessários para um processo desse ser implementado.

Em Goiás nós estamos no segundo ano. No meu primeiro ano não tive condições de fazer por questões orçamentárias, por questões mesmo de aprendizado da organização, o nosso plano foi lançado inauguralmente em dezembro, agora estamos tentando fazer o plano tático, que passa pelo Centro de Apoio Operacional, o ano que vem nós temos os planos operacionais em cada Procuradoria e Promotoria, ou seja, a idéia é que esteja tudo rodando em dois mil e onze, começando a rodar quando eu estiver deixando o cargo e espero que haja seqüência. Estamos também com um projeto de lei no Colégio de Procuradores, que será apreciado segunda-feira, para tentar colocar na lei orgânica instrumentos de planejamento. Hoje nós só temos o conhecido PGA, Plano Geral de Atuação, que é muito precário pra uma instituição complexa como a nossa.

Percebemos como é interessante a nossa instituição, a nossa burocracia profissional, ou seja, como poderemos dar um passo adiante como organização para alcançar os nossos objetivos. Aqui entra o Programa Nacional de Modernização do Ministério Público foi uma idéia que nasceu em Goiás, foi imediatamente encampada pelo Conselho Nacional de Procuradores-Gerais, pelos Corregedores-Gerais, pelos Diretores de Escolas, pela CONAMP e ANPT. Foi apresentado também pelo Conselho Nacional e desta apresentação resultou a institucionalização.

Se vocês analisarem o relatório de dois mil e oito do CNMP, está lá colocada como uma das grandes conquistas de dois mil e oito a institucionalização desse programa. Porém toda boa idéia tem que ter um bom cheque, senão não vai adiante.

O Conselho Nacional agora precisa fortalecer o seu orçamento e o orçamento do Conselho Nacional do Ministério Público deste ano é de dez milhões de reais, o ano passado foi de treze, caiu. O do CNMP foi de dez, sabe quanto é o do CNJ? Cento e trinta e oito milhões. De dez para cento e trinta e oito milhões, ou seja, o Conselho Nacional do Ministério Público não tem recurso para colocar em prática esse programa e o Conselho Nacional de Justiça está colocando em prática o seu, inclusive baixou recentemente Resolução de número setenta, que disciplinou o planejamento estratégico para todos os Tribunais, os oitenta e seis Tribunais do país, exigindo que todos façam a sua adequação até dezembro.

Estou assustado porque a Magistratura está em um movimento muito mais rápido do que nós e lá é interessante: os Tribunais estavam parados e o CNJ está de cima para baixo pressionando. Os Ministérios Públicos têm, até pela democracia interna, idéias arrojadas, mas está precisando provocar o Conselho Nacional. O Conselho Nacional não reproduz aquela ideologia que as instituições têm e, tenho que reconhecer, um dos grandes defensores do Programa é o Doutor Cláudio Barros. Como foi incorporado pelo Conselho Nacional o Doutor Antônio Fernando, Procurador-Geral da República, essa é uma frase dele, é o marco na busca do desenvolvimento estrutural de forma planejada e sustentável, aproximando da sociedade brasileira para cumprimento da sua missão constitucional.

Além disso, esse Projeto nasceu visando buscar recurso ao BID, Banco Interamericano de Desenvolvimento, isso aqui foi tirado das estratégias de modernização do estado do BID, como ele, que é um organismo internacional, nos enxerga: "A modernização, fortalecimento do Ministério Público, são ações necessárias ao progresso da segurança jurídica e da igualdade de todos os cidadãos". Que visão bela sobre nós! Qual o porquê desse projeto? Justamente para melhorar a instituição, ou seja, o Ministério Público tem organização e orçamentos precários, alguns estão na fase até pré-burocrática, a professora colocou bem, a amplitude das nossas atribuições é gigantesca.

O PRÓ-MP é um projeto viável, é o nome que ele recebeu, foi concebido depois de várias reuniões com órgãos colegiados e ele atende à determinação do TCU, que no mês de agosto do ano passado expediu

uma Resolução determinando a todos os órgãos, inclusive ao CNJ e ao CNMP, que promovam o planejamento mais organizado das suas instituições, citanto inclusive o termo planejamento estratégico. Então o TCU também cobra isto do Conselho Nacional, que conseqüentemente há de vir cobrar de nós. O PRÓ-MP foi apresentado em vários Estados. Qual é o objetivo geral? Alcançar a unidade, visibilidade, fortalecimento, eficácia e visibilidade por meio de ações planejadas e coordenadas, aproximando-se da sociedade e políticas públicas. Seus objetivos específicos são: ampliação dos mecanismos de interação com a sociedade e fortalecimento dos mecanismos de efetivação de políticas públicas.

E no que diz respeito à gestão, modernização da gestão, administrativo, gestão de conhecimento, gestão de pessoas, olha que se for feito um plano estratégico para a instituição, é mais amplo do que isso, isso aqui são apenas pontos abordados pelo programa. Quem seriam os beneficiários? O próprio Conselho, o Ministério Público, os indiretos, os Estados e o Distrito Federal e toda a sociedade, porque o artigo 127 sairia do papel para se transformar em realidade. Esta é a concepção deste projeto, tendo em vista a própria Constituição Federal. Nós precisamos nos aproximar da sociedade.

Em Goiás esse movimento foi interessante: o primeiro Plano Geral foi de mil novecentos e noventa e nove com Doutora Ivana Farina, um nome nacionalmente conhecido. Houve uma reunião dela com os Assessores, tiraram as idéias e fizeram o primeiro PGA. No decorrer da história foram incrementando, não apenas nós, disparando ofícios pra ONGS, órgãos públicos, para que eles ajudassem. Depois se chegou a outro estágio, realizarmos Audiências Públicas Regionais e assim foi feito. Já no meu mandato, houve audiências públicas por Comarca e das cento e dezenove Comarcas, nós realizamos em cento e dezessete.

Neste momento agora, lá em Goiás, faremos este ano, para alinhar, como tenho que saber o que a sociedade quer de mim, faremos uma grande pesquisa de opinião estadual sobre como a sociedade nos enxerga e qual a sua prioridade. Isto tudo custa caro, pesquisas são caras e por isso nós precisamos ou ter um bom orçamento ou a ajuda do Conselho Nacional. Para esta pesquisa será chamada a colaborar a Professora Sadeck, com a própria concepção.

A partir daí, quais são os princípios da essência do ser público na Constituição? São os princípios constitucionais, qualquer ente público tem de segui-los. Publicidade, por exemplo; são todos princípios conhecidos. Excelência dirigida ao cidadão, sabem de onde ela é tirada? Da-

quele GesPública, que é o principal programa de Gestão Pública de qualidade do Brasil e concebido no Ministério do Planejamento e sempre ressaltando a efetivação das políticas públicas e o Ministério Público cumprindo o seu papel transformador da realidade social. Além dos princípios do ser público, olhamos também o GesPública, as características da gestão contemporânea, enfoques sistêmicos, gestão participativa, gestão baseada em processos, valorização das pessoas, visão de futuro, aprendizado organizacional, foco em resultados, mais uma vez nós captamos as necessidades e as prioridades da sociedade, trabalhamos e o resultado é alcançado.

Além dos princípios gerais (relacionados a gestão pública de qualidade), nós temos os princípios próprios do Ministério Público na Constituição: unidade, indivisibilidade, autonomia financeira, autonomia para elaboração de propostas orçamentária, independência funcional. Estes princípios têm que estar presente no programa porque eles são constitucionais, então eles estão permeando o PRÓ-MP. E aqui, analisando todos esses princípios, chegamos a uma proposta de Sistema de Gestão de Ministério Público, que contempla dez elementos: comunicação, cidadão, usuário, planejamento, gestão do conhecimento, gestão de pessoas, membros e servidores, resultados, processos, projetos, fornecedores e lideranças. Gerir Ministério Público é cuidar disto tudo. É interessante, vocês podem me perguntar: mas isso aqui já foi colocado em prática? Não, mas está sendo. Eu consegui avançar em quatro ou cinco elementos até agora. Pergunta-se: mas é o único modelo de gestão de Ministério Público? Não, há outros, mas não estão sistematizados como este.

Foi por meio do NAI (Núcleo de Ação e Estratégica) do Conselho Nacional do Ministério Público que o programa foi aceito. O Presidente desse núcleo é um Procurador da República, Dr. Nicolau Dino. E fazem parte do núcleo, além do Dr. Nicolau, o Dr. Sandro Neis, representante do Estado de Santa Catarina, e o Dr. Fernando Quadros, Juiz Federal. Este projeto está em avaliação dentro do Ministério do Planejamento. O perfil mais uma vez é unidade, fortalecimento e modernização, contempla o GesPública, fortalecimento institucional.

Como é que se apliam os mecanismos? Apenas, exemplificativamente, implantação de programas de aproximação com a sociedade, implantação do sistema de atenção cidadã, fortalecimento. Chegamos à Ouvidoria, TL-127, que é um número que vários Ministérios Públicos já usam como acesso ao cidadão.

Como é que se fortalece a efetivação de políticas públicas? Prio-

ridade. Faço uma pergunta agora: qual é a prioridade do Ministério Público Brasileiro na área criminal hoje? Qual é? Ninguém sabe responder, porque ela não existe. O Ministério Público não tem muitas vezes nem prioridades locais, ele terá nacionais! É isto que precisa ser mudado.

Temos dois Ministérios Públicos da União especializados: o Militar que é pequeno, não tem nem noventa membros e o do Trabalho, em torno de seiscentos a setecentos membros. O Ministério Público Federal, novecentos a mil. O MPDFT (que é da União) em torno de trezentos e quarenta e os Estaduais.

Modernização administrativa do Ministério Público, modernização da gestão, gestão de conhecimento. Gestão de conhecimento passa por um fortalecimento muito grande na área da Tecnologia da Informação, porque é o modo pelo qual dados viram informações e informações viram conhecimentos circulando entre toda a Instituição. Tem que se priorizar isto dentro de uma Instituição: gestão, estrutura e funcionamento. Só que nós temos um detalhe: existem, por exemplo, Promotorias no Amazonas que não têm internet, por ser um fato de impossibilidade tecnológica mesmo. Nós temos Promotorias em Ministérios Públicos que não têm computadores bons para se trabalhar. Isto tudo acontece pelo Brasil a fora, inclusive São Paulo passa por esse problema. Não é uma coisa de Estado menor, depende do orçamento que se tem e da priorização que se faz.

Aqui são alguns problemas que o programa contempla e possíveis soluções: a dispersão e a diversidade de ações, implantar programa de aproximação com a sociedade, inexistência de diretrizes e metas, estabelecer essas diretrizes, monitorar e avaliar. Vou fazer um parênteses para falar uma experiência interessante, é o que esse projeto propõe: fazer diferente. A pergunta que nós temos que fazer é a seguinte: o que o Ministério Público ainda não faz e deveria ou poderia estar fazendo para melhorar a sua efetividade? Nós estávamos no processo de construção do plano estratégico de Goiás e um colega se aproximou de mim(ele é Promotor da área criminal na capital) e falou assim: eu cumpro a minha parte, participo de todas as audiências e não há um processo atrasado no meu gabinete. Então falei: mas não está bom porque não existe ninguém andando nas ruas de Goiânia e se sentindo mais seguro em razão do seu trabalho. A sensação de insegurança só cresce. Então como é que nós podemos dizer que estamos cumprindo nosso papel? Não. Ele me perguntou: mas o que eu tenho que fazer? É para isso que estamos aqui reunidos, para encontrar esta resposta.

Vem a calhar aqui uma das definições de loucura. Não sei se essa

história é verdadeira, mas ela é ilustrativa. Dizem que Freud estava em um sanatório e um dos internos levantou e foi colocar a mão na lareira e falou: "esta minha mão não vai queimar". Foi aquele alvoroço e foram até ele para observar, então a mão começou a queimar, ele retirou e disse que não havia se concentrado direito. Tentou de novo, "agora não vai queimar", colocou a mão novamente, ela começou até a empretejar, ele retirou, foi aquela decepção. "Foi falta de concentração", alegou, agora vai, ele colocou a mão, ela queimou tanto que ele desmaiou. Teria sido feita a seguinte anotação: uma das formas ou das características da loucura é querer resultados diferentes fazendo sempre as mesmas coisas.

A fórmula de ser o Ministério Público, que veio sendo desenvolvida de oitenta e oito pra cá, está chegando ao seu exaurimento, nós precisamos encontrar novas formas de trabalho e aproximar a sociedade de uma delas. Essas novas formas têm que ser construídas em discussões, em debates a nível local e em âmbito nacional: ausência de ferramentas adequadas de planejamento, desenvolver a implantação de planos estratégico, tático e operacional, inexistência de um modelo de gestão.

Nós temos que ter um modelo e a nossa referência é o GesPública. Prosseguindo, ausência de mecanismos estruturais de eficiência, de mensuração, de resultados. Estabelecimento de mecanismo de mensuração de efetividade, falta de aderência e direcionamento da área de TI.

Hoje nós temos vários Ministérios Públicos construindo sistemas próprios, inclusive o meu, que começa a operar em outubro. Que gasto, que retrabalho, cada um fazendo o seu, que absurdo! Dinheiro público jogado fora. Era necessário fazer um único e grande sistema, tudo bem, é muito difícil, mas nós teríamos que fazer sistemas que no futuro se falem e se conversem porque senão como é que nós teríamos informações, conhecimento. Na existência de dados, nós temos que ter a gestão do conhecimento e gestão do conhecimento é muito mais que banco de dados, mas não há tempo. Eu acho que não há, há metas a serem atingidas.

Esse Projeto está orçado em um bilhão e oitocentos milhões de reais. Esta primeira etapa está orçada em cem milhões de dólares. Com isso nós gostaríamos de um diagnóstico de cem por cento, até a Professora fala, nós só fizemos um, esquecemos, paramos. Aquele diagnóstico foi feito pela Secretaria da Reforma do Judiciário em parceria com a CONAMP, elaboraram o Plano Diretor de Tecnologia da Informação e reestruturaram vinte e cinco por cento do parque de informática de todos os Ministérios Públicos do país, é o que seria possível.

Aqui é a questão orçamentária que eu acabei de falar, como estão

distribuídos os valores, aqui em valores absolutos, como eu disse, são cem milhões de dólares, o que dá em torno de duzentos e quarenta milhões de reais, não é muito dinheiro? Não, nós somos treze mil integrantes espalhados pelo território nacional. Não há necessidade, há perenidade, há demonstração, também não há necessidade, e a institucionalização do Plano Estratégico Nacional do Poder Judiciário, isso aqui já ocorreu e nós estamos a dever.

Houve o II Encontro Nacional do Judiciário em Belo Horizonte, em fevereiro desse ano, e de lá surgiu o Plano Estratégico Nacional do Judiciário, ou seja, nós precisamos correr, e aqui qual é a missão? Realizar justiça. O que se quer do Judiciário? Visão, ser reconhecido como instrumento efetivo de justiça e cuidar de paz social. Quais são os valores que o Judiciário identificou pra ele? Credibilidade, acessibilidade, celeridade, ética. Quais são os seus objetivos estratégicos? Eficiência operacional; acesso ao sistema de justiça; gestão de pessoas; esses são os objetivos estratégicos do Poder Judiciário brasileiro.

E o PRÓ-MP resultará em que? Fortalecimento; modernização; melhoria; nivelamento estrutural; e reflexos positivos aos problemas sociais. O terceiro é menor, apenas recapitulando a minha exposição, nós temos a idéia de Ministério Público, como eu disse, a necessidade de maior consolidação do nosso referencial teórico enquanto instituição, e agora o segundo eixo é o referencial organizacional e de gestão. Nós mostramos na burocracia profissional o que é o Ministério Público com suas vantagens e desvantagens, mostramos que existe hoje concebido, bem detalhada porque não há tempo, o programa pra que se implante uma gestão de qualidade no Ministério Público. Isso pode ser feito por cada Ministério Público em âmbito nacional com forte apoio institucional e financeiro do Conselho Nacional. Mas a pergunta maior é: você esta disposto? Você, Promotor e Procurador, quer isto?

Nós falamos em instituições, organizações, mas tudo passa pela simplicidade, pela complexidade do ser humano. Nós estamos almejando esta melhoria? Faço uso de uma expressão de uma obra do Professor Mário Sérgio Cortela, que diz: qual é a tua obra? Ou seja, qual o legado que cada um de nós quer deixar? O que a nossa geração vai deixar de melhor para a geração que virá e nós não nos preocupamos com isso.

Qual é a tua expectativa pessoal frente a vida? O Ministério Público é um lugar? É um trabalho ou é um emprego? Eu já encontrei vários colegas que têm o Ministério Público como um emprego. Emprego é aquele local que você vai todo dia ou manhã, meio sem vontade,

desanimado, mas tem que ir. Trabalho é onde você se realiza, onde você vai com gosto, é uma diferença brutal. Quais são as expectativas pessoais? Quais são as fontes de motivação? Já que nós estamos nos analisando, internamente nós buscamos satisfação pessoal, conhecimento, competição senso de justiça e externamente: premiações que podem ser dinheiro, benefícios, status. Alguns colegas distorcem a sua atuação, todo Ministério Público tem um rei de mídia, um campeão de mídia, é isto que ele busca, nem sempre ele busca resultados institucionais.

Um colega que às vezes vai de forma açodada a um Jornal, a uma TV, a uma Rádio, e atinge de forma precipitada, até mesmo desnecessária ou indevida uma pessoa, uma instituição, não tem noção do quanto isso atinge a instituição como um todo, do quanto isto é nocivo para a instituição. E ele está atrás de uma expectativa pessoal dele, sem se preocupar com a questão institucional. De forma intrínseca, as atividades, tarefas desafiadoras, aprendizado, domínio, excelência no trabalho. Isto motiva os Promotores, inclusive, nós temos três tipos de necessidades: associação, poder e realização. Qual vocês entendem como aquela que poderá ser melhor realizada dentro do Ministério Público? Qual dessas necessidades? Realização? Se tem alguém pensando poder, pode falar, não tem problema não, faz parte, também é! Só que se lembrem: o poder existe para servir, o poder que serve a si mesmo, não serve.

Associação: relacionamentos, realizar sua tarefa, no máximo de sua capacidade se puder interagir com outras pessoas. Aqui nós temos o surgimento de lideranças também, poder é aqui a liderança é o ponto forte, liderar é aquela pessoa que te motiva, não é aquela pessoa que te impõe, arrasta pelo exemplo, pela postura, pela dedicação. E a de realização, que realmente é a que mais nos interessa, as tarefas desafiadoras, ajudar, transformar a sociedade, a realidade social, essas são necessidades que nós alcançamos por meio do Ministério Público.

Vocês sabem a diferença entre o que é essencial e o que é fundamental? O que é essencial na vida? Nós viemos para ser felizes, amar, lealdade, amizade, sexualidade, religiosidade, isto é essencial. Porém existe o fundamental, sem isto nós não conseguimos, mas há pessoas que às vezes invertem e causam preocupação dentro da instituição.

Voltando às perguntas iniciais, qual é a tua obra? Qual é a tua postura ética em relação a esta vida? O que o fez entrar no Ministério Público? O que o faz permanecer no Ministério Público? Será que é apenas um bom salário? E aqui não deve ser diferente, bons salários são muito recentes. Em fevereiro de 1992 meu primeiro contracheque equi-

valia a oitocentos dólares. Existe inflação em dólar? Vamos colocar hoje que seriam dois mil dólares, isso daria o quê? Quatro mil reais, mas era menos porque mal dava pra sobreviver. Eu era solteiro, jovem, isto é, a conquista salarial veio depois e ela não pode ser motivo, como muitos identificam e não vejo tanta verdade nessa colocação, é que bom salário gera acomodação, será? Será que não estão faltando projetos institucionais pra que todos consigam enxergar o caminho? Eu não posso pensar que recursos financeiros, vida melhor, gera estagnação. Gera outros tipos de interesse.

O Ministério Público atende às sua expectativas? Você esta satisfeito dentro da instituição? Dentro do Ministério Público, qual é a tua obra? Qual o teu legado? Aqui apenas frases finais de encerramento: eu me vejo naquilo que faço não naquilo que penso, ou seja, nós estamos precisando nos organizar pra fazer, pra que aquele sentimento, aquele pensar Ministério Público se torne uma realidade.

Aqui a idéia é de integração, de união, nenhum de nós é tão bom, tão inteligente quanto todos nós juntos. Temos aqui essa frase interessante: "a vida é muito curta para ser pequena". Muitas pessoas apequenam a própria vida ou a vida do seu semelhante. Se não me engano, eu não sou tão bom conhecedor da Bíblia, mas o capítulo 10, versículo 10, diz que: temos que ter vida e vida em abundância, ou seja, a mensagem bíblica é vida em abundância, não é menos vida, não é subvida, é preocupação com a vida do semelhante, é compaixão.

Não podemos ficar reféns da mesmice, isso é muito interessante. É o que eu falei, nós temos que ter a coragem de mudar fórmulas de trabalho, mudar a nossa cultura de trabalho, temos que ter esse desafio pessoal e institucional.

Essa frase é muito interessante: "o melhor de mim é aquilo que eu ainda não sei", ou seja, nós temos que estar propensos a aprender e evoluir. Dúvidas são importantes, essa do Millór, o rei das frases: "se você não tem dúvida, é porque está mal informado". Então, dúvidas são interessantes, são bem vindas, elas são até certo ponto instigantes e são naturais em um processo evolutivo. Humildade é saber que ninguém sabe tudo o tempo todo.

O poder que, ao invés de servir ao coletivo, no nosso caso, serve a si mesmo, não serve. Lembrem-se do feminino, que é a característica que o Ministério Público tem e deve desenvolver. A característica do cuidado, a única, talvez o principal cuidado, principal preocupação do Ministério Público é não desistir de cuidar de suas atribuições, não jogar

a toalha, não se burocratizar, não se apequenar, não poder desistir do cuidado, não podemos estar insatisfeitos.

Lembram daquela interação com a sociedade? Quem tem que dizer e avaliar? Avaliar não no sentido de auditar, de correicionar, mas quem tem de nos avaliar é a sociedade. Não adianta nada o Eduardo, Procurador-Geral ou um membro do Ministério Público de Sergipe dizer não. O Ministério Público de Sergipe é ótimo, esta avaliação é interessante internamente, mas a avaliação mais importante é a externa, a da sociedade, ela é que tem de dizer se nós estamos indo bem ou não, se nós gozamos de credibilidade ou não.

Lembram qual é a relação do Ministério Público com a sociedade? É de credibilidade, ela não pode ser de medo. Eu não me esqueço, eu acho que a Cristina não estava presente, nós estávamos reunidos com a Mesa Diretora da Câmara dos Deputados, Chinaglia, Ciro Nogueira, e vários outros, inclusive, aquele que foi Deputado por Minas Gerais em vários mandatos, ingressou no TCU, chegou a Presidência, aposentou-se, elegeu-se Deputado Federal, ele defendeu o Ministério Público nessa reunião. Ele deu uma noção muito interessante, disse o seguinte: "cuidado para que as pessoas de bem não fiquem contra vocês".

Muitas vezes quando um Promotor, de maneira açodada, um membro qualquer, por exemplo, atinge um médico de uma forma indevida na sua atuação, uma pessoa honrada, você coloca toda a categoria contra você, porque todos nós sabemos dentro das instituições separar o joio do trigo. Então ele disse isso e foi uma lição que eu aprendi justamente de que a sociedade tem que confiar e não temer. Quem tem de nos temer são os ímprobos, são os corruptos, são os criminosos, que nós temos que dar a resposta, não somos invulneráveis. Empresa quebra e outra entra no lugar, instituições não quebram, mas instituições são substituídas e tem uma prontinha pra nos substituir, só esperando uma aprovação de uma PEC, que é a Defensoria Pública.

Eu até brinco que aquela PEC tinha que ser "PEC Ministério Público II - a Missão" porque o segundo, o Ministério Público nascendo com todas as nossas prerrogativas e sem nenhuma das nossas vedações, podem ter cargos políticos, e aí eu pergunto: será que a população hoje confia em nós porque nós somos bons ou porque é praticamente um monopólio a nossa atuação? Será que se existirem dois Ministérios Públicos amanhã os dois sobreviverão? Qual sobreviverá? Aí é uma questão de defesa institucional mesmo.

Viável é a capacidade de buscar aquilo que não existe na busca

do melhor. Esta aqui é interessante: o brasileiro tem mania de fazer o possível, quando você deixa um carro na oficina, o mecânico fala: "Doutor, pode deixar, eu vou fazer". Os povos de língua inglesa usam uma expressão diferente e muito melhor, "I will do my best", eu vou fazer o meu melhor, é muito diferente de fazer o possível.

A última: "conheço muitos que não puderam quando deviam, porque não quiseram quando podiam". O Ministério Público pode, quer e deve. Nós temos que deixar de fazer o possível para fazer o melhor. Um país melhor, uma República melhor, passa por um Ministério Público mais efetivo. Para encerrar, a palavra que simboliza toda a minha apresentação, nós precisamos resgatar a nossa vitalidade e resgatá-la a serviço de um projeto.

Um país melhor passa por um Ministério Público mais efetivo, a palavra é a vitalidade, recuperarmos a vitalidade, mas a vitalidade como um sonho simplesmente vira apenas quimera. O que nós queremos é justamente que essa vitalidade encontre um canal de organização de gestão, que possa dar bons frutos.

Eu agradeço muito a oportunidade, Cristina, de ter vindo aqui, a Professora foi interessante porque ela preparou o campo, as apresentações são complementares. Quando ameaças chegam, e as ameaças chegam pelo Congresso Nacional, o que é avaliado é o Ministério Público brasileiro, não é o de Goiás, não é o de Sergipe, é o contexto, é a conjuntura nacional, por isso que todos têm que andar bem, todos têm que ter nivelamento de trabalho, porque é nesse contexto que seremos avaliados. E aqueles que defendem retirar poder, retirar prerrogativas, perderão forças, mas os sinais estão aí, só não enxerga quem não quer. Os sinais de estagnação da nossa credibilidade, o movimento muito forte contra nós se robustece, estão por aí, precisamos enxergar e nos organizar para trabalhar.

Porque eu vou ser sincero, eu já disse isso até no Ministério Público de Goiás, se realmente o Ministério Público não conseguir cumprir o seu papel, que seja substituído, porque o mais importante é o cidadão, não somos nós. Muito obrigado.

EXPERIÊNCIAS RELEVANTES

O PROJETO PATERNIDADE RESPONSÁVEL NA CONTEMPORANEIDADE

SISTEMA DE AVISO LEGAL POR VIOLÊNCIA, MAUS TRATOS E EXPLORAÇÃO SEXUAL CONTRA CRIANÇA E ADOLESCENTE

SISTEMA INFORMATIZADO DOS ABRIGOS EM ARACAJU E MUNICÍPIOS SERGIPANOS - S.I.A.

VII Encontro Estadual do MPSE

O PROJETO PATERNIDADE RESPONSÁVEL NA CONTEMPORANEIDADE*

Alessandra Pedral de Santana**

1- Tema

O PROJETO PATERNIDADE RESPONSÁVEL NA CONTEMPORANEIDADE

2- Objetivo

O presente trabalho tem por objetivo apresentar o relato de experiência que passou a ser vivenciada por esta subscritora de sete meses passou a atuar em substituição junto à 2ª Promotoria dos Direitos do Cidadão. Especificamente, refere-se às medidas implantadas a partir do ano de 2009 com o objetivo de ampliar o âmbito de alcance do Projeto Paternidade Responsável existente desde o ano de 2004.

3 -Justificativa

A razão da escolha do presente relato deve-se à necessidade de divulgar aos membros da instituição o relato da experiência vivenciada a partir de 1° de agosto de 2008, quando passei a atuar junto ao referido projeto, bem como informar sobre as medidas adotadas e que possibilitaram a implantação do sobredito projeto nas promotorias do interior, as quais em atuação conjunta com a 2ª Promotoria dos Direitos do Cidadão e Núcleo de Apoio à Infância e Adolescência poderão viabilizar o reconhecimento formal da paternidade de crianças e adolescentes carentes que se encontram sem a devida individualização da paternidade em registro de nascimento.

Assevere-se que a resolução rápida dos casos de paternidade não identificada encaminhados ao Projeto Paternidade Responsável e a existência de uma grande demanda relativa a Ações de Investigação de Paternidade envolvendo pessoas carentes, especialmente nas Comarcas do interior, ratificam a importância institucional da divulgação e paulatina

*Relato de Experiência Relevante de Atuação Institucional apresentado à Comissão Especial instituída em conformidade com o Edital ASMP/ESMP de 07/04/09, e dirigido aos membros do Ministério Público Estaduais participantes do VII Encontro Estadual do Ministério Público do Estado de Sergipe.

**Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado de Sergipe

implantação deste projeto em todos os municípios sergipanos, o que levou esta subscritora a interceder junto à Secretaria de Estado da Inclusão Social para ampliar sua colaboração com o projeto e disponibilizar exames de DNA a todas as promotorias do Estado.

4 – Retrospecto do Projeto Paternidade Responsável

Conforme é de conhecimento público, o "Projeto Paternidade Responsável" foi implantado pelo Ministério Público de Sergipe no ano de 2004, e desde então passou por algumas mudanças que vêm otimizando os resultados por ele alcançados e contribuindo para engrandecer o trabalho da instituição.

O objetivo do Projeto é viabilizar o reconhecimento formal da paternidade de crianças e adolescentes carentes, e a partir de então resguardar outros direitos resultantes da identificação do vínculo de paternidade.

Em decorrência de parceria firmada com as instituições da rede pública de ensino são periodicamente encaminhadas à Promotoria informações sobre alunos em cujos registros de nascimento não há identificação de paternidade, e a partir de então é desenvolvido um trabalho objetivando identificar e convocar o suposto pai para solucionar o caso, o que normalmente ocorre no prazo de 30 dias.

No ano de 2007, foi celebrado o primeiro Termo de Cooperação Técnica com a Secretaria de Estado da Inclusão Social, de modo que nos casos em que surgiam dúvidas em relação à paternidade do assistido, passou a ser disponibilizado o exame de DNA gratuitamente a todas as pessoas atendidas no Município de Aracaju.

Após a confirmação da paternidade, a Promotoria adota todos os procedimentos legais necessários à inclusão dos dados do pai no Registro de Nascimento do assistido, adotando as providências necessárias para reguardar direitos decorrentes da confirmação do vínculo.

Desde a sua implantação o projeto já alcançou a marca de 920 reconhecimentos de paternidade[1], sendo realizada uma média de 70 audiências mensais, o que é resultado de um longo trabalho desempenhado e aprimorado por vários colegas ao longo dos anos.

5 – Relato da Experiência

Diante da necessidade de viabilizar a implantação deste projeto nos demais municípios sergipanos, dada a sua relevância social, já que

[1]Dados atualizados em 10 de março de 2010.

alcança os resultados objetivados em diminuto espaço de tempo e evita a propositura de ação judicial para o mesmo fim, quando fui designada para atuar em substituição na 2ª Promotoria de Justiça dos Direitos do Cidadão, isto no segundo semestre de 2008, surgiu a idéia de buscar junto à Secretaria de Estado da Inclusão Social a ampliação da cota de exames de DNA disponibilizados ao Projeto, bem como o seu alcance, tornando-os disponíveis a todas as Promotorias do nosso Estado.

A idéia contou com o pleno apoio da sobredita Secretaria de Inclusão, em fevereiro do ano de 2009 foi formalizado Termo de Cooperação Técnica que aumentou em 60 % (sessenta por cento) o número de exames de DNA disponibilizados ao Projeto Paternidade Responsável, compreendendo a verba estimada em R$ 115.000,00 (cento e quinze mil reais), passando, a partir de então, a contemplar todos os municípios sergipanos, já que até o ano de 2008, os exames eram disponibilizados apenas aos casos levantados na capital.

A conquista alcançada reforça a importância do desempenho de ações promovidas pelas Promotorias do interior objetivando divulgar o Projeto Paternidade Responsável, especialmente junto aos Conselhos Tutelares, bem como empreender ações objetivando identificar crianças e adolescentes carentes sem o devido registro de paternidade, verificando a viabilidade de incluí-las no nominado projeto, a fim de que possamos ampliar o número de pessoas reconhecidas no ano vigente, e viabilizar a realização de acordos para pagamento de pensão alimentícia aos reconhecidos.

Acrescente-se que tal medida também se manifesta de suma importância, já que a pretensão institucional é ampliar o número de pessoas atendidas pelo projeto nos próximos anos, e para tanto, necessitaremos de subsídios para justificar a necessidade de novas ampliações do sobredito termo de cooperação celebrado com a SEIDES no ano vindouro.

No presente relato de experiência, cumpre ainda salientar que a partir do ano de 2009, passamos ainda a associar tal projeto às ações empreendidas pelo programa "Sergipe de Todos", e assim através de um trabalho desempenhado junto à equipe de Defesa Comunitária do Ministério Público, passamos a percorrer os municípios sergipanos com o objetivo de identificar crianças e adolescentes carentes sem o devido registro civil de nascimento ou sem a identificação de paternidade em tal documento, a exemplo do que ocorreu nos dias 24 e 25 de abril, no Município de Nossa Senhora do Socorro, quando atuamos na denomi-

nada Promotoria Itinerante, durante a realização do "Sergipe de Todos", ocasião em que foram instaurados vários procedimentos de verificação de paternidade e prestados esclarecimentos à população relacionados ao Projeto mencionado.

Assim, em linhas gerais, este relato de experiência demonstra, sobretudo, que o Ministério Público de Sergipe vem atuando permanentemente em busca do aprimoramento de ações desempenhadas em prol dos interesses da coletividade ao longo dos anos, sempre visando ampliar e aprimorar sua atuação institucional a fim de atender os anseios da sociedade contemporânea.

Reforça, sobretudo, a concepção do quanto é importante a somação de esforços entre os membros da instituição, já que o próprio Projeto Paternidade Responsável, na atualidade, é fruto do empenho de todos os colegas que nele atuaram, desde sua implantação em 2004, e que deram parcela de contribuição ao seu aprimoramento, estando hoje consolidado e acessível a todos os colegas que tenham interesse em desenvolver um trabalho em suas comarcas, objetivando erradicar os casos de crianças e adolescentes sem o devido registro de paternidade.

S.A.L.V.E
SISTEMA DE AVISO LEGAL POR VIOLÊNCIA, MAUS TRATOS E EXPLORAÇÃO SEXUAL CONTRA CRIANÇA E ADOLESCENTE*

Maria Conceição de Figueiredo Rolemberg**

I - Histórico

O Projeto SALVE – Sistema de Aviso Legal por Violência, Maus Tratos e Exploração Sexual contra Crianças e Adolescentes. Teve início com o encaminhamento pelo NAIA de sugestão legislativa para o estabelecimento do Sistema de Notificação de Violência contra a Criança e o Adolescente à Assembléia Legislativa do Estado de Sergipe, sendo apresentado como iniciativa legislativa pela Deputada Ana Lúcia, posteriormente aprovado e sancionado pelo então Governador do Estado Dr. João Alves Filho, sob a forma de Lei Complementar nº. 104 De 14 de abril de 2005, com publicação no Diário Oficial nº. 24.755, do dia 15/04/2005.

Lançado no ano de 2006 pelo NAIA-Núcleo de Apoio à Infância e Adolescência do Ministério Público de Sergipe, foi idealizado e desenvolvido durante a troca de experiências e palestras que foram feitas pelo NAIA, em Hospitais Públicos, junto à Sociedade Médica de Sergipe - SOMESE e ao Conselho Regional de Enfermagem, com ampla participação dos Conselhos de Direitos (CEDCA e CMDCA), entre outros.

A iniciativa do referido Projeto decorreu do expressivo número de ocorrências que envolviam e envolvem a violência e exploração praticada contra o público infanto–juvenil, em ambiente que deveria promover e garantir o desenvolvimento das crianças, de forma saudável e segura, sendo sempre permeado pela lei do silêncio, além de outras formas de violência, social e institucional.

Surgiu daí a necessidade de sistematização operacional de defesa dos direitos da infância e adolescência vitimizados por violência, maus tratos e exploração sexual, possibilitando aos operadores técnicos da área de saúde, aí incluídos os profissionais da área da psicologia e da assistência social, e posteriormente em toda a rede de Educação Pública estadual, Municipal e Particular, o uso de forma simplificada de noticiamento, através de formulário de atendimento e/ou utlização do disque denúncia nacional/estadual ou municipal (modelo anexo).

*Experiência relevante apresentada no VII Encontro Estadual do Ministério Público de Sergipe.

** Promotora de Justiça do Ministério Público de Sergipe então Diretora do NAIA. Hoje Procuradora de Justiça.

O Projeto SALVE – Sistema de Aviso Legal por Violência, Maus Tratos e Exploração Sexual Contra Crianças e Adolescentes – faz parte de um mecanismo, que está em permanente construção, destinado a estabelecer processo de comunicação para os casos de violência, maus tratos ou exploração contra crianças e adolescentes, bem como possibilitar o procedimento de apuração, responsabilização e, sobretudo, proteção às vítimas.

Possibilita-se, também, pelo SALVE o levantamento de dados estatísticos, pelo diagnóstico de ocorrência e atendimento, para a exigência de implementação de políticas públicas e a criação de Vara Judiciária específica para o processamento e responsabilização de crimes praticados contra a criança e o adolescente, hoje realidade já existente na comarca de Aracaju.

Com o lançamento do Projeto Salve foram realizadas inúmeras audiências públicas no Ministério Público de Sergipe, através do NAIA, acerca dos atendimentos realizados na Rede Hospitalar do Estado de Sergipe e/ou encaminhamentos feitos pela Rede Escolar, bem como a reiteração da divulgação do aludido Projeto, seja através da imprensa ou de cartazes confeccionados em parceria com as Secretarias de Estado e do município de Aracaju, de Educação, de Saúde e de Assistência Social, além da SOMESE – Sociedade Médica de Sergipe, divulgando os números dos Disques Denúncias Nacional, Estadual e Municipal.

Após, foi firmada uma parceria entre o NAIA – Núcleo de Apoio à Infância e Adolescência – e o ITP – Instituto de Tecnologia e Pesquisa da UNIT, com vistas a realizar o monitoramento do Projeto, ainda em fase de implantação, seja no sentido de coletar os dados estatísticos oriundos da Secretaria Estadual e Municipal de Saúde, Rede Hospitalar Pública e Particular do Estado de Sergipe, bem como os dados remetidos pelos cinco Conselhos Tutelares do Município de Aracaju, com os atendimentos e encaminhamentos realizados.

II - Objetivos

Considerando o fato de que as crianças e os adolescentes estão em especial estágio de desenvolvimento, o Estatuto da Criança e do Adolescente (lei 8.069 de 1990) fortaleceu o sistema legal protetivo dispondo em seu art. 3° que "a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade".

O Projeto SALVE foi lançado na área da saúde e da Assistência Social, no ano de 2006 e, de igual forma, na área de Educação, no ano de 2007, tendo sido realizadas várias capacitações direcionadas aos profissionais da saúde e da educação, como médicos e professores, com a utilização dos formulários de notificação e, por conseguinte, a obtenção de resultados bastante satisfatórios.

Percebeu-se a necessidade de sensibilização e de formação adequada de instrumentos que facilitassem os noticiamentos de casos de violência e exploração sexual de menores, possibilitando, ainda, a participação da sociedade e conseqüente controle social através de instalação dos Disque Denúncias Estadual (079.3213.7000) e Municipal (0800791400), conjugado ao já existente Disque Denúncia Nacional (100).

Ressalta-se ainda, que o projeto possui eixos norteadores, tais como, de Prevenção, Atendimento e Responsabilização. No de prevenção, trabalha-se a priori com a mobilização, articulação e instrumentalização. No eixo do atendimento, deve haver a formação de redes de acompanhamento com resolutividade voltada para o afastamento do risco observado. Já no eixo da responsabilização, faz-se o processamento da notificação para apuração e responsabilização, e caso seja necessário providencia-se a instauração de inquérito policial nos termos do art. 5º e segs. CPP.

III - Público

O referido Projeto possui como público–alvo as crianças e os adolescentes em situação de risco pessoal e social, vitimizados por violência e exploração intrafamiliar, social e institucional.

No outro pólo, encontram-se os profissionais que são os responsáveis pelo atendimento dos menores vitimizados que devem ser sensibilizados, para que depois seja exigido dos mesmos o exercício do dever legal e ético de notificação e encaminhamento aos órgãos competentes de apuração e responsabilização criminal, bem como deve haver sensibilização e participação de toda a sociedade, cumprindo as determinações constitucionais e estatutárias do dever legal de proteção integral, absoluta e prioritária de crianças e adolescentes.

Existe o dever de comunicação que deve ser observado pelos responsáveis pelas crianças e adolescentes com suspeitas de maus tratos, diante dos artigos 13 e 56 do ECA–Estatuto da Criança e do Adolescente que dispõe respectivamente que:

"Os casos de suspeita ou confirmação de maus-tratos contra criança ou adolescente serão obrigatoriamente comunicados ao Conselho

Tutelar da respectiva localidade, sem prejuízo de outras providências legais."

"É dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente."

Quanto à obrigação de comunicação dos profissionais da saúde e da educação, o artigo 245 do mesmo Estatuto dispõe acerca da responsabilização no caso da não comunicação, ao dispor que:

"Deixar o médico, professor ou responsável por estabelecimento de atenção à saúde e de ensino fundamental, pré-escola ou creche, de comunicar à autoridade, os casos de que tenha conhecimento, envolvendo suspeita ou confirmação de maus – tratos contra criança ou adolescente" Pena de multa de três a vinte salários de referência.

Portanto, é essencial a colaboração de profissionais de saúde, como médicos, enfermeiros, auxiliares de enfermagem, agentes de saúde, bem como profissionais da educação, como, educadores, professores, pedagogos, diretores, além da sociedade em geral.

IV. Parceiros envolvidos

Com relação aos parceiros envolvidos no Projeto, são eles: Secretarias da Educação do Estado e do Município de Aracaju, de Saúde, de Assistência, Rede de Hospitais e Clínicas Particulares, Rede de Estabelecimento Particular de Escolas, SOMESE – Sociedade Médica de Sergipe – COREN – Conselho Regional de Enfermagem – CMAS – Conselho Municipal de Assistência Social, CEDCA – Conselho Estadual dos Direitos da Criança e do Adolescente – CMDCA – Conselho Municipal dos Direito da Criança e do Adolescente, Conselhos Tutelares do Município de Aracaju, bem como os PSF – Postos de Saúde Familiar – com Agentes de Saúde.

Ao longo dos anos com as parcerias que foram sendo estabelecidas e com a divulgação do projeto junto a sociedade civil, mais pessoas e instituições passaram a colaborar com o SALVE, e com isso, os seus objetivos puderam ser concretizados de uma forma mais densa e duradoura.

V. Avaliação e resultados

O Projeto SALVE tem alcançado resultados positivos, no sentido da constante utilização de seu formulário pelos profissionais que fazem o atendimento de crianças e adolescentes vítimas de maus tratos, explorados sexualmente ou que sofrem quaisquer outros tipos de violência no âmbito da educação e/ou da saúde.

As capacitações no âmbito da Saúde e da Assistência Social ocorreram nos Municípios de Cristinápolis, Estância, Indiaroba, Nossa Senhora do Socorro, Tomar do Geru e Umbaúba. Em relação à rede e profissionais capacitados, foram contemplados os do Hospital João Alves Filho, da Rede de Urgência e Emergência de Aracaju, das Unidades Básicas de Saúde, além dos Agentes Comunitários de Saúde e dos médicos filiados a SOMESE – Sociedade Médica de Sergipe.

Com relação às capacitações ocorridas no âmbito da Educação, foram contemplados os municípios sergipanos de: Arauá, Boquim, Barra dos Coqueiros, Canindé de São Francisco, Capela, Carmópolis, Cristinápolis, Cumbe, Divina Pastora, Estância, Feira Nova, Gararu, General Maynard, Graccho Cardoso, Indiaroba, Itabaianinha, Itabi, Itaporanga D'Ajuda, Japaratuba, Laranjeiras, Maruim, Monte Alegre, Muribeca, Nossa Senhora da Glória, Nossa Senhora das Dores, Nossa Senhora de Lourdes, Nossa Senhora do Socorro, Pedrinhas, Pirambu, Poço Redondo, Poço Verde, Porto da Folha, Rosário do Catete, Santo Amaro, São Cristóvão, Santa Luzia do Itanhy, Siriri, Simão Dias, Salgado, Tomar do Geru, Umbaúba.

Por último, com a finalidade de capacitar também os Conselhos Tutelares dos Municípios sergipanos que possuem CRAS – Conselhos de Referência e Assistência Social – e CREAS – Conselhos de Referência Especializada em Assistência Social-, o Ministério Público do Estado de Sergipe, através do NAIA, realizou capacitação nos dias 06 e 07 de abril do ano desse ano. Nessa capacitação aconteceram palestras que trataram sobre as diretrizes do Projeto SALVE, com a abordagem de seus pontos principais, a caracterização da violência e suas conseqüências físicas e psicológicas nas crianças e adolescente.

A referida capacitação obteve o êxito desejado, visto que todas as dúvidas que foram levantadas pelos Conselheiros Tutelares, Assistentes Sociais e Técnicos dos CRAS e CREAS, quanto à caracterização da violência e os devidos encaminhamentos, foram prontamente respondidas pelos palestrantes. Ainda, registra-se que todos os anos, o dia 18 de maio – Dia Nacional do Enfrentamento à Violência Sexual é valorizado com sensibilização e conscientização da sociedade em geral e em especial aos atores do Sistema de Garantias, com Encontros, Palestras, Debates, dentre outros realizados pelo Núcleo de Apoio à Infância e Adolescência (NAIA) do Ministério Público Estadual.

VI. Bibliografia

1. CURY, Munir; AMARAL E SILVA, Antônio Fernando do; MENDEZ, Emílio Garcia (Coords.). Estatuto da Criança e Adolescente Comentado - comentários jurídicos e sociais. Malheiros, 4ª ed.
2. NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Saraiva,
3. SILVA PEREIRA, Tânia da. Direito da Criança e do Adolescente: Uma proposta interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar.
4. ALVES, Roberto Barbosa. Direito da Infância e Juventude. Saraiva. 2005.
5. AZEVEDO, Maria Amélia & GUERRA, Viviane N e A. Infância e Violência Doméstica. Editora Cortez. 3ª ed., Anexos 1, 2, 3.
6. SÊDA, Edson. XYZ do Conselho Tutelar. CONDECA-SP/UNICEF.
7. MINISTÉRIO DA SAÚDE – SECRETARIA DE ASSISTENCIA À SAÚDE: NOTIFICAÇÃO DE MAUS-TRATOS CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES UM PASSO A MAIS NA CIDADANIA EM SAÚDE
8. COMITÊ NACIONAL DE ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA CONTRA A CRIANÇA E ADOLESCENTE. Colóquio Sobre o Sistema de Notificação em Violência Sexual contra a Criança e o Adolescente: Relatório Final. Neide Castanha (Org.). Ed. PRF/UNICEF
9. PLANO NACIONAL DE ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA SEXUAL INFANTO JUVENIL, Ministério da Justiça, Secretaria de Estado dos Direitos Humanos, Depto. Da Criança e do Adolescente. Brasília 2002.
10. PLANO ESTADUAL DE ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES DE SERGIPE. Fórum Estadual de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil/UNICEF.
11. DIRETRIZES PARA FORMULAÇÃO DE UMA POLÍTICA NACIONAL DE COMPBATE AO TRABALHO INFANTIL. Fórum Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil/UNICEF/OIT. 2000.
12. ERRADICAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL E REGULARIZAÇÃO DO TRABALHO DO ADOELSCENTE. Ministério Público do Trabalho, Procuradoria Geral. 2000.
13. SOUZA, Motauri Ciocchetti de. Ação Civil Pública e Inquérito Civil. Saraiva.Sd
14. MAZZILLI, Hugo Nigro. Pontos Controvertidos Sobre o Inquérito Civil in Ação Civil Pública, Lei 7.347 – 15 anos. RT, pgs. 308 a 344.

15. SILVA, Luciana A. G. da. Termo de Ajuste de Conduta. LTr.sd
16. GUIA DE ATUAÇÃO FRENTE A MAUS-TRATOS NA INFÂNCIA E ADOLESCÊNCIA. Sociedade Brasileira de Pediatria. sd
17. BRASIL. Constituição da República Federativa, Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei Orgânica da Assistência Social, Código Penal, Código de Processo Penal, Outras Leis, Resoluções de Conselhos Federais Regulamentadores do Exercício Profisional. sd
18. PROGRAMA DO AVISO POR MAUS TRATOS CONTRA A CRIANÇA OU ADOLESCENTE. Ministério Público de Santa Catarina.sd
19. ACERVO DA ABMP/UNICEF. CD-ROM. ACERVO DO NAIA – Núcleo de Apoio à Infância e Adolescência do Ministério Público do Estado de Sergipe. CD-ROM. de Ação Civil Pública ajuizada em Litisconsórcio com o Ministério Público do Trabalho em tramitação na 16ª. Vara Cível de Aracaju.
20. UNICEF. Relatório da Situação da Infância e Adolescência Brasileiras. Versão 2004.

Maria Conceição de Figueiredo Rolemberg

Aracaju, julho de 2009.

SISTEMA INFORMATIZADO DOS ABRIGOS EM ARACAJU E MUNICÍPIOS SERGIPANOS - S.I.A*

Maria Conceição de Figueiredo Rolemberg**

1. Introdução

O Sistema Informatizado dos Abrigos - SIA - foi pensado pelo NAIA - Núcleo de Apoio à Infância e Adolescência - no ano de 2006, e Promotorias da Infância e Adolescência junto à Coordenação de Informática do Ministério Público de Sergipe, decorrente da falta de efetivo conhecimento dos operadores do Sistema de Justiça dos Direitos das Crianças e Adolescentes acerca da existência de Entidades de Atendimento, do tipo Abrigo em Aracaju, posteriormente, em Sergipe, bem como do esquecimento da situação que envolvia quase 400 (quatrocentos) crianças e adolescentes abrigados na Capital, bem como nos poucos municípios sergipanos com instalação desse acolhimento, após tentativas outras de sensibilização e divulgação.

Crianças de tenra idade migravam para a adolescência e outros para a idade juvenil, com inteira violação do direito fundamental - convívio familiar e comunitário- de ampla garantia constitucional e estatutária, sendo que, alguns deles, destacadamente os que não conseguiam ser bem integrados na escola e nem mesmo no ambiente do abrigo, sem contato familiar ou simplesmente pela família rejeitados, após atingirem a maioridade civil, não tinham direção alguma do que fazer ou para onde ir, além dos muros institucionais.

Referida invisibilidade dos meninos e meninas abrigados também era extensiva, a sociedade e ao Estado, estando eles, muitas vezes, "esquecidos" pela própria família, encontrando-se a situação de Abrigo sem inserção na rede de proteção aos Direitos da Criança e Adolescente, sendo de registro que nem mesmo a rotina de trabalhos de postos de saúde localizados nas imediações dos Abrigos contemplava aos mesmos, haja vista equivocado entendimento de que meninos e meninas oriundos de diversos municípios do Estado, bem como de distintos bairros da Capital, estariam sem a cobertura referencial da saúde local.

*Experiência relevante apresentada no VII Encontro Estadual do Ministério Público de Sergipe.

** Promotora de Justiça do Ministério Público de Sergipe então Diretora do NAIA. Hoje Procuradora de Justiça.

Implantado o Sistema Informatizado de Abrigos em Aracaju, que continua em constante construção, permitindo ser conhecido os nomes e individuação dos abrigados, sexo e faixa etária, a motivação e o tempo de abrigamento, município a que pertencem, intervenções feitas de retorno à família de origem ou extensa e convivência comunitária, número de abrigados, visitas recebidas, data de admissão e desligamento e, em alguns casos, de retorno, bem como número do processo e/ou procedimento dos abrigados e respectiva situação jurídica.

O Sistema também agrega dados relativos às entidades de acolhimento (nova nomenclatura dada no projeto de Lei de Adoção) isto é, governamental (estadual ou municipal) e não governamentais, regularmente inscritos no Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, bem como no Conselho Municipal de Assistência Social, possibilitando acesso a informações de localização e estrutura física dos Abrigos, bem como as condições de funcionamento, pessoa titulada como Guardiã, Equipe Interdisciplinar dos Abrigos (Assistente Social, Psicólogo, Pedagogo), além dos chamados Cuidadores, definindo-se e evidenciando-se a responsabilidade pelo abrigamento, Conselho Tutelar, Ministério Público e Juizado da Infância e da Adolescência, dentre outros.

Sua finalidade maior e seu marco inicial, todavia, foi de instrumentalizar os operadores do Sistema de Justiça dos Direitos da Criança e Adolescente, no conhecimento da situação de Abrigados e da existência de Abrigos, com conseqüente promoção das medidas preventivas e judiciais, visando à proteção integral de crianças e adolescentes em desenvolvimento, conforme dispõem os artigos 1° e 3° do ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente - e o direito à convivência familiar e comunitária, artigos 4° e 19 do mesmo Estatuto, tornando efetiva a provisoriedade e excepcionalidade da medida de abrigamento, nos termos do art. 101, parágrafo único do referido Estatuto, definindo estes parâmetros através do Plano Nacional de Promoção, Proteção de Defesa do Direito da Criança e do Adolescente à Convivência Familiar e Comunitária.

2. Fundamentos

No desenvolvimento do aludido Sistema, foi priorizado conferir máxima eficácia aos princípios da proteção integral e da prioridade absoluta no atendimento dos interesses dos infantes e dos adolescentes, preconizado na Constituição Federal do Brasil, em seu 227, considerando imprescindível buscar as ações de forma cooperada, sistemática e contínua para atendimento aos mesmos, objetivando a prevenção da

ocorrência de ameaça aos seus direitos, conforme preconiza o artigo 70 do ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente, já que foram encontrados meninos e meninas abrigados há mais de cinco (05) anos, sem contato com a família de origem e sem vínculo comunitário, tendo como única referência de mundo, o próprio abrigo, configurando os chamados "filhos do Estado".

Agravando-se, ainda mais a situação em comento, foi evidenciada a ausência de intervenção do Sistema de Justiça que, por mais das vezes, não conhecia do abrigamento feito, trazendo à lume situação particular de Sergipe onde crianças e adolescentes dos diversos municípios sergipanos se encontravam abrigados nas entidades de atendimento de Aracaju, pela ausência do fortalecimento da rede de atendimento dos seus municípios, com perda absoluta de seus vínculos familiares e de convívio comunitário.

Nessa inconcebível violação dos direitos fundamentais da pessoa humana, notadamente de crianças e adolescentes, aos quais são garantidos, mas ainda não efetivados, o direito a ser criado, educado e amado dentro de uma família, biológica, extensa ou substituta, além da convivência comunitária, envolvendo a educação, a saúde, o lazer, o esporte, vizinhança, amigos, escolha de vida, numa plenitude de saudável e integral desenvolvimento, fazer uso e manejo do Sistema Informatizado dos Abrigos, é de forma concreta assumir compromisso legal e ético com o Sistema de Justiça Infanto Juvenil, dando possibilidades reais de transformação de realidades.

3. Termo de cooperação técnica entre o Ministério Público de Sergipe, através da Coordenadoria Geral e do Núcleo da Infância e a Corregedoria Geral do Poder Judiciário

A iniciativa do referido Sistema decorreu da realização de inúmeras audiências públicas acerca da realidade dos Abrigos e Abrigados do Estado de Sergipe, onde ficou constatada, a irregularidade do funcionamento de vários Abrigos, bem como o desconhecimento da situação de crianças e adolescentes abrigados em Aracaju e no Estado.

Integram eles os levantamentos feitos no ano de 2003 pelo IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - que mapeou 584 Abrigos, das principais capitais dos Estados e que recebem recursos do Governo Federal, em que foi constatada a plena inversão dos direitos de crianças e adolescentes, vez que, por si, só a pobreza não autoriza o acolhimento, devendo ser preservada a família com apoio de programas oficiais e demais medidas do ECA.

A) 86,7% tem família

B) 58,2% mantém vínculos familiares;

C) 5,8% com destituição do poder familiar;

D) 5% órfãos.

Após, foi divulgado pela AMB - Associação de Magistrados Brasileiros- no lançamento da campanha "Mude um Destino", a existência de 80 mil crianças e adolescentes abrigados no Brasil, não se sabendo ao certo se por pesquisa ou levantamento de amostras.

Em Aracaju, foi realizado diagnóstico da situação dos Abrigos governamentais e não governamentais, através da Secretaria Municipal de Assistência Social e Cidadania (SEMASC), com publicação no ano de 2005, "Crianças e Adolescentes em situação de Abrigo: um retrato em preto e branco", avistando-se que dos abrigados, 37,3% não recebem visitas, o que pode contribuir para a maior permanência nas Instituições. Além disso, verificou-se entre os institucionalizados que 15,8% têm como motivo de ingresso nos abrigos a situação de miséria, 8,9% por negligência familiar, 8,9% em virtude de situações de risco, 7,6% por maus tratos e 7,3% por causa de abandono. No que concerne ao abrigamento das crianças e adolescentes no Municípios de Aracaju, a pesquisa indica que 25% deles são encaminhados pelos Conselhos Tutelares de outros Municípios, cujas Promotorias também são responsáveis pelo ingresso de mais de 12,7%, dados que reiteram a hipótese de ausência de serviços naquelas localidades.

Através do Termo de Cooperação Técnica celebrado entre o Ministério Público do Estado de Sergipe, com a interveniência da Coordenadoria Geral e através do NAIA - Núcleo de Apoio à Infância e à Adolescência -, ambos do MP/Se e a Corregedoria Geral de Justiça do Estado de Sergipe (Poder Judiciário), foi estruturada a possibilidade de acesso a ambas instituições ao SISTEMA INFORMATIZADO DOS ABRIGOS, através dos Promotores de Justiça e Juízes de Direito da Infância que solicitassem o cadastramento de senha junto à Coordenação de Informática do Ministério Público do Estado de Sergipe.

Posteriormente, foi firmado no próprio Termo de Cooperação, o acesso dos Guardiões dos Abrigos ao S.I.A, com a obrigação de remessa no quinto dia de cada mês (via eletrônica ou impressa), de relatórios, ao NAIA pelos Guardiões dos Abrigos do Município de Aracaju e do interior do Estado, de dados referentes às crianças e adolescentes abrigados nas suas Entidades de Atendimento, tais como data de abrigamento, desabrigamento e informações afins, utilizando, portanto, a Resolução nº 07/2006, oriunda do CMDCA - Conselho Municipal dos Direitos da Cri-

ança e do Adolescente - e referendada pelo CEDCA - Conselho Estadual dos Direitos da Criança e do Adolescente-, através da Resolução nº 02/ 2006, devendo tal modelo ser adotado e uniformizado em todo o Estado de Sergipe.

Nos termos do Acordo de Cooperação Técnica, o Ministério Público do Estado de Sergipe, através do Núcleo da Infância e Adolescência, assumiu compromisso de fornecer os dados e informações atualizadas no Sistema e referentes aos Abrigos e Abrigados, tendo a Corregedoria Geral de Justiça disponibilizado recursos físicos para a alimentação do mesmo.

Na atualidade, o SIA - Sistema Informatizado dos Abrigos -, é mantido pelo Núcleo da Infância e as equipes técnicas dos Abrigos de Aracaju e dos demais em Sergipe que desde fevereiro de 2009 passou a alimentar diretamente os dados de atualização da instituição e dos abrigados, sendo monitorado mensalmente pelo Núcleo da Infância, inclusive com relatório da Situação dos Abrigos do Interior do Estado, ano de 2008, elaborado após visitas institucionais pela equipe técnica do NAIA e da 1ª Promotoria da Infância em Aracaju.

Mantido o acesso ao SIA ao Sistema de Justiça dos Direitos da Criança e do Adolescente, é também extensivo às Secretarias de Assistência Social do município de Aracaju (SEMASC) e Secretaria Estadual de Assistência, Inclusão e Desenvolvimento Social (SEIDES), além dos Conselhos de Direito Estadual e Municipal, CEDCA e CMDCA, e Juizado da Infância e Adolescência da comarca de Aracaju, bem como subsidia informações diversas solicitadas por outros órgãos que integram a Rede de Atendimento, valendo ser registrado que o Núcleo da Infância e 1ª Promotoria da Infância de Aracaju, visitam semestralmente os Abrigos inscritos no Sistema, ou outra forma de atendimento que tenha noticiamento, objetivando conhecer a regularização no funcionamento dos mesmo, baseando-se nas exigências legais definidas no Estatuto da Criança e do Adolescente.

4. Avaliação

Com o desenvolvimento e aperfeiçoamento do referido Sistema, verificou-se a possibilidade concreta de melhor conhecer a realidade dos Abrigos, reordenando os serviços de acolhimento e rompendo com práticas incompatíveis com os marcos regulatórios vigentes, bem como de acompanhar o encaminhamento de crianças e adolescentes institucionalizados no Estado de Sergipe, criando-se, inclusive, junto aos Conselhos de Direito – CMDCA e CEDCA, a necessária Guia de

Abrigamento e Desabrigamento., que resulta em olhar integral acerca da excepcionalidade e provisoriedade da medida, com promoção das medidas de reintegração familiar ou de família extensa, rompendo o cerco de invisibilidade que revestia as entidades e as crianças e adolescentes abrigados.

Por outro lado, dando visibilidade às mesmas, possibilita-se dar a cada um dos abrigados, se não o almejado convívio familiar, a convivência comunitária, socializando-os, apadrinhando-os, promovendo a inserção em cursos e profissionalizando-os, bem como a participação cultural e lúdica criando assim novas possibilidades de vida, além da institucional.

Necessário registrar que o Estado de Sergipe foi pioneiro na implantação do Sistema de Informatização dos Abrigos, com eficiência de funcionamento, apesar dos inúmeros entraves encontrados para tal fim.

De igual, o S.I.A. foi apresentado como experiência exitosa no Congresso do IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito de Família-, em Belo Horizonte, ano de 2006, bem como no Congresso da ABMP - Associação Brasileira de Magistrados e Promotores -, em São Paulo, ano de 2007, ainda como experiência exitosa no FONCAIJE - Fórum Nacional de Centros de Apoio Operacionais da Infância, Juventude e Educação, em Florianópolis, ano de 2006, tendo sido solicitado por várias Coordenadorias Estaduais para implantação local, conhecendo-se hoje as normas técnicas de operacionalização do Sistema de Acolhimento, a nível nacional, direcionado pelo Ministério do Desenvolvimento Social e de Combate à Fome (MDS).

O levantamento atualizado do SIA, junho/2009, revela a existência de 304 crianças e adolescentes abrigados em Sergipe, evidenciando a necessidade do serviço, porém refletindo a urgente necessidade de políticas públicas estruturantes e de apoio à família, bem como demonstra a exigência de compromisso mais forte do Sistema de Justiça na promoção das medidas que possibilitem o retorno à família de origem extensa, ou comunitária, bem como da família substituta, devendo haver compromisso e envolvimento da sociedade nas diversas formas de acolhimento.

Atualmente, o SIA registra uma grande quantidade de abrigados. São eles:

GOVERNAMENTAIS MUNICIPAL E ESTADUAL

1) Abrigo Feminino Izabel de Abreu, feminino, de 07 a 18 anos: 21 abrigadas;
2) Abrigo CEO, masculino de 07 a 18 anos: 26 abrigados;
3) Abrigo CEMEC, masculino de 07 a 18 anos: 6 abrigados;

4) Casa Abrigo Sorriso, feminino e masculino de 0 a 6 anos: 41 abrigados;
5) Abrigo Caçula Barreto, masculino de 07 a 12 anos: 14 abrigados;
6) Abrigo Feminino Lilian Carvalho (Nossa S. Do Socorro): feminino de 0 a 18 anos: 24 abrigadas;
7) Abrigo Masculino Gilton Feitosa (N. S. do Socorro): masculino de 2 a 18 anos: 27 abrigados;
8) Abrigo Recanto da Providência (Estância): feminino de 0 a 17 anos e masculino de 0 a 12 anos: 8 abrigadas;
9) Casa da Criança Nossa Senhora da Vitória (São Cristóvão): feminino e masculino de 0 a 15 anos: 6 abrigadas;
10) Lar Nossa Senhora das Graças (Boquim): feminino de 4 a 12 anos: 10 abrigadas;
11) Projeto Girassol (Lagarto): feminino de 0 a 17 anos e masculino de 0 a 12 anos: 13 abrigados;

ABRIGOS NÃO GOVERNAMENTAIS:

1) Casa Maternal Amélia Leite (feminino de 16 a 21 anos): 5 abrigadas;
2) Casa Santa Zita (feminino de 4 a 12 anos): 31 abrigadas;
3) Lar Infantil Cristo Redentor (feminino de 4 a 12 anos): 19 abrigadas;
4) Lar Meninos de Santo Antônio (masculino de 7 a 12 anos): 9 abrigadas;
5) Oratório Festivo São João Bosco (feminino de 4 a 12 anos): 24 abrigadas;
6) Projeto Esperança (feminino de 7 a 18 anos): 20 abrigadas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

1) Constituição Federal de 1988
2) Lei 8.742/93 (LOAS): Lei Orgânica de Assistência Social;
3) Lei 8.069/90 (ECA): Estatuto da Criança e do Adolescente;
4) Aracaju, Prefeitura. Crianças e Adolescentes em situação de Abrigo: Um retrato em preto e branco. Márcia Tavares (org). Aracaju, 2005.
5) Maricondi, Maria Ângela (Coordenadora) e outros. Falando de Abrigo. 2007.
6) Rizzini, Irene e Irma. Institucionalização de Crianças no Brasil. Ed. PUC/Rio, 2004.
7) IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. SEDH - Secretaria Especial de Direitos Humanos. 2005.
8) Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária. Conselho Nacional de Assistência Social - CNAS. Brasília, 2006.
9) Associação de Magistrados Brasileiros. Campanha "Mude um Destino". 2007

REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SERGIPE

(I) LEGALIDADE DA "TAXA" DE ESGOTO EM SERGIPE

TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA - INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A CUMULATIVIDADE DE RESPONSABILIDADES POR ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA EM FUNÇÃO DA DISTINÇÃO DE SUAS NATUREZAS JURÍDICAS

SISTEMA PENAL E MÍDIA: BREVES LINHAS SOBRE UMA RELAÇÃO CONFLITUOSA

Prêmio Melhor Arrazoado Jurídico 2009

(I) LEGALIDADE DA "TAXA" DE ESGOTO EM SERGIPE*

Augusto César Leite de Resende**

I - INTRODUÇÃO

No cenário político, social e jurídico nacional encontramos debates apaixonados e infindáveis questionamentos judiciais sobre a famigerada "taxa de esgoto", cobrada pelas companhias de abastecimento de água e esgoto dos diversos Estados da Federação, inclusive, em Sergipe.

Qual a resposta para o seguinte pergunta: "É legal a cobrança da "taxa de esgoto" em Sergipe? Vejamos.

II - SERVIÇOS PÚBLICOS GERAIS E SERVIÇOS PÚBLICOS INDIVIDUAIS

Primeiramente, cumpre analisarmos a natureza jurídica do serviço público coleta, tratamento e disposição final de esgoto.

Os serviços públicos podem ser classificados em serviços gerais e serviços específicos.

Os serviços gerais, também denominado de serviços *uti universi* ou coletivos, são aqueles prestados à coletividade, cujos usuários sejam indetermináveis e indivisíveis, de modo que não é possível mensurar a utilização individual de cada usuário. São exemplos os serviços de iluminação pública, de pavimentação de vias urbanas, de limpeza pública etc.

Os serviços específicos, também chamados de *uti singuli* ou individuais, são aqueles prestados a usuários certos e determinados, de natureza divisível, isto é, cuja utilização poderá ser quantificado. São exemplos os serviços de telefonia, de energia elétrica, abastecimento de água e de esgoto.

O professor José dos Santos Carvalho Filho, *in* Manual de Direito Administrativo, 15ª edição, Ed. Lúmen Júris, Rio de Janeiro, 2006, p. 270, é claro ao lecionar, *ipsis verbis:*

> "Serviços coletivos (uti universi) são aqueles prestados a grupamento indeterminados de indivíduos, de acordo com as opções e prioridades da Administração...".

*Prêmio Melhor Arrazoado Jurídico 2009, Categoria Membro do Ministério Público - Primeiro Lugar

**Promotor de Justiça Especial de São Cristóvão

E mais,

"Já os serviços singulares (uti singuli) preordenam-se a destinatários individualizados, sendo mensurável a utilização de cada um dos indivíduos.".

Nesse diapasão, o serviço público de esgoto é eminentemente individual porque o usuário é certo e determinado e perfeitamente mensurável a sua utilização do serviço.

III – REGIME REMUNERATÓRIO

Por se tratarem de serviços públicos indivisíveis, os serviços coletivos devem ser remunerados por impostos, ante a inaplicabilidade do disposto no art. 145, inciso II, da Constituição Federal:

"Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

(...)

II – taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição;".

Por sua vez, os serviços públicos individuais podem ser remunerados por taxa ou tarifa, caso sejam compulsórios ou facultativos, respectivamente. Os serviços públicos serão compulsórios quando a sua utilização pelo usuário for obrigatória e facultativos quando o usuário puder optar pela fruição ou não daquele serviço.

A principal distinção entre a tarifa e a taxa reside na obrigatoriedade do serviço público, segundo lição do eminente Hugo de Brito Machado, in Curso de Direito Tributário Malheiros, 21ª edição, 2002, p. 382, *verbis:* "o que caracteriza a remuneração de um serviço público como taxa ou como preço público é a compulsoriedade, para a taxa, e a facultatividade, para o preço...".

O Supremo Tribunal Federal[1], ao analisar a natureza jurídica dos encargos criados pela Lei N.° 10.438/2002, firmou entendimento de que"os encargos de capacidade emergencial, de aquisição de energia elétrica emergencial e de energia livre adquirida no MAE, instituídos pela Lei 10.438/02, não possuem natureza tributária" porque são "encargos destituídos de compulsoriedade, razão pela qual correspondem a tarifas

[1] RE 541511/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowsky, DJe 26.06.2009.

ou preços públicos", na medida em que os consumidores poderiam se valer de outros mecanismos para a obtenção de energia elétrica que não o oriundo do Sistema Interligado Nacional. Enfim, para o Pretório Excelso se o serviço público é de uso obrigatório a remuneração se dará mediante o pagamento de taxa e se facultativa for a sua utilização o encargo terá a natureza jurídica de tarifa.

Em suma: Será obrigatório se houver determinação legal obrigando a sua utilização pelos usuários e, neste caso, deverá ser remunerado mediante taxa, espécie de tributo; será facultativa quando permitido for ao usuário escolher se utiliza ou não o serviço público e, nesta hipótese, será remunerado por tarifa ou preço público.

Em Sergipe, é obrigatória a ligação de toda construção considerada habitável à rede pública de abastecimento de água e à rede de esgotamento sanitário, ex vi dos artigos 3° e 5° da Lei Estadual 4898/2003, *ipsis verbis:*

> "Art. 3°. É obrigatória a ligação de toda construção considerada habitável à rede pública de abastecimento de água, na forma prevista na legislação federal, estadual e complementares.".
> "Art. 5°. É obrigatória a ligação dos efluentes sanitários dos imóveis, de qualquer natureza, à rede de esgotamento sanitário, quando implementada pelo Poder Público, nos termos da legislação em vigor.".

Diante da obrigatoriedade de utilização dos serviços de água e esgoto, o valor cobrado pela Companhia de Saneamento de Sergipe – DESO tem natureza jurídica de taxa e não de preço público, segundo entendimento adotado pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, conforme se percebe dos julgados abaixo transcritos, *ipsis litteris:*

> "PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ANÁLISE DE LEI LOCAL. SÚMULA 280/STF. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE DISPOSITIVO LEGAL VIOLADO. SÚMULA 284/STF. ANÁLISE DE MATÉRIA FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 07/STJ. EXECUÇÃO FISCAL. SERVIÇO DE ESGOTO. NATUREZA JURÍDICA DA REMUNERAÇÃO. TAXA. COMPULSORIEDADE DE SUA UTILIZAÇÃO. SUJEIÇÃO AO REGIME TRIBUTÁRIO. ORIENTAÇÃO DOMINANTE NO STJ. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA PARTE, DESPROVIDO." (STJ – Primeira Turma, REsp 1020210/RS, Rel. Min.

Teori Albino Zavascki, DJe 12.02.2009). (grifo nosso)
"O serviço de fornecimento de água e coleta de esgoto é cobrado do usuário pela entidade fornecedora como sendo taxa, quando há compulsoriedade. Tem-se, in casu, serviço público concedido, de natureza compulsória, visando atender necessidades coletivas ou públicas." (STJ – Primeira Turma, REsp 848287/RS, Rel. Min. José Delgado, DJU 14.09.2006, p. 289).

IV – DA ILEGALIDADE DA "TAXA DE ESGOTO" EM SERGIPE

Como vimos, o valor cobrado pela Companhia de Saneamento de Sergipe – DESO a título de contraprestação de serviço de esgotamento sanitário tem natureza jurídica de taxa.

A taxa é espécie do gênero tributo, conforme se depreende do disposto no art. 145, inciso II, da Constituição Federal e art. 77 do Código Tributário Nacional, subordinando-se, desta forma, aos princípios constitucionais da tributação, em especial, o princípio da legalidade estrita ou reserva legal expresso no art. 150, inciso I, da Carta Política de 1988, segundo o qual é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça, salvo nas hipóteses constitucionalmente previstas. Assim, os entes tributantes (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) somente poderão criar ou aumentar tributos por meio de lei, em sentido formal e material.

Em razão da natureza jurídica tributária do valor cobrado pela Companhia de Saneamento de Sergipe – DESO pela utilização, potencial ou efetiva, do serviço público de água e esgoto, a sua instituição está adstrita ao princípio da estrita legalidade, no sentido de que somente por meio de "lei em sentido estrito" pode ser criada e cobrada a denominada "taxa de esgoto".

Aliás, o Egrégio Supremo Tribunal Federal tem posicionamento pacífico de que: "só a lei pode instituir taxas a serem cobradas por contraprestação de serviços ou em razão do exercício do poder de polícia, a teor do que dispõem os artigos 145, II, e 150, I, da Constituição"[2].

Na mesma linha é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

"TRIBUTÁRIO. SERVIÇO DE ESGOTO. NATUREZA JURÍDICA DA REMUNERAÇÃO. TAXA. COMPULSORIEDADE DE SUA UTILIZAÇÃO. SUJEIÇÃO AO REGIME TRIBUTÁRIO. ORIENTAÇÃO

[2] STF – Pleno – ADI-MC 1982/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJU 11.06.1999, p. 64.

DOMINANTE NO STJ. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. 1. A jurisprudência dominante no âmbito desta Corte considera que o valor exigido como contraprestação pelo serviço de água e esgoto possui natureza jurídica de taxa — submetendo-se, portanto, ao regime jurídico tributário, especialmente no que diz com a observância do princípio da legalidade — sempre que seja de utilização compulsória, independentemente de ser executado diretamente pelo Poder Público ou por empresa concessionária. 2. Recurso especial a que se nega provimento." (STJ – Primeira Turma, REsp 782270/MS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU 07.11.2005).

Em Sergipe inexiste lei específica instituindo e definindo as alíquotas e base de cálculo da aludida "taxa de esgoto". De fato, a Lei Estadual N.° 4898/2003 limitou-se a apenas manter o regime de cobrança tarifária dos serviços de abastecimento de água e coleta, tratamento e disposição de esgotos sanitários previsto no regulamento de serviços da Companhia de Saneamento de Sergipe – DESO, não criando nem definindo o tributo retro mencionado.

A propósito, vejamos a redação do art. 6° da lei retro mencionada, *in verbis:*

"Art. 6°. Fica mantido o regime tarifário de cobrança dos serviços de abastecimento de água e de coleta, tratamento e disposição de esgotos sanitários prestados pela DESO, relacionados com seus objetivos, de acordo com a estrutura tarifária prevista em seu Regulamento de Serviços, de forma a garantir a sua sustentabilidade e o seu equilíbrio econômico-financeiro, de conformidade com a legislação pertinente, em especial a Lei (Federal) n° 6.528, de 11 de maio de 1978, e o seu Regulamento constante de Decreto (Federal) n° 82.587, de 06 de novembro de 1978.".

"Parágrafo único. Nas comunidades de baixa renda, o regime tarifárico de cobrança dos serviços de coleta, tratamento e disposição de esgotos sanitários prestados pela DESO, será da ordem de 40% (quarenta por cento) sobre o valor da tarifa de água.".

Verifica-se *prima facie* que a "taxa de esgoto" cobrada pela Companhia de Saneamento de Sergipe – DESO não está definida e instituída por lei em sentido estrito mas sim através de norma infralegal, qual seja,

regulamento de serviços, de modo que, não se pode, evidentemente, aceitar a alegação de que a Lei Estadual N.º 4898/2003 instituiu e definiu a cobrança do tributo, pois a lei retro mencionada apenas manteve o regime tarifário de cobrança dos serviços de abastecimento de água e de coleta, tratamento e disposição de esgotos sanitários prestados pela Companhia de Saneamento de Sergipe - DESO previstos em seu regulamento de serviços.

Portanto, não há como se negar a flagrante ilegalidade da cobrança da "taxa de esgoto" porque inexiste lei, em sentido formal e material, instituído o referido tributo. Aliás, neste sentido já decidiu o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, *ipsis verbis:*

> "Apelação Cível - Inexigibilidade de cobrança de tributo. "Taxa" ou "tarifa" de esgoto. Legalidade. Serviço Compulsório. Existência de lei federal, estadual e municipal determinando a obrigatoriedade da ligação à rede de esgoto. Serviço fruível individualmente (uti singuli). A cobrança do serviço deve ser realizada por meio de "taxa", espécie do gênero tributo, e não por tarifa (preço público). Inteligência do art. 145, II da CF. Princípio da Legalidade. Exigência de lei específica anterior a instituir a cobrança do referido tributo. A resolução não é meio hábil para a criação de taxa. Apelo conhecido e improvido." (TJSE – 2ª Câmara Cível, Ap. C. 1013/2004, Rel. Des. José Alves Neto, DJ 06.09.2004).

O eminente Desembargador Roberto Eugênio da Fonseca Porto, no voto proferido, em 25.04.2005, nos autos da Apelação Cível 3244/2004, foi enfático ao afirmar que: "...o serviço público de coleta de esgoto deve ser cobrado mediante taxa, sendo ilegal a cobrança mediante simples tarifa...".

Ademais, a ilegalidade da aludida "taxa de esgoto" decorre também naquelas hipóteses onde inexiste rede coletora de esgoto devidamente instalada e posta à disposição dos usuários, pois a Constituição Federal somente legitima a instituição e, evidentemente, a cobrança das chamadas "taxas de serviços" em razão da utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, efetivamente prestados ao contribuintes ou postos a sua disposição[3].

O Superior Tribunal de Justiça, em julgamento realizado em 15 de maio de 2007, considerou ilegal a cobrança da "taxa de esgoto" quando demonstrada, inequivocamente, a inexistência de rede de esgotamento

[3] Art. 145, inciso II, da Carta Política de 1988.

sanitário, o que é uma realidade em grande parte de Aracaju e em todo o Estado de Sergipe. A propósito:

> "ADMINISTRATIVO. TAXA DE ESGOTO. TARIFA COBRADA INDEVIDAMENTE. INEXISTÊNCIA DE REDE COLETORA. DEVOLUÇÃO EM DOBRO. ART. 42, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CDC. PRECEDENTES. 1. A norma do parágrafo único do art. 42 do CDC tem o nítido objetivo de conferir à devolução em dobro função pedagógica e inibidora de condutas lesivas ao consumidor. 2. Constatada, por perícia, a inexistência de rede de esgotamento sanitário, a repetição em dobro dos pagamentos efetuados a título de tarifa de esgoto é medida que se impõe. 3. Nem a cobrança indevida resultou de fato alheio à esfera de controle do fornecedor nem se verifica boa-fé quando, a despeito da constatação do expert, a empresa insiste em defender a cobrança, sem prejuízo de não haver-se desincumbido do ônus de comprovar a inexistência de má-fé ou de culpa. 4. Precedentes: REsp 263.229/SP, Rel. Min. José Delgado, DJU de 09.04.01, REsp 650.791/RJ, DJU de 20.04.06, AgRg no Ag 507.312/RJ, Rel. Min. Humberto Martins, DJU de 11.09.06 e Ag 777.344/RJ, Rel. Min. Denise Arruda, DJU de 16.02.07. 5. Recurso especial provido. (STJ – Segunda Turma, REsp 817733/RJ, Rel. Min. Castro Meira, DJU 25.05.2007, p. 393).

Por fim, cabe ressaltar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor na relação jurídica estabelecida entre o usuário do serviço público do esgoto e a empresa concessionário de serviços público, segundo entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça:

> "TRIBUTÁRIO. TAXA DE ESGOTO. COBRANÇA INDEVIDA. RELAÇÃO DE CONSUMO. CONDOMÍNIO. 1. É inaplicável o Código de Defesa de Consumidor às relações entre os condôminos e o condomínio quanto às despesas de manutenção deste. 2. Existe relação de consumo entre o condomínio de quem é cobrado indevidamente taxa de esgoto e a concessionária de serviço público. 3. Aplicação do artigo 42 do Código de Defesa de Consumidor que determina o reembolso em dobro. 4. Recurso especial provido" (STJ – Segunda Turma, REsp 650.791/RJ, Rel. Min. Castro Meira, DJU 20.04.06). (grifo nosso)

Desta forma, os usuários-consumidores lesados poderão pleitear judicialmente a declaração da ilegalidade da cobrança da "taxa de esgoto" e a devolução em dobro da quantias indevidamente pagas à empresa concessionária de serviços públicos de água e esgoto.

V – BIBLIOGRAFIA

ALEXANDRE, Ricardo. *Direito Tributário Esquematizado*. São Paulo: Método, 2007.

AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 3. ed. Salvador: Podivm, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA
- Instrumento de Efetivação dos Direitos Fundamentais.*

Emerson Oliveira Andrade**

Introdução

O objetivo do presente e singelo estudo não visa esgotar a matéria, já enfrentada com brilhantismo pela doutrina e jurisprudência pátrias. Sem perder a referência às preciosas lições já lançadas, o autor tem a finalidade específica em discutir o Termo de Ajustamento de Conduta como instrumento para a efetivação dos chamados direitos fundamentais de ordem transindividual, de cunho social, a exemplo dos direitos à saúde e educação, previstos na Constituição Federal do Brasil de 1988. Nesse particular, potencializa-se a atuação extrajudicial do Ministério Público, aqui assunto a pautar todo o trabalho, na sua delimitação temática. Na defesa dos interesses difusos da sociedade, sem dúvida alguma, o TAC apresenta-se como ferramenta indispensável na atividade funcional do *Parquet*, seu aperfeiçoamento e o desenvolvimento de uma linguagem, que sem perder o rigor e o cuidado científicos, mais próxima dos seus destinatários, aliás construída com a participação da sociedade. Para esse fim, a audiência pública é palco para a democracia direta. Concretizar direitos previstos nas normas da Lei Maior, sob os auspícios dos princípios constitucionais, o TAC é uma oferta legítima aos cidadãos na defesa de seus direitos mais caros e sensíveis ao risco de não realizar-se, por isso fundamentais.

1. Aspectos Gerais

O Termo de Ajustamento de Conduta , mais conhecido pela sigla TAC, previsto na Lei da Ação Civil Pública, é uma das ferramentas mais utilizadas pelo Ministério Público para a solução de problemas de todas as ordens, relativos aos denominados interesses (direitos) difusos, coletivos e individuais homogêneos, indisponíveis, objetos de Inquéritos Civis ou Procedimentos Administrativos.

*Prêmio Menção Honrosa - Melhor Arrazoado Jurídico 2009. Categoria Membro do Ministério Público.

**Promotor de Justiça Especial Cível e Criminal na Comarca de Itabaiana e pós-graduando em Direito de Família e Políticas Sociais pela Universidade Federal de Sergipe.

Expressa-se por meio de cláusulas, geralmente relativas às denominadas obrigações de fazer e não fazer. Um ato administrativo bilateral. Acordos são firmados, sob um determinado procedimento pré-estabelecido num modelo (parâmetro) legal, a exigir fundamentação, justificativas, a motivação obrigatória, na forma usual de " considerandos". Conteúdo contratual. Sua elaboração por Procedimento Administrativo (ato administrativo, a exigir fundamento) e na forma, título executivo extrajudicial, previsão da Lei 7347/85- Lei da Ação Civil Pública. Sua natureza jurídica é definida pela Professora Geisa de Assis Rodrigues: "O ajustamento de conduta, sob qualquer prisma que se analise, tem a essência de um negócio jurídico"[1]. Um acordo em sentido estrito, um negócio jurídico bilateral não contratual, em razão da natureza difusa (coletiva) do direito objeto do TAC. Este pode ser plurilateral, se celebrado com várias pessoas (Estado X e Município Y da mesma unidade da federação assinam TAC com o Ministério Público para a implantação de políticas públicas na área da saúde, na prevenção de epidemias, a exemplo da dengue). Há no TAC uma convergência de objetivos (sempre a finalidade é atingir o bem comum), sendo que o acordo traduz essa concordância, o consenso para a consecução de formas de agir voltadas a objetivos, escopos comuns. Normalmente a parte obrigada denomina-se compromissária e a outra, geralmente responsável pela fiscalização do seu cumprimento, compromitente. Até mesmo se figurar na condição de compromissário o Poder Público emite manifestação de vontade, seja para a própria celebração do TAC e principalmente na fixação das condições para o cumprimento das obrigações constantes nas cláusulas do respectivo TAC. Não se confunde com o contrato, em face da ausência de operação econômica inerente às relações jurídicas de cunho contratual. Os direitos difusos, assevera Geisa Rodrigues não têm expressão pecuniária. Não é objetivo do TAC ensejar uma operação de natureza econômica, donde afasta-se do conceito de contrato. De igual modo, com razão adverte a ilustrada autora a incompatibilidade conceitual do TAC em integrá-lo à noção de transação, instituto jurídico ligado à idéia de disponibilidade do objeto transacionado. A indisponibilidade e a extrapatrimonialidade dos direitos difusos tratados em sede de TAC afastam a similitude entre transação e TAC, conceitos incompatíveis. Nas palavras de Geisa Rodrigues o ajustamento de conduta objetiva reforçar o direito, por intermédio de uma conduta, a espelhar a determinação legal(ou constitucional se pensarmos nos direitos fundamentais). É exatamente esse 'reforço' de

[1] RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: Teoria e Prática.** Ed. Forense, 2a. ed., Rio de Janeiro, 1996.

determinado direito, objeto do TAC, que segundo o civilista baiano José Abreu Filho[2] e o faz distanciar-se do instituto da transação, somente compatível com a idéia de redução ou limitação, incompatíveis com direitos transindividuais de natureza não patrimonial, impossibilitando 'concessões recíprocas', idéia imanente na transação. Como visto, o obrigado (compromissário) compromete-se a adotar determinada conduta, não fazer, fazer, entregar coisa, reparar ou evitar um dano (conduta inibitória). Adequar determinado agir aos ditames da lei, da Constituição, esse o escopo maior do TAC, compatibilizar a conduta aos limites da legalidade, da constitucionalidade. Conclui a Professora Geisa de Assis Rodrigues na obra citada: " Consideramos ser o ajustamento de conduta um negócio jurídico da Administração e não um negócio jurídico administrativo", esse relacionado aos chamados atos de império, estando a Administração Pública em posição superior ao administrado, ensejado as denominadas cláusulas exorbitantes, justificando, por exemplo alterações unilaterais, com ou sem indenização, a depender das hipóteses, exemplo ocorre com a encampação[3] de determinada concessão de serviço público. Acordo, fruto de um negócio jurídico bilateral (ou plurilateral, a depender da quantidade de obrigados), como o objetivo de acertar, adequar , moldar, a conduta do(s) obrigado(s) aos ditames (exigências) da lei ou da própria Constituição, com ênfase na declaração dos direitos envolvidos , fazendo identificar (para concretizar) o direito que está (contido) na norma (extraí-lo, como uma peróla presa a uma concha). A conduta (a política pública) já está na norma constitucional (relativo ao direito à educação, p.ex.). O TAC apenas , ao exigir aquela conduta , já prevista na Constituição, tão somente a faz declarar. Por essas razões, a Professora Geisa aponta a natureza declaratória do TAC. Esse acertamento, conformamento da conduta aos ditames legais e constitucionais deverá traduzir, sem dúvida alguma, em concretização, efetivação de direitos, fazendo o instituto do TAC honrar a sua finalidade (teleologia) e seus princípios, especialmente o do respeito à dignidade da pessoa humana e não reduzir-se a mais uma folha de papel na figuração de Ferdinad Lassalle[4].

[2]ABREU FILHO, José. **O Negócio jurídico e sua teoria geral.** 4a.ed., Ed. Saraiva, São Paulo,1997.

[3]Encampação: " Considera-se encampação a retomada do serviço pelo poder concedente durante o prazo da concessão, por motivos de interesse público- Art. 37 da Lei 8987/95. Nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho, na sua obra Manual de Direito Administrativo.15a.ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2006,p.333, ao lecionar sobre a matéria em apreço: " Aqui se aplica a prerrogativa especial que tem o Poder Público de extinguir unilateralmente os contratos administrativos." O que não ocorre quando celebra um TAC com o Ministério Público sobre direitos difusos , especialmente relativos aos direitos fundamentais.

[4]Ferdinad Lassalle, expoente constitucionalista austríaco, autor da obra clássica " A Essência da Constituição" . Os fatores reais do poder(produto das infra-estruturas sociais, econômicas, políticas, sociais, religiosas, etc.) informam todas as leis e instituições jurídicas vigentes no país, determinando que elas sejam o que realmente são. É a chamada Constituição real e efetiva, distinta da Constituição Jurídica , a escrita, que se não corresponder àquela outra(a real) cinge-se a 'mera folha de papel'. Extraído da obra do Professor Dirley da Cunha Júnior, **Curso de Direito Constitucional,** Ed. Podivum, 2a. ed. Salvador-Bahia, 2008..

Os obrigados podem ser pessoas físicas e/ou pessoas jurídicas de direito privado ou público interno , a incluir os entes federativos, no caso brasileiro. Pessoas jurídicas de direito internacional, à exceção de organismos internacionais , regem-se pelo regramento do Direito Internacional Público, fugindo-se às relações diplomáticas (Tratados, Acordos internacionais, Pactos, Convenções, etc.).

As obrigações visam ajustar a conduta dos obrigados com seus deveres legais, à vista de um desajuste verificado e de necessária correção. O fazer consiste em prestações às expensas do obrigado, as quais , por sua vez, se concretizam (se materializam) normalmente nas seguintes modalidades: Em serviços(p.ex. Construção de escolas, creches, reforma de hospitais, disposição regular dos resíduos sólidos em consonância com a legislação ambiental em vigor, etc.) , entrega (p.ex. Fornecimento de medicamentos a pacientes de renda per capita igual ou inferior a ¼ do salário mínimo), em obrigação de dar(p.ex. Depósito mensal ao Fundo Municipal da Criança e do Adolescente, no percentual previsto na lei orçamentária). Obrigações de não fazer, relativas à abstenção de práticas contrárias aos princípios constitucionais e regras legais. Por exemplo, efetuar contratações temporárias para ocupar cargos efetivos da Administração Direta, sem a ocorrência dos requisitos da excepcionalidade e emergência, nos termos do art. 37, IX da CF/88. Não ultrapassar os gastos com pessoal em 50% da receita (60% é o limite previsto na Lei de Responsabilidade Fiscal). Por intermédio do TAC é válida a ampliação da defesa de direitos fundamentais, p. ex. O Município é responsável pelo transporte escolar dos alunos de sua rede. Com TAC firmado, juntamente com o Estado, passa a transportar alunos da rede estadual, recebendo a contra-partida de 40% do Estado. O que inicialmente não era dever seu, torna-se obrigação, após a assinatura do TAC. Ao contrário, o TAC, é nulo se prevê a redução do exercício de direitos fundamentais, donde o imperativo de respeito ao chamado 'mínimo existencial'. Ampliar direitos é possível, nos limites da razoabilidade e proporcionalidade(p. ex. Financiar tratamento cirúrgico no exterior, havendo similar no país). Restringir seu exercício, inadmissível. Nesse sentido, a correta anotação de Rocha-del Moreira segundo a qual o direito (objeto do TAC) não é negociado, sendo objeto do acordo extrajudicial (expressão utilizada por Mazzili), tão somente, a forma e prazos para se ver atendido o(s) direito(s) conformados às cláusulas do TAC. Entendo ser possível o contingenciamento orçamentário para a efetivação de determinado direito fundamental. Para proteção integral da criança e do adolescente e combater o trabalho

infantil, o Município implantar programa, de natureza complementar, municipal de erradicação ao trabalho infanto-juvenil, sem sobreposição a programa de igual natureza do Governo Federal(p.ex. PETI- Programa de Erradicação do Trabalho Infantil).

Ponto de clássico estudo pela doutrina pela razão de sua importância prática é a discussão acerca da legitimidade jurídica de quem possa firmar TAC. Matéria objeto da apreciação de diversos estudiosos sobre a matéria. Mazzilli adverte que " nem todos os legitimados ativos (quem pode ajuizar ações coletivas) à ação civil pública ou coletiva podem tomar compromisso de ajustamento; só os órgãos públicos legitimados (dentre eles o próprio Ministério Público). Arremata o citado jurista: " Para os fins do art.5°, §6°, da Lei n.7.347/85 (conhecida por Lei da Ação Civil Pública), estão autorizadas a tomar compromisso de ajustamento as pessoas jurídicas de direito público interno e seus órgãos, não as entidades da administração indireta ou pessoas jurídicas que tenham regime jurídico próprio das empresas privadas. Assim, não estão entre os órgãos públicos autorizados a tomar tais compromissos as associações civis, sociedades de economia mista, fundações ou empresas públicas"[5]. Aqui, pertinente a observação que a denominada Administração Direta pode firmar TAC, seja na condição de compromitente ou compromissária, na condição de obrigada, geralmente quando assina TAC com o Ministério Público. Apesar de não desconsiderarmos a nomenclatura utilizada pelo Prof. Hugo Nigro Mazzilli, sustentamos que muito mais que um simples compromisso, o TAC traduz um dever dos obrigados (compromissários), donde nossa preferência pela expressão 'termo de ajustamento de conduta', a tradução documentada de obrigações expressas em cláusulas. A Professora Geisa, na obra supra citada, mudando de opinião, admite que as sociedades de economia mista e empresas públicas prestadoras de serviços públicos possam celebrar TAC, não tendo essa atribuição aquelas, dentre tais pessoas jurídicas, exploradoras de atividades econômicas. De igual modo, não podem firmar termo de ajustamento de conduta as organizações sociais[6]. A Professora Geisa, na sua obra multicitada, assevera o papel de protagonista do Ministério Público na defesa dos direitos difusos em sede extrajudicial, destacando o relevo da atuação do *Parquet* na celebração de termos de

[5]MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo.** Ed. Saraiva, 8a.ed. São Paulo, 1996, p. 309-310.
[6]Art.1° da Lei n. 9.637/98: " O Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos os requisitos previstos nesta Lei".

ajustamento de conduta com essa finalidade, sob o comando da norma constitucional prevista no art. 127, caput e 129, inciso III da Magna Carta.

O TAC, normalmente prevê o diferimento da execução das medidas (em sede de obrigações de fazer, p. ex. Exonerar professores contratados temporariamente no prazo de 180 dias. Em 120 dias realizar concurso público para o cargo de professor de ensino fundamental, com a nomeação dos aprovados, de acordo com a ordem de classificação no certame e a partir do provimento de tais cargos não mais realizar contratações temporárias de professores). Acorda-se prazos para o cumprimento das obrigações assinaladas no TAC e se houver previsão de obrigações de não fazer, de forma isolada, sua incidência só pode ser imediata, pois seria totalmente desarrazoado autorizar, por exemplo o gestor público a somente deixar de praticar determinada conduta a partir de certo prazo inicial (A suspensão de contrato de locação de veículo, da propriedade do gestor, à serviço de transporte público escolar, em fraude à licitação, somente a partir de 3 meses após a assinatura do TAC.

A fixação de prazos razoáveis , para o cumprimento das obrigações previstas no TAC, é objeto lícito de transação entre as partes acordantes e permite, de forma adequada o correto planejamento das ações para o atendimento do TAC, garantindo sua maior eficácia social e de igual modo supera, de certa forma, a alegação da denominada Teoria da Reserva do Possível, deduzida em razão da limitação de recursos disponíveis, no caso de obrigações de determinado ente da federação brasileira.

O TAC, enquanto ferramenta jurídica imprescindível à defesa de interesses indisponíveis, coletivos e difusos, enuncia, sem dúvida alguma uma norma jurídica, a incidir em determinado caso concreto (p. ex. Erradicação dos lixões e o grave dano ambiental por eles causado), gestada da composição extrajudicial de um determinado conflito de interesses (Interesses primários e interesses secundários, quando o obrigado é ente público). O TAC pode, ainda, ser firmado no curso de processo judicial (desencadeado por ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público ou outro co-legitimado, p.ex. uma associação) e será objeto de homologação judicial da referida transação ou mais raramente ser firmado em audiência judicial na forma de conciliação. Em ambas as duas últimas hipóteses, a ensejar a extinção do processo com resolução do mérito (pedido formulado pelo autor na petição inicial), quando o juiz homologa, chancela, sob sentença, o acordo assinado pelas partes litigantes do processo.

O TAC, por força de lei, tem valor de título executivo extrajudicial. Não há mais necessidade de ser declarado o direito por ele defendido (com a mediação de ações concretas por parte do obrigado). Executa-se o cumprimento de suas cláusulas, anteriormente acordadas pelas partes. É certo da possibilidade de se combater sua execução, por meio de uma outra ação judicial incidental denominada embargos, com a possibilidade de enfrentar o mérito, p. ex. alegar a impossibilidade por falta de recursos financeiros, a chamada reserva do possível, mas não depende a parte autora de fazer prova em juízo das situações ensejadoras das obrigações assumidas no TAC. Nesta hipótese, há uma simplificação de procedimentos judiciais, a exemplo da interposição do recurso de apelação, em uma ação ordinária, a suspender os efeitos da sentença prolatada em primeiro grau de jurisdição, remetendo (devolvendo) às Instâncias Superiores a reavaliação do processo, com limites, de ordem processual, até chegar-se ao Supremo Tribunal Federal pelo recurso extraordinário.

2. A 'democracia ' enquanto bem jurídico. A participação da sociedade. Audiências Públicas e Termo de Ajustamento de Conduta.

Ponto às vezes desconsiderado é a técnica a ser utilizada na confecção do TAC. Sem dúvida alguma, constitui o TAC instrumento de efetivação , de concretização, de materialização de normas capazes de garantir eficácia social aos direitos fundamentais previstos na CF/88.

Muito além de fazer constar a interpretação de textos legais e da própria Constituição e seus princípios explícitos e implícitos (p. ex. Os princípios da prevenção e precaução em relação à defesa do meio ambiente sustentável, não expressos no texto constitucional) e fazer constar comandos no sentido do cumprimento de determinada(s) obrigações (de dar, fazer e não fazer), com o objetivo de propiciar a mencionada eficácia, atualmente a forma de como realizar tais obrigações (a tecnologia, o fazer e o saber fazer) deve permear o(s) acordo(s) constante(s) em um TAC. Muitas vezes , não adianta muito redigir cláusulas abertas, em forma de exortações. Necessário se faz criar a norma do caso concreto (precisar, definir claramente o objeto da obrigação assumida, os mecanismos de execução, enfim afastar julgamentos de discricionariedade a posteriori, de modo a desvirtuar os objetivos do próprio TAC. Nessa perspectiva, a fundamentação técnica, de forma aberta, contemplando diversos conhecimentos, em plena interdisciplinariedade, colabora e muito para a tão buscada concretização de direitos, conseqüência do integral cumprimento do TAC. Tal embasamento técnico advém de pareceres e laudos (p.

ex. Laudo psicossocial, laudo social, laudo ambiental, de engenharia, etc.), inseridos no respectivo procedimento no qual será firmado o respectivo TAC. Uma outra técnica, a ser utilizada é a realização de Audiência(s) Pública(s). Deve ser conduzida no sentido de otimizar soluções adequadas, expressas nas normas constantes das cláusulas do TAC . Oportunidade ímpar de dar-se a oportunidade para a manifestação democrática e sua intrínseca diversidade. As cláusulas, decorrentes de um profícuo debate, conferem muito maior legitimidade (aceitação e maior compreensão) e por conseguinte a maior eficácia possível do TAC, o que, sem dúvida alguma, virá a consagrar aquilo que o constitucionalista português, JJ. Canotilho afirma com relação às normas constitucionais, extrair delas o máximo de eficácia, donde resulta a efetividade dos direitos fundamentais por meio de ações (políticas) sociais, a ser muito bem exteriorizadas e definidas no corpo do TAC .

Esta metodologia de realizar audiências públicas aproxima-se, de certa forma, ao método concretista da " Constituição Aberta", defendida pelo constitucionalista alemão Peter Häberle. O qual, segundo o citado professor garante o direito a todos os cidadãos de interpretar a constituição, não sendo tarefa exclusiva de um grupo clássico e seleto de intérpretes, no quadro tradicional da denominada hermenêutica jurídica. Isto, segundo Häberle permite um alargamento do número de intérpretes, tornando a própria interpretação um exercício de democracia aberto, público e plural. Idéia presente na obra de Rochadel[7] ao dizer que o estímulo para a implantação de políticas públicas pela via do TAC é fruto de discussão (diálogo, comunicação intersubjetiva entre diversos atores) e aprofundamento. Exige-se a participação dos agentes sociais, trazendo seu contexto histórico-cultural, numa interpretação viva da constituição e sua complexidade. Afastar-se da realidade sócio-econômica, a infra-estrutura numa visão marxiana, provoca um distanciamento a comprometer a própria efetivação dos direitos defendidos no TAC. Facilitar uma via de mão dupla entre a sociedade e os acordantes é sem dúvida alguma um desafio, mas uma necessária experiência, pois sem a participação dos destinatários finais das cláusulas do TAC, cria-se o indesejado abismo entre a norma e o fato normado. Adequação e compatibilidade com a realidade social são exigências essenciais para um TAC eficaz e capaz de implementar e efetivar direitos fundamentais na sociedade. Esse proceder é permeado pelo princípio constitucional da proporcionalidade, de modo a traduzir-se em balanceamento, ponderação dos

[7]ROCHADEL MOREIRA, Orlando. **Políticas Públicas e Direito à Educação**, Ed.Fórum, Belo Horizonte,2007,p.147.

valores constitucionais vigentes, a garantir o mínimo de sacrifício ao exercício legítimo dos direitos fundamentais, sempre sob a orientação das diretrizes (matizes) constitucionais, sob pena de eleger a subjetividade do intérprete e agente público como a última razão, resultando em arbitrariedade sujeita às nuances do imediatismo, em simples razões de governo. Daí a importância da fundamentação (motivação) das decisões administrativas, a possibilitar seja o controle interno (a chamada autotutela administrativa) ou externo (Tribunal de Contas, Poder Judiciário e a própria sociedade e seus mecanismos de controle social, merecedores no Brasil de maior fortalecimento em prol da democratização do direito administrativo.

Formular cláusulas (norma jurídica concreta) a ser concretizadas por meio de políticas públicas (ações, no sentido de intervenções sociais) é o objetivo maior de um TAC, na sua referência direta à concretização da Constituição e seus princípios, garantindo o exercício pleno dos direitos fundamentais do cidadão. Isto, todavia, sem engessamento da máquina administrativa (em sendo obrigado ente público), constando do TAC espaço suficiente e bem delimitado para o legítimo exercício da denominada discricionariedade administrativa, a exigir motivação consistente e coerente com a relação à possibilidade de escolhas de maneira a propiciar, com eficiência, economicidade, legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, o máximo de efetividade aos direitos fundamentais, objeto de concretização pela via do TAC. A criatividade, nos limites dos princípios constitucionais, permite a contextualização entre o previsto na Lei Maior e a realidade social aonde será concretizada por intermédio do TAC. É nesta baliza que a denominada discricionariedade administrativa pode ser exercitada nos limites da legitimidade jurídica. A ação (política pública), no âmbito das escolhas administrativas, está vinculada, condicionada à Constituição, sua principiologia e aos direitos fundamentais, estes em 'primado harmônico', fruto da ponderação axiológica (dialética e dialógica) para o equilibrado exercício, pois não há hierarquia entre normas constitucionais e as aparentes atinomias (oposições de interesses) serão resolvidas exatamente pelo ponderar orientado pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Garantir a coerência do sistema jurídico, não de forma estanque e imutável (à moda positivista) ainda é um valor importante para propiciar segurança jurídica, evitando-se a indesejável arbitrariedade, seja no desvio abusivo das finalidades constitucionais e legais (na busca do bem comum) ou na patológica omissão. Assevera o Professor Juarez Freitas da impossibili-

dade , no Estado Democrático de Direito, o caso brasileiro, da discricionariedade pura, livre da Constituição. Assim, diante da vinculação direta e obrigatória do agir administrativo à Constituição e aos direitos fundamentais , a autoridade administrativa (acordante do TAC) não tem mais aquela liberdade amplíssima para decidir, com todo seu subjetivismo, a incluir suas idiossincrasias, se escolhe ou deixa de escolher determinada política pública. Se o Estado é Democrático de Direito, inadmissível o autoritarismo das opções sem fundamentação(motivação) adequada e conforme a Constituição Federal. Discricionariedade desvinculada dos direitos fundamentais é manifestamente inconstitucional e conseqüentemente inválida e sujeita à sindicabilidade (controle) por parte do Poder Judiciário, p.ex. pela via de uma ação civil pública ajuizada (proposta) pelo Ministério Público ou outros co-letigimados. Elucidativa decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria:

"A vinculação das políticas públicas aos direitos fundamentais (nos termos de proteção abstrata na Constituição Federal) decorre da própria aplicabilidade imediata (eficácia plena, na lição do mestre José Afonso da Silva) dos direitos fundamentais (inclusive os sociais, relacionados a serviços públicos, a exemplo do direito à saúde e educação), por força da regra expressa no art.5°, §1° da Carta de 1988. Vinculação a exprimir ser imprescindível a operação de escolha administrativa (decisão política, donde surge a expressão 'política pública') adequada e apropriada à concretização eficacial dos aludidos direitos. O gestor/acordante do TAC é obrigado a escolher a política pública relativa a direito fundamental, cuja direção está pré-estabelecida no modelo constitucional (marco regulatório da atuação).Sua discricionariedade (motivada) cingir-se-á, nos limites da economicidade, eficiência e criatividade do corpo técnico (integrantes dos órgãos da Administração) para propiciar a execução da política eleita no que diz respeito ao modo (saber fazer) de conferir uma eficaz concretude aos direitos fundamentais. Tese sustentada por Rochadel[5] ao afirmar que a plena vigência dos direitos sociais (e a ênfase do citado autor ao direito educacional) pode ser obtida por meio de compromissos do Estado e de particulares ao assinarem um TAC. Idéia a vincular o TAC a instrumento de efetivação dessa categoria de direitos, na sua dimensão coletiva, transindividual, em uma sociedade contraditória, marcada por desigualdades e seus espaços de exclusão, nas relações regionais, de gênero, idade, níveis de escolaridade, etc.

Contemplar técnicas de intervenção para o ajuste da conduta e os anseios da sociedade, traduzindo-se em consenso (fruto da síntese

[5] ROCHADEL, *et.all.*

de um debate necessariamente dialético), garantindo segurança jurídica ao acordo é o que se busca com a confecção de um TAC. Equívoco de fazer constar cláusula a permitir a revisão de uma ou mais cláusulas por impedimento técnico futuro. A viabilidade técnica do acordo é pré-requisito sine quo , a ser considerado previamente, antes da redação final do próprio TAC. Se há inviabilidade é melhor não fazer constar a solução sugerida, a criar expectativas no meio social com a certeza de uma inevitável frustração. Preservar a credibilidade do instrumento e sua potencialidade de eficácia é fundamental para um TAC adequadamente firmado. Exigências, inclusive na hipótese de inadimplemento, pois em sede de execução judicial a exequibilidade (no sentido de ser possível exigir o seu cumprimento) é requisito de admissibilidade pelo Poder Judiciário da ação executiva do título (o TAC), sob pena de indeferimento da petição inicial. O processo já chega nati-morto e esvai-se logo no seu nascedouro. Afinal, qualquer título executivo deve conter os elementos da certeza e da liquidez , assim acontecendo em relação ao TAC. Sopesar razões técnicas não é reduzir o TAC a um formalismo excessivo e regido exclusivamente por razões ("puramente") técnicas. É garantir plausibilidade às ações a serem implementadas pela parte obrigada. Afinal, não podemos esquecer que direito é fato, valor e norma, na visão tridimensional do saudoso jusfilósofo Miguel Reale e a análise axiológica (sobre valores, enquanto bens jurídicos, categorias jurídicas ou instituições, numa expressão clássica) é a base para a melhor compreensão dos princípios constitucionais a orientar a efetivação dos direitos fundamentais. Em tempos, de pós-positivismo, cada vez nos afastamos de um falso ideal de neutralidade axiológica(o que traz por si uma ideologia de distanciamento), impossível de ser exigida do profissional que irá mediar intervenções na sociedade, sem o compromisso ético de respeitar a pessoa humana, seus valores e crenças, sua dimensão humana, e os parâmetros de uma Constituição que almeja potenciar essa condição a otimizar modelos para o efetivo exercício de direitos fundamentais à sobrevivência digna do ser humano , no território que aprendemos a chamar de Brasil e por ela regido, por força da democrática e soberana decisão de seu povo: Seu poder constituinte, na expressão do Prof. Carlos Ayres de Brito.

3. A concretização de direitos a partir do Termo de Ajustamento de Conduta.

Segundo o Professor Juarez não existe subsunção (operação na qual a norma contida em texto de lei ou da própria Constituição (dever-ser) é cotejada com a situação real (mundo do ser) não é automática, a exigir sempre uma contextualização de modo tópico-sistêmico, verificada com a interação caso/sistema, em constante sinergia. Sempre sob a mediação do(s) intérprete(s) a norma concreta contida no TAC(seus comandos obrigacionais) precisa ser concretizada por ações, consistentes , basicamente: A) Legislação específica, em respeito ao princípio constitucional da separação dos poderes, na hipótese de mediação do Poder Legislativo local , sob pena de infração à Constituições federal e estadual e à própria Lei Orgânica; B) Atos administrativos(p. ex. Exoneração de pessoal contratado temporariamente em desacordo com a CF/88; processo de licitação para realização de obras públicas, p.ex. construção de escolas, unidades de saúde, etc); C) Atos de mera execução (Não contratar parentes; impedir o acesso de crianças e adolescentes a lixões e matadouros, etc.). O saudoso mestre administrativista já assinalava que administrar é aplicar a lei de ofício. Sem prejuízo de sua validade formal, essa assertiva, somente pode ser tida como válida na medida em que em primeiro lugar: Impossível se esperar uma sobreposição direta do texto regulatório (expresso em lei, regulamento ou na própria constituição) à realidade a ser normada (na idéia de um molde em papel manteiga que transmuda-se para uma outra folha de papel). Ao contrário de ser uma mera operação lógica e mecânica (no sentido a exigir tão somente elementos argumentativos e interpretativos dos signos jurídicos, no caso da ciência do direito), atualmente, diante do reconhecimento da força normativa dos princípios constitucionais, exige-se do operador do Direito a criação de normas concretas compatíveis à realidade social a qual será aplicada. Ao invés do tradicional corte epistemológico de descartar elementos sem a qualificação jurídica positivada (pelo texto regulatório), só considerando fato jurídico o previsto em lei (em sentido amplo, lato senso), contemplar fatores extra ou metajurídicos, além de enriquecer o discurso da legitimação da norma no seio social, contribui para uma visão de totalidade (as ações, mesmo pontuais, têm repercussão, em maior ou menor grau, no todo. A parte influencia o todo e vice-versa, numa via de mão dupla), a permitir a necessária compatibilidade entre a abstração do texto escrito (modelo jurídico) e o contexto de sua aplicação. O modelo jurídico ou standards, na preferência do direito norte-americano e a valo-

rização dos precedentes judiciais, serve de parâmetro, de norte, não de ideal inatingível ou sem eficácia social, meros programas de governo, mas com força normativa suficiente para atingir o mundo do ser, por intermédio de normas concretas adequadas e pautadas na razoabilidade e proporcionalidade, norma concreta esta plenamente possível de constar em TAC, por meio de acordo (transação, composição extrajudicial de conflitos coletivos, quando o Ministério Público, por autorização constitucional (art. 127 da CF/88) substitui o interessado direto (a pessoa humana), devendo possibilitar sua manifestação (individual ou mesmo coletiva, p.ex. por meio de associações -as chamadas Organizações Não-Governamentais), objetivando concretizar, otimizar, extrair o máximo de eficácia do texto expresso ou implícito (fruto da interpretação constitucional e sua especificidades e da própria e legítima interpretação do Supremo Tribunal Federal, a Corte Maior do Poder Judiciário brasileiro, na condição de guardião) da Constituição, especialmente seus princípios. Dentre eles, todo TAC a envolver direitos fundamentais deve prezar em respeitar o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, nos termos do art. 3 da CF/88.

Nesse diapasão, não podemos esquecer a natural distinção entre os graus de eficácia da norma jurídica. O que nos exige, relembrarmos com o Professor Carlos Augusto A. Machado a clássica idealização do constitucionalista José Afonso da Silva e sua classificação tricotômica em normas constitucionais de eficácia plena (de mera aplicação, de acordo com Ayres Britto e Celso Bastos), contida (complementável) e limitada ou reduzida (restringível, nas palavras da Prof. Maria Helena Diniz. Na linha de atuação extrajudicial do Ministério Público o problema levantado por Machado[9] permanece a essa esfera de intervenção: " Os diferentes graus de eficácia das normas constitucionais constituem uma realidade que não há como evitar. Torna-se necessário enfrentar o tema e buscar alternativas de viabilizar concretamente os comandos constitucionais." Para otimizarmos essa concretização de direitos , a lição do mestre português J.J.Canotilho espelha nossa preocupação em não trazer o TAC simples compromissos, programas gerais, meras exortações, sem um patamar maior de concretude, possibilitando, inclusive sua execução judicial (nas hipóteses de descumprimento, de inadimplento por parte do(s) compromissário(s). Essa construção da norma concreta é tarefa a ser

[9]ALCÂNTARA MACHADO, Carlos Augusto. **Mandado de Injunção: Um instrumento de Efetividade da Constituição**. Atlas, São Paulo, 1999, p.43.

buscada pelo compromitente(Ministério Público ou outro co-legitimado a celebrá-lo) , como meio de conferir o máximo de eficácia a direitos positivados em normas abstratas de alto grau de abstração, o que sói ocorrer com número significativo das normas constitucionais. Assevera o mestre lusitano em ser o sistema constitucional um sistema de regras e princípios, a conferir legitimidade ('os princípios consagram valores', liberdade , democracia, dignidade, fundamentadores da ordem jurídica), numa referência sociológica dos princípios" a valores, programas, funções e pessoas", a possibilitar a concretização, 'densificação' e ' realização prática' ("política, administrativa e judicial") das mensagens normativas da constituição, por intermédio de instrumentos processuais (p.ex. mandado de injunção, ação civil pública, etc.) e procedimentos adequados (o TAC, na esfera extrajudicial , fruto de um procedimento, o Inquérito Civil, por exemplo, instaurado pelo Ministério Público), ressaltando que a diferença entre regras e princípios , a conter normas jurídicas, é de grau, meramente gradual. Trabalhar a questão de efetivar direitos é ter como presente a advertência de Canotilho: " a constituição é formada por regras e princípios de diferente grau de concretização(diferente densidade semântica)[10]". A partir dessa constatação , tem-se que a concretização de alguns princípios decorre de sub-princípios que os 'desinficam' ;enfim há todo um processo que as partes celebrantes do TAC precisam reconhecer e percorrer, inclusive com o auxílio de outras normas positivadas (com o objetivo de garantia de continuidade e permanência de políticas públicas locais, por exemplo) com a finalidade última de ver-se concretizado e realizado o direito fundamental consagrado em norma constitucional. Adverte Canotilho que a Constituição vale como lei, sendo o direito constitucional direito positivo, com força normativa, a Constituição vista como norma capaz de regular juridicamente as relações da vida , dirigindo as condutas. Assim, se os princípios e regras constitucionais podem obter um maior grau de concretização(densidade) através de atos legislativos e jurisdicionais, sustentamos essa capacidade do TAC, mudando o que precisa ser mudado ("mutatis mutandis") em produzir esse mesmo efeito(de otimizar tal densificação da constituição principialista), na esfera extrajudicial , incluindo as normas definidoras de fins ou tarefas relacionados com os direitos fundamentais de cunho econômico, social e cultural. Nessa linha, não podemos esquecer a observação de Canotilho: " Os princípios não permitem opções livres aos órgãos ou agentes concretizadores da constituição; permitem, sim, projecções ou

[10]CANOTILHO, JJ.Gomes . **Direito Constitucional**, 6a.ed. Almedina, Coimbra, 1993,p.180.

irradiações normativas com um certo grau de discricionariedade(indeterminabilidade), mas sempre limitadas pela juridicidade(força normativa da Constituição, na expressão consagrada por K. Hesse) objectiva dos princípios". Nesse processo convergem várias instâncias, como anota Canotilho[11]:

" a) nível primário de concretização: os princípios gerais e especiais, bem como as normas da constituição que ' densificam' (complementam, preenchem o sentido da norma) outros princípios;

b) nível político-legislativo: a partir do texto constitucional , os órgãos legisferantes concretizam , através de 'decisões políticas' com densidade normativa - os actos legislativos-, os preceitos da constituição;

c) nível executivo e jurisdicional: com base no texto da norma constitucional e das subseqüentes concretizações desta a nível legislativo (também a nível regulamentar, estatutário), desenvolve-se o trabalho concretizador, de forma a obter uma norma de decisão solucionadora dos problemas concretos". A concretização via TAC deve contemplar a adequada adaptação das 3(três) hipóteses, geralmente a combinação da a) e c), excepcionalmente a b), tudo de acordo com a situação concreta trazida para o ajustamento da conduta.

4.O TAC e medidas de natureza inibitória.

O TAC também pode ser entendido como mecanismo de prevenção a afrontas aos direitos transindividuais, coletivos e difusos. Ao invés de esperar a manifestação da ilegalidade e o ajuste significar uma correção, uma adequação, uma medida posterior, de natureza 'curativa', hoje cada vez mais se exige a prevenção, o evitar a ocorrência de atos ilícitos e de danos, a exemplo contra o meio ambiente. A composição, a solução de conflitos extrajudicialmente da forma propiciada pelo TAC deve priorizar exatamente essa prevenção.

Foi o Professor paranaense Luiz Guilherme Marinoni um dos precursores da tutela inibitória. Em título homônimo de sua tese de doutorado pela Universidade Federal do Paraná, o processualista pátrio, asseverou: " trata-se da tutela preventiva, a única capaz de impedir que os direitos não patrimoniais sejam transformados em pecúnia, através de uma inconcebível expropriação d direitos fundamentais para a vida humana". Sustenta o autor ser a base normativa da tutela inibitória no Brasil, primeiro o art. 5°, XXXV (regra geral de acesso à justiça, com a

[11]Canotilho, JJ. Gomes. Direito Constitucional *et all.*

inafastabilidade da jurisdição diante de qualquer ameaça de lesão a direito) e a norma do art. 461 do CPC. Prevenir o ilícito independente da probabilidade de sua ocorrência esse o diferencial da tutela inibitória. Coibir a própria ocorrência do ilícito, sem vinculação à sua demonstração e real ocorrência, evitar a ilicitude, o objetivo dessa espécie de tutela. Na seara extrajudicial, o TAC demonstra-se apto ao exercício dessa defesa preventiva de direitos, prevenindo a eventual ocorrência de danos aos direitos da coletividade. Para otimizar a potencialidade do TAC na tutela preventiva de direitos, suas cláusulas, com essa finalidade, deverão contemplar as denominadas tutelas específicas, de forma certa e determinada, expressando liquidez do título(executivo extrajudicial que qualifica o TAC), evitando-se a patrimonialização dos direitos pela via indenizatória, em boa parte dos casos de rarefeita eficácia em face da irreversibilidade do dano, a exemplo contaminação de hemofílicos pelo vírus HIV por falha no sistema de fiscalização e controle sanitário das bolsas de sangue[12]. Daí exsurge a importância de priorizarmos a prevenção, inclusive na tutela extrajudicial dos direitos fundamentais pela via do TAC.

5. Ainda , a elaboração do TAC. Seu cumprimento. Anulação, desfazimento. A execução do título executivo extrajudicial.

O modelo jurídico (constitucional) é por natureza aberto, a permitir o acesso de conhecimentos extrajurídicos e não serve para uma pura sobreposição em molde a autorizar sejam cortados, descartados , tudo o que ultrapassar a intransponível moldura do texto legal, bem ao gosto do positivismo clássico do início do século XX. Em tempo de pós-positivismo, quando o ponto de partida de compreensão dos direitos postos são os princípios constitucionais, o alcance de quem precisa vivenciar esses direitos (p.ex. saúde, educação, meio ambiente sadio) e de quem trabalha para torná-lo uma realidade viva (além das folhas de papel, na figuração do mestre Ferdinad Lassalle) passa necessariamente pelo enfrentamento de considerar a base social (cultural, econômica, familiar, etc) e adequar o modelo jurídico (standards) a este contexto e não o contrário, a resolver o problema pela ótica do enquadramento, emoldurando uma realidade que hoje vive momentos de transformação contínua a exigir do operador do direito a atualização interpretativa dos modelos postos (juridicamente estabelecidos, p.ex. com a publicação de leis em sentido amplo). Esta tarefa, o STF e a doutrina constitucionalista,

[12]Exemplo da Prof. Geisa, obra citada, p. 126, citando Marinone e sua obra " Tutela Inibitória", São Paulo, RT,1998.

em relação a Constituição escrita, denominam de mutação constitucional. Não um mero capricho de querer mudar por mudar, mas ter a consciência crítica, que num determinado contexto histórico, impõe-se a mudança de paradigma(da forma de utilização dos modelos jurídicos), sob pena de impedir o acesso aos direitos fundamentais, escopo maior da própria referência (base legal) para o legítimo exercício desses direitos. O que ocorrerá por uma entrega adequada de prestações (obrigações certas (liquidas) e determinadas ou determináveis) estabelecidas, de forma extrajudicial, no TAC. Neste diapasão, fruto de uma inevitável ponderação, valoração (axiológica) entre os princípios constitucionais (em modelos abstratos de parâmetros para o exercício de direitos). É a situação ilustrativa de optar-se entre uma escola de ensino fundamental, uma creche ou um hospital para determinado território e em determinado momento. É, sem dúvida alguma, a ponderação motivada e racional(elucidar os fundamentos da boa escolha e sua adequação) a operação a ser seguida para evitar-se o imediatismo, partidarismo e clientelismo-assistencialista das ações relativas às políticas públicas (sociais) na marcha de efetivação dos direitos fundamentais.

Cabe ressaltar a hipótese, não menos real, de alegação pelo obrigado (especialmente ente público) da impossibilidade de cumprimento do TAC. por ocorrência de situações não previstas à época do acordado. Aqui, "mutatis mutandis", o que sói ocorrer em sede dos contratos administrativos e também na seara privatística, aplica-se, com "granus salis", a denominada teoria da imprevisão, nas situações estritamente excepcionais, de força maior, caso fortuito, de inevitável superação e conseqüente imprevisão. No particular, em face da natureza do TAC, inadmissível reconhecer a necessidade de revisão contratual por fato do príncipe ou fato administrativo provocado pelo próprio ente federativo acordante. Se decorrer de outro (Estado ou União) a depender da repercussão nos limites do Município acordante sustentável a alegação. Em tais situações abre-se a possibilidade de ampla revisão do TAC, em face da fiscalização e anuência do Ministério Público. O que não se aventa é a revisão e/ou alteração unilateral. O TAC não pode ser objeto de resilição, extinção por mútuo consentimento, pois seu objeto é de direito indisponível, em face da própria fundamentalidade erigida à categoria constitucional, a indicar sua irrenunciabilidade, por força dos princípios expressos e implícitos na Constituição Federal. As situações ora apresentadas, por sua vez, não se confundem com a necessária avaliação (monitoramento) da execução de políticas sociais (públicas). Reavaliar é uma

exigência do sucesso da própria política. Aqui não se trata de soluções de máxima exatidão; a sociedade é , por natureza, dinâmica e a própria tessitura social (o contexto histórico e sócio-cultural) irá influenciar diretamente no processo (práxis) dos resultados das políticas públicas. A sociedade não é um laboratório de química ou física nuclear. A crítica da prática , por falhas ou mesmo por simples inadequação ao contexto a que se destina, não implica no afastamento do acordado no TAC, em abandonar , por imprestável o programa inicial (sob o rótulo de política pública) e substituí-lo , imediatamente, por um outro (rótulo) e assim numa sucessão infinita de novas escolhas. Ao contrário é da reavaliação que equívocos são superados e a execução passa pela readequação, numa espécie de realinhamento e não de constante mudança de rota (sujeita ao arbítrio de um puro decisionismo, inclusive do próprio Ministério Público, desmotivado e à revelia dos princípios constitucionais). É nesse sentido que o Professor Juarez Freitas faz seguinte observação: " Imperativo, ainda, respeitar os efeitos constitutivos e apontar a superveniência dos fatos que determinam o eventual desfazimento de qualquer ato válido ou mudança qualitativa de avaliação". O que acontece na seara, em sede de execução da política pública . A norma concreta prevista no TAC, a contemplar esse exercício de discricionariedade, considera o dinamismo da realidade social e a necessidade de seu direcionamento em harmonia com o núcleo essencial dos direitos fundamentais. O Direito, enquanto ciência do dever-ser , não pode abrir mão dessa sua especificidade, não meramente formalista, de conferir segurança jurídica aos destinatários das relações jurídicas estabelecidas no seio da sociedade, pois perderia sua própria razão de ser do fenômeno jurídico direito: Constituir ordenamento , balizamento, hoje por meio da técnica da ponderação e cotejamento de princípios em modelo aberto, a permitir o influxo da própria realidade a ser regulada à luz de princípios constitucionais socialmente contextualizáveis. Precisamos estar atentos a estas distinções, pois uma simples alteração na forma de execução da política garantirá mais eficácia ao acordado no TAC, sem necessidade de seu aditamento ou seu puro descarte.

Cabe ressalta, ainda, que um TAC que objetive concretizar, garantir o máximo de eficácia social aos direitos fundamentais não pode querer abarcar todos os direitos elencados na própria Constituição. Diante do contexto histórico do país, é uma construção paulatina e gradual , apesar das urgências do cotidiano, a exigir intervenções mais céleres. Todavia, precipitações e açodamentos nessa área , longe de solucionar o

problema, poderão trazer muito mais frustração que a espectativa de respostas. Buscar otimizar ações (prestações) de forma razoável ainda é o caminho de quem inicia a construção de uma sociedade justa , igualitária e sem discriminação. O sábio ensinamento popular que a casa não se inicia na cumeeira (seu topo máximo) é emblemático para nos desafiar nesta intrigante e contagiante tarefa de ver pulular da letra constitucional um direito vivo a expressar-se, muitas vezes, em singelos e verdadeiros sorrisos de seres humanos sedentos de justiça. Na alegria da criança em perceber que vê o mundo por suas próprias lentes, ao aprender a ler. No olhar sincero do velho ao ver-se respeitado por sua experiência e sentir-se vivo para contribuir para aquilo que muitas vezes nos esquecemos na busca desenfreada pelo prazer: Saber viver e não simplesmente deixar-se viver, pois nesta perspectiva abrimos mão de um direito fundamental do ser humano: Ter a possibilidade de fazer suas próprias escolhas, reger seu destino. No final das contas, somos frutos de nossas decisões. Decidir-se pela efetivação dos direitos fundamentais , na compatibilização entre o possível e a universalização (ideal constitucional) é o desafio que nos constrange a reagir a uma realidade de exclusão que nos cerca. Nas palavras do Professor Juarez Freitas: " Agir, sim, mas só depois de pensar em termos de Constituição".

Em se tratando da correta e adequada implementação das políticas públicas, inerente a este proceder está umbilicalmente ligado à idéia de continuidade do serviço público a ser prestado (donde a associação com a terminologia 'direitos prestacionais' como sinônimos de direitos fundamentais. Nesse sentido Cláudio Chequer). Por sua vez, para se garantir a continuação das políticas, além fronteiras do campo transitório do mundo da governabilidade (afinal o poder, no Estado Democrático não é vitalício), mister se faz a consolidação do conceito de planejamento social. Idéia ainda incipiente no Brasil, o Prof. Juarez Freitas destaca sua importância , essencial para o sucesso e aprimoramento das tecnologias a serem empreendidas no desenvolvimento de ações (políticas), a partir das diretrizes constitucionais, em defesa da efetivação dos direitos fundamentais. Planejar para evitar-se cair no lugar comum de ações precipitadas, voltadas, tão somente, às urgências do imediato cotidiano e fadadas a curta duração, enquanto o exercício de direitos é uma continuidade da vida em sociedade e não pode merecer intervenções de curto prazo condicionadas a decisões voluntaristas de pouco e quase nenhuma fundamentação científica, a demandar análises, programação , planejamento e reavaliação, para otimizar as ações (políticas públicas). O que,

no cronograma de prazos elencados no TAC, é contemplado pelos acordantes e principalmente pela parte obrigada em cumprir(executar) as cláusulas ali acordadas.

6. O TAC e as relações particulares. A horizontalidade dos direitos fundamentais.

Oportuno assinalar a utilização do TAC para efetivar o exercício e respeito aos direitos fundamentais indisponíveis em relações de direito privado. Tese sustentada, com brilhantismo por Chequer, ao analisar o papel do Ministério Público na promoção dos direitos fundamentais, inclusive nas relações particulares. O que a doutrina vem denominando sob a rubrica de 'horizontalidade dos direitos fundamentais'. Por todos , as obras dos Prof. Ingo Wolfgang Sarlet e Luiz Roberto Barroso. Sem nenhum impedimento e isto já vem ocorrendo, principalmente na seara jus-laboralista , quando o Ministério Público, firma TAC para determinada empresa não elencar, dentre os requisitos de recrutamento de seus empregados, caracteres manifestamente discriminatórios, p.ex. cor da pele, sexo, idade, opção religiosa, etc. Ou mesmo garantir o adequado meio ambiente de trabalho por força de grande insalubridade ou periculosidade. De igual modo, possível a assinatura de TAC objetivando determinado hospital particular a garantir o atendimento no setor de pediatria , em face do aumento dessa demanda ou permitir a manutenção do paciente em internação(UTI ou CTI) além do prazo previsto no contrato firmado entre o paciente e seu plano de saúde particular. Ponderação entre o direito à vida, à saúde em conflito com uma prévia obrigação contratual a permitir a retirada incontinenti do usuário do plano de determinada unidade hospitalar. Atenção e observância ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, a orientar a busca de todos os demais direitos fundamentais erigidos à condição de norma pela Constituição e com suficiente força normativa a exigir sua concretização e eficácia social, na proclamação de Konrad Hesse sobre a força normativa da Constituição. Esta a servir de direção, a nortear as políticas públicas e os instrumentos de sua construção, a exemplo do TAC.

7. A colmatação extrajudicial da Constituição. O Termo de Ajustamento de Conduta e sua viabilidade na efetivação de direitos.

A título de contribuição à reflexão, proponho que o TAC , no âmbito extrajudicial, pode ter a mesma finalidade que apresenta o remédio constitucional , na seara jurisdicional, por intermédio do manejo do mandado de

injunção. Isto, aderindo-se à teoria concretista, hoje ganhando corpo e se afirmando, cada vez mais, dentro do próprio Supremo Tribunal Federal. A título esclarecimento sobre a matéria, precípua a lição do Prof. Carlos Augusto Alcântara Machado: "O mandado de injunção foi concebido para resolver um grave e secular problema de aplicabilidade das normas constitucionais, tradicionalmente conhecidas como não auto-aplicáveis ou de eficácia limitada"[13]. Em síntese, no caso da competência ser do STF (em razão do órgão ou pessoa responsável pelo suprimento da lacuna), com a teoria concretista, teríamos: "O Supremo Tribunal Federal, então, após ter fixado o prazo para elaboração da norma reclamada, decidiu que, caso não sobreviesse, passaria o requerente a gozar do direito pleiteado"[14]. A matéria já nos remete à questão da inconstitucionalidade por omissão. Sem entrar no mérito da discussão sobre o mandado de injunção e sua natureza jurídica, tarefa já desempenhada pelo Prof. Machado, a qual remeto o leitor, o que se aponta aqui é a potencialidade do TAC para fazer concretizar os direitos fundamentais. Uma potencialidade capaz de alterar, extrajudicialmente, o grau de eficacia da norma constitucional (em sua moldura formal e abstrata): 'de eficácia limitada para eficácia plena', nas palavras do Prof. Machado[15]. Na maioria dos casos aonde são firmados TAC's , relativos a direitos sociais e sua conformação por intermédio das políticas públicas, o problema inicial detectado é exatamente a ausência de ações, a omissão. Omissão a ser sanada exatamente pela via do TAC. Sob os mesmos fundamentos, a lição de Canotilho e Vital Moreira: " O princípio da constitucionalidade não diz respeito apenas às acções do Estado; abrange também as omissões e inações do Estado. A Constituição não é somente um conjunto de normas proibitivas e de normas de organização e competência (limite negativo da actividade do Estado): é também um conjunto de normas positivas que exigem do Estado e de seus órgãos uma actividade, uma acção- o que atualmente se fala em relação às políticas públicas - (limite positivo da actividade do Estado)"[16].

Suprir eventual lacuna do sistema constitucional, sob esse viés, de modo algum configura, como ocorre com o próprio mandado de injunção um desrespeito ao princípio da Separação dos Poderes (art. 2 e 60,§4°, III da Magna Carta) , nem uma pretensão do Ministério Público transmu-

[13]MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. Mandado de Injunção: **Instrumento de Efetividade da Constituição**. Atlas,São Paulo:1999, p.119.
[14]MACHADO. Obra citada, p. 110.
[15]MACHADO, Ob.cit. p. 110.
[16]MACHADO, Ob.cit. p. 125.

dar-se em legislador (ninguém assim considera o particular que firma contrato inominado, não tipificado em lei) ou administrador. Ao contrário, o que se busca é potencializar um instrumento capaz de garantir a efetivação da Constituição, sem a mediação judicial (pelo menos inicialmente; necessária em caso de descumprimento parcial ou integral do TAC em sede de execução de título executivo extrajudicial, uma das características do TAC), até mesmo em face de omissões, seja do Executivo ou mesmo do próprio Poder Legislativo, faltoso na sua missão constitucional precípua de garantir eficácia às suas normas. Esta postura encontra arrimo no princípio da hermenêutica constitucional de se buscar o máximo de efetividade às normas constitucionais, inclusive as de cunho programático ou dirigente, a abarcar a quase totalidade dos direitos sociais, a demandar políticas públicas para sua efetiva concretização. O princípio da máxima eficácia é assim ensinado por Canotilho: "O princípio da máxima efectividade. Este princípio, também designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efectiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (THOMA), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais)[17].

Aqui evidencia-se a opção teórica em compreender os direitos sociais (transindividuais) na sua dimensão de direito subjetivo público, com reflexos diretos à população, a ser assistida de forma ampliada, universalizada, na forma do art.5 da Carta de 88, com as restrições (eficácia restringível, a exemplo de pré-requisitos para o exercício de determinadas profissões estabelecidos em lei ordinária) nela já previstas.

Assim, o que se busca com a assinatura de um TAC é em última razão atender precisamente os direitos fundamentais previstos na Constituição à luz, com a orientação, o direcionamento, dos seus próprios princípios, expressos ou implícitos, a exemplo da razoabilidade e proporcionalidade.

[17]CANOTILHO, J.J.Gomes. **Direito Constitucional**.Almedina.Coimbra.1993, p.227.

Conclusão

A Constituição de 1988, além de prever e indicar o que deve ser feito (qual a política pública a ser implementada, a universalização dos serviços de saúde(SUS-Sistema Único de Saúde), prevê também o como fazer (como a política pública deve ser implementada; no caso da saúde, com a descentralização, municipalização da denominada atenção básica). Assim, ao se falar em políticas públicas relativas a direitos fundamentais não se pode pensar em políticas, enquanto puras tomadas de decisão, de escolhas (mesmo motivadas) por parte dos gestores públicos, enfim uma mera decisão de poder político, na clássica visão da Ciência Política. No que concerne aos direitos fundamentais , estabelecidos e postos na Constituição, por força da sua própria normatividade, as obrigações ali elencadas apresentam natureza vinculante (especialmente nos aspectos da legalidade, visto na dimensão da constitucionalidade e da finalidade, atingir o bem comum, o interesse de toda a sociedade brasileira). Política pública enquanto ação, em sentido lado e juridicamente falando em obrigações de fazer. Na precisa expressão do Prof. Carlos Ayres de Britto: "É por isso que os Diplomas Fundamentais contemporâneos contém cada vez mais as chamadas normas programáticas, destinadas a paramentar os empíricos programas de governo, a concreta política social e econômica do Estado ("políticas públicas", no jargão midiático e na Ciência da Administração), independente da ideologia professada pela facção partidária que se encontra no Poder. Por elas, normas programáticas, as grandes linhas de ação governamental já ficam previamente esboçadas, à guisa de metas oficiais a alcançar, cabendo a legislação ordinária, quase que tão-somente, a escolha dos respectivos meios. Ou a colocação de ênfase nesse ou naquele meio já imposto pela própria Constituição."[18]. Logo diante da força normativa da Lei Maior (CONRAD HESSE) , em sentido material, as denominadas políticas públicas devem, por vinculação à norma constitucional, contemplar as aludidas normas-programa mencionadas por Ayres Britto, sob pena de manifesta inconstitucionalidade das ações governamentais. Nesse diapasão, o TAC apresenta-se, sem dúvida alguma, como uma importante ferramenta no processo de concretização da norma constitucional posta e perante uma realidade social ainda marcada pela desigualdade. Muito além de apenas servir de mecanismo de correção e adequação, diante de uma ilegalidade já praticada e evidenciada, o TAC pode servir também, e nesse aspecto demonstra toda a sua potencialidade, para a promoção, a efetivação dos direitos fundamentais,

[18]BRITTO, Carlos Ayres. Teoria da Constituição. Ed. Forense, Rio de Janeiro,2003,p.196.

garantindo o máximo de eficácia no seu exercício, sob a orientação dos princípios constitucionais, especialmente o da proporcionalidade, considerando que a omissão da Administração Pública termina por configurar os piores tipos de ilegalidade diante das conseqüências, às vezes irreversíveis, de condutas omissivas, a exemplo de óbitos indesejáveis por conta de falta de equipamentos em hospitais públicos.

Lançar o olhar para o futuro dos direitos fundamentais, objetivando uma maior e efetiva promoção, é o desafio do Ministério Público ao firmar Termos de Ajustamento de Conduta- TAC's. Com a participação direta da sociedade, em exercício pleno da democracia, o TAC agrega novos saberes e orienta o Poder Público, em todas as suas esferas da federação brasileira (Estados, Municípios, União e Distrito Federal) a concretizar e garantir a efetivação de direitos essenciais para a vida, nos moldes da Lei Maior, por isso ditos fundamentais, imprescritíveis, indisponíveis e imprescindíveis ao desenvolvimento sustentável de toda a população, na forma do art.5°, incisos I e II da Constituição Federal de 1988, batizada de ' cidadã', a demandar sua efetiva concretização.

A CUMULATIVIDADE DE RESPONSABILIDADES POR ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA EM FUNÇÃO DA DISTINÇÃO DE SUAS NATUREZAS JURÍDICAS*

Bruno Oliveira Falcão**

1. Introdução

Com o intuito de dar maior vigor ao combate à corrupção, foi criado o regime de responsabilização dos agentes públicos por atos de improbidade administrativa contido no art. 37, § 4°, da Constituição Federal de 1988. Ocorre que, indo na contramão do espírito que orientou a ordem constitucional vigente, o Supremo Tribunal Federal decidiu na Reclamação n° 2.138 pela inaplicabilidade do referido regime aos agentes políticos, considerando que esses apenas poderiam responder pelos crimes de responsabilidade, previstos na Lei n° 1.079, de 10 de abril de 1950.

Contudo, a eliminação de um regime de responsabilização deveria ser medida extrema, aplicada apenas quando houvesse absoluta incompatibilidade sistêmica. A cumulação de responsabilidades referentes a uma mesma conduta é viável desde que haja diferenciação entre as naturezas jurídicas dos regimes aplicados, trata-se de postulado básico de nosso direito.

2. Da necessidade de determinação das naturezas jurídicas dos regimes de responsabilização por atos de improbidade administrativa

A Constituição Federal de 1988 elegeu a moralidade como um dos princípios basilares da Administração Pública, atribuindo-lhe significado que transcende a mera legalidade e impõe a observância do interesse público em qualquer ato, seja discricionário ou vinculado. Nos dizeres de Wallace Paiva Martins Júnior (2002, p. 31), a moralidade administrativa "tem relevo singular e é o mais importante desses princípios, porque é pressuposto informativo dos demais (...), muito embora devam coexistir no ato administrativo".

Determinando o alcance do princípio, Maurício Antônio Ribeiro Lopes (1993, p. 82) explica que "no atuar, o agente público deve medir atenção ao elemento moral de sua conduta e aos fins colimados, porque

*Menção Honrosa no Concurso Melhor Arrazoado Jurídico 2009 – Categoria Servidor.

**Analista do Ministério Público exercendo a função de Assessor de Procurador de Justiça.

a moralidade afina-se com o conceito de interesse público não por vontade da norma constitucional, mas por constituir pressuposto intrínseco de validade do ato administrativo".

Nesse contexto é que José dos Santos Carvalho Filho (2006, p. 870) define o ato de improbidade administrativa como sendo a concretização da ofensa ao princípio da moralidade administrativa: "Decorre, pois, que, diante do direito positivo, o agente ímprobo sempre se qualificará como violador do princípio da moralidade". Portanto, ímproba é a conduta que não elege como fim o interesse público.

Com efeito, tão importante quanto o reconhecimento dos princípios norteadores da Administração Pública e a expressa tutela constitucional da probidade administrativa é a criação de mecanismos jurídicos hábeis a proteger esses valores. Quanto à relação entre defesa da moralidade administrativa e responsabilização do agente ímprobo, Alexandre de Moraes (2002, p. 101) anota que "a Constituição Federal, ao consagrar o princípio da moralidade administrativa como vetor da atuação da Administração Pública, igualmente consagrou a necessidade de proteção à moralidade e responsabilização do administrador público amoral ou imoral".

No entanto, anteriormente à promulgação da Constituição Federal de 1988, a responsabilização dos administradores por atos de improbidade administrativa se dava tão somente enquanto modalidade de crime de responsabilidade, cuja disciplina constava da Lei n° 1.079/1950.

O regime de crimes de responsabilidade foi aplicado pelas instâncias judiciárias com exclusividade até que, quarenta e dois anos depois, em decorrência da previsão do art. 37, § 4°, da Constituição Federal e dentro do ideal republicano que moveu sua elaboração, foi aprovada a Lei n° 8.429/1992 que instituía regime de responsabilização específico para o cometimento de atos de improbidade administrativa.

Uma vez criado o novo regime de responsabilização, surgiu a dúvida quanto à situação específica dos agentes políticos que já tinham suas atividades controladas por regime diverso de responsabilização e, ao mesmo tempo, pareciam englobados na ampla definição de agente público existente no art. 2° da Lei n° 8.429/1992. Agentes políticos, cumpre dizer, compreendidos no conceito clássico de Celso Antônio Bandeira de Mello (1995, p. 135) como "(...) os titulares dos cargos estruturais à organização política do país, isto é, são os ocupantes dos cargos que compõem o arcabouço constitucional do Estado e, portanto, o esquema fundamental do poder. Sua função é a de formadores da vontade superior do Estado".

A incerteza perdurou até que, defrontado com a questão, o Supremo Tribunal Federal julgou a Reclamação n° 2.138, em 13 de junho de 2007, entendendo, por maioria de seis contra cinco Ministros, pela impossibilidade de responsabilização dos agentes políticos por meio do regime comum a todos os agentes públicos instituído pelo artigo 37, § 4°, da Constituição Federal e disciplinado pela Lei de Improbidade Administrativa, uma vez que seria aplicável exclusivamente o regime de crimes de responsabilidade da Lei n° 1.079/1950, que disciplina o disposto no artigo 85, parágrafo único, da Carta Magna.

É importante deixar claro que o Supremo Tribunal Federal não debateu diretamente a possibilidade de cumulação de regimes de responsabilização, mas sim a possibilidade de um Ministro de Estado ser julgado por ato de improbidade perante o juízo de primeira instância, o que veio a exercer influência determinante sobre o resultado, uma vez que o entrave jurídico cingiu-se a esse ponto, abstendo-se de aprofundar-se nos demais aspectos pertinentes ao tema.

A competência para julgar agentes políticos atuantes na esfera federal é reflexo e conseqüência da possibilidade ou não de cumulação de regimes de responsabilização. A questão de fundo aqui desenhada é a compatibilidade entre regimes jurídicos diversos, sendo questão prejudicial a todas as demais. Assim é que, embora não fosse essa a dúvida imediata que se lançou perante o Pretório Excelso, a referida questão de fundo deveria ter sido amplamente debatida e claramente resolvida.

Ademais, não é exagero dizer que ao decidir com base nos próprios fundamentos de validade dos sistemas de responsabilização, os julgadores estariam entregando prestação jurisdicional muito mais afinada com a Carta Magna e o próprio Estado Democrático de Direito. Afinal, ao perquirir a validade dos referidos regimes legais face ao caso concreto, estar-se-ia emitindo parecer acerca de sua necessidade e adequação perante a ordem constitucional posta, tendo por conseqüência legitimá-los ou não. Esclareça-se, legitimação aqui compreendida através da ótica exposta por José Joaquim Gomes Canotilho (1995, p. 111) ao reportar-se à validade das constituições:

> "A validade de uma constituição pressupõe a sua conformidade necessária e substancial com os interesses, aspirações e valores de um determinado povo em determinado momento histórico. Desta forma, a constituição não representa uma simples positivação do poder; é também uma positivação de "valores jurídicos". O critério da legitimidade do poder constituinte não é a mera posse

> do poder, mas a concordância ou conformidade do acto constituinte com as "ideias de justiça" radicadas na comunidade."

Assim, é oportuno esmiuçar os fundamentos jurídicos que permitiriam ou vedariam a existência simultânea de dois regimes de responsabilização aplicáveis a uma mesma categoria de cidadãos, vez que ambos possuem respaldo constitucional e, conseqüentemente, não podem ser suprimidos sem razão que se sobreponha à legitimidade de que gozam.

Do ponto de vista do direito positivo, a resposta é facilmente encontrável dentro do próprio ordenamento, situações análogas ao aparente conflito aqui estudado não são raras, tome-se por exemplo o que dispõe o artigo 935 do Código Civil[1] ou, ainda, a previsão do próprio artigo 37, § 4°, da Constituição Federal[2], dispositivo que dá origem ao regime de responsabilização proposto pela Lei n° 8.429/1992, de que não haverá prejuízo da ação penal cabível. O direito brasileiro aponta, portanto, para a distinção de naturezas jurídicas como critério capaz de viabilizar a independência entre as diferentes instâncias de responsabilização.

Não se trata de critério aleatório, a natureza jurídica de um instituto guarda relação direta com sua origem e seu objetivo. Institutos jurídicos diferentes possuem distintas razões de ser e suas respectivas naturezas estão diretamente ligadas a essa justificativa primária. Deve-se partir do pressuposto de que, no âmbito de uma democracia representativa, as leis não são formadas por capricho do legislador, mas sempre tendo por fim último atender ao interesse público. Na criação de um regime legal está embutida uma demanda da sociedade. A distinção de naturezas jurídicas como critério que viabiliza a cumulação de regimes legais é decorrente, pois, da demanda pela tutela de bens jurídicos diversos.

Ressalte-se que não se trata de conflito aparente de normas, tendo em vista que, para que se estabeleça um conflito é necessário que haja duas ou mais leis, em sentido lato, inseridas num mesmo ordenamento jurídico e com o mesmo âmbito de validade, em seus quatro aspectos, temporal, espacial, pessoal e material (BOBBIO, 1996). Não está inserida nesse critério a possibilidade de responsabilização civil, penal e administrativa por um mesmo fato, hipótese aceita pelo ordenamento jurídico pátrio, o que faz pressupor que apenas restaria configurado o conflito no

[1] Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

[2] Art. 37. (...)

§4°. Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

caso concreto se ambos regimes legais fossem de naturezas equivalentes.

Desse modo, caso haja nesse caso particular um conflito aparente de normas, não há solução possível a não ser eliminar a aplicação de um dos regimes. Por outro lado, em sendo constatada a distinção de naturezas jurídicas, extirpa-se eventual conflito, e abre-se caminho para a análise da conveniência da cumulação de regimes legais, uma vez que sua possibilidade restaria testificada.

3. Da natureza política do regime de crimes de responsabilidade

O regime de responsabilização compreendido na Lei n° 1.079/1950, em que pesem sua roupagem de norma positivada e a especificidade das condutas que prevê, é produto da evolução por que passou o instituto do impeachment no constitucionalismo brasileiro. O impeachment deve ser entendido enquanto o primeiro instituto de responsabilização de agentes públicos adotado pelo Estado como o compreendemos modernamente.

O impeachment surge na Inglaterra como instrumento de defesa dos interesses da nação contra os interesses particulares que preponderavam num ambiente de impunidade. Assim, se os ingleses não podiam responsabilizar o rei por seus desmandos, passaram a responsabilizar os súditos da Coroa, impondo sanções de naturezas variadas e de rigor extremo, culminando inclusive na pena capital. Com o passar do tempo, tendo se consolidado o governo parlamentarista, os abusos na Administração foram contidos, eliminando a necessidade de sanções tão severas na defesa do interesse público. O impeachment foi substituído pela moção de censura, instituto que agia exclusivamente na esfera política, buscando preservar a representatividade dos detentores do poder.

Os Estados Unidos da América, com a conquista de sua independência e a promulgação de sua Constituição, emularam o instituto inglês em sua forma final, já despojado da natureza criminal que um dia possuíra e direcionado exclusivamente ao interesse político que poderia haver na preservação ou não de determinado agente no exercício de função pública.

Importa notar, todavia, que o impeachment inglês não possuía natureza criminal em razão da qualidade das sanções que possibilitava, muito menos é o americano de essência política porque restringiu os efeitos da condenação ao cargo, não sé pode tomar a conseqüência por causa. Considera-se o instituto britânico como sendo de natureza penal porque, em sua origem, exigia a previsão legal da conduta reprovada

assim como a prévia cominação legal. Posteriormente, quando passou a admitir a condenação por atos não previstos em lei, a sua natureza tornou-se híbrida, com uma crescente influência do aspecto político. Acabou sendo esse o estado final da responsabilização inglesa, de tão político que se tornava o impeachment, foi suplantado pela moção de censura que não guardava qualquer resquício penal.

Já no caso americano, a natureza política evidencia-se por um regime concebido com o fim de garantir que o Estado não tenha em seus quadros pessoa que não esteja à altura da função que exerce. Pautando-se nessa idéia, foi desenvolvido um regime em que a apreciação da responsabilidade é feita segundo critérios de conveniência política e, conseqüentemente, as sanções cominadas não extrapolam essa esfera.

Foi inspirando-se nos modelos inglês e norte-americano que se desenvolveram as instituições nacionais. Em decorrência, as características que permitem a definição da natureza jurídica das instituições estrangeiras vão se replicar em nosso ordenamento, com a ressalva de que determinados elementos foram aqui acrescidos sem prejuízo da essência do instituto que se preserva a mesma.

Marcadamente influenciado pelo direito inglês, o impeachment brasileiro à época do Império era de natureza claramente criminal, exigindo prévia determinação de condutas puníveis e cominação de penas. O objetivo colimado pela norma diferia da simples garantia de que os cargos públicos fossem ocupados da melhor forma possível, o que se almejava era a punição como conseqüência da conduta reprovável, assim como no direito penal. Não custa lembrar que, quando do advento da Carta Imperial, o impeachment já havia caído em desuso entre os britânicos. Resta especular acerca dos motivos de ter sido inserido no ordenamento jurídico brasileiro instituição completamente anacrônica que era a responsabilização criminal por atos de interesse político. O nosso ordenamento foi construído sobre uma matriz Romano-Germânica, mais afeito à positivação das normas, portanto, enquanto tanto os ingleses quanto os americanos governam-se pela Common Law, razão pela qual estão certamente mais habituados a regimes mais abertos. Assim, embora desejassem responsabilizar os altos auxiliares da Coroa, os legisladores brasileiros preferiram fazê-lo em termos mais próximos ao nosso direito.

Nesse sentido é que se compreende a codificação das condutas puníveis em um único diploma como inovação trazida pelo legislador imperial em relação aos institutos inglês e americano. É costume criado

nos idos do Império e que sobreviveu à proclamação da República, quando o impeachment brasileiro passou a ser de inspiração norte-americana, arrastando-se até os dias atuais.

Atente-se aqui para os problemas surgidos da criação legislativa brasileira que consistiu em importar regime de responsabilização estrangeiro adicionando elementos que lhe são estranhos. A manutenção da tradição codificadora com a edição da Lei n°30/1892, e posteriormente a Lei n° 1.079/1950, em que há previsão legal estanque das condutas que podem culminar na perda do cargo político, a princípio, poderia apontar para a existência de natureza penal no regime de responsabilização republicano. Seria, contudo, um engano. As duas normas pertinentes à matéria positivadas sob a égide da República, guardam em comum a característica de que estabelecem condutas genéricas que apenas reafirmam o dever das autoridades pautarem suas condutas pelos princípios insertos no texto constitucional. Não poderia ser diferente, posto que se trata de julgamento político e como tal exige-se a defesa do interesse público nas mais variadas situações fáticas possíveis. O que, na lição de Brossard (1992, p. 55), traduz-se da seguinte forma:

> Não é preciso grande esforço exegético para verificar que, na amplitude da norma legal – "proceder de modo incompatível com a dignidade, a honra e o decoro do cargo" –, cujos confins são entregues à discrição da maioria absoluta da Câmara e de dois terços do Senado, cabem todas as faltas possíveis, ainda que não tenham, nem remotamente, feição criminal.

Há ainda outros aspectos de nossa tradição jurídica que servem para desviar o foco que deve ser dado aos institutos. Observe-se o fato de que no impeachment republicano o julgamento que se processa perante o Senado é o do Presidente da República, as demais autoridades apenas se submeterão à casa legislativa se seus atos forem conexos aos do chefe do Poder Executivo, caso contrário, serão processadas pelo Supremo Tribunal Federal. A princípio, pode causar estranheza que um julgamento político se processe perante um órgão judiciário, visto que os critérios de conveniência política necessários a essa modalidade de julgamento são estranhos aos magistrados e próximos dos parlamentares. Acontece que a Corte Suprema, ao exercer sua jurisdição constitucional, trabalha com valores e princípios intimamente ligados à fundamentação política do Estado. É nesse sentido que Eduardo Fortunato Bim (2007, p. 215) afirma:

> Ser julgado pelo Supremo Tribunal Federal não necessariamente transforma a natureza de uma sanção punitiva em criminal. O Supremo também é um órgão político por excelência. Sua competência para julgar crimes de responsabilidade é um desdobramento do julgamento dos crimes de responsabilidade praticados pelo Presidente da República e dos Ministros, quando em conexão com ele; logo, ela é política e não jurisdicional. Logo, essa jurisdição é política, embora praticada por órgão usualmente visto como apenas jurisdicional.

Em suma, tratou-se de uma opção legislativa que em nada altera a essência do regime. Resta assim reforçada a idéia de que a definição de competência para julgamento, assim como a cominação de sanções, são apenas conseqüências daquilo que se busca atingir por meio de determinado instrumento jurídico, isso sim valor determinante na definição de sua natureza jurídica.

Atentos à importância do objetivo almejado pelo legislador quando da produção da norma, Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2006, p. 462) afirmam a natureza política do impeachment, independentemente da corte perante a qual o processo é julgado:

> O impeachment, desde a sua gênese, é tratado como um instituto de natureza político constitucional que busca afastar o agente político de um cargo público que demonstrou não ter aptidão para ocupar. Os crimes de responsabilidade, do mesmo modo, consubstanciam infrações políticas, sujeitando o agente a um julgamento de igual natureza. Nesse sentido, aliás, dispunha a Exposição de Motivos que acompanhava a Lei nº 1.079/50, ao tratar do iter a ser seguido na persecução dos crimes de responsabilidade, que "ao conjunto de providências e medidas que o constituem, dá-se o nome de processo, porque este é o termo genérico com que se designam os atos de acusação, defesa e julgamento, mas é, em última análise, um processo sui generis, que não se confunde e se não pode confundir com o processo judiciário, porque promana de outros fundamentos e visa outros fins".

Expressão maior da singularidade do impeachment brasileiro é a imprópria denominação de "crimes de responsabilidade" para as condutas que ensejam a apuração da responsabilidade do Presidente da República. Em verdade, o que se convencionou chamar de regime de crimes de

responsabilidade, nada mais é que a norma infra-constitucional elaborada com o objetivo de condensar em um único diploma as causas que motivam um impeachment. Assim é possível afirmar que não se trata de um instituto jurídico, mas apenas de um rol exemplificativo acessório do processo de impeachment.

É curioso observar a origem da expressão que, conforme relato de Paulo Brossard (1992, p. 66-67), se deu da seguinte forma:

> Destarte, o Código Criminal do Império (Lei de 16-12-1830) reportando-se aos delitos definidos pela Lei de 15 de outubro de 1827, prescreveu que ele não compreendia "os crimes de responsabilidade dos Ministros e Conselheiros de Estado, os quais serão punidos com as penas estabelecidas na lei respectiva".
> Evidentemente, o Código aludia aos crimes imputáveis aos Ministros e Conselheiros de Estado, como tais, e que geram a responsabilidade deles. Contudo, as palavras se ligaram na locução "crimes de responsabilidade", que o uso cunhou, e cuja propriedade, posta em relevo por Tobias Barreto, não impediu lograsse boa fortuna e consagração oficial.

Aquilo que surgiu de um reiterado erro na interpretação do vernáculo, transpôs as fronteiras das letras e gerou conseqüências ao estudo jurídico da matéria. Desse modo é que, por equívoco, passou-se a questionar acerca da possibilidade de cumulação das responsabilizações oriundas do regime de crimes de responsabilidade com os crimes funcionais propriamente ditos.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal havia sedimentado sua jurisprudência no sentido de que a denominação é imprópria e o regime representado pela Lei nº 30/1892 e, posteriormente, pela Lei nº 1.079/1950 trata de responsabilidade política, por todos, Acórdão nº 3.018 de 1911 (Diário Oficial da União, de 30 de abril de 1911, p. 3223). A tradição interpretativa manteve-se ao longo de quase todo século XX, com a exceção do julgamento do Habeas Corpus nº 4.116 de 1916 (Revista do Supremo Tribunal Federal, v. 19, p. 7). Já nas décadas finais do século passado, passou a Corte Suprema a reconhecer natureza penal no regime de crimes de responsabilidade e, por conseqüência, entender pela competência exclusiva da União para legislar sobre a matéria. Fruto da nova tendência é a edição da Súmula nº 722 (Diário da Justiça, de 09 de dezembro de 2003, p. 1) em que se lê "São da competência legislativa da União a definição dos crimes de responsabilidade e o estabelecimento das respectivas normas de processo e julgamento".

Apesar da maneira confusa com que a matéria tem sido tratada tanto pelos legisladores quanto pelos intérpretes, percebe-se que a estranheza causada pelo impeachment brasileiro é fruto de inovações que alteram apenas sua aparência, jamais o seu conteúdo, que se preserva igual ao dos modelos que nos inspirou. O impeachment à época do Império era criminal assim como o inglês. Na República, adotamos como inspiração o instituto norte-americano, conseqüentemente, assumindo sua feição política. Em face de toda a argumentação despendida, ganha força a conclusão de Brossard (1992, p. 75):

> Entre nós, porém, como no direito norte-americano e argentino, o impeachment tem feição política, não se origina senão de causas políticas, objetiva resultados políticos, é instaurado sob considerações de ordem política e julgado segundo critérios políticos – julgamento que não exclui, antes supõe, é óbvio, a adoção de critérios jurídicos. Isto ocorre mesmo quando o fato que o motive possua iniludível colorido penal e possa, a seu tempo, sujeitar a autoridade por ele responsável a sanções criminais, estas, porém, aplicáveis exclusivamente pelo Poder Judiciário.

Assim, em que pese a ausência de apuro técnico com que os legisladores brasileiros trataram a matéria, criando especificidades nacionais que, antes de transformar-se em instrumentos de concretização da responsabilização dos agentes políticos constituíram óbices à compreensão do instituto, é inequívoco que o impeachment brasileiro, impropriamente denominado regime de crimes de responsabilidade, é de natureza política.

4. Da natureza administrativa lato sensu do regime contido na Lei de Improbidade Administrativa

Diante do estado de gravidade da corrupção da Administração Pública brasileira, o constituinte de 1988 criou a disciplina do art. 37, § 4°, consubstanciada infraconstitucionalmente na Lei n° 8.429/1992.

A infinidade de condutas possíveis na realidade fática tornou necessária a existência de norma abrangente, não apenas quanto aos sujeitos ativos e passivos dos atos de improbidade, mas também no que diz respeito aos atos em si. Quanto às sanções, cabe destacar que a própria letra da lei determina que as cominações ali previstas são aplicáveis "independentemente das sanções penais, civis e administrativas". O que nos remete à questão: qual seria, então, a natureza das sanções contidas na Lei de Improbidade Administrativa? Ou, indo além, qual a natureza jurídica do regime de responsabilização ali contido?

Não se pode responder ao questionamento levantado tomando um único aspecto da norma como determinante, mas sim através de sua análise integral, de onde se poderá extrair o sentido que norteia o regime e, por via de conseqüência, sua natureza jurídica. A ressalva é necessária visto que, comumente, confundem-se causa e conseqüência, estabelecendo-se a natureza jurídica de regimes inteiros pela análise exclusiva de suas sanções. Eduardo Fortunato Bim (2007, p. 223) dá especial destaque à questão quando diz que "para corroborar a natureza jurídica civil da improbidade administrativa é importante dissipar o preconceito de se conceituar a natureza do processo exclusivamente pela sanção".

Avançando para a análise das diferentes hipóteses de classificação do regime prescrito na Lei de Improbidade Administrativa, Eduardo Bim se posiciona pela definição da natureza da responsabilização como sendo civil, o que faz escudado no argumento de que o objetivo da norma é a defesa do patrimônio público, material ou imaterial. O parágrafo ora citado condensa os argumentos despendidos (Idem, p. 223):

> O seu caráter constitucional mais relevante ou preponderante é o ressarcitório. Essa é a razão pela qual existe um dispositivo somente para preceituar que o ressarcimento do dano nunca prescreve (CF, art. 37, § 5°). Pela leitura constitucional sistemática, não há como se negar que a sua natureza é predominantemente civil. Sua prioridade é proteger o Erário, evitando a cultura do patrimonialismo. Indo além daquele viés meramente administrativo (...), marcando sua natureza civil, aplica-se a LIA, no que couber, ao particular que "induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta" (art. 3°).

Embora fale de natureza apenas "predominantemente civil", o autor está, em verdade, fazendo uma defesa da classificação do instituto como pertencente à área cível no sentido estrito, fundando-se naquilo que é a característica primordial desse ramo jurídico, a tutela do patrimônio. Desenvolvendo raciocínio similar, José Armando da Costa (2002, p. 24) define que "o ato de improbidade civil é aquele que (...) obriga o responsável, agente público ou terceiro, a ressarcir o dano".

Seguindo essa linha de pensamento, o caráter público do regime, com suas conseqüentes especificidades, resta relegado a segundo plano. Não é possível concordar com a tese. O surgimento do regime de responsabilização inserto na Lei de Improbidade Administrativa está atre-

lado à necessidade até então existente de preencher um vácuo no controle da Administração Pública brasileira. Controle esse que, embora tenha reflexos patrimoniais, não se limita aos bens públicos, materiais ou imateriais. O principal bem tutelado pelo regime é, em verdade, a moralidade administrativa.

Ademais, deve-se dizer, o ressarcimento do prejuízo causado está longe de ser a nota mais marcante do regime. Por óbvio, somente surgirá o dever de ressarcir quando houver dano. No caso dos atos de improbidade que ofendem os princípios da Administração não necessariamente haverá prejuízo a reparar, o mesmo é válido quando se está tratando dos casos de enriquecimento ilícito, basta pensar no recebimento indevido de presente pelo agente público (art. 9°, I, da Lei n° 8.429/1992), fato que, embora macule a moralidade administrativa, não necessariamente afeta o patrimônio público.

Sintetizando a corrente doutrinária majoritária, segundo a qual o regime contido na Lei de Improbidade Administrativa possui natureza civil, porém, no sentido de extrapenal, Margarete Martinez Sacristan (Apud NEIVA, 2006, p. 21):

> Se a conduta for prevista em um tipo penal do Código Penal ou de lei extravagante, será tido como delito, devendo o agente, se condenado, sofrer as correspondentes sanções penais. Caso contrário, o ilícito será civil e as sanções aplicáveis serão as civis e as políticas previstas no dispositivo constitucional: a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstos em lei. Se a conduta além de caracterizar ilícito civil, estiver tipificada por norma penal incriminadora, serão aplicadas cumulativamente as sanções penais e civis.

A natureza das ações, em geral, costuma ser dividida entre civil e penal, pura e simplesmente, sendo essa a divisão clássica da competência no Poder Judiciário brasileiro. É o que ensina Carlos Roberto Gonçalves (2007, p. 309):

> É, pois, a natureza da lide por dirimir e não a diversidade funcional que se leva em conta para se distinguir a jurisdição civil da penal. A diversidade de matérias sobre as quais se pode exercer a atividade jurisdicional e certas necessidades sentidas pelo Estado de atribuir a órgãos especializados o processo e julgamento de determinadas causas levaram-no a repartir a jurisdição.

Ocorre que, considerando o bem delimitado campo de atuação do direito penal e diante da ausência de alternativas, passou-se a classificar todas as demais matérias judiciais como civis, assim, a divisão que atende perfeitamente às necessidades processuais e de organização judiciária, no que se refere ao direito material, está longe de refletir a complexidade com que se ramifica o direito, contribuindo para confundir e gerar interpretações de pouca precisão técnica.

Se a delimitação da natureza jurídica deveria partir do regime a que as ações se referem, acaba-se por inverter a ordem da relação de causalidade, tomando a natureza da disciplina material pela natureza da disciplina processual. Em verdade, o fato de que determinada área de interesse do direito material tem sua tutela judicial sujeita à disciplina processual civil, não atribui automaticamente essa natureza à matéria. No entanto, por falta de alternativa mais precisa, essa relação tem sido feita, jogando-se uma variedade de matérias distintas na vala comum do civil no sentido lato.

Referindo-se ao dualismo entre matérias civis e penais no que é pertinente à disciplina processual, Arruda Alvim (2006, p. 22) esclarece o funcionamento do método da definição por exclusão, deixando claro que o resultado obtido apenas pode ser considerado civil no sentido amplo:

> Lide civil será a lide não penal, nesse primeiro sentido. Havendo dúvida sobre a natureza da lide, de início, devemos verificar se não é ela de natureza penal. Se não for penal e não estiver inserida dentre as da jurisdição especial, será civil. (...) Assim, se chegarmos à conclusão de que não serão aplicadas, por meio do processo, normas materialmente penais, concluiremos por exclusão, que estamos diante de uma lide civil, entendida esta expressão lato sensu.

Destaque-se a exclusão das matérias pertinentes à jurisdição especial do dualismo criado entre as classificações civil e penal. Não se cogita dizer que o regime da Consolidação das Leis do Trabalho é de natureza civil, vez que claramente não é penal, assim como, não é possível atribuir natureza civil ou penal à matéria eleitoral. Classificar a matéria trabalhista enquanto trabalhista e a matéria eleitoral enquanto eleitoral é, naturalmente, mais adequado. O reconhecimento da independência dessas matérias específicas vem a reboque do destacamento da competência para processá-las da Justiça Comum, o que apenas confirma o hábito de se atribuir à matéria a natureza do processo que a conduz judicialmen-

te. Hábito, diga-se, que induz ao erro, visto que há muito maior diversidade de ramos de interesse no direito material que no direito processual.

Portanto, questiona-se: diante da especificidade com que o regime de responsabilização inserto na Lei de Improbidade Administrativa direciona-se à tutela do bem jurídico moralidade administrativa e da alta relevância do bem tutelado, não seria o caso de reconhecer a autonomia de sua natureza? Afinal, classificar por exclusão implica em dizer apenas o que o objeto da análise não é, quando seria muito mais adequado poder dizer exatamente de que se trata.

A Lei de Improbidade Administrativa diverge em conteúdo dos demais regimes de responsabilidade existentes no ordenamento jurídico brasileiro. A responsabilização política busca a preservação da legitimidade, a responsabilização penal resguarda a ordem pública em caráter de último recurso, a responsabilização civil tem por objeto a defesa do patrimônio e a responsabilidade apurada administrativamente é aquela em que o Estado exerce suas próprias razões, estando limitado por sua competência interna. Claramente não se insere em nenhuma dessas categorias a responsabilização por atos de improbidade administrativa.

É preciso estabelecer uma relação entre a natureza jurídica que se atribui a um instituto e seu arcabouço legal material que, no caso da Lei de Improbidade Administrativa, insere-se no âmbito do direito administrativo. José dos Santos Carvalho Filho (2006, p. 7) conceitua esse ramo do direito como sendo "o conjunto de normas e princípios que, visando sempre ao interesse público, regem as relações jurídicas entre as pessoas e órgãos do Estado e entre este e as coletividades a que devem servir". Desse modo, a área de atuação do direito administrativo está delimitada pela extensão dos interesses da Administração Pública, o que, por óbvio, inclui a tutela desses interesses em juízo.

Arruda Alvim (2006, p. 108), explicando as relações entre o direito processual civil e o direito administrativo, reconhece que a aplicação das normas materiais administrativas se dará por meio dos ritos processuais civis, na lição externada pelo autor, "O processo civil é veículo de aplicação, nos casos contenciosos, resolvendo os conflitos entre a Administração e o particular (...) e os litígios entre a Administração e funcionários (lides administrativas)". A utilização dos instrumentos processuais civis não descaracteriza a essência do direito ali aplicado, dessa forma, torna-se possível falar em "lides administrativas", que no sentido empregado pelo autor importa nos conflitos pertinentes à Administração Pública levados a juízo.

A responsabilização por atos de improbidade administrativa é, em verdade, uma face da defesa dos interesses ligados à Administração em juízo. Assim, se por um lado a demanda pelo exercício de jurisdição afasta o caráter administrativo (no sentido estrito) do regime, por outro, não se pode negar que é administrativo o seu conteúdo jurídico, no sentido de que se cuida de direito aplicado à Administração Pública.

Se o regime da Lei nº 8.429/1992 importa na criação de responsabilidades com fundamento em preceitos de direito administrativo material, por que haveria então de ser inserido nas classificações civil ou penal? Em verdade, sua natureza é outra e não há razão para não reconhecê-la. Vislumbrando a possibilidade de ir além do dualismo civil-penal na classificação de regimes que povoem as instâncias judiciais, Marcelo Figueiredo (2000, p. 113) afirma que "o mesmo fato pode ensejar a responsabilização do agente nas três esferas – penal, civil e administrativa. Agora, com a lei, o mesmo fato pode, ainda, configurar infração à probidade administrativa, nas várias modalidades aqui contidas". Sugere o autor uma possível quarta esfera de responsabilidade a que não dá nome, mas entende como sendo aquela que compreende o regime da Lei de Improbidade Administrativa.

Tratando especificamente da relação entre o direito administrativo e as sanções, Fábio Medina Osório (2000, p. 61) reconhece a existência de uma espécie de sanção administrativa que não é a sanção aplicada diretamente pela Administração, mas sim aquela aplicada judicialmente com fundamento nas normas de direito administrativo:

> Penso que a sanção administrativa há de ser conceituada a partir do campo de incidência do direito administrativo, formal e material. (...) Em realidade, cabe ao legislador outorgar a Juízes e Tribunais poderes sancionadores de Direito Administrativo, tendo em conta o princípio da livre configuração legislativa de ilícitos e sanções.

Considerando a idéia de que a inserção de uma determinada conduta na esfera penal, administrativa, ou ambas, é, em última análise, fruto de opção política feita pelo legislador, o autor estabelece a linha divisória entre a responsabilização penal e aquela de origem administrativa, embora aplicada por órgão jurisdicional (OSÓRIO, 2000, p. 79):

> No caso das sanções administrativas (de direito administrativo) aplicadas por Juízes e Tribunais, a nota distintiva da sanção será, além da presença da Administra-

> ção Pública em um dos pólos (como lesada), (...) a ausência de natureza penal da sanção, o que se deve verificar, de um lado, na decisão legislativa soberana e discricionária e, de outro, na ausência de previsão, direta ou indireta, de pena privativa de liberdade.

Assim, conquanto se possa dizer que há interesse público na tutela penal, não há interesse direto da Administração Pública. A existência desse interesse específico é a característica marcante do regime contido na Lei n° 8.429/1992. Referindo-se exatamente ao problema da delimitação da natureza jurídica das sanções previstas na referida norma, Osório assevera (Idem, p. 138-139):

> A discussão a respeito da natureza penal ou extrapenal de determinadas infrações se instaura, sobretudo, com o advento da Lei 8.429/92, que tipificou e sancionou os chamados atos de improbidade administrativa, ao lado das sanções civis, penais e administrativas previstas nas legislações específicas (art. 12, caput, da Lei 8.429/92). Ora, se haveria "sanções administrativas" e "penais" ao lado das sanções por "ato de improbidade administrativa" arroladas na Lei 8.429/92, que natureza jurídica teriam essas sanções?
>
> Aqui, o certo é que a expressão "sanções administrativas", empregada na Lei 8.429/92, foi utilizada em sentido estrito, com finalidade de designar expressamente "sanções aplicadas por autoridades administrativas", visto que as sanções aos atos de improbidade são de Direito Administrativo, reguladas diretamente por esse ramo jurídico.

Desse modo, assim como as sanções previstas na Lei n° 8.429/1992 são fundamentadas no direito administrativo, distanciando-se das sanções administrativas em sentido estrito, o regime de responsabilidades a que pertencem também está inserido nesse ramo do direito. Naturalmente, não a reboque das sanções, mas porque além da classificação epistemológica do regime, o seu conteúdo também é administrativo, o objetivo com que foi criado está diretamente ligado aos interesses da Administração Pública. No entanto, a forma que se entendeu mais adequada a concretizar os comandos legais foi através do Poder Judiciário, fato que, por si só, não é capaz de descaracterizar a natureza administrativa avistável em qualquer outro aspecto do regime. Corrobora com esse pensamento, Osório (2000, p. 60-61):

> Em realidade, creio que não se pode descartar a existência de sanções de Direito Administrativo aplicadas pelo Poder Judiciário, mormente quando a norma invocada possui em um de seus pólos a figura da Administração Pública, direta, indireta ou descentralizada, como lesada pela ação de agentes públicos ou particulares.
> (...)
> Cabe ao Direito Administrativo, pois, em um primeiro plano, dispor sobre as responsabilidades do agente público faltoso perante o próprio Estado.

Em face de tudo quanto foi dito, pode-se caracterizar o regime de responsabilização contido na Lei de Improbidade Administrativa como sendo administrativo judicial, administrativo em seu conteúdo e judicial em sua aplicação. Por exclusão do sentido estrito atribuído à denominação "administrativo", consoante já explanado, pode-se ainda definir a natureza jurídica do regime de responsabilização inserto na Lei nº 8.429/1992 como administrativo no sentido lato.

5. Da cumulatividade de regimes de responsabilização em função da distinção de suas naturezas jurídicas

No ordenamento jurídico brasileiro, há uma variedade de regimes de responsabilização cujas naturezas jurídicas transcendem o dualismo estabelecido entre penal e civil. Embora o regime administrativo *lato sensu* vá ser operado através do que se convencionou chamar de jurisdição civil, em nada se confunde com a instância de tutela dos interesses privados, tampouco está inserido na jurisdição penal. Assim, constitui esfera tão independente das instâncias civil e penal quanto essas são uma da outra.

O mesmo raciocínio aplica-se à instância política que, embora seja concretizada pelo Poder Judiciário em determinados casos, sequer está subordinada aos mesmos critérios de legalidade a que se submetem as instâncias civil e penal, não estando inserida em nenhuma das duas. Repita-se, isso se dá em função da particularidade das naturezas jurídicas dos regimes que apontam para objetos claramente divergentes.

Wallace Paiva Martins Júnior (2002, p. 339-340) faz defesa da independência entre as instâncias em função da distinção de suas naturezas jurídicas, corroborando especificamente com a idéia de que o regime de responsabilidades inserto na Lei de Improbidade Administrativa possui natureza que vai além da clássica divisão entre civil, penal e administrativo *stricto sensu:*

> A regra inserida no art. 12, caput, é a independência da instância da improbidade administrativa, perfilhando a orientação centrada no art. 1.525 do Código Civil de 1916 (art. 935 do CC/02), alimentada pela diversidade da natureza jurídica da improbidade administrativa, que se irradia sobre suas sanções. Outros diplomas legais também a reprimem com sanções diferenciadas e sob natureza jurídica distinta no âmbito administrativo, civil, eleitoral e penal. As sanções de cada uma dessas instâncias podem ser aplicadas também cumulativamente com as da Lei Federal n. 8.429/92, sem receio de bis in idem, em face da diversidade da natureza jurídica e da independência da instância da improbidade administrativa regulada por essa lei.

O entendimento externado pelo Pretório Excelso, quando do julgamento da Reclamação nº 2.138, tratou os regimes de crimes de responsabilidade e da Lei nº 8.429/1992 como comutativos entre si, ou simplesmente como redundantes. Nesse sentido é que se faz válida a lição de Martins Júnior (2002, p. 342) de que "a aplicação das penalidades da Lei Federal n. 8.429/92 não é consumida pela das sanções político-administrativas, em virtude da diversidade da natureza jurídica de cada uma delas".

De fato, para que se verifique a especialidade de um regime em relação a outro, não basta que haja semelhança entre as condutas reprovadas, isso implicaria em negar o princípio da independência entre as instâncias, é necessário que haja similitude de naturezas. Não é esse o caso da relação estabelecida entre o regime de crimes de responsabilidade e o da Lei de Improbidade Administrativa, não pode o primeiro ser especial em relação ao segundo quando se fundam sobre bases tão distintas e almejam objetivos tão diversos. O julgamento político sequer está submetido à observância da legalidade no pronunciamento meritório, apenas deve seguir o devido processo legal. Por outro lado, no combate aos atos de improbidade administrativa é a verificação da ilicitude da conduta que se impõe.

Assim, tornando-se efetiva a decisão do Supremo Tribunal Federal, terá sido limitada a aplicação de Lei Federal sem que tenham sido observados os procedimentos ou os critérios pertinentes ao controle de constitucionalidade. Desse modo, está o Poder Judiciário assumindo para si função legislativa, criando exceções não previstas, ou sequer remotamente indicadas, na Constituição Federal ou nas normas infraconstitucionais que regulam a matéria.

6. Conclusão

Da mesma forma que a um administrador não é conferido o poder de escolher não aplicar determinada norma sob o pretexto de que o faz em prol da coletividade, não pode um juiz derrogar norma que possui assentada constitucional sob o argumento de que há conflito com outra norma também constitucional. Essa linha argumentativa leva fatalmente ao reconhecimento da existência de conflitos constitucionais internos. Ocorre que, a Constituição é a um só tempo plural e harmônica, por um lado é expressão dos mais diversos setores da sociedade, por outro, tem um único fim, o interesse público. Assim, se todas as normas constitucionais têm sua origem em um mesmo fundamento de validade, a legitimidade de que se reveste ao plasmar as necessidades e anseios da sociedade, não é possível assumir determinada norma enquanto mais válida que outra, em especial, quando claramente não há a vedação expressa de uma regra pela outra.

Diante de um aparente conflito suscitado, cumpriria aos julgadores buscar os fundamentos sobre os quais se erigiram os regimes legais em questão, o que não se pode fazer sem a delimitação de suas naturezas jurídicas. Essa é a única perspectiva legítima para a análise, e eventual derrogação ou confirmação, de normas constitucionais que existem enquanto resposta a uma demanda social. Se os regimes constitucionais de responsabilização existem por uma razão de ordem social, deverá haver razão tão ou mais importante para derrogá-los, obviamente, razão pertinente a fundamentos da mesma ordem e que atinjam com ainda mais precisão o objetivo almejado por aquele regime.

Diferenciadas as naturezas jurídicas dos regimes, não há porque não aplicá-los concomitantemente. É exatamente com base na idéia de que diferentes regimes legais correspondem a demandas sociais diversas, tutelando bens jurídicos específicos, que se reconhece a cumulatividade de responsabilidades decorrentes de um mesmo fato.

Com efeito, para que se dê um passo além no caminho rumo ao projeto de país traçado na Constituição Federal de 1988, deve-se estabelecer como meta a ampliação dos mecanismos jurídicos de controle da Administração, aumentando sua abrangência e eficiência, sem jamais restringi-los. Os limites ao controle da atuação dos agentes públicos devem ser o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório.

Referências

BIM, Eduardo Fortunato. A possibilidade de cumulação dos crimes de responsabilidade (Impeachment) e da improbidade administrativa dos agentes políticos por distinção de suas naturezas jurídicas, Revista de Direito do Estado, Ano 2, n°5, p. 197 a 241.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional, 6ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1995.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 15ª ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil, 7ª ed., São Paulo: Atlas, 2007.

COSTA, José Armando da. Contorno jurídico da improbidade administrativa. 2ª ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

FIGUEIREDO, Marcelo. Probidade Administrativa, 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa, 3ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, Volume IV: Responsabilidade Civil, São Paulo: Saraiva, 2007.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva Martins Júnior. Probidade Administrativa. 2ª ed., Sãoi Paulo: Saraiva, 2002.

MEDEIROS, Sérgio Monteiro. Lei de improbidade administrativa: comentários e anotações jurisprudenciais. São Paulo: J. De Oliveira, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 1995.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional Administrativo. 1ª ed., 2ª tir., São Paulo: Atlas, 2002.

NEIVA, José Antonio Lisbôa. Improbidade Administrativa. 2ª ed., Niterói: Impetus, 2006.

OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SISTEMA PENAL E MÍDIA: BREVES LINHAS SOBRE UMA RELAÇÃO CONFLITUOSA*

Juliana de Azevedo Santa Rosa**

RESUMO: O presente trabalho objetiva verificar a influência da Mídia no Sistema Penal, com ênfase na repercussão sobre o devido processo legal e sobre o veredicto derradeiro. Será analisada a função da Mídia nos dias atuais, a forma como ela interfere na formação da opinião pública e o fenômeno do sensacionalismo. A partir desta análise, verificar-se-á que o modo como fatos supostamente criminosos são expostos pelos meios de comunicação pode acarretar um conflito entre a liberdade de imprensa e direitos da personalidade. Concluir-se-á que não existe uma solução única e pré-estabelecida para resolver o embate, devendo ser buscado no princípio da proporcionalidade o equilíbrio necessário para harmonizar os direitos constitucionais conflitantes.

PALAVRAS-CHAVE: mídia; sistema penal; opinião pública; sensacionalismo, devido processo legal.

ABSTRACT: The present work aims to verify the influence of the media in the criminal justice system, with emphasis on repercussion on the due process of law and the ultimate verdict. It will be analysed the media function nowadays, the way it interferes in the public opinion formation and the sensationalism phenomenon. From this analysis, it will be verified that the manner as facts alleged criminals are exposed by the means of communication may cause a conflict between liberty of the press and personality rights. In conclusion, it will be perceived that there is not a single and pre-established solution to solve the collision and that it should be searched in the principle of proportionality the needed balance to harmonize the constitutional rights in conflict.

KEYWORDS: media; penal system; public opinion; sensationalism; due process of law.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A Mídia como Gestora do Espetáculo Social; 3. O Vínculo entre Mídia e Sistema de Justiça Criminal; 3.1. O papel da mídia na vulneração de direitos fundamentais de liberdade;

*Trabalho premiado no concurso "Melhor Arrazoado Jurídico" – Categoria Servidor do Ministério Público do Estado de Sergipe – 2009.

**Assessora de Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de Sergipe.

3.2. Imediatismo Midiático X Morosidade Jurisdicional; 3.3. A cobertura mediática da persecução penal e o trial by the media; 3.4 Princípio da proporcionalidade como instrumento pacificador; 4. Considerações Finais; 5. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

Desde os primórdios da humanidade, as notícias sobre fatos ou comportamentos socialmente reprováveis e as sanções decorrentes exercem um fascínio sobre a sociedade.

Em sua origem mais remota, a pena é associada ao sentimento de vingança privada, despertado como uma forma de reação social àquele que rompera com a ordem da comunidade. Os castigos (em sua grande parte, corporais) impostos aos desviantes eram concretizados aos olhos do público, que se aglomerava ao redor dos cadafalsos com o fito de assistir aos espetáculos teatrais montados para punir o transgressor da lei.

Ao longo do tempo, a pena foi perdendo esse caráter retributivo – ou o escopo de restaurar a ordem atingida pelo delito – para adquirir um cunho preventivo e ressocializatório. No entanto, essa mudança de viés não implicou o arrefecimento do interesse da população por fatos violentos e sua conseqüente punição.

Em meio a esse processo evolutivo da sociedade e do Direito Penal, os meios de comunicação de massa revelaram-se sucedâneos dos antigos pelourinhos. A criminalidade, seus protagonistas e as sanções a eles infligidas passaram a ser objetos constantes dos noticiários jornalísticos. Consectariamente, a atuação do Poder Judiciário em casos que mobilizam o sistema penal passou a ser atentamente fiscalizada.

O apelo emocional impingido às reportagens carrega o risco de deturpação dos fatos expostos. Essa conjuntura é deveras temerária quando se trata de incidentes que serão submetidos ao crivo do Judiciário Criminal, pois tem o condão de instalar uma série de conflitos entre valores jurídicos.

A cobertura reiterada de crimes, com ênfase no suposto agente delitivo, enseja, de plano, a tensão entre o direito de se expressar livremente e os direitos da personalidade do acusado, ambos de magnitude constitucional.

Outrossim, o furor despertado pelos meios de comunicação quando do exercício da atividade informativa pode subverter o rito pelo qual deve seguir o processo e até mesmo comprometer a imparcialidade do julgador, influenciando o veredicto a ser prolatado ao final do julgamento.

Diante desse panorama, o presente trabalho pretende, ainda que de maneira breve, verificar se a mídia tem o condão de ditar o trâmite e modificar o resultado de um processo penal, analisar a real ameaça dos veículos de comunicação às garantias constitucionais do suposto autor de um delito e investigar o ponto de equilíbrio entre os valores em conflito.

2. A mídia como gestora do espetáculo social

O termo *mídia* comporta uma miscelânea de diferentes significados. Trata-se, pois, de perfeito exemplo de polissemia. Sob essa rubrica, segundo o Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa (19—?, n.p.), abarca-se

> todo suporte de difusão da informação que constitui um meio intermediário de expressão capaz de transmitir mensagens; meios de comunicação social de massas não diretamente interpessoais (como p.ex. as conversas, diálogos públicos e privados) [Abrangem esses meios o rádio, o cinema, a televisão, a escrita impressa (ou manuscrita, no passado) em livros, revistas, boletins, jornais, o computador, o videocassete, os satélites de comunicações e, de um modo geral, os meios eletrônicos e telemáticos de comunicação em que se incluem também as diversas telefonias.]

Já a palavra *imprensa* tem, em regra, seu conteúdo significante desdobrado em "qualquer meio utilizado na difusão de informações jornalísticas; conjunto dos processos de veiculação de informações jornalísticas por veículos impressos ou eletrônicos".

O ponto de partida para a compreensão da temática em foco, no entanto, não se esgota em definições semânticas. Alberto Dines (1996/1997, p. 58) noticia que o vocábulo mídia provém do latim. E, transcendendo explicações meramente lexicais, pondera: "*Medium* é meio, modo, maneira, forma, via, caminho, condição em que se executa uma tarefa. Na linguagem técnica da comunicação medium designa o *canal* através do qual o *emissor* passa a sua *mensagem* ao *receptor*, a audiência".

Assim, o jornalista representa o elo entre a realidade e a audiência que a desconhece. Ao exercer essa atividade mediadora, não se limita a reproduzir fatos mecanicamente, mas os interpreta, dimensiona, hierarquiza (e, por que não dizer, maquia). Nessa perspectiva, o jornalista oferta a matéria-prima necessária à lapidação dos juízos individuais, denotando a função social e política da intermediação midiática.

Independentemente de concepções conceituais, impende frisar

que a imprensa – aqui utilizada como sinônimo de mídia - agasalha sob sua batuta um poderio político e econômico de dimensão não reproduzível nos domínios de qualquer outra agência executiva[1]. A massificação dos meios de comunicação contribuiu para o fortalecimento desse poder, que, ao driblar qualquer forma de institucionalização, não se subjuga ao controle social.

A correlação cada vez mais estreita e imbricada entre os meios de comunicação e sua audiência tem o condão de manietar a opinião pública, alterando seu processo de formação de maneira a repercutir no sistema penal.

O conceito de opinião pública, segundo Matteucci (1992, p. 842), alberga

> um duplo sentido: quer no momento da sua formação, uma vez que não é privada e nasce do debate público, quer no seu objeto, a coisa pública. Como "opinião" é sempre discutível, muda com o tempo e permite a discordância: na realidade, ela expressa mais juízos de valor do que juízos de fato, próprios da ciência e dos entendidos. Enquanto "pública", isto é, pertencente ao âmbito ou universo político, conviria antes falar de opiniões no plural, já que nesse universo não há espaço apenas para uma verdade política, para uma epistemocracia. A opinião pública não coincide com a verdade, precisamente por ser opinião, por ser *doxa* e não *episteme*; mas, na medida em que se forma e fortalece no debate, expressa uma atitude racional, crítica e bem informada.

Nesse contexto, pode-se afirmar que a opinião pública, considerada como o amálgama de idéias e valores que externam o modo de pensar de determinados grupos sociais acerca de assuntos específicos, é edificada sobre o tripé sujeito-experiência-intelecto. Com a difusão da comunicação de massa, foi acrescida a esse contexto a informação mediatizada, que, conjugada ao analfabetismo funcional que assola a população brasileira, passou a ditar unilateralmente o quadro fático-valorativo a ser absorvido pela massa populacional.

As premissas até aqui assentadas permitem concluir que a opinião pública não representa o somatório de juízos individuais. Com efeito, o ideário que rege a população está diluído numa relação grupal ge-

[1] Segundo o escólio de Zaffaroni (1991, p. 137), agências executivas do sistema penal consistem em "segmentos institucionalizados não judiciais" que atuam de forma compartimentalizada, dispondo de armas e discursos próprios para operacionalizar sua parcela de poder. O sistema penal, então, finda por ser a resultante do somatório do exercício independente desses "poderes".

renciada por um grupo dominante que tem na mídia seu maior protagonista. Nesse sentido, pondera Habermas (1984, p. 208-281):

> O atributo de "ser público" só é conquistado por uma tal opinião através de sua correlação com processos grupais. A tentativa de definir a opinião pública como *"colection of individual opinions"* é logo corrigida mediante a análise de relações grupais: *"we need concepts of what is both fundamental or deep and also common to a group"*. É considerada "pública" a opinião de um grupo quando ela subjetivamente se impôs como a opinião dominante: o membro individual do grupo tem uma (provavelmente errônea) concepção quanto à importância da sua opinião e do seu comportamento, ou seja, de quantos dos demais membros, e quais deles, partilham ou rejeitam o hábito ou a perspectiva por ele defendida.

Constata-se, pois, que a *opinião pública* reflete, na verdade, uma opinião publicada pelos *mass media*. Esse fenômeno se faz sentir, de modo especial, nos sítios do sistema penal, onde a opinião pública representa um poder determinante na definição da política criminal.

A opinião pública (leia-se *publicada*) finca as balizas de uma realidade virtual, que manieta a atuação do Judiciário Criminal. A estereotipagem de criminosos rotula os supostos infratores da lei penal do modo mais conveniente aos comandantes do conglomerado midiático, propositalmente ignorando, por exemplo, delinqüentes de colarinho branco.

Nesse âmbito, a influência perniciosa exercida pelos meios de comunicação manifesta-se precipuamente pelos fatos que estes deixam de enunciar - isto é, pelo "não-dito" - do que pelos acontecimentos efetivamente expostos. O mutismo jornalístico obsta a reação do espectador e consagra o olhar unilateral do problema noticiado, impondo ao agente investigado a pena do silêncio.

Outrossim, o lineamento da imagem de suspeitos pela mídia incute na população, de forma precipitada, uma cólera punitiva que exige a imediata condenação. Em meio a esse ambiente de altercação, o magistrado deve buscar manter a serenidade diante de discursos reacionários a cobrarem julgamentos açodados, condenações severas, sem qualquer compromisso com o respeito às garantias do devido processo penal.

Dentre a dinâmica que move os órgãos jornalísticos emerge o *sensacionalismo*, consistente num modo de veicular a notícia que extrapola os lindes do fato realmente ocorrido, acabando por se imiscuir numa fantasia novelesca.

O fenômeno é descrito pela Promotora de Justiça Ana Lúcia Menezes Vieira (2003. p. 52-53), com acurada propriedade:

> A linguagem sensacionalista, caracterizada por ausência de moderação, busca chocar o público, causar impacto, exigindo seu envolvimento emocional. Assim, a imprensa e o meio televisivo de comunicação constroem um modelo informativo que torna difusos os limites do real e do imaginário. Nada do que se vê (imagem televisiva), do que se ouve (rádio) e do que se lê (imprensa jornalística) é indiferente ao consumidor da notícia sensacionalista. As emoções fortes criadas pela imagem são sentidas pelo telespectador. O sujeito não fica do lado de fora da notícia, mas a integra. A mensagem cativa o receptor, levando-o a uma fuga do cotidiano, ainda que de forma passageira. Esse mundo-imaginação é envolvente e o leitor ou telespectador se tornam inertes, incapazes de criar uma barreira contra os sentimentos, incapazes de discernir o que é real do que é sensacional.

O Judiciário é um campo fértil para o espetáculo visado pelos meios de comunicação. O próprio ambiente que circunda o trâmite dos processos já possui um viés cênico, considerando que no âmbito penal estão em confronto a liberdade individual e o poder punitivo estatal com toda a carga de dramaticidade que tal equação comporta.

A dramatização derramada sobre os noticiários que veiculam notícias do âmbito criminal finda por criar ondas artificiais de violência e avultar o pânico social e a sensação de insegurança. À medida que os órgãos midiáticos intensificam a dimensão das desgraças que acometem terceiros, incute-se na população o sentimento de que os fatos negativos ocorrem com freqüência maior que a habitual. Os cidadãos são tragados pela densa carga emocional embutida na notícia, revivendo o ocorrido como se dela fossem personagens.

Por conseguinte, a apresentação da realidade através de maniqueísmos deflagra uma demanda por maior intervenção do Direito Penal. A sanha por um recrudescimento do sistema penal é fomentada de modo mais incisivo pela televisão, que, com a transmissão de uma imagem que retrata um suposto comportamento contemplado em norma penal por seu melhor ângulo, dispensa a utilização de qualquer palavra como meio veiculador de mensagens.

O programa *Linha Direta*[2], outrora parte integrante da programação da Rede Globo, é o capítulo mais sórdido da espetacularização da violência através da televisão. Mediante um novo formato de exposição, informações de cunho jornalístico acerca de eventos com repercussão criminal eram entrecortadas por "reconstituições dos acontecimentos" encenadas por atores profissionais, em tomadas que facilmente poderiam ser confundidas com cenas da novela transmitida pela emissora poucos minutos antes. A produção do programa providenciava a coleta de depoimentos (devidamente editados) de parentes e amigos da vítima e o âncora, iteradamente, mostrava a foto do criminoso (não seria mero suspeito?) foragido e divulgava um número de telefone para o qual deveriam ligar as pessoas que o avistassem.

Os efeitos deletérios produzidos pela atração televisiva em comento para o acusado não estão ligados necessariamente à narrativa empreendida pelo apresentador, mas sobretudo pelo silêncio eloqüente em torno de versões que pudessem favorecer o increpado ou apaziguar a indignação vingativa da audiência.

A ojeriza do cidadão para com o criminoso retratado nas telas, imposta midiaticamente, impregna de modo peremptório o caso que doravante será levado ao crivo do Judiciário. A ligação telefônica que, ao localizar o suspeito, franqueia à polícia a concretização de uma prisão é recebida aos olhos do público como uma sentença condenatória, que será submetida à Justiça como mera formalidade. Entrementes, o entretenimento jornalístico explorado através de matérias sensacionalistas pode descambar para o denuncismo.

É nesse contexto que avança e consolida-se o chamado *jornalismo investigativo*, atividade na qual o repórter traveste-se de polícia e passa a apurar informações sobre atos desviantes que afrontam o interesse público, prejudicando a sociedade.

Não se objeta que o jornalismo investigativo funcione como relevante elemento impulsionador de debates acerca do combate ao crime pelos órgãos estatais, evidenciando conjunturas de indiscutível interesse público. Todavia, tal função ultrapassa os limites da ponderação e da ética e é desvirtuada quando o jornalista veste a roupagem de detetive e deflagra uma atuação policial amadorística, passando a atuar politicamente.

Entrementes, o jornalismo investigativo, em algumas ocasiões, não se concilia com os desideratos da administração pública e acaba

[2] O programa televisivo em questão era transmitido nas noites de quinta-feira entre 1999 e 2008.

sobrepujando os direitos individuais. Donde, a necessidade de perquirir tal conceito sob uma perspectiva ética. Eugênio Bucci (*apud MORETZSHON, 2002, p. 307*) aborda o assunto com propriedade:

> A rigor, a ética do profissional de imprensa exige que ele sempre se identifique como tal e que não adote dissimulações na apuração. Quem fala para uma reportagem tem o direito de saber que está falando para uma reportagem. Quem aparece numa gravação em vídeo que depois será exibida na TV tem o direito de saber do que é que está participando. A câmera oculta atropela esse direito das fontes. A câmera oculta tapeia as fontes e aqueles que são objeto da reportagem. Embora não constitua obrigatoriamente um crime como a violação de correspondência (art. 194 do Código Penal), é uma forma grave de invasão de privacidade. É análoga, em termos éticos, à escuta clandestina de ligações telefônicas (que também é crime). Ou seja: constitui um método que pode até ser empregado por espiões ou detetives (numa prática extremamente discutível, é verdade), mas nunca por um jornalista.

Consectariamente, o público absorve uma versão calcada em indícios e deduções e, a partir de exposições tendenciosas, cria pré-conceitos face à pessoa retratada como criminosa. Esta última, por seu turno, é acometida por um linchamento moral numa fase em que ostenta a condição de simples investigada, e tem seu veredicto cunhado de forma antecipada e inapagável (ainda que o Judiciário se manifeste diversamente *a posteriori*).

3. O vínculo entre mídia e sistema de justiça criminal

3.1. O papel da mídia na vulneração de direitos fundamentais de liberdade

A atividade jornalística é movida por disposições legais que garantem a liberdade de informação. Trata-se de garantia constitucional alvissareiramente introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição Federal de 1988, buscando a legitimação do Estado Democrático de Direito então instaurado através da publicização da atividade estatal, permitindo, destarte, um maior controle por parte dos cidadãos.

Em que pese a coloração constitucional da liberdade de informação – ou liberdade de imprensa -, não há como se reconhecer um caráter

absoluto no seu exercício. Ao revés, o direito a exercer livremente a atividade jornalística não raro esbarra em outros direitos fundamentais.

A título exemplificativo, quando um órgão midiático divulga uma matéria de índole penal e, em seu cerne, ventila o nome e a imagem do pretenso autor de uma conduta criminosa, tem início um embate entre a liberdade de informação e os direitos da personalidade do indivíduo retratado.

Os contornos da liberdade de informação são assegurados no Texto Constitucional em dispositivos diversos, a exemplo do art. 5°, incisos IV, IX, XIV e art. 220. A relevância do preceito em comento para a legitimação de uma ordem jurídica democrática é bem salientada por Sérgio Ricardo de Souza (2008, p. 103):

> Realmente, a informação como forma de obtenção de conhecimento, como meio de poder controlar os fatos que ocorrem no meio ambiente em que o indivíduo atua é hoje mais que um direito: é uma necessidade irrenunciável, sem a qual não há participação, não há liberdade, desmorona-se a igualdade, obstaculiza-se a existência da democracia e afasta-se a possibilidade de alcançar-se uma sociedade justa e participativa, por propiciar uma indesejável e mesmo inaceitável exclusão – consistente em excluir a possibilidade de o indivíduo interagir socialmente, de forma tal que lhe seja permitido entender a própria sistemática de funcionamento social e de agir criticamente – afrontando a Constituição Brasileira em seus próprios fundamentos.

A liberdade de imprensa apresenta-se como uma ferramenta de defesa contra a arbitrariedade estatal, tendo em vista que descortina a atuação governamental e, como conseqüência, franqueia à sociedade os instrumentos necessários ao revide contra os desmandos da Administração Pública. A título de reflexão, vale trazer à baila as palavras de Marx, rememoradas por José Afonso da Silva (2005, p. 246):

> A imprensa livre é o olhar onipotente do povo, a confiança personalizada do povo nele mesmo, o vínculo articulado que une o indivíduo ao Estado e ao mundo, a cultura incorporada que transforma lutas materiais em lutas intelectuais, e idealiza suas formas brutas. É a franca confissão do povo a si mesmo, e sabemos que o poder da confissão é o de redimir. A imprensa livre é o espelho intelectual no qual o povo se vê, e a visão de si mesmo é a primeira confissão da sabedoria.

Por outro lado, não se pode olvidar a existência de limites internos à liberdade de imprensa, traduzidos no dever de divulgar fatos verdadeiros como pressuposto para o cumprimento da função social da mídia e da outorga de uma conotação material à liberdade em estudo.

A exigência de veracidade, entretanto, tem se arrefecido face ao ritmo frenético imprimido à atividade midiática. A presteza na divulgação do "furo jornalístico" subtrai do profissional o tempo necessário à checagem das informações obtidas. Semelhante panorama fez com que o compromisso com a verdade se transmudasse no comprometimento de buscar qualquer verdade.

Por conseguinte, a velocidade que move a atuação da imprensa e, por muitas vezes, põe em xeque a veracidade das notícias propagadas, finda por conflitar com direitos individuais ínsitos à personalidade humana. Tal problematização revela o ponto nevrálgico da relação entre Mídia e Poder Judiciário: trata-se do embate entre a liberdade de imprensa e os direitos da personalidade do criminalmente acusado, ambos de índole constitucional.

Quando a cobertura jornalística recai sobre acontecimentos afetos ao sistema penal, o funcionamento desse mecanismo difusor de notícias esbarra em direitos individuais expressamente agasalhados pela Carta Magna. Trata-se de valores como a imagem, a intimidade e a honra que, amalgamados sob a rubrica de *direitos da personalidade*, representam limites à liberdade de imprensa.

Os direitos da personalidade são entendidos como os atributos físicos, intelectuais e morais imanentes ao homem e sua projeção no seio da coletividade, garantindo ao indivíduo autoridade sobre si mesmo. Em suma, o termo em foco abarca direitos cuja falta teria o condão de comprometer as potencialidades da pessoa humana como tal considerada.

Esse cipoal de direitos eminentemente subjetivos emana do princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil (CF, art. 1°, inciso III). O preceito em tela pode ser identificado como "o respeito a um conjunto de valores que propiciem a cada ser humano, conviver em sociedade usufruindo dos direitos inerentes à sua personalidade, até o limite em que o exercício desses direitos venham a colocar em risco a possibilidade dessa convivência harmônica" (SOUZA, 2008, p. 07-08).

Ora, deve se ter em mente que o regime democrático visa assegurar a máxima eficácia dos direitos fundamentais de primeira geração, tais quais a honra, a imagem e a vida privada. Há quem defenda – como Aury Lopes Jr. (2006, p. 196-197) - a operacionalização de uma *censura garantista*, de forma a garantir o exercício de tais direitos. Evita-se, as-

sim, que a liberdade de informação jornalística, cujo nascedouro histórico se deu como forma de combate ao autoritarismo, se transmude num algoz.

Todavia, a tutela dos direitos fundamentais em apreço também não se reveste de caráter absoluto. Cuida-se de assertiva deveras compreensível, porquanto o homem, como membro de uma coletividade, não pode intentar viver sua vida entre tabiques. Afigura-se legítima, por exemplo, a propagação da imagem de suspeitos quando estes, expressa ou tacitamente (quando da concessão de entrevistas, por exemplo), o autorizarem. Por conseguinte, a harmonização do embate entre os sobreditos valores deve ser buscada tendo como tempero a proporcionalidade.

3.2. Imediatismo Midiático X Morosidade Jurisdicional

A ingerência espetacularizada dos meios de comunicação nos acontecimentos afetos ao sistema de justiça criminal arreda o Direito Penal de seus alicerces teóricos intrínsecos (tais quais o princípio da intervenção mínima e o princípio da fragmentariedade, entre outros), conferindo ao mesmo uma conotação meramente simbólica.

Tal engrenagem é irrompida porque "o empreendimento neoliberal precisa de um poder punitivo onipresente e capilarizado, para o controle penal dos contingentes humanos que ele mesmo marginaliza" (BATISTA, 2002, p. 272-274). A mídia, ao incutir crenças na população e silenciar sobre outros fatos importantes, atua como ferramenta legitimante dessa forma de controle, propagandeando o "dogma da criminalização provedora"[3].

Assim, manifesta-se no âmbito penal uma publicidade enganosa que, segundo Maria Lúcia Karam (1993, p. 200-201), primeiro concebe "o fantasma da criminalidade, para, em seguida, 'vender' a idéia da intervenção do sistema penal, como a alternativa única, como a forma de se conseguir a tão almejada segurança, fazendo crer que, com a reação punitiva, todos os problemas estarão sendo solucionados".

O *direito penal simbólico*, pois, lança seus tentáculos sobre a política criminal, dando azo ao recrudescimento de penas e criminalização de condutas. Tal panorama é engranzado a partir de casos-símbolos que inflamam o movimento de lei e ordem, ocasionando um distancia-

[3]A expressão cunhada pelo autor traduz o credo infundido na coletividade de que a solução dos problemas sociais está em criminalizar condutas. Eis como Nilo Batista (2002, p. 274) detalha a construção teórica em apreço: "na forma de uma deusa alada onipresente, vemos uma criminalização que resolve problemas, que influencia a alma dos seres humanos para que eles pratiquem certas ações e se abstenham de outras – e sempre com o devido cuidado – que supera crises cambiais, insucessos esportivos e é mesmo capaz de semear lavouras, não nos desmintam as penitenciárias agrícolas. A criminalização, assim entendida, é mais do que um ato de governo do príncipe no Estado mínimo: é muitas vezes o único ato de governo do qual dispõe ele para administrar, da maneira mais drástica, os próprios conflitos que criou".

mento do Direito Penal com o caráter fragmentário que deveria regê-lo. Esses casos são eleitos dentre aqueles que causam maior repercussão social, em consonância com o que Filippo Sgubbi (apud SILVEIRA, 2000, n.p.) denominou de "lógica das vedetes"[4].

Outro aspecto criador de tensão no vínculo entre mídia e Judiciário atine à imediatidade que caracteriza a primeira e a morosidade que identifica o segundo. A velocidade imprimida na atividade jornalística é reflexo da atmosfera mercadológica que tomou conta das empresas de comunicação.

Engendra-se um processo de reificação da notícia, que passa a ser pensada como um produto perecível, cujo consumo há de ser imediato, sob pena de falência dos conglomerados midiáticos. Aos jornalistas, é imposto um sistema de *fast journalism*, em que a notícia deve ser ofertada para consumo fácil e rápido. Nessa perspectiva, é inarredável a presença constante de novas informações, uma vez que o pioneirismo na divulgação de "furos" é o principal ingrediente para a liderança do mercado comunicacional.

Semelhante cultura tolhe do profissional de jornalismo o tempo necessário à reflexão sobre os fatos a serem veiculados, fomentando o senso instintivo em detrimento da afeição racional. Esse quadro é deveras temerário quando se trata de um processo penal em curso ou na iminência de ser instaurado, em face da possibilidade de marcar indelevelmente a pessoa investigada com a atribuição de fatos desabonadores não necessariamente ligados ao fato supostamente criminoso apurado, atribuindo-lhe qualidades altamente depreciativas, que comprometem significativamente seu *status dignitatis* e em total desrespeito ao princípio do estado de inocência.

A conjuntura apontada deságua no chamado *direito penal de emergência*, que, despido do viés subsidiário, é produzido de forma açodada e urgente para fundamentar uma política penal retribucionista e eficientista suplicada pela população diante de casos específicos, particularmente chocantes. Criam-se, num curto interstício temporal, mecanismos especiais para combatê-los, sobretudo apresentados mediante expedita produção legislativa.

Essa influência se fez sentir na promulgação da Lei nº 8.072/90, a chamada Lei dos Crimes Hediondos, que estabeleceu um disciplinamento mais rigoroso aos tipos penais catalogados pelo legislador[5].

[4] Versa a "lógica das vedetes" sobre a preferência dedicada à repressão simbólica, mediante a atuação penal em face de sujeitos mais representativos, criando no cidadão comum a idéia de certeza do castigo e infalibilidade da pena.
[5] Tal diploma legislativo teve como pedras de toque o seqüestro do empresário Paulo Medina, além do caso Abílio Diniz, que despertaram um sentimento de insegurança e pânico social, inflamando na população uma cólera punitiva que deflagrou a atuação do Poder Legislativo.

Anos depois, a catarse popular motivada pelo assassinato da atriz global Daniela Perez, ocorrido em 28 de dezembro de 1992, tornou a pressionar o legislador[6]. O crime em questão foi reiteradamente explorado pelos veículos midiáticos e, conjugado à mobilização empreendida pela novelista Glória Perez - mãe da vítima - através de um "abaixo-assinado", logrou incluir o homicídio qualificado no rol de crimes hediondos, por meio da Lei nº 8.930/94.

Nos casos abarcados pela esfera penal, o trâmite cadenciado do processo é percebido como um atestado de incapacidade do Judiciário, contrastando com a eficiência e a presteza da mídia, que, de fato, atende às expectativas sociais. Por conseguinte, a velocidade transfigura-se no sopro de vida de que necessita o Poder Judiciário para manter hígida sua credibilidade aos olhos da população.

Como corolário da urgência, opera-se uma reviravolta na marcha processual: o encarceramento - medida sabidamente punitiva - precede a análise meticulosa do caso, a qual é desencadeada como forma de dar tempo ao magistrado de arregimentar elementos suficientes para lastrear a condenação prematuramente decretada em forma de prisão cautelar. O contraditório, além de diferido, é franqueado como mera formalidade, e não como garantia.

O procedimento judicial com sua marcha se prolongando no tempo é desqualificado e passa a ser apontado como mecanismo de contenção da pressão do povo levando a um julgamento final tardio e, freqüentemente, com absolvições ou condenações amenas a recaírem sobre o acusado. Desperta-se na coletividade um furor vingativo traduzido em pressão para que os juízes decidam de forma ágil e os legisladores criem procedimentos céleres.

O direito a ser julgado num prazo razoável, assegurado pelo inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal, traz como conclusão inarredável o enjeitamento dos extremos. Se por um lado o réu não pode ser castigado com a delonga no andamento do processo, a configurar um sancionamento temporão, sob outro ângulo não pode ser subtraído do acusado o tempo necessário a promover amplamente sua defesa, de maneira a concretizar o princípio da presunção de inocência.

[6] À época com 22 anos de idade, a atriz foi assassinada por Guilherme de Pádua – colega de elenco na novela "De Corpo e Alma – e por sua mulher, Paula Thomaz. O homicídio foi concretizado com dezoito golpes de punhal.

3.3. A cobertura mediática da persecução penal e o *trial by the media.*

Numa ordem jurídica democrática, o processo penal tem o desiderato de servir como instrumento de contenção do poder estatal e de maximização da eficácia dos direitos e garantias fundamentais, em detrimento de movimentos de lei e ordem (LOPES JUNIOR, 2006, p. 1).

O processo não pode se render à idéia de que as garantias constitucionais configuram obstáculos ao combate à criminalidade. Semelhante concepção finda por furtar a racionalidade do sistema, já que infunde no âmbito infraconstitucional uma postura de negação ao modelo garantista delineado pela Carta Magna.

A ingerência midiática nos meandros jurisdicionais tem início antes mesmo da deflagração da ação penal. Já na fase inquisitória, a exposição prematura de um mero suspeito através de discursos categóricos que na verdade externam meras hipóteses a guiarem o procedimento apuratório tem a potencialidade de produzir efeitos deletérios tanto para a polícia como para o investigado.

A um, porque compromete o sigilo que deve permear as investigações, como preconiza o Código de Processo Penal em seu art. 20. Tal segredo é necessário para não obstruir as diligências realizadas com o intuito de descortinar os pormenores do crime ultimado e, "em si mesmo, não significa uma burla ao Estado Democrático de Direito, mas sim sua imposição abusiva, sem fundamento no interesse público ou social, ou em outro valor constitucionalmente relevante" (VIEIRA, 2003, p. 195)[7]. Ademais, a divulgação da estratégia policial serve como um aviso ao suposto agente delitivo, permitindo que este se antecipe às autoridades e logre êxito em suas esquivanças.

A dois, porque a publicização da fase inquisitorial não apenas exibe como troféu a identidade de um mero suspeito, como também atinge por extensão seus familiares, os quais são vitimados pela maledicência da coletividade, numa manifesta violação ao princípio da intranscendência, a preconizar que a reprimenda não pode ultrapassar a pessoa do agente delitivo.

Os meios de comunicação de massa, ao infundirem em suas reportagens um juízo prévio acerca dos fatos criminosos perscrutados pela autoridade policial, findam por condenar precocemente o investigado.

[7] Saliente-se que o teor do art. 7°, inciso XIV da Lei n° 8.906/94, que assegura aos advogados a prerrogativa de analisar autos de inquérito em repartições policiais, não representa um empecilho ao sigilo das investigações. Consoante entendimento pacífico do Supremo Tribunal Federal, recentemente cristalizado na Súmula Vinculante n° 14, o direito de vista do causídico abarca os documentos já encartados nos autos, não atingindo as diligências ainda em andamento.

A "sentença midiática" prescinde de formalidades e "transita em julgado" perante a opinião pública sem que seja franqueada àquele sentado no banco dos réus a oportunidade de se defender ou, ao menos, ter conhecimento de todas as acusações que lhe são imputadas (VIEIRA, 2003, p. 168).

Conquanto não haja, nesse ponto, uma sentença condenatória definitiva, a exposição midiática do caso já vaticina o veredicto popular - na maioria das vezes, é desfavorável ao réu – que, por seu turno, é condicionado pelo retrato cuidadosamente pintado pela imprensa.

A reverberação jornalística em acontecimentos desse jaez perdura tão-somente até meados do processo, vez que o tempo acarreta a lassidão da atmosfera emotiva que envolve a audiência, fazendo com que esta perca o interesse sobre o evento tantas vezes reiterado nas telas de TV ou nas páginas de jornais e revistas.

A sentença proferida, mesmo que de cunho absolutório, não tem força para desvanecer as nódoas cravadas pelo processo, cuja formulação de hipóteses que caracteriza seu início é transmudada em certeza pela ação da imprensa. "É muito mais fácil abrir uma ferida do que fechá-la, sem deixar marcas ou cicatrizes" (LOPES JR., 2006, p. 7).

Essa face justiceira da Mídia é examinada por Márcio Thomaz Bastos (1999, p. 115-116):

> Levar um réu a julgamento no auge de uma campanha de mídia é levá-lo a um linchamento, em que os ritos e fórmulas processuais são apenas a aparência da justiça, encobrindo os mecanismos cruéis de uma execução sumária. Trata-se de uma pré-condenação, ou seja, a pessoa está condenada antes de ser julgada, tal como bem definido no *Black's Law Dictionary*; no verbete Trial by news media: "É o processo pelo qual o noticiário da imprensa sobre as investigações em torno de uma pessoa que vai ser submetida a julgamento acaba determinando a culpabilidade ou a inocência da pessoa antes de ela ser julgada formalmente".

A concretização do fenômeno do *trial by media* acarreta a mudança do *locus* de julgamento: cria-se um juízo paralelo que, embora mais célere, repudia as garantias do increpado. Em meio a esse quadro, opera-se uma inversão na mente das pessoas, já que o "comando sentencial condenatório" é passado em julgado antes mesmo do fim da instrução processual.

Os ingredientes para a implementação do *trial by media* são hauridos dos efeitos decorrentes do princípio da publicidade. Tal preceito tem sido usado pela mídia como algoz dos direitos processuais do penalmente acusado, vez que a transformação do processo em espetáculo possui uma tendência de privilegiar a versão acusatória. Habermas (1984, p. 241-242) diagnostica no fenômeno uma inversão no princípio crítico da publicidade: ao invés de servir como freio ao exercício arbitrário do *jus puniendi* estatal, os *mass media* laboram cada vez mais com o intuito de trabalhar os processos para atender ao desejo de entretenimento dos consumidores.

Dentre as garantias processuais constitucionais esmorecidas pela cobertura midiática do processo penal, figura o princípio do estado de inocência. Ora, a presunção ou estado de inocência nada mais é que uma presunção política, assegurando o *status libertatis* do acusado em face do interesse coletivo de punição criminal (VIEIRA, 2003, p. 171). Nessa perspectiva, "o processo penal deixa de ser um mero instrumento de realização da pretensão punitiva do Estado, para se transformar em instrumento de tutela da liberdade" (SCHREIBER, 2008, p. 189).

Ocorre que a imprensa, ao exibir pessoas acusadas de envolvimento em fatos criminosos numa fase incipiente das investigações, monta uma exposição de tal forma deturpada que acaba por neutralizar o princípio da presunção de inocência e, ao submeter o indivíduo a um precoce julgamento público, subverte o preceito em foco em privilégio de uma verdadeira presunção de culpabilidade.

O sensacionalismo midiático desperta na sociedade um arroubo vingativo e, conseqüentemente, uma demanda irascível por uma resposta repressiva do Direito Penal. A opinião pública vislumbra o encarceramento provisório como uma antecipação da pena[8], antepondo o término do processo penal ao seu início.

Pressionados pelo alarma social fomentado pela mídia, os magistrados socorrem-se do conceito aberto da expressão *ordem pública*, elencado pelo art. 312 do Código de Processo Penal como fundamento da prisão preventiva, para decretar a prisão de réus com o implícito propósito de atender ao clamor público.

O clamor social, por vezes, esconde-se sob o conceito de ordem pública, cabendo ao magistrado avaliar se esta foi realmente afetada ou se o foi apenas pelo noticiário (TOURINHO FILHO, 2006, p. 614). Quan-

[8] Segundo Batista (2002, p. 276), a pena, no capitalismo tardio, apresenta-se como "um recurso epistemológico, como instrumento de compreensão do mundo". Tratar-se-ia a sanção penal, portanto, de um recurso para restabelecer a confiança do cidadão no sistema judiciário.

do o segregamento preventivo é decretado com o escopo precípuo de abrandar o rogo popular pela antecipação da punição ao suposto culpado, a prisão perde o viés de cautelaridade que deveria circundá-la, vez que um provimento cautelar visa assegurar a eficácia do processo principal.

Não obstante a interferência dos *mass media* seja mais notória durante o trâmite do inquérito processual e do processo penal, é mister atentar também para a exposição midiática de indivíduos já sentenciados.

A Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84), com o propósito de impedir investidas tendentes a frustrar a reintegração social do preso, catalogou a "proteção contra o sensacionalismo" no rol de direitos do preso (art. 41, inciso VIII) e proscreveu a exposição do preso "à inconveniente notoriedade durante o cumprimento da pena" (art. 198).

Donde, a doutrina aventa a existência de um direito ao esquecimento como limite à liberdade de informação jornalística. Através do direito ao esquecimento, objetiva-se reintegrar o ex-presidiário na sociedade, que poderia ser comprometido com a indiscrição da imprensa durante a fase executória da pena.

3.4. Princípio da proporcionalidade como instrumento pacificador

A harmonização do choque axiológico entre liberdade de expressão e garantias individuais do acusado deve ser feita com cautela, haja vista que, se por um lado aquela é um dos baluartes do regime democrático, por outro, estas também não podem ser amesquinhadas, por serem princípios reitores do Estado de Direito.

Considerando que ambos os valores supra aludidos têm raízes constitucionais, torna-se imperioso fazer uma leitura dialética da Carta Magna, em busca de fundamentos também constitucionais para dirimir o prélio axiológico posto. Sobre o assunto, preleciona Barroso (2008, p. 357-358):

> A dificuldade que se acaba de descrever já foi amplamente percebida pela doutrina; é pacífico que casos como esses não são resolvidos por uma subsunção simples. Será preciso um raciocínio de estrutura diversa, mais complexo, que seja capaz de trabalhar multidirecionalmente, produzindo a regra concreta que vai reger a hipótese a partir de uma síntese dos distintos elementos normativos incidentes sobre aquele conjunto de fatos. De alguma forma, cada um desses elementos deverá ser

> considerado na medida de sua importância e pertinência para o caso concreto, de modo que na solução final, tal qual em um quadro bem pintado, as diferentes cores possam ser percebidas, ainda que uma ou algumas delas venham a se destacar sobre as demais. Esse é, de maneira geral, o objetivo daquilo que se convencionou denominar *técnica da ponderação.*

Percebe-se que o desenlace desse suposto conflito de normas principiológicas deve ser perquirido à luz da realidade concreta subjacente, já que as normas aplicáveis estão abstratamente no mesmo plano hierárquico.

Portanto, os direitos fundamentais que, sacramentados sob a roupagem de princípios constitucionais, coabitam harmonicamente num espectro abstrato (externando a unidade do sistema jurídico), por vezes se apresentam em posições antagônicas quando transpostos para o plano concreto, razão pela qual demandam a intervenção de um fator compatibilizante.

Esse ingrediente harmonizador é encontrado na técnica da ponderação, assim entendido o procedimento racional que, a partir da identificação de uma conjuntura normativa colidente, passa a aferir o peso que cada princípio vai exercer diante de um caso concreto, ditando a prevalência de um preceito em detrimento do outro na hipótese examinada.

Nessa atividade "eletiva", deve se ter em mente a preservação máxima do núcleo essencial de cada um dos princípios em pauta, vez que a preterição de um deles num caso específico não implica seu alijamento da ordem jurídica; pelo contrário, o preceito "rejeitado" – em parte ou no todo – mantém-se hígido e passível de ser aplicado em outras situações.

Ora, não há preceitos absolutos, passíveis de serem acatados irrestritamente em qualquer ocasião. A existência de uma situação colidente em potencial faz emergir a necessidade lógica de um princípio da proporcionalidade, como forma de preservação dos direitos fundamentais em jogo.

Em sentido estrito, a proporcionalidade traduz a obrigação de que a ingerência em um direito fundamental seja motivada por causas tão graves quanto o vilipêndio a ele imposto. Em outras palavras, deve haver um equilíbrio entre os efeitos positivos do valor sobrelevado e o ônus infligido ao preceito antagônico.

Assim, no que tange à exploração midiática de incidentes de re-

percussão criminal, deve ser perquirido se o escopo de garantir o devido processo legal justifica eventual restrição à cobertura da imprensa. Trata-se de indagações palpitantes: "As vantagens causadas pela promoção do fim são proporcionais às desvantagens causadas pela adoção do meio? A valia da promoção do fim corresponde à desvalia da restrição causada?" (ÁVILA, 2005, p. 124).

Esse estágio da ponderação requer maior cautela, vez que dá margem à subjetividade do intérprete, influenciado por seu repertório de valores e impressões pessoais. Para evitar essa "contaminação", há de ser perquirida uma solução que se pretenda universal e busque a concordância prática, diminuindo ao máximo o sacrifício do direito fundamental em oposição (SCHREIBER, p. 41-42).

Conclui-se, pois, que o ordenamento jurídico não profetizou soluções apriorísticas em matéria de colisão de princípios constitucionais. Ao refletir sobre o sopesamento dos preceitos colidentes quando a mídia passa a se ocupar ativamente de eventos delitógenos a serem apreciados pelo Poder Judiciário, Sérgio Ricardo de Souza (2008, p. 143-144) obtempera:

> Essa é uma situação típica onde a melhor solução se encontra na aplicação da ponderação de valores, através do critério exalado do princípio da proporcionalidade, como forma de definição do bem jurídico que deve preponderar, se a proteção da honra, refletida através do nome ou da imagem vinculados a um fato caracterizar infração de natureza penal e, por via de conseqüência, a própria garantia da personalidade como um reflexo da dignidade da pessoa humana daquele investigado, ou, a liberdade de informação jornalística, exercida neste caso com o objetivo precípuo de bem informar à sociedade sobre os riscos que cada um de seus membros estaria correndo em face de o investigado encontrar-se solto; ou mesmo da desmoralização do sistema judiciário estatal em face de um remisso em cumprir as normas sociais se esquivar de submeter-se ao procedimento estatal legalmente criado para investigar a sua conduta.

O princípio da proporcionalidade apresenta-se, enfim, como o instrumento pacificador das tensões detectadas ao longo do presente estudo. Para se chegar a um desenlace mais próximo ao ideal de justiça, é mister enxergar a problemática sob a lente da dignidade da pessoa humana.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A mídia, assim como o sistema penal, constitui uma forma de controle social institucionalizado. Em face do hiato existente entre o Judiciário e o homem comum, os veículos midiáticos assumem a função de decodificar a linguagem técnico-jurídica e, no exercício desse mister, findam por se travestir num verdadeiro tribunal popular.

Por um lado, a liberdade de informação jornalística é princípio inarredável de um Estado que se pretende democrático, pois, ao tornar transparente a atuação dos órgãos estatais, permite o engendramento de uma sociedade participativa. Donde, deve ser arredada qualquer tentativa de estabelecer uma censura às atividades dos meios de comunicação.

Porém, sob outro prisma, urge reconhecer que a desmesurada cobertura jornalística sobre um fato penalmente acoimável pode acarretar graves danos aos direitos da personalidade da pessoa exposta como suspeita. Se os pormenores do incidente delitógeno não forem narrados de maneira responsável, corre-se o risco de atingir a intimidade, a honra e a imagem do indivíduo investigado ou processado, num flagrante desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

É imperioso que a comunidade jurídica comece a refletir sobre a ingerência dos meios de comunicação no funcionamento do Sistema de Justiça Criminal, a fim de identificar os problemas que hodiernamente fragilizam o Estado Constitucional de Direito num viés de recrudescimento da sanha punitiva estatal.

Enfim, o liame entre mídia e sistema penal é permeado, em toda sua extensão, por conflito de valores de matiz constitucional, não existindo parâmetros preestabelecidos e absolutos para o equacionamento da relação. Donde, a solução desse enfrentamento deve ser buscada à luz da casuística e através da técnica da ponderação. Apenas o sopesamento de princípios diante do caso concreto poderá conduzir o aplicador do Direito a uma solução mais afinada com os ideais de justiça.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Fábio Martins de. **Mídia e Poder Judiciário:** A influência dos Órgãos da Mídia no Processo Penal Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Os direitos do preso e a mídia. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, v. 10, n. 114, p. 7-10, mai. 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

BASTOS, Márcio Thomaz. Júri e Mídia. In: TUCCI, Rogério Lauria (org). **Tribunal do Júri**: Estudo Sobre a Mais Democrática Instituição Jurídica Brasileira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 112-116.

BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. **Discursos Sediciosos:** Crime, Direito e Sociedade, Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, ano 7, nº 12, p. 271-288, 2º semestre de 2002.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. Caso Isabella: violência, mídia e direito penal de emergência. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, ano 15, n. 186, mai. 2008.

_____. Os discursos de emergência e o comprometimento da consideração sistêmica do direito penal. **Boletim IBBCRIM**, São Paulo, ano 16, n. 190, p. 17, set. 2008.

BONJARDIM, Estela Cristina. **O acusado, sua imagem e a mídia**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

BUCCI, Eugênio. Sociedade de consumo ou consumo de preconceitos. In: LERNER, Julio (ed). **O Preconceito**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 1996/1997. p. 33-55.

CARVALHO, Natália Oliveira de. Trial by media: o sistema penal é a pauta! **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, ano 15, n. 185, abr. 2008.

CASTELLAR, João Carlos. Violência, imprensa e mudanças na lei penal. **Discursos Sediciosos**: Crime, Direito e Sociedade. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, ano 7, nº 12, p. 319-323, 2º semestre de 2002.

CENEVIVA, Walter. In: SEGISMUNDO, Fernando (Coord.). Dois "ismos" perigosos: denuncismo e sensacionalismo. **Revista CEJ**, Brasília, nº 20, p.17-22, jan.-mar. 2003. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/revista/numero20/artigo3.pdf>. Acesso em: 26 mai 2008.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª Ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2008.
DINES, Alberto. Mídia, Civilidade, Civismo. In: LERNER, Julio (ed). **O Preconceito**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 1996/1997. p. 57-72.
DOTTI, René Ariel. **Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação:** Possibilidades e Limites. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
ERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
GOMES, Luiz Flávio. Mídia, segurança pública e Justiça criminal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1628, 16 dez. 2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10768>. Acesso em: 13 mai 2008.
GUERRA FILHO, Willis Santiago. Hermenêutica Constitucional, Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). **Hermenêutica Plural**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 391-412.
HABERMAS, Jürgen. **Mudança Estrutural da Esfera Pública**: Investigação quanto a uma categoria da sociedade burguesa. Trad: Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.
IBIAPINA, Humberto. A mídia versus o direito à imagem, na investigação policial . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 36, nov. 1999. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=151>. Acesso em: 26 mai 2008.
IMPRENSA. In: Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. Disponível em <http://www.houaiss.uol.com.br>. Acesso em 26 mai 2008.
KARAM, Maria Lúcia. **De Crimes, Penas e Fantasias**. 2 ed. Niterói: LUAM, 1993.
LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal:** Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional. 4ª ed. rev, atual. e amp. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
MATTEUCCI, Nicola. Opinião Pública. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (Org). **Dicionário de Política.** Vol. 2. Trad: Carmem C. Varriale et. al. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1992. p. 842-845.
MENDONÇA, Kleber. A não-voz do criminoso: o Linha Direta como crônica moral contemporânea. **Discursos Sediciosos:** Crime, Direito e Sociedade. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, ano 7, nº 12, p. 333-346, 2º semestre de 2002.
MÉRO, Carlos. **A prestação jurisdicional, mídia e opinião pública**. Dis-

ponível em:<http://www.usinadeletras.com.br/exibelotexto.phtml?cod=1192&cat=Ensaios>. Acesso em: 26 mai 2008.
MÍDIA. In: Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. Disponível em <http://www.houaiss.uol.com.br>. Acesso em 26 mai 2008.
MOREIRA, Reinaldo Daniel. Mídia, liberdade de expressão e direito penal. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, ano 15, n. 182, p.8, fev. 2008.
MORETZSOHN, Sylvia. **O fetiche da velocidade no jornalismo do "tempo real"**. Sala de Prensa – Web para profesionales de La comunicación iberoamericanos, año III, vol. 2, nº 38, dez 2001. Disponível em: <http://www.saladeprensa.org/art295.htm> Acesso em 26 mai 2008.
_____. O caso Tim Lopes: o mito da "mídia cidadã". **Discursos Sediciosos:** Crime, Direito e Sociedade. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, ano 7, nº 12, p. 291-314, 2º semestre de 2002.
NALINI, José Renato. A formação do juiz e seu relacionamento com as partes, servidores e a imprensa. **Revista CEJ**. Brasília, nº 13, p. 163-167, jan-abr 2001. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/revista/numero13/painel5.pdf>. Acesso em 30 mai 2008.
PALMA, Marcio Gestteira. Os tribunais da mídia. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, v. 13, n. 158, p. 10-11, jan. 2006.
ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. Mídia, processo penal e dignidade humana. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, v. 11, n.n. esp., p. 2-3, out. 2003.
SCHREIBER, Simone. **A Publicidade Opressiva de Julgamentos Criminais**. 1 ed. São Paulo: Renovar, 2008.
SENA, Marta Pinheiro de Oliveira. **Lei de Crimes Hediondos:** Um Modelo de Legislação Simbólica. Disponível em: <www.ibccrim.org.br>. Acesso em 08 out 2008.
SENDEREY, Israel Drapkin. **Imprensa e Criminalidade.** Trad. Ester Kosovski. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1983.
SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. A Finalidade da Sanção Penal. In: _____. **Teoria da Pena:** finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 124-150.
_____. Mídia e Crime. In: _____. **Teoria da Pena:** finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 374-392.
SHECAIRA, Sérgio Salomão. A mídia e o Direito Penal. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, n. 45, p. 16, ago. 1996.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A mídia e a lei da mordaça. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, n. 94, set. 2000.
SODRÉ, Muniz. A sedução dos fatos violentos. **Discursos Sediciosos: Crime**, Direito e Sociedade. Rio de Janeiro: Relume Dumará, Instituto Carioca de Criminologia, ano 1, nº 1, p. 207-214, 1º semestre de 1996.
SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Controle Judicial dos Limites Constitucionais à Liberdade de Imprensa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
STOPPINO, Mario. Ideologia. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (Org). **Dicionário de Política**. Vol. 1. Trad: Carmem C. Varriale et. al. 7. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995. p. 585-597.
TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**. Série Concursos Públicos. Vol. 1. 2ª Ed. São Paulo: Editora Método, 2006.
TORON, Alberto Zacharias. Imprensa investigativa ou instigativa? **Revista CEJ**. Brasília, nº 20, p. 9-16, jan-mar 2003. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/revista/numero20/artigo2.pdf>. Acesso em 26 mai 2008.
TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.
VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo Penal e Mídia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Trad: Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DIREITO À SAÚDE - PACIENTE EM ESTADO GRAVE QUE NECESSITA DE TRATAMENTO FORA DO DOMICÍLIO - TFD

APELAÇÃO CRIMINAL TOMBADA SOB O Nº. 2008307464, OFERTADA NOS AUTOS DA AÇÃO PENAL Nº. 200577021021, NA QUAL SE IMPUTA A EX-PREFEITO A PRÁTICA DE CRIME DE RESPONSABILIDADE

Prêmio Melhor Arrazoado Forense 2009

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DIREITO À SAÚDE - PACIENTE EM ESTADO GRAVE QUE NECESSITA DE TRATAMENTO FORA DO DOMICÍLIO - TFD.

José Rony Silva Almeida**

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE, por conduto do seu representante na Promotoria de Justiça da Saúde e Núcleo dos Direitos à Saúde, no exercício das atribuições institucionais de Proteção e Defesa da Saúde Pública, com base nas peças informativas em anexo e fulcrado nas disposições dos artigos 129, III, da Constituição Federal, 118, III, da Constituição do Estado de Sergipe, nas Leis Federais nº s 8.080, de 19 de setembro de 1990, 7.347, de 24 de Julho de 1985, 8.625, de 12 de Fevereiro de 1993, art. 25, IV, alíneas "a" e "b" e na Lei Complementar Estadual nº 02, de 12 Novembro de 1990, art. 44, IV, alíneas "a" e "b", vem promover a presente

AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER, OBJETIVANDO O RESPEITO DO DIREITO À SAÚDE, ESPECIFICAMENTE DE PACIENTE EM ESTADO GRAVE COM NECESSIDADE DE TRANSFERÊNCIA PARA TRATAMENTO EM OUTRO DOMICÍLIO - TFD, COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA, em face do ESTADO DE SERGIPE, pessoa jurídica de direito público, que deverá ser citado através da sua Procuradoria Geral, com sede na Praça Olímpio Campos n.º 14, Centro, Aracaju/SE, pelas razões de fato e de direito a seguir expostas:

I - Dos fatos

No dia 11 novembro de 2008 o senhor O. S. S. protocolou a reclamação tombada sob o n.º 12.08.01.0364, dando conta que no dia 02 de outubro de 2008, a sua filha, A. F. O. S., adolescente com 17 (DEZESSETE) anos de idade, foi vítima de acidente automobilístico que resultou em trauma cranioencefálico, com grande perda de massa encefálica, pugnando, em virtude do quadro neurológico e da necessidade de terapia secundária para reabilitação, NÃO DISPONÍVEL EM NOSSO ESTADO, que o

* Prêmio Melhor Arrazoado Forense 2009.

**Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Sergipe

Ministério Público adotasse as medidas pertinentes no sentido de assegurar a transferência, da UTI do hospital João Alves Filho, para hospital no Estado de São Paulo, através de UTI móvel, objetivando a conclusão do tratamento.

Diante da gravidade do fato foi designada audiência pública para o mesmo dia em que foi protocolada a reclamação, onde, depois de explanado mais uma vez a situação e a necessidade urgente da referida transferência, foi expedida recomendação e firmado ajuste, com o Estado de Sergipe, nos seguintes termos:

"... apresentando nesta oportunidade Relatório médico subscrito pelo neurocirurgião J. D. C. L, lotado no Hospital J. A. F onde justifica a transferência "DEVIDO A GRAVIDADE DO QUADRO NEUROLÓGICO E A NECESSIDADE DE TERAPIA SECUNDÁRIA PARA REABILITAÇÃO QUE NÃO SE ENCONTRA DISPONÍVEL NO ESTADO". Consta ainda do relatório subscrito pelos médicos S. M. M. e G. S. que "em caso de transferência para outro Hospital deverá fazer uso de UTI móvel/terrestre e/ou aérea, com presença de médico na unidade de transporte. Finalizando, foi também apresentado relatório de médico infectologista dizendo da necessidade de cuidados para isolamento da paciente durante o transporte, em UTI móvel.

Pela representante do CASE foi dito da impossibilidade de deferir o tratamento fora do domicílio, por não se encontrar disciplinado em protocolo o transporte via UTI aérea.. ASSIM, PELO REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO FOI DITO QUE DIANTE DA GRAVIDADE DO QUADRO DA PACIENTE E A NECESSIDADE DE URGÊNCIA DA TRANSFERÊNCIA SOLICITADA, RECOMENDAVA QUE O ESTADO DE SERGIPE, ATRAVÉS DOS MEIOS NECESSÁRIOS E COMO FORMA DE ASSEGURAR A SOBREVIVÊNCIA DA PACIENTE, PROVIDENCIASSE O TFD, UTILIZANDO DE UTI AÉREA, POR CONTA DO RISCO DE MORTE VERIFICADO, E EM VIRTUDE DO LONGO DESLOCAMENTO ATÉ O ESTADO DE SÃO PAULO, FICANDO ASSIM AJUSTADO QUE NO PRAZO DE ATÉ 48 (QUARENTA E OITO HORAS) SERÁ REALIZADA A TRANSFERÊNCIA PRETENDIDA, SOB PENA, EM CASO DE DESCUMPRIMENTO, DO PAGAMENTO DE MULTA DIÁRIA NO VALOR DE 5.000,00 (CINCO MIL REAIS).

Pois bem, em que pese o acordado, até o dia de hoje, 18 de novembro de 2008, a transferência não foi realizada, para angustia e desespero da família da paciente, informando o Estado de Sergipe, através do

ofício n.º 3932/2008(anexo) que autorizou a transferência via transporte aéreo-médico, porém, como não encontrou hospital da rede pública, conveniada ou contratada do SUS, conforme termos da portaria n.º 55, do Ministério da Saúde, NÃO EXISTE A POSSIBILIDADE DE INSERÇÃO DA MESMA NO PROGRAMA DE TRATAMENTO FORA DO DOMICÍLIO, O QUE INVIABILIZA A PRETENDIDA TRANSFERÊNCIA AÉREA, MESMO JÁ TENDO SIDO AUTORIZADA PELA SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE.

Em suma, temos aqui a chamada vitória pírrica, "expressão utilizada para demonstrar uma vitória obtida a alto preço, potencialmente acarretadora de prejuízos irreparáveis". Autoriza-se a transferência aérea, solicitada por médico do Sistema único de Saúde, mas não se disponibiliza o Hospital para tratamento. Ou será que se imaginava que a paciente iria apenas passear na cidade de São Paulo, ou mesmo continuar o seu tratamento na UTI aérea? E o que é mais grave, uma simples portaria que tem por objeto disciplinar o Tratamento Fora do Domicílio - TFD, é usada como argumento para se sobrepor à Constituição Federal, que assegura o direito à saúde e à vida. Ora, se não foi encontrado hospital na rede pública, conveniada ou contratada, no Estado de São Paulo, que se busque em outro locais do País, ou mesmo na rede privada, posto que se há chance de sobrevivência da paciente, portaria alguma pode negar-lhe o direito de continuar a luta pela vida.

II - Do direito à vida e à saúde garantidos pela Constituição Federal e Legislação da Saúde

> Constituição Federal.
> Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.
>
> Lei n.º 8080/90.
> Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.
> §1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços

para a sua promoção, proteção e recuperação.
Art. 6º Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS):
d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica
Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:
I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;
II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema.
Art. 24 - Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde - SUS poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada".

O direito à saúde encontra-se insculpido como postulado fundamental da ordem social brasileira no art. 6º da Carta Constitucional. Os arts. 196 a 200 esclarecem o papel do Estado na assistência à saúde, sendo que o art. 198 define o Sistema Único de Saúde (SUS). Tais dispositivos constitucionais foram regulamentados através da Lei nº 8.080/90, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde; a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes.

O art. 196 é um daqueles dispositivos da Constituição que, tradicionalmente, seriam considerados meramente programáticos, a despeito de qualificar a saúde como "direito de todos e dever do Estado". Isto porque o termo saúde, à vista de seu caráter genérico, dificulta a definição de um campo preciso de sindicação. Em tese, seria possível aventar uma infinidade de medidas que contribuiriam para a melhoria das condições de saúde da população, decorrendo daí a necessidade de se precisar que meios de valorização da saúde poderiam ser postulados judicialmente (Alexy, Teoría de los Derechos Fundamentales, cit., p. 483 e s.; Ingo Sarlet, A Eficácia dos Direitos Fundamentais, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 297).

Ocorre que a Justiça Brasileira, inclusive os Tribunais Superiores, inspirados na doutrina do Estado-Social e no Princípio da Dignidade Humana, dentre outros, tem conferido ao citado dispositivo eficácia jurídico positivo imediata, *verbis:*

> AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - SAÚDE PÚBLICA - INTERNAÇÃO EM UTI - AUSÊNCIA DE LEITOS - OMISSÃO DO PODER PÚBLICO - REQUISITOS DO ART. 461 CONFIGURADOS - TUTELA ANTECIPATÓRIA CONCEDIDA - ADMISSIBILIDADE - AGRAVO IMPROVIDO - DECISÃO UNÂNIME. Sendo dever do Estado propiciar tratamento médico à população, deve ser mantida a tutela concedida para internação em CTI de qualquer hospital, às expensas do SUS". (TJMT - 3ª Cam. Civ. AI n. 33867/2003, Capital, Rel. Des. José Jurandir de Lima, j. 18/02/2004).
> "Em se tratando de questão ligada à prestação saúde, é admissível a antecipação de tutela contra o Poder Público. Correta a decisão que concedeu antecipação de tutela para internação de pessoa com grave problema de saúde em hospital particular, sob a responsabilidade do Estado, quando inexistente, na rede pública, clínica médica especializada para o tratamento, posto que a saúde é direito de todos e dever do Estado". (TJMT - 2ª Cam. Civ. - AI n. 34943/2003, Capital, Rel. Des. José Silvério Gomes, j. 08-06-2004) (grifei)
> PROCESSUAL CIVIL. OFENSA AO ART. 535. INOCORRÊNCIA.
> TUTELA ANTECIPADA. MEIOS DE COERÇÃO AO DEVEDOR (CPC, ARTS. 273, §3° E 461, §5°). FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. CONFLITO ENTRE A URGÊNCIA NA AQUISIÇÃO DO MEDICAMENTO E O SISTEMA DE PAGAMENTO DAS CONDENAÇÕES JUDICIAIS PELA FAZENDA. PREVALÊNCIA DA ESSENCIALIDADE DO DIREITO À SAÚDE SOBRE OS INTERESSES FINANCEIROS DO ESTADO.
> 1. Não viola o artigo 535 do CPC, nem importa em negativa de prestação jurisdicional o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta.

2. É cabível, inclusive contra a Fazenda Pública, a aplicação de multa diária (astreintes) como meio coercitivo para impor o cumprimento de medida antecipatória ou de sentença definitiva de obrigação de fazer ou entregar coisa, nos termos dos artigos 461 e 461A do CPC. Precedentes.
3. Em se tratando da Fazenda Pública, qualquer obrigação de pagar quantia, ainda que decorrente da conversão de obrigação de fazer ou de entregar coisa, está sujeita a rito próprio (CPC, art. 730 do CPC e CF, art. 100 da CF), que não prevê, salvo excepcionalmente (v.g., desrespeito à ordem de pagamento dos precatórios judiciários), a possibilidade de execução direta por expropriação mediante seqüestro de dinheiro ou de qualquer outro bem público, que são impenhoráveis.
4. Todavia, em situações de inconciliável conflito entre o direito fundamental à saúde e o regime de impenhorabilidade dos bens públicos, prevalece o primeiro sobre o segundo. Sendo urgente e impostergável a aquisição do medicamento, sob pena de grave comprometimento da saúde do demandante, não se pode ter por ilegítima, ante a omissão do agente estatal responsável, a determinação judicial do bloqueio de verbas públicas como meio de efetivação do direito prevalente.
5. Recurso especial parcialmente provido.
(REsp 840.912/RS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/02/2007, DJ 23/04/2007 p. 236).

ADMINISTRATIVO - RECURSO ESPECIAL - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - BLOQUEIO DE CONTAS DO ESTADO - POSSIBILIDADE.
1. Tem prevalecido no STJ o entendimento de que é possível, com amparo no art. 461, § 5°, do CPC, o bloqueio de verbas públicas para garantir o fornecimento de medicamentos pelo Estado.
-
3. Recurso especial não provido.
(REsp 835.687/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/12/2007, DJ 17/12/2007 p. 160)
PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - SUBSTITUIÇÃO POR MEDIDA MENOS ONEROSA - ART. 461, § 5°, DO CPC - BLOQUEIO DE VALORES PARA ASSE-

GURAR O CUMPRIMENTO DA DECISÃO JUDICIAL - POSSIBILIDADE.

1. O bloqueio de valores na conta corrente do Estado, embora possa parecer mais rigoroso, apresenta-se como medida menos onerosa do quea imposição da multa diária. 2. A maioria dos componentes da Primeira Seção tem considerado possível a concessão de tutela específica para determinar o bloqueio de valores em contas públicas a fim de garantir o custeio de tratamento médico indispensável, como meio de concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida e à saúde. 3. Recurso especial não provido. REspREsp 868038 / RS RECURSO ESPECIAL 2006/0151203-0 Relator(a) Ministra ELIANA CALMON (1114) Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 27/05/2008. DJe 12/06/2008)

Ademais, ainda que se questionasse a alegada eficácia do art. 196 da Constituição como supedâneo para o pedido de fornecimento estatal de medicamentos e outros produtos necessários à integralidade da saúde, resta tal óbice ultrapassado quando se tem em mente o art. 6°, I, d da Lei n° 8.080/90 que, de modo peremptório, inclui no campo de atuação do SUS "a execução de ações de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica". Ainda que se compreenda o preceito constitucional como norma programática, impende reconhecer que foi evidente o propósito do legislador de densificá-la, dirimindo qualquer dúvida quanto à existência de um direito subjetivo ao amparo terapêutico e farmacêutico.

Aliás, já teve o STF a oportunidade de afirmar que entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde [...] ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, [...]razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção [...]. RE 273.834/RS, Rel. Min. Celso de Mello. A atividade burocrática que cerca a implementação do fornecimento estatal de medicamentos (notadamente aquela ligada à previsão e ao controle orçamentários), de fato, pode ceder espaço a outras normas sobranceiras (prioritárias por imperativo constitucional ou jusfundamental) quando de sua aplicação, mas nem por isso deve ser considerado um "problema secundário" ou burocrático.

Sobre o tema, valiosas as lições de Marcos Maselli Gouvêa, Pro-

motor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Mestre em Direito Público pela UERJ, *verbis:*

> Se no tocante às omissões legislativas a farmacologia jurídica ainda não proporciona a cura de todos os males, conforme há anos já advertia Luís Roberto Barroso, também jurídicos, e não só medicinais, são os remédios que escasseiam no âmbito das omissões administrativas.
>
> Em nosso país, as omissões administrativas relacionadas ao fornecimento de medicamentos têm ganho destaque junto às cortes, já correspondendo a porcentagem considerável dos feitos que tramitam nas varas de fazenda pública. A despeito das diversas regras constitucionais, legais e regulamentares que prevêem o direito à ampla assistência farmacêutica, tem-se assistido às reiteradas escusas da União, dos Estados e dos Municípios, o que conduz a um aprofundamento da reflexão acerca da densidade destas posições jurídicas.
>
> Ao longo do presente estudo, procurou-se demonstrar que é possível falar-se em verdadeiros direitos prestacionais ao fornecimento de remédios. Mais do que simples diretrizes para o legislador e o administrador público, a Constituição, a Lei nº 8.080/90 e outros diplomas positivos instituem posições jurídicas suscetíveis de invocação perante os órgãos jurisdicionais, conforme vem sendo ressaltado pelos tribunais superiores.
>
> É bem verdade que a noção de Estado Democrático pressupõe a outorga, aos mandatários eleitos do Poder Legislativo e Executivo, de uma esfera de poder discricionário dentro do qual poderão eleger as políticas públicas que implementarão, haja vista que os recursos de que dispõe o Estado para fazer face aos infinitos reclamos da sociedade é limitado. Reconhece-se, assim, que o âmbito de sindicabilidade do direito a medicamentos pode, excepcionalmente, ser restringido por este contingenciamento material, fenômeno que a doutrina denomina reserva do possível.
>
> Ainda que se admita o argumento da reserva do possível, é forçoso ter em mente, em primeiro lugar, que tal contingenciamento não se presume, devendo ser demonstrado pela Administração. Demais disto, mesmo diante de um quadro de carência financeira será possível determinar-se

coercitivamente a implementação de um direito prestacional - notadamente ao fornecimento de remédios - se as outras opções de investimento da Administração não possuírem o mesmo grau de prioridade. A prioridade de certas políticas públicas em relação a outras pode ter origem no direito positivo, como ocorre no âmbito do direito da infância e da juventude; na maioria das vezes, contudo, sua fonte repousa em considerações ligadas à teoria dos direitos fundamentais.

No caso dos remédios, é imperioso reafirmar que, além de qualquer decisão política, cumpre ao administrador público proporcionar o acesso irrestrito aos medicamentos de caráter essencial, vinculados à noção de mínimo existencial, indispensáveis à manutenção das condições de vida condigna do indivíduo. Nos limites deste patamar mínimo, a disponibilização ou não do medicamento deixa de ser matéria discricionária, tornando-se plenamente judiciável.

Vejamos também as inspiradoras palavras do Juiz Federal Leonardo Resende Martins:

O acesso à justiça, inscrito no rol dos direitos fundamentais, ainda clama por efetividade, que só será alcançada quando os cidadãos tiverem consciência de seus direitos e puderem contar com um Poder Judiciário aberto a demandas populares emergentes, cada vez mais complexas, reflexo das contradições que permeiam a sociedade. Para isto, é necessário que o operador jurídico, consciente de seu papel como agente de transformação social, abandone a feição retórico-legalista e o excessivo formalismo, que caracterizam a visão tradicional do direito, para, mediante uma hermenêutica flexível e criativa, construir uma 'práxis emancipatória', comprometida com a satisfação dos anseios da sociedade e com a concretização dos direitos fundamentais, sustentáculo da fórmula política do Estado Democrático de Direito.

Em matéria de direito à saúde, é possível perceber, felizmente, que o Judiciário está cada vez mais receptivo a chamar para si a responsabilidade, ainda que subsidiária, de concretizar a vontade constitucional. Os avanços são nítidos, apesar de ainda existirem alguns posicionamentos judiciais que preferem "varrer para debaixo do tape-

te" os problemas para os quais a sociedade clama por uma resposta jurisdicional.

A única crítica que pode ser feita refere-se ao déficit de consistência de algumas decisões, explicada em parte pela falta de estrutura da máquina judiciária e mentalidade privatista de alguns juízes.

A concretização do direito à saúde é um processo sem fim, que passa pelo comprometimento de inúmeras instâncias de poder, dentre as quais a esfera judicial é apenas uma delas, talvez a menos importante e que exige um comprometimento ético de toda as pessoas. Na verdade, o melhor seria que os Poderes Públicos levassem a sério a concretização dos direitos fundamentais e, com mais "vontade de Constituição", conseguissem oferecer um serviço de saúde de qualidade a toda a população, independentemente de qualquer manifestação do Poder Judiciário. Como atualmente essa situação ideal está longe de ser realidade, é imprescindível a atuação jurisdicional para que pelo menos aqueles que batem à porta da Justiça possam usufruir, na mínima dimensão desejável, o direito conferido pela Constituição.

Feliz será o dia em que não for mais necessária a intervenção judicial na concretização do direito à saúde. Enquanto esse dia não chega, resta ao Judiciário enfrentar o desafio com altivez e responsabilidade.

III - Do pedido de Tutela antecipada

Presentes estão, no caso, os pressupostos legais para a concessão da tutela antecipada, prevista no artigo 273 do Código de Processo Civil, quais sejam a verossimilhança da alegação e o fundado receio de dano irreparável (A MORTE DA PACIENTE). Ou será que se tal evento vier a ocorrer existirá algum processo de ressuscitação?

Enfim, a documentação carreada, inclusive a manifestação do próprio requerido, confirma a negativa do tratamento fora do domicílio. Ademais, sem o referido tratamento a paciente corre risco de morrer a qualquer momento.

Sobre a concessão de tutela antecipada contra o Poder Público, colacionamos os seguintes julgados:

"Cabe a tutela antecipada contra o Poder Público, exceto quando tenha como objeto pagamento ou incorporação de vencimentos ou vantagens"(STF-RDA 222/244).

" PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. APLI-

CAÇÃO DO ART. 557 DO CPC. POSSIBILIDADE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL. LEGITIMAÇÃO EXTRAORDINÁRIA DO PARQUET. ART. 127 DA CF/88. PRECEDENTES. TUTELA ANTECIPADA. MEIOS DE COERÇÃO AO DEVEDOR (CPC, ARTS. 273, §3° E 461, §5°). BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. CONFLITO ENTRE A URGÊNCIA NO TRATAMENTO E O SISTEMA DE PAGAMENTO DAS CONDENAÇÕES JUDICIAIS PELA FAZENDA. PREVALÊNCIA DA ESSENCIALIDADE DO DIREITO À SAÚDE SOBRE OS INTERESSES FINANCEIROS DO ESTADO. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.
(REsp 902.473/RS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/08/2007, DJ 03/09/2007 p. 136)

Diante do exposto, requer:

1 - Seja determinado ao Estado de Sergipe que no prazo de até 48 (QUARENTA E OITO) horas, considerando que o transporte aéreo já foi contratado, promova a transferência da paciente A. F. O. S., para ser submetida a tratamento fora do domicílio, que deverá ser realizado em hospital especializado e de acordo com a prescrição médica constante dos autos, seja público, contratado, conveniado, ou privado(neste caso às suas expensas), em unidade da Federação que disponha do citado tratamento, sob pena do pagamento de multa diária e pessoal da autoridade administrativa, responsável pelo ato omissivo, no valor de R$ 5.000,00 (CINCO MIL REAIS) e, ainda, do bloqueio de verbas públicas, para cumprimento da decisão, sem prejuízo das demais medidas pertinentes, nos termos do artigo 461,§ 5.° do CPC.

IV - Dos pedidos principais

1. A confirmação da Tutela Antecipada, com a condenação do Estado de Sergipe, na obrigação de fazer, consistente em assegurar o tratamento fora do domicílio da paciente A. F. O. S., pelo período em que for necessário, em hospital especializado e de acordo com a prescrição médica constante dos autos, seja público, contratado, conveniado, ou privado (neste caso às suas expensas), em unidade da Federação que disponha do citado tratamento, sob pena do pagamento de multa diária e

pessoal da autoridade administrativa, responsável pelo ato omissivo, no valor de R$ 5.000,00 (CINCO MIL REAIS) e, ainda, do bloqueio de verbas públicas, para cumprimento da decisão, sem prejuízo das demais medidas pertinentes.

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

Protesta provar o alegado por todos os meios de prova admitidos, em especial os documentos anexos e outros imprescindíveis, prova testemunhal, a ser arrolada no momento processual oportuno, e ainda as perícias necessárias.

Dá-se à causa o valor de R$ 10.000,00 (DEZ MIL REAIS).

Nestes termos,

Aguarda deferimento.

Aracaju, 18 de novembro de 2008.

José Rony Silva Almeida
Promotor de Justiça

APELAÇÃO CRIMINAL TOMBADA SOB O Nº. 2008307464, OFERTADA NOS AUTOS DA AÇÃO PENAL Nº. 200577021021, NA QUAL SE IMPUTA A EX-PREFEITO A PRÁTICA DE CRIME DE RESPONSABILIDADE*

Alex Maia Esmeraldo de Oliveira**

EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE,
COLENDA CÂMARA CRIMINAL,
PRECLAROS DESEMBARGADORES,
SENHOR(A) DESEMBARGADOR(A) RELATOR(A),
DIGNO (A) PROCURADOR (A) DE JUSTIÇA,

Processo criminal 00000000000000
Autor: Ministério Público
Réu: S O S

> *"É necessário ter bem presente no espírito que todos os processos criminais exibem, em maior ou menor escala, algum coeficiente de impureza dubidativa. É fenômeno sacramentalmente relacionado com nossas limitações epistemológicas. Esta premissa assentada, segue-se, como corolário, que é despropositado exigir, para o acolhimento da pretensão punitiva, grau absoluto de certeza (Trecho do voto do Rel. Des.Corrêa Moraes do TJSP na ap. 1.268.235/4, j. 27.07.2001).*
>
> *"Porque em todos os fatos que dependem do domínio da verdade histórica jamais se deixa atingir a verdade absoluta. Se a legislação recusasse sistematicamente admitir a certeza todas as vezes que uma hipótese contrária pudesse ser imaginada, se veriam impunes os maiores criminosos, e, por conseguinte, a anarquia (seria) fatalmente introduzida na sociedade" (Mittermaier, in Tratado da prova em matéria criminal, 3ª ed. Campinas, Bookseller, p. 66).*

* Menção Honrosa no Concurso Melhor Arrazoado Forense 2009, categoria Membro do Ministério Público – Peça Criminal.
** Promotor de Justiça do Ministério Público de Sergipe, com atuação funcional nas Promotorias de Nossa Senhora da Glória e Feira Nova.

I – Breve síntese da causa

Cuida-se no presente de ação penal intentada pelo Fiscal da Lei imputando ao acusado S O S a prática do delito insculpido no art. 1°, XIII do Decreto-Lei 210/67, que prevê os chamados crimes de responsabilidade dos Prefeitos.

A peça pórtico imputa ao sobredito réu nomeação, na qualidade de então Prefeito de Nossa Senhora da Glória, de duas pessoas sem realização de concurso público, quais sejam, J V S e JLOC.

A respectiva lide penal foi deflagrada com supedâneo em decisão exarada pela Justiça do Trabalho com jurisdição nesta Comarca, a qual reconheceu a nulidade dos vínculos por ofensa à regra constitucional do concurso público para ingresso no funcionalismo.

Foi ofertada defesa preliminar, a qual não teve o condão se sustentar a rejeição *in limine* da peça acusatória, dando-se prosseguimento ao feito com interrogatório do *improbus agenti*.

No curso da instrução foi ofertada manifestação ministerial, devidamente fundamentada, no sentido de recusar aplicação de sursis processual.

Deveras, embora o injusto em comento comporte, *prima ictus oculi*, a aplicação de instituto despenalizador consistente na propositura do sursis processual, conforme constatou o ilustre Promotor de Justiça de então (fls. 78/79) o denunciado já é frequentador assíduo das lides penais neste juízo, desatendendo as chamadas condições de mérito a usufruir tal benefício, como se colhe dos documentos acostados às fls. 80/82, acrescendo-se àqueles outras ações penais em seu desfavor elencadas nos extratos processuais que acompanham o presente.

O *Parquet* em derradeiras manifestações pugnou pela condenação, à vista da prova documental ofertada, ao passo que o réu limitou-se a reiterar a tese da excludente de ilicitude concernente ao exercício regular de um direito à nomeação das aludidas pessoas para cargo em comissão, limitando-se a infirmar a prova coligida na Justiça Laboral com questiúnculas acerca de divergência política, como se a sentença trabalhista fosse letra morta, sem valor para reconhecer as tão comuns nulidades de vínculo entre poder público e servidor de fato, ou noutras palavras, menosprezando o tirocínio do Juiz Trabalhista, o eminente Dr. JOSÉ AUGUSTO DO NASCIMENTO, para detectar tais fraudes ante o evidente desrespeito à exigência do concurso, sugerindo que aquele foi enredado por desavenças políticas.

A ilustre Defesa ainda pugnou pela absolvição por ausência de dolo, invocando boa-fé (*sic*), querendo, a rigor, confundir os princípio

relativos à responsabilidade civil e administrativa do *improbus agenti* com a dogmática penal, ignorando as regras elementares a nortear o elemento subjetivo a ser perquerido na caracterização dos ilícitos: dolo e culpa.

Sobreveio sentença condenatória às fls. 1123/1126, em fundamentação lançada em uma única página, circunstância rara em se cuidando da envergadura jurídica daquele exímio Julgador, sem enfrentar as diversas questões jurídicas que ora se apresentam nesta peça recursal, querendo querer este subscritor que o volume de trabalho da Comarca de Glória é excusa suficiente para aquele ato decisório.

II – Das normas aplicáveis, regramento constitucional. DL 201/67, Art. 1°, XIII. Delito de mera conduta. Dolo genérico.

Como sabemos a Constituição Federal estabelece que "os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei" (CF/88 – art. 37, I).

O acesso dar-se-á, obrigatoriamente, mediante "concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo, emprego ou função, na forma prevista em lei, ressalvadas apenas as nomeações para cargos em comissão, como tais declarados em lei de livre nomeação e exoneração" (CF/88 – art. 37,II, primeira parte).

No plano municipal a nomeação, a designação ou a genérica "admissão" de servidor que contrarie expressamente dispositivos ou normas constitucionais ou as leis locais, sujeita o Prefeito à pena de 03 meses a 03 anos de detenção, acarretando-lhe também a perda do cargo e a inabilitação, pelo prazo de 05 anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletiva ou de nomeação, sem prejuízo das reparações civis. É o que estabelece o art. 1°, inc. XIII, do DL 201/67.

Neste diploma legal o ilícito é denominado de "crime de responsabilidade", expressão equívoca, que não se confunde com o "crime de responsabilidade" referido na CF (v.g, art. 29-A, § 2° e 85), porque na realidade cuida-se de crime funcional e não de infração político ou política administrativa.

De acordo com a doutrina especializada, contém, o disposto no inciso XIII do art. 1° do DL 201/67, norma penal em branco institutiva de crime formal (por todos, Tito Costa – "Responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores" – pág. 97 e 103 – Ed. RT – 4ª edição – 2002), isto é, para sua

caracterização constitutiva o ilícito não demanda a ocorrência de dano material, prejuízo econômico ao erário municipal.

O increpado, que administrou o Município de Glória entre 1997 e 2003, não nega ter admitido os servidores apontados na denúncia no período que foi gestor. Sustenta, todavia, aqueles ingressaram nos quadros municipais para comporem sua "equipe de trabalho", daí presumindo-se que o provimento se voltaria para funções de confiança e cargos comissionados, de investidura precária, conforme permissivo constitucional previsto no 37, II, *in fine*.

Cumpre salientar, em momento algum o imputado suscitou em seu favor nomeação a título de contratação para satisfazer necessidade temporária de excepcional interesse público.

Com efeito, acaso tivesse suscitado esta causa excludente da ilicitude – estrito cumprimento de um dever legal, amparado em lei municipal autorizando a nomeação dos servidores - poder-se-ia falar em atipicidade formal da conduta, como se colhe do seguinte julgado:

> PREFEITO. CONTRATAÇÃO DE FUNCIONÁRIO TEMPORÁRIO. AUSÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO. LEI MUNICIPAL AUTORIZANDO. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL. É da competência municipal determinar os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária e de excepcional interesse público. Não há justa causa para a ação penal, quando o prefeito municipal com base em lei aprovada pela Câmara de Vereadores, ainda que não satisfaça os princípios constitucionais, contrata funcionário sem concurso público por tempo determinado para atender situação de interesse público, como o recolhimento do lixo[1]

Em verdade nobres Desembargadores, o acusado praticou a conduta típica, franqueando o ingresso dos multicitados servidores sem prévio concurso, extraindo de tal conduta o dolo genérico, pois que basta a vontade livre e dirigida a tal desiderato, vale dizer, houve nomeação em desconformidade com regra constitucional, extraindo-se dos autos que o réu era sabedor de tal circunstância, tanto que suscitou em sua autodefesa (interrogatório) que tais atos administrativos foram sem prévio certame, mas teriam sido lícitos, pois a admissão teria ocorrido para cargo comissionado, excepcionando a regra do concurso.

[1]Processo Crime Nº 696802727, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Danúbio Edon Franco, Julgado em 26/08/1997.

Assim agindo o ex-Prefeito, ora apelado, incorreu na reprimenda do delito de responsabilidade previsto no art. 1°. XIII do DL 201/67, cujo injusto não requer mais do que a mera vontade de realizar os elementos contidos na descrição penal, a teor destes elucidativos julgados:

> PREFEITO MUNCIPAL – CRIME DE RESPONSABILIDADE – CONTRATAÇÃO IRREGULAR DE SERVIDORES – DOLO GENÉRICO – DELITO DE MERA CONDUTA – Crime configurado. Desobediência à lei. Consunção. Configura-se o crime descrito no inciso XIII do art. 1° do Decreto-Lei n° 201/67 se o Prefeito Municipal, sem lei que o autorize, efetua contratações irregulares e desnecessárias de servidores para o trabalho municipal sem a realização de concurso público. O elemento subjetivo do crime é o dolo genérico, podendo a ação do agente, conforme o caso, revelar a existência de concurso material. O crime é de mera conduta. A ação do prefeito ao nomear, admitir ou designar servidor sem cumprir os mandamentos da lei configura por si mesma a infração penal, que se perfaz independentemente da produção de um resultado. Se o Prefeito desobedece à lei ao exercitar a contratação irregular, a conduta perfaz um único fato punível, ocorrendo a consunção. (TJMG – Proc-C 76.484/5 – 2ª C. Crim. – Rel. Des. José Arthur – J. 29.12.1988).

> "AÇÃO PENAL. JUSTA CAUSA. CONTRATAÇÃO DE PRESTADOR DE SERVIÇO SEM CONCURSO PÚBLICO. INCISO XIII DO DECRETO-LEI N° 201/67. Havendo lei municipal autorizadora da contratação, descabe assentar a justa causa para a ação penal. OS TIPOS DO DECRETO-LEI N° 201/67 PRESSUPÕEM O DOLO. HC deferido. Votação unânime" (STF, HC n° 73131-PR/Min. Marco Aurélio). (Grifos nossos).

> PROCESSO-CRIME DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA - PREFEITO MUNICIPAL - INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E PROPOSITURA DE AÇÃO PENAL - IMPOSSIBILIDADE - IMPEDIMENTO - INEXISTÊNCIA - NOMEAR, ADMITIR OU DESIGNAR SERVIDOR, CONTRA EXPRESSA DISPOSIÇÃO DE LEI – DOLO GENÉRICO - HIPÓTESE DE CRIME EM CONTINUIDADE DELITIVA - DENÚNCIA RECEBIDA. (TJMG, Proc. No.1.0000.07.449606-8/000(1), Rel. Sérgio Braga, jul. em 26/06/2007).

Como dito à exaustão, os tipos do decreto - Lei nº 201/67 exigem, para sua caracterização, dolo genérico do agente, sendo despropositado, à luz da descrição típica, falar em dolo específico ou especial intenção de agir de boa-fé[2] ou buscando satisfação de um interesse público[3], pontos estes com relevância apenas na ação de improbidade administrativa correlata, e quiçá poderão servir para a dosimetria da pena na esfera criminal.

Neste sentido, é a lição de Hely Lopes Meirelles[4], a quem coube, inclusive, a redação do projeto que resultou no mencionado Decreto ora em apreço:

> "Todos os crimes definidos nessa lei são dolosos, pelo quê só se tornam puníveis quando o prefeito busca intencionalmente o resultado, ou assume o risco de produzi-lo. Por isso, além da materialidade do ato, exige-se a intenção de praticá-lo contra as normas legais que o regem. O que se dispensa é a valoração do resultado, para a tipificação do delito".

Daí verifica-se presente, também, em compasso com as alegações ministeriais de fls. 95/99, o elemento subjetivo do tipo: o dolo (genérico), que, no caso, segundo João Gualberto Garcez Ramos, "é a vontade incoarctada de nomear, admitir ou designar servidor contra expressa disposição de lei", ou seja, violando "regra legal que o proibia de nomear, admitir ou designar ou que lhe permitia fazê-lo, desde que observados certos requisitos, desobedecidos na hipótese"[5].

Perfilham igual entendimento Alberto Silva Franco e outros:

> "O crime é de mera conduta. A ação do prefeito ao nomear, admitir ou designar servidor sem cumprir os mandamentos da lei, configura por si mesma a infração penal, que se perfaz independentemente da produção de um resultado" (Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial, Ed. RT, 6a. ed., 1997, vol. II, p. 1955).

---

[2] O STJ já pontificou que a discussão acerca da busca do interesse público na prática de ato administrativo, a boa-fé do agente, o dano ao erário, o enriquecimento indevido somente têm interesse na ação civil pública por ato de improbidade administrativa :" Processo Civil e administrativo. Contratação de Advogado para dar apoio jurídico às pessoas carentes da Comarca de Alpinópolis. Ausência de concurso público. Inocorrência de enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário, má-fé, dolo ou culpa." (REsp 1990/0115828-1, 2ª T., rel. Min. Franciulli Netto, j. 03. 06. 2003).

[3] Não é crível que a nomeação de uma recepcionista e de um encarregado de serviço apenas, para funções de menor relevância no organograma municipal, tenha inspiração de servir ao interesse público a ser atendido com urgência, molde a afastar a imposição de concurso.

[4] (Direito Municipal Brasileiro, pág. 576, 7ª edição, atualizada por Izabel Camargo Lopes Monteiro.e Yara Darcy Police Monteiro, 1994).

[5] RAMOS, João Gualberto Garcez Ramos. Crimes Funcionais de Prefeitos. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 76 e 75.

Em acréscimo tomemos de empréstimo a lição de Tito Costa ao discorrer sobre o tema em monografia consagrada:

> "ELEMENTO SUBJETIVO DO CRIME É O DOLO GENÉRICO, podendo a ação do agente, conforme o caso, revelar a existência de concurso material (art. 69 do CP) (..)." (In Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, 5ª ed., tomo II, 1995, pág. 1400). (Inovamos com destaques).

III- Absolvição. Descabimento. Nulidade das nomeações reconhecida pela Justiça especializada. Fraude. Dispensa ilícita de concurso. Cargo comissionado. Exercício de função diversa. Decretos *pro forma*.

A presente lide penal lastreou-se em elementos de convicção hauridos da Justiça do Trabalho, órgão jurisdicional com assento constitucional, dotado de competência material para decidir questões atinentes ao vínculo empregatício, quer envolva entes privados ou pessoas jurídicas de direito público.

Pois justamente no curso da lide trabalhista avultaram as evidências de nomeação ao arrepio do princípio constitucional de acessibilidade aos cargos públicos mediante concurso de provas e títulos.

Ora nobre Colegiado, a inconstitucionalidade dos vínculos dos citados obreiros, por ato administrativo praticado pelo Alcaide, ora recorrido, exsurge da própria defesa processual feita pela então Procuradora do Município no curso da reclamação trabalhista, cuja ênfase demonstra a consistência da tese acusatória, *litteris:*

> "Desde a nomeação do reclamante, em 01.10.01, até a data de sua exoneração, em 01.11.04, trabalhou o reclamante na limpeza de ruas e praças da cidade, tarefa incompatível com a nomeação acima delineada e, portanto, ao arrepio das normas legais que regem a matéria, haja vista que tal atividade descaracteriza os cargos em comissão, dada a natureza técnica destes últimos." (Trecho extraído da contestação trabalhista do Município na reclamação feita por JOSÉ VIEIRA, inserto às fls. 13 dos autos).

> "(..) Das provas trazidas pelo reclamado, vislumbra-se que o ato administrativo que o comissionou deu-se ao arrepio da lei, uma burla aos preceitos constitucionais praticada pelo responsável pela nomeação acima citada, haja vista que, com a finalidade primeira de beneficiar protegidos políticos através de salários, criou cargos em comissão ao invés de realizar concurso público para provimento de seus quadros funcionais." (Trecho extraído da contestação trabalhista do Município na reclamação

> feita por JOSÉ VIEIRA, inserto às fls. 13 dos autos). "Vale ressaltar, no presente caso, que enquanto a reclamante foi nomeada para a função de COORDENADORA DE PROGRAMAS, jamais desempenhou tal papel, uma vez que sempre atendeu o público, marcando a data para a realização de exames médicos." (Trecho extraído da contestação trabalhista do Município na reclamação feita por JOSEFA, inserto às fls. 36 dos autos).

Em acréscimo ao reconhecimento da ilicitude no ingresso dos ex-servidores em questão, colhe-se o clarividente pronunciamento judicial do Magistrado Trabalhista na sentença que deu lastro a esta ação penal, cuja contundência foi ignorada, *concessa venia*, pelo juízo prolator da absolvição ora contrastada, *in verbis*:

> " No entanto, como o reclamado suscitou a nulidade do contrato do obreiro por falta ou ausência do concurso público para ingresso da mesma no demando, urge salientar que em razão do descumprimento de norma constitucional, estatuída no art. 37 da Constituição Federal, este juízo declara nulo o contrato realizado pela reclamante com o reclamado, com efeitos *"ex tunc"*, fazendo jus ao obreiro apenas ao FGTS do período laboral, consoante entendimento do Enunciado 363 do C. TST." (Fls. 38 dos autos).

Por sua vez, não se quer aqui proceder a uma reviravolta na clássica lição que proclama a independência entre as instâncias jurisdicionais, sendo incontroverso que a instância penal é autônoma para discutir e valorar juridicamente fatos e seus respectivos meios de prova, sem estar atrelado a quaisquer questões prejudiciais objeto de deslinde perante a Justiça do Trabalho, situação esta sem enquadramento no art. 92, *caput* do CPP.

No entanto, é força convir que as provas documentais extraídas da lide trabalhista revelam que o próprio ente federativo, cuja chefia foi ocupada pelo réu, admitiu a nomeação daquelas pessoas sem prévio concurso, além de numa atitude de fraude aos princípios regentes da função administrativa, tê-las nomeado para cargo comissionado, cujas atribuições comezinhas – agente de limpeza e recepcionista - em nada se coadunam com a ocupação de cargo em comissão, este a exigir conhecimentos técnicos, especialização, enfim, a credenciar o postulante a funções de chefia, assessoramento e direção, como gizou o constituinte no art. 37, V da Carta Magna.

Este reconhecimento jurídico feito pelo ente municipal perante a Justiça do Trabalho, equivaleria, *data maxima venia*, a uma verdadeira "confissão" do próprio crime de responsabilidade do increpado.

Tanto mais é verdade que o Município de Glória nem se dignou em aviar recurso ordinário ao TRT no processo de J., inferindo-se desta inércia processual a resignação com a sanção trabalhista pelas nomeações inconstitucionais, certamente sabedor de que o rótulos de "Assessor, Coordenador de Programa e Encarregado de Serviço" avistáveis nos decretos encartados às fls. 66, 67, 69 e 70 eram meramente *pro forma*, ou nas eloqüentes palavras da Procuradora do Município textualmente:

> "Comissionamentos da espécie, MM Juiz, é uma excrescência, um imoralidade administrativa, devendo o ônus por atos insensatos, mesquinhos e inconsequentes ser imputado a quem lhes deu origem (...)". (Trecho da defesa judicial feita na reclamação trabalhista movida por J. residente às fls. 36) (Inovamos com grifos).

Em que pese o denunciado na defesa preliminar tenha persistido com a tese da nomeação daquelas pessoas para cargos em comissão, é nítido que os atos administrativos correlatos (docs. de fls. 63 *usque* 70) são, em verdade, documentos produzidos para maquiar a prática nefanda de lotear os cargos públicos com apaniguados, correlegionários, familiares e amigos do gestor local.

Por certo que esta Câmara Criminal não desconhece tal procedimento aviltante utilizado por diversos Prefeitos de, sob o pálio do permissivo constitucional que autoriza a nomeação *ad nutum* para cargos comissionados, indicar prosélitos e colaboradores para titularizarem aqueles, porém o fazem para funções que exigem investidura permanente, seja pelo princípio da continuidade do serviço público, a singeleza ou menor complexidade das atribuições, e finalmente, porque a investidura não impõe vínculo de confiança com o nomeante.

Tal desvirtuamento chegou ao ponto de em algumas cidades o quadro do funcionalismo contar com igual ou maior número de comissionados do que de efetivos, prática esta que vem sendo sindicada, combatida e corrigida pelo Ministério Público em defesa do patrimônio da coletividade.

Chega ser risível acreditar que tais pessoas, que tiveram seus pleitos trabalhistas reconhecidos pela justiça especializada, tivessem sido nomeados para funções comissionadas e de assessoramento, quando as próprias perante a Justiça do Trabalho consignaram a profissão de vigilante, auxiliar de serviços gerais (JVS, fls. 09) e digitadora (JOLC fls. 28).

IV – Denúncia imputando nomeação ilegal. Fato demonstrado. Defesa do réu. Alegação de investidura em cargo comissionado. Causa excludente da ilicitude. Exercício regular do direito. Fato impeditivo do direito de punir. Inversão do ônus da prova para defesa.

A insurgência deste Membro Ministerial ao decreto absolutório de fls. 123/126 reside, de outro tanto, no error *in judicando e in procedendo* incorrido por aquele zeloso Magistrado.

Malgrado o seu cabedal de conhecimentos jurídicos, em meu sentir, houve uma avaliação equivocada da prova colhida na Justiça do Trabalho, ao tempo em que se ignorou a distribuição do ônus da prova.

Com efeito, desde a defesa preliminar – defesa técnica – e igualmente na autodefesa – interrogatório – houve a sustentação de que as nomeações foram lícitas, portanto, havia norma[6] no ordenamento jurídico – CF, art. 37, II, 2ª parte c/c In. IV – a conferir este verdadeiro direito aos órgãos da administração direta e indireta em fazer ingressar no funcionalismo pessoas sem o prévio concurso.

E no exercício desta faculdade constitucional, o acusado alegou que a investidura foi precária, ou seja, para cargos comissionados, tudo em consonância com a sobredita regra constitucional.

Veja nobre Relator, o Ministério Público se desincumbiu de demonstrar o fato delituoso, qual seja, as nomeações, incontroversas, e a ausência do processo democrático e igualitário de acesso aos cargos públicos: concurso.

Com efeito, o elemento objetivo do injusto restou caracterizado pelas nomeações, já o elemento normativo ressai da prova inconteste da ausência de concurso para admitir JOLC e JVS, visto que a moldura penal fala em admissão "contra expressa disposição de lei", lei aí, entenda-se, como ato normativo emanado do Poder Legislativo, abarcando, evidentemente, a *LEX LEGUM*, a qual no art. 37, II, primeira parte, consigna a imposição do concurso de provas e títulos como regra geral de ingresso no serviço público.

De outro tanto, a Defesa esgrimiu a tese da excludente da ilicitude, afastando a tipicidade com amparo na norma constitucional que outorga ao gestor municipal o direito de nomear, em caráter precário, pessoas a ocuparem as chamadas funções comissionadas, é dizer, as nomea-

[6] "Se o Direito, em qualquer dos seus ramos, aprova a prática de determinado ato, é claro que a legislação penal não poderia contrariar norma permissiva e considerar punível o acontecimento". (Basileu Garcia, Instituições de Direito Penal, 6ª ed. V. I, T. I/352, 1982). " Para o exame da licitude de uma conduta pode o juiz e o aplicador da lei passar em revista os setores extrapenais do direito e concluir pela existência de ação ou omissão *secundum ius* sempre que uma norma situada fora do direito penal permita em dada circunstância a prática do fato que a norma penal considera típico." (José Frederico Marques, Tratado de Direito Penal, V. II/108, 1965).

ções foram feitas em verdadeiro exercício regular de um direito previsto na Lei Maior.

Ante o levantamento desta causa impeditiva do jus puniendi estatal consistente na invocação de uma justificante na modalidade de exercício regular de um direito previsto na constituição, a parte ré atrai para si o ônus de demonstrar que as nomeações foram, efetivamente, para cargos em comissão.

Demonstração esta jamais cingida a mera juntada de atos administrativos de nomeação, conforme dito acima editados para dar aparência de licitude às indicações questionadas, mas com prova de que as funções exercidas pelos antecedidos servidores, de fato, eram atribuições alusivas a chefia, direção e assessoramento, balizas estas postas pelo Legislador Constituinte para conformar a atuação dos agentes públicos ao princípio da moralidade, eficiência e transparência administrativas.

O entendimento segundo o qual é ônus do réu demonstrar causa impeditiva do direito de punir exercido pelo Ministério Público, dentre elas as justificantes (legítima defesa, exercício regular de um direito, estado de necessidade e estrito cumprimento de dever legal) é ponto pacífico e já cristalizado pelos doutos e nossos Pretórios, como faz ver as seguintes ementas:

> "O réu não precisa provar o que não alegou, máxime não tendo ele aventado qualquer causa excludente, que aí, sim, precisa demonstrar, sendo certo que o órgão acusador é quem precisa provar, segura e convincentemente, o que articulou na denúncia" (TACRIM-SP – AP – Rel. Ary Casagrande – RJD 25/330). (Destacamos).
>
> "Não cabe ao acusador ônus de provar a inexistência de causa excludente de responsabilidade invocada por réu. O ônus de provar incube a quem faz a alegação" (TACRIM –SP – AP- Rel. Haroldo Luz – RJD 07/151). (Inovamos com grifos).
>
> "Em decorrência de demonstração do fato e da autoria pela prova da acusação, presume-se *ipso facto* o dolo, cabendo ao incriminado demonstrar sua ausência. Impõe-se ao acionado o ônus de provar os fatos extintivos, impeditivos e modificativos que interferem na relação jurídico-penal" (TJRJ – AP – Rel. Synésio de Aquino – RT 649/302).

É oportuno transcrever a lição extraída da monografia da lavra de Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, Ônus da Prova no Processo Pe-

nal, que se alinha a tese ora defendida, diga-se de passagem majoritária, quanto ao ônus da prova da excludente de ilicitude competir ao réu:

> " A posição predominante na doutrina entende que a dúvida sobre a excludente deve desfavorecer o acusado: provados todos os elementos do delito, se houver dúvida sobre a existência de uma excludente, o acusado deve ser condenado. (..) o autor tem o ônus de prova o fato constitutivo de seu direito, no caso a ocorrência do fato típico, enquanto o réu tem o encargo de provar os fatos impeditivos do direito do autor, que seriam as excludentes de ilicitude e culpabilidade. Augente chega mesmo a afirmar que, na prova das exceções, o princípio in dubio pro reo se transforma em in dubio contra reum, pois se assim não fosse, bastaria gerar uma pequena dúvida para ser absolvido." (Op. cit. às fls. 310/311, Ed. RT, 2003) (Sublinhamos).

Pois bem, peço vênia para reproduzir clássica lição de Mittermaier, na qual o tratadista nos lega a lição de que prova suficiente para condenar não é equivalente de prova maciça ou incontrastável, sequer exige certeza plena, pois é sabido que todos os fatos que dependem do domínio da verdade histórica jamais se deixa atingir a verdade absoluta, *ipsis litteris:*

> "Se a legislação recusasse sistematicamente admitir a certeza todas as vezes que um hipótese contrária pudesse ser imaginada, se veriam impunes os maiores criminosos, e, por conseguinte, a anarquia (seria) fatalmente introduzida na sociedade" (Tratado da prova em matéria criminal, 3ª ed. Campinas, Bookseller, p. 66).

Ora, neste capítulo da sentença o nobre Magistrado sentenciante asseverou inexistir ilicitude na contratação, pois que a investidura foi para cargo comissionado, fato este que cumpria ao ex adverso, ora recorrido, provar nos autos, visto que o Ministério Público se desincumbiu de revelar todos os elementos do fato típico.

Em arremate a esta linha argumentativa, faz-se um questionamento. Como admitir, tendo como referencial o Decreto de fls. 69, a nomenclatura "ENCARREGADO DE SERVIÇO", cuja vaguidade, imprecisão técnica, para não dizer surreal e acéfala, que tal cargo comissionado, ocupado por alguém que se declara vigilante e auxiliar de serviços gerais, trata-se de uma função de chefia, direção e assessoramento ???

Admiti-la consoante feito no provimento recorrido, reputando

aquele documento como sustentáculo da demonstração de que JVS foi nomeado pelo réu para cargo em comissão, é verdadeiramente ignorar o princípio probatório do *id quod plerumque accidit*[7], pois não é factível que tal "cargo" possa ser considerado em comissão.

V – Prova documental juntada de depoimento extraído de ação de improbidade por igual fato. Princípio da verdade real. Cabimento. Aplicação arts. 231 e 400 do CPP. Audiência da parte contrária por ocasião das contra-razões recursais. Garantia do contraditório.

Aprovado verdadeiro exercício da função pública cadesempenhada pelos servidores em comento foi obtida em correlatação[8] Civil Pública de improbidade em curso neste juizo, na qual foi ouvida Josefa Lucineide - O Sr. José Vieira já falecido - como testemunha do Ministério Público, cujo termo acompanha estas razões recursais.

Naquela solenidade processual a mesma fez revelações que sustentam a deste recorrente, *inverbis:*

> "(..) Foi nomeada para coordenação de programa, na área de saúde. Que perguntada sobre qual função desempenhou durante os quatro anos em que atuou como servidora municipal, que agendava exames para a população deste Município. (..) Que tal função não estava vinculada a nenhum programa especial (..). Que esclarecida por esta magistrada sobre a acepção do termo "coordenar", respondeu que não coordenava programa de saúde, porque sua atividade limitava-se a marcação de exames, juntamente com a colega de nome Irailde. Que Irailde também não era concursada. Que não sabe o nome exato do cargo que ocupava .
>
> (..) Que a depoente recebia mais do que um salário mínimo, mas menos do que dois salários mínimos. Que na época em que trabalhou como servidora, estava em operação o programa de saúde da família, vinculado ao Governo Federal. Que existia uma servidora municipal responsável pela coordenação do referido programa. (..)
>
> (..) Que jamais assessorou alguém no Município durante os quatro anos em que foi servidora na gestão do requerido." (Destacamos).

[7] De acordo com o magistério de Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, em obra já citada, às fls. 250, os fatos impeditivos do direito de punir estatal, afastando a própria existência do crime, dentre eles as excludentes da ilicitude são "(..) os fatos impeditivos são fatos que, na medida do *id quod plerumque accidit*, não ocorrem quando se verifica o fato constitutivo."

[8] Tombada sob o no. 200577021020, figurando como requerente o Ministério Público Estadual e requerido S.O.S, ora réu prestação penal.

Pois bem, argutos Julgadores, restou insofismável a fraude perpetrada pelo requerido em nomear pessoas para cargos efetivos – de existência duradoura – e funções de menor relevância dentro da estrutura administrativa, no entanto, formalmente, expedia decretos como se estivessem lotados em cargos comissionados, ferindo a ordem constitucional, além de configurar crime de responsabilidade previsto no art. 10, XIII do DL 201/67, visto que o ingresso de tais pessoas, para cargos diversos daqueles comissionados e de confiança, demandariam a realização do concurso, o que não ocorreu na situação em tela.

Nesta via recursal, cumpre salientar, que tal prova se enquadra no conceito de documento novo, visto que o Ministério Público somente dispôs de tal depoimento irrefutável em 25 de março do corrente, em audiência de instrução nos autos de improbidade administrativa, cuja causa de pedir remota é a mesma destes, qual seja, nomeação ilegal dos ex-servidores J.V. e J.L., a teor da cópia da inicial que aparelha esta apelação.

Ora ínclitos Julgadores, é princípio norteador do processo penal a busca da verdade real, razão por que nossa Lei Processual em obséquio a tal diretriz, que se espraia para a atividade probatória do Juiz Penal, autoriza as partes a fazerem juntada de documento em qualquer fase do processo, aí contemplada a fase recursal, como se avista nos arts. 231 e 400 do CPP, *in verbis*:

> " Art. 231. Salvo os casos expressos em lei, as partes poderão apresentar documentos em qualquer fase do processo."
>
> " Art. 400. As partes poderão oferecer documentos em qualquer fase do processo."

É como leciona o saudoso processualista Júlio Fabbrini Mirabete em clássica obra, Processo Penal, ao discorrer sobre os dispositivos acima transcritos, textualmente:

> " (...) cuida a lei que a prova não fique prejudicada por prazos e atos próprios para a sua apresentação. Vige a regra, inclusive, para a juntada de termo de declarações de testemunhas, informes que podem ser apresentados em qualquer oportunidade do processo por consistirem em prova documental e não testemunhal." (Op. cit. pág. 311, 6ª ed., 1995) (Inovações com grifos).

De tal sentir não discrepa os Tribunais Pátrios como se verifica destes julgados colhidos da Obra Código de Processo Penal e Sua Interpretação Jurisprudencial, RT, 2ª ed. 2004:

" A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE ADMITE A JUNTADA DE DOCUMENTOS EM QUALQUER FASE DO PROCESSO, ATÉ MESMO NA FASE RECURSAL, DESDE QUE OUVIDA A PARTE CONTRÁRIA E INEXISTENTE O ESPÍRITO DE OCULTAÇÃO PREMEDITADA E O PROPÓSITO DE SURPREENDER O JUÍZO." (STJ - 6ª T. - Resp. 400.052 - Rel. Vicente Leal - j. 24.09.2002 - DJU 14.10. 2002, p. 293). (Inovamos com grifos).

" As partes poderão em qualquer fase do processo apresentar documentos. Assim dispõe o art. 231 do CPP, que obedece ao objetivo de apuração da verdade que o processo tem são os documentos meios de prova e, consequentemente, cuida a lei que esta não fique prejudicada por prazos e atos próprios para sua apresentação" (TJSP - 4.C. - HC 14.761-3 - Rel. Dirceu de Mello - RT 565/283).

Por evidente que aludido documento deverá ser contraditado, em atenção à ampla defesa, oportunidade em que o Recorrido dele tomará ciência nestes autos – visto que já é de conhecimento do réu na ação civil pública onde foi produzido – no prazo que disporá para contra-razoar esta apelação criminal, de maneira a afastar eventual nulidade por cerceamento de defesa, pois naquele interregno o apelado terá oportunidade de tecer suas considerações sobre dita prova documental, dando plenitude ao dogma constitucional do contraditório.

VI – Requerimentos finais

Preliminarmente, requer a juntada de prova documental consistente em depoimento de JLOC, cuja disposição deste meio de convencimento foi obtida após prolação de sentença absolutória, constituindo documento novo, além da juntada da petição inicial na ação civil pública por improbidade sobre o mesmo fato objeto desta impugnação recursal, bem como acosta antecedentes criminais do réu.

EX *VI POSITIS*, ante os argumentos de fato e direito ora expendidos, O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE pugna pela reforma *in totum* da sentença combatida, porquanto divisou hipótese de *error in judicando* e *procedendo* capazes de macular a prestação jurisdicional impugnada nesta instância recursal, devendo este nobre Órgão Colegiado, após o competente parecer da Procuradoria Geral de Justiça,

concessa venia, conhecer do presente apelo tempestivo, para no mérito recursal condenar o réu SOS nas reprimendas do art.1°, XIII do Decreto-Lei 201/67, dando provimento *in totum* ao presente recurso de apelação.

PREQUESTIONO, expressamente, apesar de já estar farta e sobejamente discutida e delimitada a matéria no bojo dessas razões de apelo, os arts. 231 e 300 do Código de Processo Penal, art. 1°, XIII do Decreto-Lei 201/67, bem assim o art. 37, II e V da CF, para fins de recurso especial e extraordinário, se necessário.

Nossa Senhora da Glória, 10 de abril de 2008.

ALEX MAIA E. DE OLIVEIRA
Promotor de Justiça

REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SERGIPE



A ATIVIDADE PROBATÓRIA *EX OFFICIO JUDICIS* NA RECENTE REFORMA PROCESSUAL PENAL

O STF ESTÁ ASSUMINDO UM "ATIVISMO JUDICIAL" SEM PRECEDENTES?

UN ESTUDIO COMPARADO DEL COMPORTAMIENTO DE LA CORTE SUPREMA Y DE LA PROCURACIÓN GENERAL EN LA ARGENTINA A TRAVÉS DEL EJERCICIO DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD (1935-1983).

MÁRIO CABRAL
ESCRITOR SERGIPANO-BAIANO

LICENCIAMENTO AMBIENTAL E URBANÍSTICO DA ESTAÇÃO RÁDIO BASE-SERVIÇOS DE TELEFONIA CELULAR-CASO DA RUA JÚLIO SANTANA, BAIRRO 13 DE JULHO

UMA BREVE ANÁLISE DA LEI MARIA DA PENHA

SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS PARA MAIORES DE 60 ANOS: INCONSTITUCIONALIDADE?

VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER:
DA NORMA À REALIDADE - UM DESAFIO PERMANENTE

ATUAÇÃO DO MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL

Artigos

A ATIVIDADE PROBATÓRIA *EX OFFICIO JUDICIS* NA RECENTE REFORMA PROCESSUAL PENAL

Mauro Fonseca Andrade*

Resumo: A recente reforma de nossa codificação penal adjetiva, operada pela Lei 11.690/08, acirrou ainda mais os ânimos da doutrina contrária aos, assim chamados, *poderes instrutórios do juiz*. Por isso, o presente artigo procura colocar, frente a frente, os argumentos por ela utilizados e os institutos, legislação comparada e bases doutrinária e jurisprudencial invocados para sustentar a inércia judicial. Resultado disso será a demonstração de que a base informativa, utilizada por esse ramo da doutrina, não dá suporte às afirmações professadas.

Palavras-Chave: Prova - Processo Penal - Sistema Acusatório - Sistema Inquisitivo

Introdução

Nas últimas duas décadas, dois foram os temas de processo penal que mais deixaram à mostra a forte divisão ideológica existente nesse delicado ramo do direito. Dizem eles respeito às discussões em torno da investigação criminal do Ministério Público[1] e da produção, *ex officio*, de prova por parte do juiz.

Especificamente em relação ao segundo tema, as previsões contidas no Código de Processo Penal, permissivas da chamada produção probatória *ex officio judicis*, vinham sendo alvo de severas críticas por parte de um setor bem identificado da doutrina nacional. O argumento utilizado procurava demonstrar que, ao produzir prova de ofício, o juiz estaria agindo como gestor da prova e, com isso, haveria o abandono do sistema acusatório implicitamente adotado por nossa Constituição Federal. Em suma, sustentava-se que a produção probatória de ofício tornava o juiz um inquisidor, com toda a carga pejorativa que essa expressão adquiriu ao longo da

*Promotor de Justiça do Rio Grande do Sul Promotor de Justiça/RS. Professor da Faculdade de Direito da FMP. Professor do PPG da FMP, IDC, UniRitter e UFRGS. Doutor em Direito Processual Penal pela Universitat de Barcelona e-mail: mfandrade@mp.rs.gov.br

[1]Sobre a formação histórica da investigação criminal do Ministério Público, seus aspectos processuais e os argumentos favoráveis e contrários a ela, ver: ANDRADE, Mauro Fonseca. **Ministério Público e sua Investigação Criminal**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2006.

história, pois sua imparcialidade estaria irremediavelmente comprometida caso agisse por conta própria em sede probatória.

Como os tribunais superiores reiteradamente ratificavam a constitucionalidade das disposições legais que autorizavam o juiz criminal a produzir prova de ofício, a esperança dessa corrente doutrinária estava integralmente depositada na reforma parcial do Código de Processo Penal, que há anos tramitava no Congresso Nacional. Contudo, ao ser publicada a Lei 11.690/08, que reescreveu o Título VII daquela codificação, viu-se que o legislador não só manteve a possibilidade de o juiz produzir prova de ofício na fase judicial, senão também permitiu sua produção antecipada, por iniciativa própria do magistrado, antes mesmo do ajuizamento da ação penal, ou seja, ainda na fase de investigação. Em outras palavras, segundo a visão daquela corrente doutrinária, o que já era ruim, ficou pior.

Como era de esperar, a crítica à reforma - ao menos no que diz respeito ao tema que agora nos ocupamos - não tardou a vir, e foi ácida. Muitos dos argumentos anteriormente utilizados foram novamente invocados para combater a possibilidade de o juiz atuar na fase probatória sem provocação das partes. E, quanto à possibilidade de o juiz determinar, de ofício, a produção antecipada de prova na fase de investigação, a inconformidade foi ainda maior.

Em vista dessa realidade, o presente ensaio visa a analisar os argumentos apresentados pela doutrina, endereçados a combater a opção adotada pelo legislador nacional quanto à posição do juiz frente à produção probatória, de modo a ver se os fundamentos por ela utilizados nos permitem chegar aos mesmos resultados que professa.

1 Produção Antecipada de Provas na Fase de Investigação

1.1 Fixação da Controvérsia

Há tempos que a doutrina vinha alertando para a necessidade de o legislador nacional regulamentar o incidente de produção antecipada de prova, deixando de lado, assim, a conveniente e conformada utilização analógica das disposições contidas na legislação civil adjetiva[2]. Não por outro motivo, a produção antecipada de prova era considerada, nas palavras de Lopes Jr., "uma ilustre desconhecida para o nosso processo penal"[3].

[2] LOPES JR, Aury. A Opacidade da Discussão em Torno do Promotor Investigador (Mudem os Inquisidores, mas a Fogueira Continuará Acesa). **Boletim IBCCrim**, Rio de Janeiro, ano 12, nº 142, set. 2004, p. 11. LOPES JR., Aury. Sistemas de Investigação Preliminar. In: **Propostas para um novo modelo de persecução penal; combate à impunidade**. Série Cadernos do CJF, v. 25. Secretaria de Pesquisa e Informação Jurídica; Centro de Estudos Judiciários: Brasília: CJF, 2005, p. 89.

[3] LOPES JR., Aury Celso L. A Crise do Inquérito Policial: Breve análise dos Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal. **Revista AJURIS**, Porto Alegre, nº 78, v. 26, jun. 2000, p. 74.

Apesar dos alertas feitos, uma grande oportunidade foi perdida com a reforma operada pela Lei 11.690/08, pois, além de não trazer regulamentação alguma a esse incidente, o legislador adicionou ainda mais confusão em um tema de tão difícil aplicação prática em nosso direito.

De acordo com a nova disposição do artigo 156 do Código de Processo Penal, a prova de tudo aquilo que for alegado no processo continua sendo incumbência da parte que a fizer. Entretanto, ao juiz foi facultada a possibilidade de produzir prova em determinadas oportunidades. E a primeira delas, segundo previsão contida no inciso I daquele artigo, diz respeito à ordenação, de ofício, da produção antecipada de prova não só durante a fase processual, senão também antes mesmo do ajuizamento da ação penal.

A resposta a essa opção legislativa foi rápida e centrada na perda da imparcialidade do juiz que viesse a determinar, de ofício, a produção antecipada de prova ainda na fase de investigação criminal. Mais que isso, argumentou-se que o legislador desprezou o fato de no país não existir a figura do juiz-instrutor[4] (que preside o modelo de investigação conhecido como *juizado de instrução*), e haver erigido o magistrado brasileiro à condição de "juiz-instrutor-inquisidor", pois só assim se justificaria sua atuação, de forma independente, em uma fase da persecução penal em que, via de regra, com ela só mantém contato quando provocado[5]. Oliveira e Eberhardt lembraram, inclusive, da ADI 1.570, que julgou inconstitucional o artigo 3º da Lei 9.034/95 (organização criminosa), prevendo que outro não será o destino do inciso I do artigo 156[6][7].

Outra linha de argumentação foi adotada por Carvalho e Depaoli, mas igualmente criticando os termos do inciso I do artigo 156. Segundo eles, o fato de o magistrado estar autorizado a, de ofício, produzir prova de modo antecipado, chocar-se-ia com o espírito da reforma operada pela Lei 11.690/08, espírito este materializado na nova redação do artigo 212 do Código de Processo Penal, segundo o qual o juiz deveria manter-se afastado da persecução penal como um todo. Desta feita, embora esses

[4]LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. Vol. I, p. 247.

[5]LOPES JR, Aury. Bom Para Quê(m)?. **Boletim IBCCrim**, Rio de Janeiro, ano 16, nº 188, jul. 2008, p. 10.

[6]OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 296-297. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Processo e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 152-153. EBERHARDT, Marcos. Reformas Processuais Penais no âmbito da Produção Probatória. In: NUCCI, Guilherme de Souza (Org.). **Reformas do Processo Penal**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008, p. 92.

[7]Além da ADI 1.570, também a ADI 3.450 insurge-se com a possibilidade de atuação judicial, *ex officio*, na fase de investigação. Trata-se de ação ajuizada pela Procuradoria-Geral da República, destinada a alcançar a inconstitucionalidade do artigo 3º da Lei 9.296/96 (que regulamenta a interceptação das comunicações telefônicas para fins de investigação criminal ou instrução criminal), onde utiliza, como argumento, a mácula a normas constitucionais concernentes ao sistema acusatório e ao princípio do devido processo legal.

autores tenham permanecido silentes quanto aos termos do parágrafo único desse mesmo artigo 212[8], sustentam eles que a reforma estaria voltada a uma maior aproximação do direito brasileiro ao *adversarial system*[9] , que nada mais é do que o modelo de sistema acusatório da *Common Law*, em que o magistrado não exerce outro papel na fase de produção de provas, a não ser o de garantir sua licitude.

Em defesa dessa atuação judicial, ocorrente ainda na fase de investigação, encontramos, de forma quase isolada, a doutrina de Avena. Segundo ele, ainda que a Constituição Federal tenha adotado o sistema acusatório, o inciso I do artigo 156 do Código de Processo Penal não pode ser interpretado em sua literalidade, sob pena de irremediavelmente ser considerado inconstitucional. Em realidade, o fato de - conforme entende - nossa legislação também haver acolhido o princípio da *verdade real*, obrigaria o intérprete a fazer os devidos temperamentos, de modo a permitir a coexistência harmônica dessas duas diretrizes de política criminal[10].

1.2 Afastamento da Premissa Invocada: o ferimento ao sistema acusatório

Com a devida vênia dos autores referidos, detentores que são de imensa respeitabilidade no meio acadêmico, é possível observar que partem todos eles da premissa de que a Constituição Federal adotou o sistema acusatório, ainda que de forma implícita, para, a partir daí, sustentarem a inconstitucionalidade daquela norma ou sua temperada conformidade com a Lei Maior. Expliquemos melhor.

Já há algum tempo vimos sustentando que a Carta de 1988, embora tenha erigido o Ministério Público à condição de titular da ação penal, e concedido importantes direitos e garantias fundamentais aos cidadãos, em verdade não optou - seja explícita, seja implicitamente - por qualquer um dos três sistemas de processo penal conhecidos, a saber, acusatório, inquisitivo ou misto. E assim pregamos porque absolutamente todos aqueles critérios apontados como definidores do sistema acusatório, sem maiores problemas podem perfeitamente ser encontrados em textos - históricos e, até mesmo, atuais - representativos do sistema misto e, inclusive, do inquisitivo.

---

[8]Artigo 212 CPP. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida. Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição.

[9]CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti de; DEPAOLI, Solon Bittencourt. Por que a Juiz não Deve Produzir Provas A Nova Redação do Artigo 156 do CPP (Lei Nº 11.690/2008). Boletim IBCCrim, Rio de Janeiro, Ano 16, nº 190, set. 2008, p. 6.

[10]AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. Processo Penal. 4ª ed. São Paulo: Método, 2008, p. 156-157.

Em outras palavras, ninguém menos que a própria história - passada e presente - do processo penal é que, por si só, trata de desfazer esse pretenso vínculo de nossa Constituição Federal com o sistema acusatório. Não por outro motivo, também vimos sustentando que, a exemplo de Portugal, devemos optar por uma definição constitucional de nosso sistema de processo penal[11], ou, ao menos, por sua menção expressa no novo Código de Processo Penal projetado por um grupo de notáveis nomeados pelo Senado Federal[12].

Embora nossa proposição, relativa à necessidade de uma nova conceituação dos sistemas acusatório, inquisitivo e misto, já encontre guarida em relevante segmento da doutrina nacional[13], cremos que a não-adoção do sistema acusatório, em nível constitucional, pode perfeitamente ser demonstrada a partir da falta de convicção de ninguém menos que os nossos próprios Tribunais Superiores. Mas, previamente, devemos dar por superadas duas questões.

Em primeiro lugar, desnecessário é, aqui, reproduzir os inúmeros julgados proferidos tanto pelo Superior Tribunal de Justiça, como pelo Supremo Tribunal Federal, que há algum tempo invocam, como fundamento de decidir, a suposta adoção, ainda que implícita, do sistema acusatório pela Carta Maior. Tal realidade é por demais conhecida pelos operadores do direito com atuação na esfera criminal. Em segundo lugar, bem sabemos que a investigação criminal presidida pelo Poder Judiciário só encontra respaldo nos sistemas inquisitivo e misto, e é conduzida, respectivamente, pelas figuras do juiz-inquisidor e do juiz-instrutor (juizado de instrução). Portanto, a constitucionalização do sistema acusatório levaria à flagrante inadequação de toda e qualquer investigação criminal judicial com o sistema de processo penal entendido como presente na Carta Maior. Contudo, essa lógica simples não é seguida por esses tribunais quando se deparam com investigações criminais presididas por magistrados.

Pois bem; em uma retrospectiva necessária, vemos que a Exposição de Motivos do atual Código de Processo Penal narra a existência de uma forte discussão, travada na década de trinta do século passado, em torno da manutenção do inquérito policial como instrumento de investigação criminal, ou da adoção do juizado de instrução, tal como à época

[11]ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 461-463.
[12]ANDRADE, Mauro Fonseca. Reflexões em torno de um novo Código de Processo Penal. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, nº 61, mai./out. 2008, p. 116-120.
[13]Nesse sentido, vide: OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. Ob. cit., p. 5.

proposto por Vicente Ráo[14]. Como este último modelo de investigação foi rejeitado pelo legislador de então, que optou pelo inquérito policial em nossa codificação adjetiva, tornou-se frequente, em sede doutrinária, a assertiva de que em nosso país não existe a figura do juiz-instrutor, que nada mais seria do que um juiz-investigador[15].

Entretanto, como bem ressalva Nassaro, o Brasil não adotou o juizado de instrução de forma sistemática[16] - ou seja, como modelo de instrumento investigatório para toda e qualquer infração penal cometida no país -, o que não quer dizer, por óbvio, que não existam casos esparsos em que a legislação pátria autoriza o Poder Judiciário a realizar sua própria investigação criminal. E, se fizermos uma análise mais detida de nosso regramento, sem grandes esforços poderemos detectar ao menos cinco casos em que a autoridade investigadora é um membro do Poder Judiciário.

O caso clássico é a prerrogativa de os magistrados brasileiros serem investigados somente *interna corporis*, sempre que venham a se envolver em fatos com repercussão criminal[17]. Todavia, os Tribunais Superiores jamais questionaram a constitucionalidade desse modelo de investigação em todas as oportunidades - que não foram poucas - em que ela foi levada à análise por parte daqueles[18]. Ao contrário, em âmbito doutrinário há quem não poupe palavras para apregoar a adequação de tal prerrogativa às previsões constitucionais[19].

Outra hipótese existente - e de forma constrangedora - está materializada no artigo 43 do Regimento Interno do próprio Supremo Tribunal Federal, ao atribuir a seu Presidente a competência para *instau-*

[14]PROJETO. Código de Processo Penal. Exposição de Motivos do sr. Ministro da Justiça justificando o projecto. **Justiça**. Porto Alegre, Ano IV, vol. VII, Fascículo V, p. 455-468, set. 1935. RÁO, Vicente. Exposição de Motivos do Projeto de Código de Processo Penal, encaminhado à Presidência da República em 15-8-1935. **Diário Oficial**, Suplemento nº 221, edição de 25 de setembro de 1935. Críticas ao projeto podem ser encontradas em: ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **A contrariedade na instrução criminal**. São Paulo: Saraiva, 1937.

[15]GRINOVER, Ada Pellegrini. A Legislação Brasileira em Face do Crime Organizado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 5, 1997, nº 20, p. 59. COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins. Inquérito Policial e a Investigação dos Fatos que Antecede a Ação Penal no Ordenamento Jurídico Instaurado pela Constituição de 1988. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 5, nº 19, jul./set. 1997, p. 177. LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Ob. cit., p. 247.

[16]NASSARO, Adilson Luís Franco. Considerações sobre o Juizado de Instrução Criminal. **Revista A Força Policial**. São Paulo, nº 41, jan./mar. 2004, p. 80.

[17]Lei Complementar nº 33, de 14 de março de 1979 (LOMAN), artigo 33, § único: "Quando, no curso da investigação, houver indício da prática de crime por parte do magistrado, a autoridade policial, civil ou militar, remeterá os respectivos autos ao Tribunal ou órgão especial competente para o julgamento, a fim de que prossiga na investigação".

[18]STF, HC 94.278-4, rel. Min. Menezes Direito, Tribunal Pleno, j. em 25-09-2008, DJ 28-11-2008. STF, HC 88.280/SP, 1ª Turma, rel. Min. Marco Aurélio, j. em 15-08-2006, DJ 08-09-2006, p. 43. STF, RHC 84.903/RN, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, j. em 16-11-2004, DJ 04-02-2005, p. 27. STF, HC 77.355-8, rel. Min. Marco Aurélio, 2ª Turma, j. em 01-02-1998, DJ 02-02-2001. STJ, HC 32.391, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 5ª Turma, j. em 10-02-2004, DJ 15-03-2004. STJ, HC 30.707, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 5ª Turma, j. em 18-12-2003, DJ 16-02-2004. STJ, REsp 113.159, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, 6ª Turma, j. em 14-04-1997, DJ 09-06-1997. STJ, AR, rel. Min. Assis Toledo, j. 10-05-90, RSTJ 17/179.

[19]VIEIRA, Luis Guilherme. O Ministério Público e a Investigação Criminal. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, nº 15, 2004, p. 38.

rar inquérito em razão de infrações penais que envolvam autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, ou mesmo pessoas não-detentoras dessa prerrogativa de função, mas desde que essas infrações ocorram nas dependências daquela Casa.

Em sequência, Gomes nos faz recordar das investigações presididas por um Ministro do Supremo Tribunal Federal, sempre que o sujeito passivo dessa investigação seja uma autoridade com prerrogativa de função[20]. Já Lazzarini aponta a investigação judicial eleitoral, ocorrente nos casos de abuso de poder econômico, como representativa da presença do juizado de instrução em solo brasileiro[21]. Fechando o rol de hipóteses legalmente previstas, lembramos a redação do artigo 307, *in fine*, do Código de Processo Penal, que autoriza o magistrado brasileiro, ainda que excepcionalmente, a lavrar auto de prisão de prisão em flagrante.

Como se esses cinco exemplos já não fossem suficientes, outras situações - ainda mais embaraçosas - podem ser encontradas junto à jurisprudência dos Tribunais Superiores, ao concederem o selo da constitucionalidade a investigações judiciais instauradas fora das hipóteses legais acima elencadas. Ou seja, mesmo defendendo a adoção do sistema acusatório no Brasil, tanto o Supremo Tribunal Federal, como o Superior Tribunal de Justiça, vêm dando cobertura constitucional a investigações judiciais sem que, ao menos, o magistrado-investigador possua autorização legal para assim proceder[22].

Todos esses exemplos deixam patente a profunda contradição que há, entre os Tribunais Superiores, ao manifestarem a suposta adoção, por parte da Constituição Federal, de um sistema de processo penal qualificado como acusatório, mas, ao mesmo tempo, darem cobertura constitucional a diversos casos de investigação judicial que, sabidamente, não se ajustam às exigências desse mesmo sistema. Ao contrário, todas as hipóteses ventiladas são casos clássicos de juizados de instrução, representativas, como bem se sabe, do sistema misto.

Mais que isso, a constitucionalização de investigações judiciais representativas do juizado de instrução igualmente põe em evidência a impossibilidade de invocação dos termos da decisão proferida na ADI 1.570, de modo a sustentar a inviabilidade constitucional do inciso I do

[20]GOMES, Luiz Flávio. Nova Lei de Falências e suas repercussões criminais. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre, ano 6, nº 31, abr.-mai. 2005, p. 15.

[21]LAZZARINI, Álvaro. Um Novo Modelo de Investigação Pré-Processual: Juizado de Instrução para Certos Crimes. In: **Propostas para um novo modelo de persecução penal; combate à impunidade**. Série Cadernos do CJF, v. 25. Secretaria de Pesquisa e Informação Jurídica; Centro de Estudos Judiciários: Brasília: CJF, 2005, p. 124.

[22]STF, HC 75.769-3, rel. Min. Octávio Gallotti, 1ª Turma, j. em 30-07-1997, DJ 28-11-1997. STF, HC 68.784, rel. Min. Celso de Mello, j. 01-10-1991, DJ 26-03-1993, p. 53. STJ, RHC 4.074-2, rel. Min. Pedro Acioli, j. em 28-11-1994, DJ 20-02-1995.

artigo 156 do Código de Processo Penal. Embora proferida ao tempo em que, além dos casos acima citados, também existia o inquérito judicial da falência - extinto que foi pela Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 -, o relator daquela ação incidiu em um grave erro argumentativo - seguido pelos demais Ministros -, ao partir do pressuposto, segundo suas próprias palavras, de que o juizado de instrução "nunca existiu na legislação brasileira"[23].

Por tudo isso, voltamos a repetir: a Carta Maior de 1988 em momento algum optou pela adoção do sistema acusatório, pois todas as disposições constitucionais se ajustam, como vem sendo decidido, até mesmo ao sistema misto, onde sabidamente a acusação não é incumbência do juiz[24], e o acusado possui garantias próprias do sistema acusatório na segunda fase de sua persecução penal. E se assim o é, não há como pretender a inconstitucionalidade do inciso I do artigo 156 do Código de Processo Penal, e tampouco fazer depender sua constitucionalidade em razão da adequação das diretrizes constitucionais ao - segundo Avena - princípio da verdade real. Em suma, nossa flagrante indefinição sistêmica torna referido inciso plenamente constitucional, o que não implica dizer que possa ele ter incidência sobre toda e qualquer investigação criminal.

1.3 Restrição à Aplicabilidade da Produção Probatória Antecipada *Ex Officio Judicis*

Na nossa visão, a (im)possibilidade de o juiz *ex officio* determinar, em plena fase de investigação, a produção antecipada de prova, irá depender justamente do tipo de investigação em que essa antecipação for determinada. Melhor explicando, o perfil ou os poderes que a legislação processual dá ao nosso juiz criminal depende claramente do modelo de investigação em que ele estiver inserido.

Nas investigações policiais ou do Ministério Público, a atuação do juiz está restrita ao exercício do papel de garante dos direitos fundamentais do sujeito investigado. Em razão disso, o processo penal cautelar de produção antecipada de prova somente pode ser instaurado a partir do ajuizamento da respectiva ação penal por parte da autoridade investigante, sob pena de, se assim também agir o magistrado, estar ferindo de morte o brocardo latino *ne procedat iudex ex officio.*

Ainda nesse modelo de investigação, a inviabilidade de atuação *ex officio*, por parte do juiz, também está presente nos processos caute-

[23]STF, ADI 1.570, rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, j. em 12-02-2004, DJ 22-10-2004.
[24]ANDRADE, Mauro Fonseca. Code Napoleônico de 1808. Um Ilustre Desconhecido. In: **Código de Instrução Criminal Francês de 1808**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 20-29.

lares já instaurados por iniciativa da autoridade investigante. E assim o é porque nos parece indiscutível que o fato de o juiz imiscuir-se nos rumos da investigação criminal e apontar necessidades - ou seja, certas provas - sequer sentidas por quem a presida ou a controle externamente, são fatores mais que determinantes para o afastamento de sua condição de garante dos direitos fundamentais. Reflexo disso será a perda da possibilidade de seguir atuando nessa fase preliminar, e até mesmo de atuar posteriormente como julgador do fato objeto dessa investigação.

Já, nas investigações presididas por um magistrado, o papel exercido pelo juiz não é só o de garante dos direitos fundamentais do sujeito investigado, senão também - e principalmente - o de condutor e responsável máximo pela apuração da infração penal em tese cometida. Mais que isso, as regras desse modelo de investigação criminal não estão calcadas no brocardo *ne procedat iudex ex officio*. Ao contrário, o magistrado possui plena liberdade para agir quando entenda necessário, a começar, inclusive, pela instauração da própria investigação que irá presidir. Se assim o é, nenhum obstáculo há de modo a impedir que o juiz-investigador possa determinar, *ex officio*, a produção antecipada de prova. Na verdade, é da própria natureza desse modelo de investigação que o juiz tenha plena liberdade de atuação, pois ninguém melhor do que ele para conhecer as necessidades de uma investigação que ele mesmo preside.

Desta feita, como essas investigações judiciais - representativas que são do sistema misto de processo penal - vêm reiteradamente recebendo cobertura constitucional por parte dos Tribunais Superiores, não vemos qualquer inconveniente em sustentar que somente nessa hipótese é que poderá haver a determinação, *ex officio judicis*, de prova antecipada em plena fase de investigação.

Em síntese, para que tenha alguma aplicabilidade prática em nosso direito, e ainda que reconheçamos não ter sido essa a intenção do legislador, acreditamos que o inciso I do artigo 156 do Código de Processo Penal só tem lugar no seio de investigações judiciais, e jamais em investigações presididas pela polícia judiciária ou Ministério Público. Logo, não há que se falar, *a priori*, em inconstitucionalidade daquele inciso, senão em sua aplicação exclusiva a um modelo específico de investigação que não é seguido, como regra, em nosso país.

2 Atividade Probatória *Ex Officio Judicis* na Fase Processual

2.1 O Confronto da *Nova Ordem* com a *Velha Guarda*

O que mais nos chama a atenção, quando do exame da doutrina nacional que procura vincular a produção probatória *ex officio judicis* ao sistema inquisitivo e à alegada perda de imparcialidade do juiz que assim

procede, é a utilização de bases argumentativas assentadas do direito estrangeiro.

Essa realidade é fruto da - cada vez maior - busca de aperfeiçoamento profissional junto a países que influenciam a formação de nossas letras jurídicas. E, embora seja ela mais que louvável e necessária, sem grandes esforços é possível observar que, com o retorno desses profissionais ao Brasil, a produção literária advinda a partir de então deixou patente o imenso distanciamento entre as informações trazidas do exterior e os tradicionais - sendo alguns igualmente superficiais - tratados e manuais de processo penal publicados no país.

Em termos práticos, juízes, membros do Ministério Público e defensores passaram a enfrentar certa dificuldade de assimilação dessa nova maneira de encarar determinados institutos do direito, pois as bases argumentativas utilizadas por essa estirpe de autores estavam - e estão - fundadas em direito comparado, doutrina e jurisprudência estrangeiras. E, como essas fontes não são de fácil acesso aos demais operadores do direito, estes últimos foram levados a tomar dois caminhos distintos e antagônicos em sua atuação profissional: ou passaram a absorver acriticamente os postulados que lhes eram transmitidos pela *nova ordem*, simplesmente *seguindo a corrente* para, com isso, serem considerados progressistas, *garantistas*, constitucionalistas ou detentores de qualquer outro rótulo que os distanciassem ainda mais de quem não seguisse sua linha de pensamento; ou, então, insistiam em manter suas tradicionais convicções sobre certos temas, razão pela qual eram tachados de *jurássicos, antigarantistas*, lei e ordem, desatualizados e academicamente inferiores, se comparados àqueles.

Nunca fomos adeptos do *raciocínio preguiçoso*, citado por Cícero[25], e tivemos Rui Barbosa por mestre na arte de diferenciar o *saber aparente* do - por ele chamado - *saber real*[26].

Por isso, nossa intenção, no presente tópico, é realizar uma verificação da base argumentativa utilizada para sustentar a inviabilidade da produção probatória *ex officio judicis* prevista no inciso II do artigo 156 do Código de Processo Penal - tal como já fizemos em outra oportunida-

[25] De acordo com o maior orador romano do período republicano, "pelos filósofos é chamado raciocínio preguiçoso um certo raciocínio com o qual, se o aceitássemos, nada absolutamente faríamos em vida" (CÍCERO, Marco Túlio. **Sobre o Destino**. IX, 17. Tradução de José Rodrigues Seabra Filho. São Paulo: Nova Alexandria, 2001. Tradução de **De Fato**. P. 17-18).

[26] "Mas, senhores, os que madrugam no ler, convém madrugarem também no pensar. Vulgar é o ler, raro o refletir. O saber não está na ciência alheia, que se absorve, mas, principalmente, nas idéias próprias, que se geram dos conhecimentos absorvidos, mediante a transmutação, por que passam, no espírito que os assimila. Um sabedor não é armário de sabedoria armazenada, mas transformador reflexivo de aquisições digeridas. Já se vê quanto vai do saber aparente ao saber real. O saber de aparência crê e ostenta saber tudo. O saber de realidade, quanto mais real, mais desconfia, assim do que vai aprendendo, como do que elabora" (BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**. São Paulo: Ed. Papagaio, 2003, p. 33-34).

de[27]-, mas agora restrita ao exame dos textos advindos após a reforma operada pela Lei 11.690/08[28]. Ou seja, faremos, por assim dizer, uma conferência ou checagem da base teórica utilizada por essa corrente doutrinária, de modo a ver se há como concordar com a pretendida inconstitucionalidade e/ou inquisitorialidade da conduta do juiz que, sem provocação, produz prova de ofício na fase processual da persecução penal.

2.2 A Doutrina Oculta de Franco Cordero

Franco Cordero foi um renomado doutrinador italiano que, na década de sessenta do século passado, cunhou uma peculiar expressão para designar o comprometimento psicológico do juiz do sistema inquisitivo com o resultado do processo, ou seja, com a condenação do sujeito passivo da persecução penal. Segundo ele, o juiz do sistema inquisitivo desenvolveria *quadros mentais paranóicos*, razão pela qual não haveria condições de esse modelo de magistrado desempenhar o papel de verdadeiro julgador do réu[29].

Pois bem; essa expressão cunhada por Cordero - *quadros mentais paranóicos* - foi e vem sendo utilizada, em âmbito interno, como argumento para que o juiz não possa produzir prova de ofício. Em termos simples, a relação que se faz é a seguinte: se o juiz do sistema inquisitivo é paranóico, e se o juiz do sistema inquisitivo é o único que estaria autorizado a produzir prova de ofício, então, por consequência, o juiz que produz prova de ofício é um inquisidor, paranóico e atuaria contra o réu. Esse é o recado que reiterada e insistentemente vem sendo passado aos operadores brasileiros do direito[30].

Com o devido respeito a quem assim leciona, a doutrina desse autor italiano não se presta a dela extrair o que vem sendo divulgado.

De início, a obra em que tal expressão foi cunhada data de 1986, período em que a fase de investigação, no direito processual penal italiano, estava sob a presidência do juiz-instrutor. Ou seja, a investigação criminal era presidida por um juiz, que estava encarregado de buscar provas e informações a favor ou contra o investigado. E, como a figura do juiz-investigador é comum aos sistemas misto (juizado de instrução) e inquisitivo, essa era a relação feita em torno da suposta paranóia do juiz italiano ao tempo em que aquela obra foi publicada.

---

[27] ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. Ob. cit., p. 189-228.

[28] Em relação aos argumentos apresentados anteriormente à citada reforma, ver: ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 189-228.

[29] CORDERO, Franco. **Guida alla Procedura Penale**. Torino: Utet, 1986, p. 51.

[30] COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. As Reformas Parciais do CPP e a Gestão da Prova: Segue o Princípio Inquisitivo. Boletim IBCCrim, Rio de Janeiro, Ano 16, nº 188, jul. 2008, p. 12. LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Ob. cit., p. 75-76.

Sob esse contexto, acreditamos que até existe algum sentido na expressão cunhada por Cordero, pois não há como defender a imparcialidade de um juiz que investiga e que, ao igual, acumula a função de julgador. Contudo, essa justificativa parece haver desaparecido em 1988, ano em que a Itália foi brindada com um novo Código de Processo Penal, e que esteve - e está - centrado em uma forma diferente de conceber a persecução penal.

Nesse novo código, a investigação criminal foi retirada do juiz-instrutor, sendo repassada à presidência do Ministério Público, mas tendo a polícia judiciária como importante parceira na realização dos atos de apuração. E, apesar de extinto o juizado de instrução, o legislador italiano entendeu por autorizar que seu juiz, em plena fase processual, produzisse provas *ex officio* sempre que julgasse necessário, como se vê junto aos artigos 70, 190.2, 195, 224, 237, 507, 508, 511 e 602 daquele código. Em vista disso, a pergunta que naturalmente vem às nossas mentes é: mas e agora, qual a posição de Cordero frente a esse novo papel do juiz no direito italiano?

Em obra publicada já sob a vigência da nova legislação processual penal italiana, Cordero foi claro ao ratificar sua opinião, no sentido de considerar paranóico o juiz do sistema inquisitivo[31]. Entretanto, também deixou patente que o fato de o juiz produzir provas de ofício não deve ser encarado como uma *possibilidade* pelo legislador. Ao contrário, deve tal conduta judicial ser encarada como uma *necessidade* para o perfeito funcionamento do processo[32], o que levou esse autor, na prática, a avalizar a previsão legal pós-reforma, estampada nos artigos citados. E, de modo a afastar toda e qualquer dúvida relativa ao seu entendimento quanto ao sistema de processo penal italiano, esse autor não mediu palavras ao afirmar que, embora existindo essa necessidade, e tendo o legislador optado por conceder certos poderes ao juiz na fase probatória, possuía o processo italiano natureza indiscutivelmente acusatória[33].

Em termos mais simples, ninguém menos que o próprio Franco Cordero manifesta seu entendimento de que paranóia e sistema inquisitivo seguem relacionados, mas que produção de prova de ofício e sistema acusatório não são inconciliáveis, tal como se prega no Brasil, e, pior, invocando-se a doutrina de um autor que não afirma isso.

Como já afirmamos em outra oportunidade, ninguém menos que esse mesmo autor é quem põe abaixo a tese, tão propalada no Brasil, de

[31]CORDERO, Franco. **Procedura Penale**. 5ª ed. Milano: Giuffrè, 2000, p. 21.
[32]CORDERO, Franco. **Procedura Penale**. Ob. cit., p. 602.
[33]CORDERO, Franco. **Procedura Penale**. Ob. cit., p. 100-101.

que a gestão da prova é que define um sistema de processo penal, pois ela foi cunhada a partir de uma expressão simpática aos defensores do juiz inerte. Ou, em termos práticos, é o próprio Cordero quem, ao comentar a atual legislação processual penal italiana, desautoriza-os a falar em seu nome, em especial sobre algo que ele não pensava e nunca disse[34].

Portanto, a tese da *gestão da prova*, já em sua origem, mostra-se totalmente viciada, pois foi construída a partir de uma base doutrinária inexistente.

2.3 As Decisões do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

Outro argumento para combater a possibilidade de o juiz produzir prova de ofício, e que igualmente foi buscado junto ao direito estrangeiro, diz respeito, especificamente, a dois julgados do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, em razão da natural repercussão que essa Corte produz junto ao seu correlato americano. Em termos específicos, são invocadas as decisões proferidas nos casos Piersack (1982) e De Cubber (1984)[35]. Mas, novamente, é preciso analisar atentamente o teor dessas decisões, a fim de ver se elas realmente se aplicam ao tema em análise[36].

O caso Piersack, proveniente da Bélgica, disse respeito a um membro do Ministério Público que, após presidir a investigação criminal, assumiu o cargo de juiz, sendo um dos responsáveis pelo julgamento do próprio fato que anteriormente havia investigado. Em vista disso, o que se decidiu foi pela impossibilidade de esse magistrado participar do julgamento, em razão da atividade que havia exercido anteriormente. Ou seja, a única coisa que se fez foi declarar um impedimento que, desde a década de quarenta do século passado, está presente no inciso II do artigo 252 de nosso Código de Processo Penal.

Já o caso De Cubber, também belga, versou sobre um fato em que o juiz foi investigador (juizado de instrução) e também julgador. Portanto, o que se pleiteou foi o reconhecimento da impossibilidade de um mesmo juiz cumular ambas as funções, sob pena de ferimento à sua imparcialidade. Como resultado, aquele tribunal acolheu a tese defensiva, e determinou a separação de funções entre os juízes, criando a seguinte regra: o juiz que investiga não julga. Outra vez, buscou-se fora do país uma posição que aqui foi adotada, e de forma precursora no direito continental,

[34] ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. Ob. cit., p. 210.
[35] LOPES JR, Aury. Bom Para Quê(m)?. Ob. cit., p. 10.
[36] Uma análise mais profunda desses dois julgados é possível encontrar em: ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. Ob. cit., p. 198-199.

ainda ao tempo em que o Brasil era seguidor do juizado de instrução como modelo de investigação criminal. Trata-se da Decisão de Governo nº 81, de 02.04.1824, que determinou ao juiz brasileiro essa separação de funções[37].

Como é possível observar, esses dois julgados estão única e exclusivamente relacionados com a impossibilidade de o juiz ser investigador e julgador de um mesmo fato. Por consequência, a invocação de ambos os julgados cai no vazio, pois nada têm a ver com a (im)possibilidade de o magistrado produzir prova de ofício na fase processual.

2.4 As Reformas no Direito Europeu

Entre as décadas de setenta e oitenta do século passado, o direito europeu passou por profundas mudanças, ao menos junto a países que mais destaque recebem por sua importância como formadores de opinião no direito continental. Referimo-nos, especificamente, a Alemanha, Portugal e Itália, sendo tais reformas invocadas como justificadoras da necessidade de o juiz ser passivo na fase probatória[38].

De fato, em 1975 a Alemanha realizou uma profunda reforma em seu código de processo penal de 1877, o que levou-a a ser chamada de a *Grande Reforma*[39]. Em 1987, Portugal seguiu o mesmo caminho, mas tratou de construir um novo código, a partir da matriz acusatória estampada desde 1978 no artigo 32.5 de sua Constituição. Por fim, a Itália revogou o antigo Código Rocco, de 1930, e promulgou uma nova legislação adjetiva em 1988.

Nota marcante em todos esses países é que, em suas reformas - parciais ou totais - houve a extinção da figura do juiz-instrutor, substituindo tal modelo de investigação por aquela presidida pelo Ministério Público. Entretanto, em que pese haver ocorrido essa perda de poderes do juiz na fase de investigação - tendo passado ele a atuar, nessa fase, de forma similar ao juiz brasileiro -, é perfeitamente possível observar que, ao menos na fase processual e, em especial, na fase probatória, o magistrado desses países continua tendo poderes para, sem qualquer provocação externa, produzir as provas que entenda necessárias para bem julgar, seja absolvendo, seja condenando. Ao menos essa é a realidade encontrada nos códigos da Alemanha (§§ 214 [4] e 244 [1]), Portugal (artigo 340, 1 e 2) e Itália (artigos 190.2, 70, 195, 224, 237, 507, 508, 511 e 602).

[37]PIERANGELI, José Henrique. **Processo Penal. Evolução Histórica e Fontes Legislativas.** Bauru: Javoli, 1983, p. 342
[38]LOPES JR, Aury. Bom Para Quê(m)?. Ob. cit., p. 11.
[39]ANDRADE, Mauro Fonseca. **Ministério Público e sua Investigação Criminal.** Ob. cit., p. 70-72.

Assim, novamente inviável se mostra a invocação dessas reformas no direito europeu, como argumento de direito comparado destinado a combater a produção de prova *ex officio judicis* prevista na recente reforma de nossa legislação adjetiva.

2.5 Fragilização dos Princípios da Igualdade de Armas e do Contraditório

Além de argumentos voltados à nossa *pseudo-sincronia* com o direito comparado, outros de ordem principiológica também são invocados para combater a figura do juiz ativo na fase probatória, dizendo eles, respectivamente, ao pretendido ferimento aos princípios da igualdade de armas e do contraditório[40].

No que diz respeito ao princípio da igualdade de armas, a idéia transmitida é que o juiz se converteria em uma *arma* a favor da acusação, pois o magistrado passaria a somar forças com o Ministério Público para, juntos, condenar o acusado. Se essa é a justificativa, o primeiro equívoco está em considerar o juiz como *instrumento* - uma arma processual -, ao invés de um sujeito da relação, pois o resultado do comprometimento do magistrado com os interesses do autor ou do réu levará à perda de sua imparcialidade, e não à quebra de um princípio que procura equiparar situações, meios, possibilidades e oportunidades entre acusador e acusado. O segundo equívoco reside no fato de partir do pressuposto que no processo penal brasileiro haveria essa igualdade de armas, mas que seria quebrada com a atividade probatória do juiz.

Ora, ninguém desconhece os efeitos do princípio *favor rei* no processo penal, que no Brasil é responsável pela concessão, com caráter exclusivo ao réu, de mais e melhores armas do que aquelas concedidas ao acusador. E, para não deixar passar, tais armas são concedidas a título de favor ao réu - como o próprio nome do princípio indica -, nada tendo que ver com algum critério de compensação decorrente do princípio de igualdade de armas material. Basta lembrar da possibilidade de o réu utilizar-se de prova ilícita para ser absolvido, de só ele poder interpor embargos infringentes e de nulidade, de só a seu favor poder haver uma *reformatio* de ofício em segundo grau, e só poder ser ajuizada ação destinada a revisar sentença condenatória já transitada em julgado, se for essa ação voltada a beneficiar o réu[41]. Em suma, entendemos que não pode ser quebrado - o princípio da igualdade de armas - o que não existe em nosso processo penal.

[40]LOPES JR, Aury. Bom Para Quê(m)?. Ob. cit., p. 10. CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti de; DEPAOLI, Solon Bittencourt. Por que a Juiz não Deve Produzir Provas - A Nova Redação do Artigo 156 do CPP (Lei Nº 11.690/2008). Ob. cit., p. 6.

[41]ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. Ob. cit., p. 175-187.

E, quanto ao ferimento ao contraditório, parece-nos novamente que não há um bom entendimento em relação às consequências da previsão de incidência desse princípio em um determinado ordenamento, como ocorre com o direito brasileiro, em razão da menção constitucional feita no inciso LV do artigo 5º.

O aporte de provas ao processo - sejam elas produzidas por quem for - em nenhum momento impede que a parte prejudicada por seu conteúdo possa ter acesso a elas. Ao contrário, é dever do juiz dar vista de sua produção no processo, tanto ao acusador, como ao acusado, assim que venham elas a ser juntadas aos autos. E, para que não se diga que não tratamos especificamente do caso em que o juiz determina a produção de provas *ex officio judicis*, lembramos que o espírito de nosso código está voltado para a obrigatória participação de autor e réu, sempre que o magistrado pretenda atuar sem provocação prévia de uma das partes do processo. Que o diga o inciso IX do artigo 497 de nosso Código de Processo Penal.

2.6 Estímulo ao Pré-Julgamento

É impressionante, para não dizer preocupante, que haja quem sustente que o juiz, pelo fato de poder produzir prova de ofício, estará sujeito a pré-julgar o fato posto a seu exame[42] ou que tal prova será produzida somente contra o réu[43].

Ora, bem sabemos que essa é uma afirmação forte de nossa parte, mas não há como conter a inconformidade ao constatar que esse pensamento surge a partir da premissa de que o juiz somente irá produzir prova de ofício em detrimento dos interesses do réu, e com o único propósito de condená-lo. Mais que isso, há um total desprezo pelo fato de tal questão estar há décadas resolvida e superada no direito processual civil, e sua invocação no processo penal deixar ainda mais patente o porquê de este último ramo do direito ser considerado o *primo pobre* ou a Cinderela, como prefere Carnelutti[44], do direito processual.

Em nenhum momento - repetimos, em nenhum momento - os Tribunais Superiores, seja do Brasil, seja do exterior, reconhecem haver um favoritismo, por parte do julgador, em relação ao autor da ação penal, ou uma ânsia condenatória incontrolada contra o réu. Nem mesmo os Tribunais Americano e Europeu dos Direitos Humanos conseguem aceitar

[42]CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti de; DEPAOLI, Solon Bittencourt. Por que a Juiz não Deve Produzir Provas - A Nova Redação do Artigo 156 do CPP (Lei Nº 11.690/2008). Ob. cit., p. 6.
[43]GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas (?) do Processo Penal. Considerações Críticas.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 35.
[44]CARNELUTTI, Francesco. La Cenicienta. In: **Cuestiones sobre el Proceso Penal.** Traduzido por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Librería El Foro, 1994, p. 13-21. Tradução de **Questioni sul Processo Penale.**

esse entendimento, apesar de estarem voltados à preservação dos interesses do cidadão, analisando os processos que a eles aportam sob a ótica - quem diria, e para ser propositalmente redundante - *dos direitos humanos*. Ou seja, em termos práticos, estes últimos tribunais foram criados justamente para transitarem acima da legislação de cada país submetido à sua jurisdição, não estando comprometidos, portanto, em preservar a integridade da legislação interna de uma determinada realidade nacional.

A melhor comprovação do caráter preconceituoso desse argumento está na inexistência de um direcionamento, por parte de nossa legislação processual, quanto a quem pode ou deve ser beneficiário da produção probatória determinada de ofício pelo juiz. Aliás, direcionamento pretendido justamente por quem pretende impedir que o juiz possa produzir prova tanto condenatória, como absolutória. Como veremos mais abaixo, e para incompreensão daqueles que veem o juiz como alguém que deve tratar igualmente a ambas as partes, há quem proponha que só possa o magistrado determinar a produção de prova de ofício se for para beneficiar o réu, e nunca para prejudicá-lo. Maior pré-julgamento que esse, impossível. Mas, como é a favor do réu, a *nova ordem* não escreve uma linha sequer para rebater esse verdadeiro absurdo - histórico e acadêmico -, mesmo dividindo os mesmos espaços acadêmicos com seus proponentes.

Pensávamos, de forma ingênua, que não seria preciso dizer, mas estávamos redondamente equivocados. É preciso dizer sim, e em voz alta: o juiz, ao ser autorizado a produzir prova de ofício no processo penal, pode agir em favor de ambas as partes, não tendo qualquer vínculo obrigatório com o autor da ação penal.

2.7 Incidência Obrigatória do Princípio In Dubio Pro Reo

Outro suposto aliado da tese de impossibilidade de o juiz produzir prova de ofício é o princípio do *in dubio pro reo*[45]. O que ele significa, pelo visto, pouca gente sabe, mas é apresentado, simploriamente, como o dever de o juiz absolver quando tiver dúvida no ato decisório em relação à condenação do réu.

Buscando um pouco mais de fidelidade ao momento de aplicação desse instituto, vemos que ele nasce no direito clássico - em especial no direito romano -, mas não no momento em que os juízes tinham alguma

[45]GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas (?) do Processo Penal**. Considerações Críticas. Ob. cit., p. 36-37. CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti de; DEPAOLI, Solon Bittencourt. Por que a Juiz não Deve Produzir Provas - A Nova Redação do Artigo 156 do CPP (Lei Nº 11.690/2008). Ob. cit., p. 6.

dúvida no momento de julgar. Em uma situação em que houvesse dúvida por parte dos julgadores, faziam eles uso de um voto com a inscrição NL, ou seja, *non liquet*, que significa *não está claro*.

Quando esses votos NL superavam a soma dos votos necessários para a condenação ou absolvição do réu, não havia a incidência do princípio *in dubio pro reo*. O que ocorria era a determinação da incidência do instituto da *ampliatio*, que nada mais era do que a ampliação do julgamento, a fim de que as partes apresentassem mais e melhores provas aos juízes, para que, aí sim, eles pudessem julgar o mérito do processo[46].

Nesse período, o *in dubio pro reo* só tinha lugar quando houvesse empate na votação em um tribunal composto por vários julgadores (populares ou não)[47], deixando patente a dúvida quanto a qual decisão tomar - se condenatória ou absolutória -, realidade igualmente presente junto ao direito ateniense[48], considerado o berço da democracia e do próprio sistema acusatório.

Por isso, o *in dubio pro reo* nada teve a ver com eventual dúvida do julgador em relação à responsabilização penal do réu. Em realidade, ele dizia respeito ao resultado final de uma votação efetuada por juízes que sabiam muito bem qual posição tomar na votação, pois estavam convencidos da culpabilidade e da inocência do réu, mas que, em vista do empate em votos, o resultado levava à absolvição do sujeito passivo do processo.

Portanto, a dúvida levava à manifestação, por parte dos juízes, da demonstração de sua inconformidade quanto ao material probatório apresentado, materializando essa inconformidade com o voto NL. Ou seja, para que pudessem julgar, os juízes necessitavam de mais provas além daquelas já constantes nos autos. E, como não podiam os juízes partirem eles mesmo para a produção dessas provas, já que os tribunais da antiguidade eram formados por centenas ou milhares de cidadãos, a saída encontrada foi justamente delegar essa obrigação às partes, reabrindo-se a instrução através da *ampliatio*.

É justamente nesse sentido que está inserida a possibilidade de o juiz atual determinar a produção de prova *ex officio*, ou seja, ele deixa claro que não está satisfeito com o material probatório aportado pelas partes. Contudo, ao invés de delegar a elas a necessidade de outras

[46]CICERÓN, Marco Tulio. Verrinas - La Pretura de Roma. Segunda Sesión, Discurso Primero. 9, 26. In: _____. **Discursos**. Coleção Los Clásicos de Grecia y Roma. Tradução de José María Requejo Prieto. Madri: Gredos, 2000. V. 46, t. I, p. 121. Tradução de **Verrinas**.

[47]CICERÓN, Marco Tulio. En Defensa de Aulo Cluencio. 39,108. In: _____. **Discursos**. Coleção Los Clásicos de Grecia y Roma. Tradução de Jesús Aspa Cereza. Madri: Gredos, 2000. V. 48, t. III, p. 202. Tradução de **Pro Cluentio**.

[48]ARISTÓTELES. **La Constitución de Atenas**. 68-69. 3ª ed. Tradução de Antonio Tovar. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 217-212.

provas, parte ele mesmo para a sua produção, pois, frente à substituição dos juízes populares pelo juiz unipessoal (togado), já não há o impedimento de ordem prática existente no direito antigo. Dito de outro modo, para que o juiz possa bem julgar o fato que lhe é posto a exame, tem ele - na verdade, sempre teve - plena liberdade para dissentir das partes, e buscar melhores informações para condenar ou absolver o réu.

Esse não é somente nosso entendimento, senão também o ensinamento transmitido pela filosofia[49] e deixado pela doutrina internacional que seriamente trata do princípio *in dubio pro reo*.

Nesta última esfera, as lições são no sentido de que, quando existente um juiz togado, e manifestando ele *estado de dúvida* para bem julgar, aquele princípio somente pode ser invocado depois de o magistrado "oficiosamente diligenciar no sentido de o ultrapassar"[50], *oficiosidade* esta que equivale à determinação de prova de ofício para suprir essa dúvida, tal como autoriza o direito brasileiro. Ou, como pregava Carnelutti, "quando existem provas evidentes da culpabilidade ou da inocência, antes de condenar ou de absolver é necessário continuar na investigação até haver esgotado todos os recursos"[51].

Em suma, o alcance que os defensores do juiz inerte na fase probatória pretendem dar ao princípio do *in dubio pro reo* não possui qualquer respaldo histórico, e muito menos doutrinário.

2.8 A Proposição de um Juiz-Defensor

Toda a linha argumentativa, acima analisada, está centrada na impossibilidade de o juiz produzir prova de ofício, sob pena de, se assim o fizer, estar ferindo o sistema acusatório, onde o juiz seria naturalmente inerte ou mero expectador da atividade das partes. Mais que isso, caso agisse de ofício, o juiz teria irremediavelmente perdida sua imparcialidade, pois parte-se do pressuposto de que essa determinação de produção de prova é sempre realizada com o intuito de condenar o réu. Por tudo isso, consideramos - como mínimo - curiosa a posição manifestada por Giacomolli.

Após aderir ao entendimento de que nosso sistema de processo seria o acusatório, e afirmar que "ao juiz não cabe provar e nem contraprovar", esse autor propugna que o processo penal somente admitiria a

[49]Como disse Decartes, "para julgar requer-se certamente o entendimento, porquanto nada podemos julgar de uma coisa que de nenhum modo percebemos" (DESCARTES, René. **Princípios da Filosofia**. Tradução de Guido Antônio de Almeida et alli. Rio de Janeiro: UFRJ, 2002. Tradução de **Principia Philosophiae**. P. 51).

[50]PIMENTA, José da Costa. **Princípios Fundamentais do Processo Penal**. Coimbra: Almedina, 1989, p. 214. no mesmo sentido, MELENDO, Santiago Santis. In Dubio Pro Reo. **Revista de Derecho Procesal Iberoamericana**, Madri, nº 2-3, 1971, p. 515.

[51]CARNELUTTI, Francesco. **Las Miserias del Proceso Penal**. 3ª reimp. Tradução de Santiago Santís Melendo. Santa Fe de Bogotá/Colombia: Temis, 1999, p. 40.

produção de prova *ex officio judicis* a favor do réu, e nunca contra ele. Assim leciona sustentado nos deveres de o juiz preservar o *status libertatis* do réu[52] e evitar uma "condenação injusta"[53], fatores que, por sua vez, seriam fruto do direito universal de proteção dos direitos fundamentais e da inviolabilidade do direito de defesa[54].

A proposta feita por esse autor não é nenhuma novidade em nossa doutrina. Entretanto, os argumentos já apresentados são de ordem diversa, tendo eles sido por nos examinados em outra ocasião, momento em que denominamos esse modelo de magistrado como sendo o *juiz-defensor*[55]. Mas, também aqui, e com o devido respeito ao citado autor, a insustentabilidade de sua proposição é igualmente manifesta.

De início, não há como silenciar quanto a uma patente contradição no postulado apresentado por Giacomolli. Em um primeiro momento, esse autor afirma, de forma peremptória, a impossibilidade de o juiz do sistema acusatório produzir prova de ofício *para provar e contraprovar*. Mas, em seguida, sustenta que esse mesmo sistema acusatório - que acredita existir no país - comporta a atividade probatória *ex officio judicis*, desde que exercida a favor do réu. Ou seja, o sistema acusatório admitiria a atividade probatória de ofício, mas estaria condicionada a ser exercida favoravelmente a só um dos lados da relação processual.

Entretanto, ao longo de toda a história do sistema acusatório - tanto no direito antigo, como no direito atual -, em nenhum momento encontra-se qualquer restrição à atividade probatória de ofício do juiz, no sentido de que ele só pode assim agir se for para beneficiar a uma das partes já predeterminadas, tal como aqui proposto. Ou seja, não será no sistema acusatório onde se conseguirá dar alguma cobertura histórica ou de direito comparado ao modelo de juiz proposto por Giacomolli. Ao contrário, a figura do *juiz-defensor* - aquele que só pode produzir prova de ofício se for para beneficiar o réu - historicamente sempre esteve vinculada, quem diria, ao sistema inquisitivo.

Não por outro motivo, Carpsódio criou o brocardo *judex supplere debet defensionis rei ex officio* justamente para deixar manifesto esse dever de o juiz inquisidor proteger exclusivamente o réu, em detrimento dos interesses do acusador. Foi em razão desse traço histórico do juiz inquisidor - ser protetor dos interesses do réu - que autores

[52]GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas (?) do Processo Penal. Considerações Críticas.** Ob. cit., p. 36
[53]Idem, p. 37.
[54]Ibidem.
[55]ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores.** Ob. cit., p. 219-224.

nacionais o erigiram à condição de elemento integrante do sistema inquisitivo[56]. E, se quisermos buscar exemplos, junto aos textos deixados ao longo da história por este último sistema, sem grandes esforços encontraremos esse juiz-defensor na regulamentação da Inquisição Espanhola. Em termos específicos, ele se faz presente nas Instruções de Torquemada (1484), onde o juiz podia buscar novas testemunhas que comprovassem que aquelas arroladas pelo acusador haviam prestado depoimento com o ânimo de prejudicar o réu, seja por inimizade, seja por corrupção[57], bem como, nas Instruções de Valdés (1561), onde o juiz somente poderia produzir prova de ofício para averiguar a inocência do réu[58].

Portanto, sob o ponto de vista histórico, a proposição do juiz-defensor está umbilicalmente vinculada ao sistema inquisitivo, e não há como ser dele excluída com uma simples *penada*. Menos ainda vincular a figura do juiz-defensor ao sistema acusatório, que sempre admitiu - ao menos nos modelos derivados do direito antigo e direito continental hodierno - que o juiz satisfizesse suas dúvidas, antes de julgar o mérito, com a determinação de produção de prova de ofício, a ser trazida aos autos pelas partes (como na *ampliatio* do direito romano) ou por ele próprio (no direito atual). Em uma situação como essa, nunca foi tão atual a lição deixada por Cícero, quando disse que "a imutabilidade nos fatos passados é evidente; em certos futuros, porque não seja evidente, nem sequer parece existir"[59].

Um segundo aspecto que salta aos olhos é a invocação da preservação do *status libertatis* do réu, como fundamento para a figura do juiz-defensor. Ora, a preservação do *status libertatis* do réu foi utilizada como base argumentativa para a criação do princípio *favor rei*, que nada mais é do que a concessão de cobertura principiológica para o fato de o réu receber mais e melhores armas que seu opositor, sob o fundamento de poder demonstrar sua inocência ou restabelecer/manter sua liberdade. Lembremos, aliás, que tais *armas* lhe são concedidas não como decor-

[56]MARQUES, José Frederico. Do Processo Penal Acusatório. In: **Estudos de Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 21-29, p. 23. MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Campinas: Bookseller, 1997, V. I, p. 97. TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 9. RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 50.

[57]Instrução 14. Inftruciones fechas en Seuilla año de 1484 por el prior de fancta Cruz. Copilacion delas Inftructiones del Officio dela fancta Inquificion hechas por el muy Reuerendo feñor Thomas de Torquemada Prior del monafterio de fancta cruz de Segouia, primero Inquifidor general delos reynos y feñorfos de Efpaña, 1532 (In: ANDRADE, Mauro Fonseca. **Inquisição Espanhola e seu Processo Criminal. As Instruções de Torquemada e Valdés**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 17-98).

[58]Instruções 29 e 38. Copilación delas Inftructiones del Officio dela fancta Inquificion, fechas en Toledo, año de mil y quinientos y fefenta y un años (In: ANDRADE, Mauro Fonseca. **Inquisição Espanhola e seu Processo Criminal. As Instruções de Torquemada e Valdés**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 99-131).

[59]CÍCERO, Marco Túlio. Sobre o Destino. IX. Tradução de José Rodrigues Seabra Filho. São Paulo: Nova Alexandria, 2001, p. 17-18. Tradução de De Fato.

rência da aplicação do princípio da igualdade material de armas - ou seja, a título compensatório, por uma deficiência sua -, mas sim fruto de um puro e simples favor ao réu, como o próprio nome desse princípio nos indica. Em termos mais singelos, o que pretende Giacomolli é que o acusador - público ou privado -, além de já estar fragilizado endoprocessualmente pelo fato de o réu possuir mais e melhores *armas* que seu opositor, também tenha que enfrentar um juiz tendencioso, parcial, que nega o motivo de sua existência no processo e que não merece o qualificativo de magistrado[60], justamente por estar direcionado a ser um protetor do réu, tal como a seu tempo alertou Carpsódio.

Por toda essa soma de fatores, desde já fazemos o alerta: o real propósito da ideia do juiz-defensor não é para a nossa realidade legislativa, senão para o futuro texto a que estaremos submetidos dentro em breve. Melhor explicando, bem sabemos que a atual codificação adjetiva penal autoriza, sem restrições ou direcionamentos, que o juiz produza prova de ofício na fase processual da persecução penal. Quanto a isso não há dúvida. Entretanto, as notícias veiculadas pelo Senado Federal dão conta que o projeto de novo Código de Processo Penal optará pela figura do juiz passivo na obtenção da prova, tal como pretendido pela corrente doutrinária acima referida. Aliás, um dos membros da comissão de reforma é quem, reiterada e cansativamente, apregoa nos meios acadêmicos a incompatibilidade do sistema acusatório com a figura do juiz que produz provas de ofício, utilizando-se, como base doutrinária, justamente da palavra de Cordero que, como vimos, simplesmente não prega esse modelo de magistrado.

Com isso queremos dizer que, ao que parece, atualmente está sendo plantada a ideia do juiz-defensor para que seus frutos sejam colhidos com a entrada em vigor do novo Código de Processo Penal, caso o modelo de juiz inerte venha a vingar junto ao Congresso Nacional. Ou seja, com a definição de que a prova produzida *ex officio judicis* não se prestará a servir para a condenação do réu, ficará fácil levantar a bandeira do *juiz bonzinho* e buscar sua aceitação em âmbito doutrinário e jurisprudencial, ante a invocação de argumentos voltados à preservação dos direitos humanos do réu, tal como o faz Giacomolli.

[60]Já no século XVII, em escrito voltado a criticar a Inquisição Católica, Locke lembrava que, entre os deveres do magistrado, estava o de zelar pelos interesses do cidadão e da coletividade em igual nível, situação que, no caso em exame, deixa ainda mais patente a perda da condição de magistrado daquele que se vincula, psicológica e antecipadamente, aos interesses somente do acusado, em detrimento dos interesses da sociedade em ver não só absolvido quem for inocente, mas também condenado a quem for culpado. Segundo as palavras do autor inglês, "O dever do magistrado civil consiste em assegurar, mediante a execução imparcial de leis justas a todo o povo, em geral, e a cada um dos seus súditos, em particular, a justa posse de coisas correspondentes à sua vida" (LOCKE, John. **Carta sobre la Tolerancia**. 4ª ed. 2ª reimp. Tradução de Pedro Bravao Gala. Madrid: Tecnos, 2002, p. 6. Tradução de **A Letter concerning Toleration** [1689-1690]).

Finalizando, não há como negar que, aos olhos do leigo, é simpática a ideia de um juiz que se apresenta como defensor dos direitos humanos e por demais preocupado com o bem-estar das pessoas. É-nos passada, portanto, a imagem de que, justo no processo penal, essa proposição está voltada à criação de um juiz que tem seu coração e mente impregnados da mais pura bondade humana, e que seria moralmente superior ao acusador, por não apresentar tais valores entre seus atributos profissionais e/ou pessoais. O problema é que, quando o tema é a bondade ou boa vontade do ser humano, a literatura é pródiga em duvidar de suas reais proposições.

Cícero diz que "nada é tão popular como a bondade"[61], inserindo, assim, a bondade entre os instrumentos de manifestação do populismo. Em igual linha seguiu Locke, ao alertar que a boa vontade nem sempre está presente em determinados atos ou comportamentos humanos que, aparentemente, assim possam parecer[62]. Por isso, e conjugando essa linha de pensamento com a discussão aqui travada em torno do juiz-defensor, ficamos com Lopes Jr., quando pergunta, ainda que sob a ótica oposta: "Quem nos protege desse tipo de bondade?"[63].

Mas, como a proposição do juiz-defensor está calcada na equivocada invocação de um sistema de processo penal que não lhe dá guarida, e na formatação de um magistrado que sequer merece esse nome, não há como não lembrar a advertência de Marco Aurélio, Imperador-filósofo romano do século II d.C., quando alertou para o fato de que "Convém deixar o erro de um outro ali onde ficou"[64]. Ou seja, no caso do juiz-defensor, só no mundo das ideias.

Conclusão

A discussão em torno da produção probatória *ex officio judicis* não é nenhuma novidade no direito processual. Foi ela travada durante muito tempo no processo civil, e sua possibilidade há décadas está assentada, sem grandes traumas acadêmicos, nesse ramo do direito, ao contrário do que vemos, ainda hoje - e para seu demérito - no processo penal.

Essa pode até ser uma afirmação forte, mas não há como esconder nossa frustração em ver um tema de tamanha relevância e seriedade ser tratado da forma como vem ocorrendo. O que dizer em relação aos argumentos aqui expostos em defesa do juiz-defensor ou mesmo do juiz inerte na fase

[61]CICERÓN, Marco Tulio. Defensa de Ligario. XII. 37. In: **Defensa de Ligario. Defensa del Poeta Arquías.** 1ª ed., 1ª reimp. Tradução de Antonio Fontán Pérez. Madrid: Gredos, 1989, p. 54. Tradução de **Pro Ligario**.
[62]LOCKE, John. **Carta sobre la Tolerancia.** 4ª ed. 2ª reimp. Tradução de Pedro Bravao Gala. Madrid: Tecnos, 2002, p. 6. Tradução de **A Letter concerning Toleration** [1689-1690]).
[63]LOPES JR, Aury. Bom Para Quê(m)?. Ob. cit., p. 11.
[64]MARCO AURÉLIO. **Meditações.** Livro IX, 20. Tradução de William Li. São Paulo: Iluminuras, 1995, p. 101.

probatória, que podem ser rebatidos por qualquer acadêmico de história ou com a simples leitura da legislação ou da jurisprudência invocadas?

Em nossa opinião, o aperfeiçoamento do processo penal só não ocorre em razão dos traumas deixados pelo sistema inquisitivo, que poucos reflexos produziu no processo civil. Por isso é que o processo civil se encontra em um patamar técnico mais elevado, pois não encontramos autores que invoquem o selo da *acusatoriedade* ou da *inquisitorialidade* para defender ou opor-se a temas que ideologicamente são favoráveis ou contrários, mesmo que a história dos sistemas acusatório e inquisitivo não lhes dê qualquer respaldo. Ou seja, em âmbito civil, as opiniões pessoais não conseguem ser mascaradas com pretensos argumentos históricos que, ao final, facilmente mostram-se inexistentes.

A verdadeira discussão em torno da produção probatória *ex officio judicis* deve ser travada não no campo do *pode* ou *não pode*, mas em relação aos limites para que esses poderes sejam validamente exercidos pelo magistrado. Dito de outro modo, toda essa celeuma deve ficar em segundo plano para que centremos nossas forças na busca de uma definição sobre até onde pode ir o juiz em sua atuação na fase probatória, sobre qual material probatório ele pode ou não pode trazer aos autos, e de que maneira se fará o controle dessa atividade. Há necessidade de fixação desses limites na lei ou devemos analisar cada caso em concreto, tal como ocorre de modo desorganizado no direito comparado?

Enquanto essa discussão não ocorrer, a história do direito processual continuará sendo deturpada em nome do preconceito e para o alcance de preferências meramente pessoais.

O STF ESTÁ ASSUMINDO UM "ATIVISMO JUDICIAL" SEM PRECEDENTES?

Luiz Flávio Gomes*

Concluído o julgamento do famoso caso Raposa Serra do Sol (demarcação de terras indígenas), mais uma vez entrou em pauta o tema do "ativismo judicial", visto que o Min. Menezes Direito sugeriu a imposição de 19 medidas para a implementação da demarcação contínua. De ativismo judicial já se falou também quando o STF impôs a fidelidade partidária, o direito de greve no serviço público, a proibição do nepotismo, o uso restrito das algemas etc.

Vamos aos conceitos: judicialização não se confunde com ativismo judicial. A judicialização nada mais expressa que o acesso ao judiciário, que é permitido a todos, contra qualquer tipo de lesão ou ameaça a um direito. É fenômeno que decorre do nosso modelo de Estado e de Direito. Outra coisa bem distinta é o "ativismo judicial" (que retrataria uma espécie de intromissão indevida do Judiciário na função legislativa, ou seja, ocorre ativismo judicial quando o juiz "cria" uma norma nova, usurpando a tarefa do legislador, quando o juiz inventa uma norma não contemplada nem na lei, nem dos tratados, nem na Constituição).

O ativismo judicial foi mencionado, pela primeira vez (cf. M. Pereira, em O Globo de 21.03.09, p. 4), em 1947, pelo jornalista americano Arthur Schlesinger, numa reportagem sobre a Suprema Corte dos Estados Unidos. Para ele há ativismo judicial quando o juiz se considera no dever de interpretar a Constituição no sentido de garantir direitos. Como se vê, o conceito de ativismo judicial que acima utilizamos não coincide exatamente com o que acaba de ser descrito. Se a Constituição prevê um determinado direito e ela é interpretada no sentido de que esse direito seja garantido, para nós, isso não é ativismo judicial, sim, judicialização do direito considerado. O ativismo judicial vai muito além disso: ocorre quando o juiz inventa uma norma, quando cria um direito não

*Doutor em Direito penal pela Universidade Complutense de Madri, Mestre em Direito Penal pela USP, Professor de Direito penal na Universidade Anhangüera e Diretor-Presidente da Rede de Ensino LFG (www.lfg.com.br). Foi Promotor de Justiça (1980 a 1983), Juiz de Direito (1983 a 1998) e Advogado (1999 a 2001).

contemplado de modo explícito em qualquer lugar, quando inova o ordenamento jurídico.

É preciso distinguir duas espécies de ativismo judicial: há o ativismo judicial inovador (criação, *ex novo*, pelo juiz de uma norma, de um direito) e há o ativismo judicial revelador (criação pelo juiz de uma norma, de uma regra ou de um direito, a partir dos valores e princípios constitucionais ou a partir de uma regra lacunosa, como é o caso do art. 71 do CP, que cuida do crime continuado). Neste último caso o juiz chega a inovar o ordenamento jurídico, mas não no sentido de criar uma norma nova, sim, no sentido de complementar o entendimento de um princípio ou de um valor constitucional ou de uma regra lacunosa.

No caso da imposição da fidelidade partidária não havia nenhuma regra explícita a respeito do tema. Que fizeram os Ministros do STF? Com base no princípio democrático (um dos eixos do moderno constitucionalismo) criaram uma regra: quem mudar de partido depois da eleição perde o mandato. Isso não estava explícito em nenhum lugar, logo, houve ativismo judicial. De que espécie: inovador ou revelador? Diante dos conceitos acima emitidos, o revelador (do sentido do princípio democrático).

E no caso da demarcação indígena (Raposa Serra do Sol), qual foi o ativismo judicial (naquelas 19 medidas)? Diríamos: bastante revelador mas já se incursionando no inovador. Qual é o problema de todo ativismo judicial? Está no risco de o Poder Judiciário perder sua legitimidade democrática, que é indireta. Em que sentido? As decisões dos juízes são democráticas na medida em que seguem (nas decisões judiciais) aquilo que foi aprovado pelo legislador. Sempre que o Poder Judiciário inova o ordenamento jurídico, criando regras antes desconhecidas, invade a tarefa do legislador, ou seja, se intromete indevidamente na função legislativa. Isso gera um outro risco: o da aristocratização do Estado e do Direito (que, certamente, ninguém no século XXI está muito disposto a aceitar).

Quais seriam as razões do ativismo judicial no Brasil? Luiz Roberto Barroso invoca duas (O Globo de 22.03.09, p. 4): (a) nova composição do STF (por Ministros bastante preocupados com a concretização dos valores e princípios constitucionais) e (b) crise de funcionalidade do Poder Legislativo (que estimula tanto a emissão de Medidas Provisórias pelo Executivo como o ativismo judicial do Judiciário). Todo poder quando não exercido (ou quando não bem exercido) deixa vácuo e sempre existe alguém pronto para preencher esse espaço vazio por ele deixado.

UN ESTUDIO COMPARADO DEL COMPORTAMIENTO DE LA CORTE SUPREMA Y DE LA PROCURACIÓN GENERAL EN LA ARGENTINA A TRAVÉS DEL EJERCICIO DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD (1935-1983).

Jorge O. Bercholc*

1.- Introducción

El presente trabajo es parte de una investigación mayor que sobre el período 1935 a 1998 se ha realizado compulsando el ejercicio del control de constitucionalidad efectuado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación de los actos legislativos de los otros poderes políticos del Estado[1].

Se han extraído muchas variables conformando una base de datos muy amplía y diversos cuadros estadísticos con cruces de información que permiten desarrollar variadas hipótesis de trabajo y arribar a un buen número de conclusiones con suficiente sustento cuantitativo y empírico.

En esta ocasión he seleccionado cuadros estadísticos con datos que permiten elaborar un estudio comparativo entre el comportamiento de la Corte y de la Procuración en el ejercicio del control de constitucionalidad de los actos legislativos y administrativos de los poderes ejecutivo y legislativo, tanto en la jurisdicción nacional como en la provincial. Los datos recolectados y los cuadros generados permiten abordar y conocer una de las atribuciones más importantes, que desarrollan tanto la Corte como el Ministerio Público.

*Doctor en Derecho Político, Especialista en Sociología Jurídica y Abogado, Universidad de Buenos Aires. Postgraduado como Especialista en Constitucionalismo y Democracia, y en Justicia Constitucional, Universidad de Castilla-La Mancha, España. Diploma de postgrado en Procesos de Integración Regional y Relaciones Internacionales, Universidad de Barcelona. Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja, Universidad de Buenos Aires. Profesor de Teoría del Estado y de Postgrado y Doctorado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesor Titular de Sociología Jurídica y de Metodología de la investigación Jurídica, Universidad Abierta Interamericana.

[1] "La independencia de la Corte Suprema a través del control de constitucionalidad. Respecto a los otros poderes políticos del Estado (1935-1998)", Jorge Bercholc, Ediar, 2004, Buenos Aires, 276 páginas. Se trata de un trabajo empírico-cuantitativo con mucho material estadístico y análisis agregado sobre la producción del Tribunal en el ejercicio del control de constitucionalidad de actos normativos de los otros poderes políticos del Estado.

2. Metodología de la Investigación

Se ha analizado el comportamiento de la CSJN[2] a través de sus fallos y de la Procuración a través de sus dictámenes en ejercicio de la facultad de controlar la constitucionalidad de los actos administrativos y normas emanadas del Poder Ejecutivo y sus órganos dependientes a nivel nacional, provincial y municipal y de la constitucionalidad de la actividad legislativa tanto del Congreso Nacional como de las legislaturas provinciales y municipales.

Para ello se ha tomado como universo a consultar la colección jurisprudencial de la Revista Jurídica LA LEY, desde su inicio en el año 1936 hasta el año 1984.

Cabe aclarar que la identificación de los tomos por años no son un reflejo calendario estricto, por ejemplo, en los tomos del año 1936 se detectan fallos de años anteriores y se han consultado los tomos del año 1984 ya que en ellos se continuaron publicando fallos emitidos dentro de las fechas estipuladas para esta investigación hasta la restauración democrática del 23 de diciembre de 1983.

En concreto se han revisado todos los fallos emitidos por la CSJN publicados por LA LEY desde su aparición en el año 1936 (donde aparecen fallos de años anteriores) hasta el 23 de diciembre de 1983. Ese es el período que abarca esta investigación y el trabajo que aquí se expone.

Se han consultado 192 tomos a razón de 4 tomos publicados por año durante el período descripto de 48 años; se consultó el *índice de fallos por Tribunal* donde se examinaron 14.107 fallos publicados con sentencias de la CSJN. En dicho examen se detectaron todos los fallos emitidos que se refirieran a control de constitucionalidad de normas tachadas de inconstitucionales. Se capturaron 1.822 fallos.

Con los fallos capturados se detectaron 1327 dictámenes de la Procuración. Hay fallos en los que no existe dictamen del Procurador y ello puede ser porque, i) no fue publicado por La Ley, o ii) el caso no requiere técnicamente que la Procuración se expida, o iii) se haya involucrada dependencia estatal que se presenta con apoderado propio. Por ello hay menos dictámenes que fallos.

Detectados los fallos sobre control de constitucionalidad se han volcado los datos y variables útiles a una planilla especialmente confeccionada para su recolección y se los ha clasificado para su procesamiento y entrecruzamiento, lo que se observará en los cuadros elaborados.

[2]CSJN es la abreviatura de Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Se han capturado los fallos publicados in extenso y también los fallos publicados en forma sumaria o anotados al pie de otro fallo semejante siempre y cuando permitieran identificar y extraer con absoluta certeza un mínimo de datos relevantes para su procesamiento.

Por mínimo léase: i) la norma en cuestión, ii) sentido de la decisión de la CSJN, iii) partes del juicio y iv) fecha de emisión del fallo. Esta es otra razón que explica la diferencia entre fallos y dictámenes pero que asumo suplida metodológicamente por el establecimiento de porcentajes y por la desagregación de los casos en los que no se detecto dictamen.

La magnitud de la tarea emprendida hizo menester que se limite el universo de fallos examinados a los publicados por la revista jurídica LA LEY, ello por las siguientes razones: i) óptima y accesible sistematización que permite con cierto orden y agilidad su consulta por índices, lo que ha permitido articular este trabajo con otros realizados para otros realizados para el período 1984-1998, ii) se asume que los publicados por LA LEY resultan los más relevantes y trascendentes y han respondido a un criterio más o menos similar en todo el período y iii) además resulta ser una selección no sujeta a subjetividades del investigador , sino que ha respondido a un criterio independiente de la publicación jurídica especializada más consultada del país y posiblemente la más importante. Pero además la selección está fuertemente predeterminada por la propia Oficina de Jurisprudencia de la Corte Suprema la que se ocupa de remitir los casos más importantes a las editoriales jurídicas[3]. De este modo la representatividad de la muestra y de la selección de los fallos publicados en relación al total de fallos de la CSJN, la consideramos sustentada por la doble vía mencionada.

Por ello es posible que exista algún grado o nivel de fuga respecto de la totalidad de fallos sobre constitucionalidad de normas emitido por la CSJN, lo que se explica por la metodología aplicada. Aún así la convicción es la de que ese posible nivel de fuga, de existir resulta mínimo o no relevante a fines de los resultados obtenidos, sin embargo debe considerarse la advertencia para el análisis de los datos obtenidos y las posibles conclusiones que se extraigan. Por eso los datos obtenidos deben ser considerados como un mínimo.

En particular como hemos sostenido en Molinelli et al[4]: "... se

[3]Con relación a los fallos que se publican de la CSJN , los mismos son preseleccionados por la propia Corte Suprema que a través de su Oficina de Jurisprudencia envía a las editoriales jurídicas los fallos que considera dignos de publicación por su importancia. Según información recabada en la propia Editorial La Ley , en general los fallos remitidos por la Corte son todos publicados , previa revisión de un órgano consultor de la editorial conformado por Juristas especializados en distintas ramas del derecho , los que opinan sobre la conveniencia de publicar in extenso o en forma sumaria los casos.

[4]Molinelli et al, La Corte Suprema y el control de constitucionalidad (1983-1998), 1999, Instituto de Investigaciones "Ambrosio Gioja", Buenos Aires, mimeo.

estima que se han capturado casi todos los casos de inconstitucionalidad de leyes y decretos nacionales, pero que ello ha ocurrido en menor proporción en los casos de normas provinciales. Esto significa que lo mas prudente es considerar los cuadros y datos de fallos y normas aquí ofrecidas, como un mínimo, en particular pero no únicamente respecto a normas provinciales de nivel inferior a decreto y a resoluciones en el orden nacional. Este trabajo debe entenderse como una primera aproximación, un primer intento para entender los límites aproximados del fenómeno. El lector deberá especialmente tener presente esta advertencia al leer los cuadros realizados y obligará a ser muy prudente en las conclusiones a que se pueden arribar con estos datos."

Además de clasificar los datos por el sentido de la decisión de la CSJN, a favor o en contra de la constitucionalidad de la norma cuestionada se los ha clasificado por la categoría DEFECTO FORMAL. Con dicha categoría, en la que caben numerosas decisiones de la Corte, nos referimos a que el planteo efectuado es rechazado, pero sin que la Corte se expida sobre la constitucionalidad o no de la norma en cuestión, se trata de un rechazo por cuestiones formales o técnicas. Las causas que resultan más comunes son, i) la extemporaneidad del planteo; ii) que la decisión recurrida no sea una sentencia definitiva y por ello la parte recurrente tenga vías previas a la Corte para reclamar; iii) que la cuestión haya devenido abstracta; iv) por falta de legitimación del recurrente; v) por no revestir la cuestión carácter federal de acuerdo a lo prescripto por el art.14 de la ley nº 48.

3 Los Cuadros Estadísticos.

El cuadro nº 1 muestra las distintas formaciones de CSJN ocurridas. De allí se han tomado formaciones en bloques que coincidieran con hechos institucionales y políticos importantes y que además influyeran fuertemente en la formación de la CSJN a efectos de algunas mediciones. Ello se explica en la nota al pie del cuadro nº 5.

Por razones de espacio para esta publicación sólo se han incluido en el cuadro nº 1 las formaciones de corte a partir de la nº 65 a la nº 102 que abarcan el período investigado desde 1936 a 1983 (más precisamente hasta la asunción de Alfonsín).

El cuadro completo identifica 112 formaciones de corte desde su creación el 15 de enero de 1863 hasta la formación actual.

CUADRO Nº 1: FORMACIONES DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION DESDE 1863 A 1999. (1)

Nº de Nación	Duración	Pte. de la Corte	Ministros de la Corte Suprema				
					de		c/Corte
65	04-10-35 08-12-38	Repetto	Linares	Nazar Anchorena	J.B.Terán	Sagarna	Justo Ortiz (20-02-38)
66	28-12-38 01-07-44	ídem	ídem	ídem	F.Ramos Mejía	ídem	Ortiz Castillo (24-06-42) Ramírez (04-06-43) Farrell (10-03-44)
67	01-07-44 27-09-44	ídem	VACANTE	ídem	ídem	ídem	Farrell
68	27-09-44 24-04-46	ídem	T.D.Casares	ídem	ídem	ídem	ídem
69	24-04-46 24-04-47	VACANTE	ídem	ídem	ídem	ídem	Farrell Perón (04-06-46)
70	24-04-47 01-08-47	VACANTE	ídem	VACANTE JUICIO POLITICO	VACANTE JUICIO POLITICO	VACANTE JUICIO POLITICO	Perón
71	01-08-47 02-08-49	F.S.Pérez	ídem	L.R.Longhi	J.L.Alvarez Rodríguez	R.G.Valenzuela	ídem
72	02-08-49 24-10-49	ídem	ídem	ídem	VACANTE	ídem	ídem
73	24-10-49 04-10-55	ídem	ídem	ídem	A.Pessagno	Ídem	Perón Lonardi (23-09-55)
74	07-10-55 07-05-56	A.Orgaz	M.Argañaráz	E.V.Galli	C.Herrera	J.Vera Vallejo	Lonardi Aramburu (13-11-55)
75	07-05-56 02-10-56	ídem	ídem	ídem	ídem	VACANTE	Aramburu
76	02-10-56 08-05-58	ídem	ídem	ídem	ídem	B.Villegas Basavilbaso	Aramburu Frondizi (01-05-58)
77	12-05-58 12-02-60	ídem	L.M.Boffi Boggero	J.C.Oyhanarte	A.Aráoz de Lamadrid	ídem	Frondizi

LEY 15.271 DEL 3 DE FEBRERO DE 1.960 AMPLÍA EL Nº DE MINISTROS DE LA CORTE A SIETE.

78	12-02-60 02-03-60	Orgaz	Colom-Bres	Boffi Boggero	Aberas-tury	J.C.Oyhanarte	A.Aráoz De Lamadrid	B.Villegas Basavilbaso	ídem
79	02-03-60 04-10-60	Vacante	ídem	ídem	ídem	ídem	ídem	ídem	ídem
80	04-10-60 12-09-62	Imaz	ídem	ídem	ídem	ídem	ídem	ídem	Frondizi Guido (29-03-62)
81	21-09-62 22-09-64	ídem	ídem	ídem	ídem	Bidau	ídem	ídem	Guido Illia (12-10-63)
82	22-09-64 30-10-64	ídem	ídem	ídem	ídem	ídem	ídem	VACANTE	Illia
83	26-11-64 03-02-65	ídem	ídem	ídem	ídem	VACANTE	ídem	C.Zavala Rodríguez	Illia
84	03-02-65 28-06-66	ídem	ídem	ídem	ídem	A.Mercader	ídem	ídem	Illia

"DECRETO LEY"16.895 DEL 5 DE JULIO DE 1.966 REDUCE EL N° DE MINISTROS DE LA CORTE A CINCO.

85	04-07-66 10-01-67	E.Ortiz Basualdo	R.Chute	M.A.Risolía	G.A.Borda	L.C.Cabral	Ongania
86	02-02-67 26-07-70	ídem	ídem	ídem	J.F.Bidau	ídem	Onganía Levinsgton (18-06-70)
87	26-07-70 07-10-70	ídem	ídem	ídem	VACANTE	ídem	Levinsgton
88	07-10-70 24-05-73	ídem	ídem	ídem	M.Arguas	ídem	Levinston Lanusse (23-03-71)
89	08-06-73 10-07-75	M.A.Bercaitz	A.Díaz Bialet	M.Arduz Castex	E.Corvalán Nanclares	H.Masnatta	Campora (25-05-73) Lastiri (13-07-73) Perón (12-10-73) Martínez (01-09-74)
90	10-07-75 21-08-75	ídem	ídem	ídem	VACANTE	ídem	Martínez
91	21-08-75 09-09-75	ídem	ídem	ídem	R.E.G.Levene	ídem	ídem
92	08-09-75 24-03-76	ídem	ídem	P.A.Ramella	ídem	ídem	Martínez Videla (29-03-76)
93	02-04-76 30-12-76	H.H.Heredia	A.Gabrielli	A.R.Curide	F.Videla Escalada	A.Rossi	Videla
94	01-02-77 29-09-77	ídem	ídem	ídem	P.J.Frías	ídem	ídem
95	05-10-77 18-08-78	ídem	ídem	E.M.Daireaux	ídem	ídem	ídem
96	18-08-78 01-11-78	VACANTE	ídem	ídem	ídem	ídem	ídem
97	01-11-78 15-04-80	E.Guastavino	ídem	ídem	ídem	ídem	ídem
98	15-04-80 05-08-80	ídem	ídem	VACANTE	ídem	ídem	ídem
99	05-08-80 15-12-81	ídem	ídem	C.Black	ídem	ídem	Videla Viola (29-03-81)
100	15-12-81 25-02-82	ídem	ídem	ídem	VACANTE	ídem	Viola Galtieri (22-12-81)
101	25-02-82 01-10-83	ídem	ídem	ídem	C.A.Renom	ídem	Galtieri Bignone (17-06-83)
102	03-10-83 7/9-12-83	ídem	ídem	J.Martínez Vivot	E.P.Gnecco	ídem	Bignone

1) Por razones de espacio destinadas a este trabajo sólo se publican en este cuadro las formaciones de Corte a partir de la n° 65 que corresponde al período aquí analizado.
2) Si hay menos de treinta días entre el cese de funciones de un miembro y la incorporación del reemplazante, no se ha computado como formación de una "nueva Corte" a efectos de este cuadro.

Fuente: Cuadro n° 4.20 en Molinelli, Palanza y Sin, 1999.

CUADRO N° 2:
TOTALES Y PORCENTUALES DE FALLOS Y DECISIONES DE LA CSJN SOBRE CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS. 1)

CANTIDAD TOTAL DE FALLOS DETECTADOS	A FAVOR CONST.	%	CONTRA CONST.	%	DEFECTO FORMAL	%	CANTIDAD DE DECISIONES
1822	886	48,26	543	29,58	407	22,17	1836

1) La cantidad de fallos detectados no coincide con la cantidad de decisiones porque en algunos fallos la Corte ha decidido sobre la constitucionalidad de más de una norma, dado que las partes así lo plantearon y la decisión fue en distinto sentido (a favor de la constitucionalidad de alguna de las normas y en contra de la constitucionalidad de la otra) , los porcentajes se han calculado con relación a la cantidad de decisiones.
   Se han tomado para el cálculo todos los fallos detectados, aún aquellos en que se repiten las normas involucradas.
   En este cuadro la unidad de análisis son los fallos, por eso no se desagregan las decisiones de la CSJN cuando en un fallo se decide respecto de más de una norma en igual sentido. Sí se desagregan las decisiones en distinto sentido.
2) Fuente: Base de datos propia confeccionada de acuerdo a recolección de Revista Jurídica La Ley tomo n° 1 a tomo 1984-A.

CUADRO N° 3:
TOTALES Y PORCENTUALES DE DICTAMENES DE LA PROCURACION SOBRE CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS. 1)

CANTIDAD TOTAL DE FALLOS DETECTADOS	A FAVOR CONST.	%	CONTRA CONST.	%	DEFECTO FORMAL	%	CANTIDAD DE DICTAMENES
1822	593	44,69	352	26,53	382	28,79	1327

1) Sobre el total de fallos detectados se han hallado 1.327 dictámenes de la Procuración General de la Nación ya que en los restantes fallos o i) no fue publicado por La Ley el dictamen del Procurador, o ii) el caso no requiere técnicamente que la Procuración se expida, o iii) se haya involucrada dependencia estatal que se presenta con apoderado propio; sin embargo la cantidad es suficiente como para medir el comportamiento de la Procuración y compararlo con el de la Corte. Se han desagregado los dictámenes en los que la Procuración se expide en más de un sentido sobre más de una norma -a favor y en contra de distintas normas en el mismo dictamen.-. Se han calculado los porcentajes sobre el total de dictámenes de la Procuración.
2) Fuente: Base de datos propia confeccionada de acuerdo a recolección de Revista Jurídica La Ley tomo n° 1 a tomo 1984-A.

CUADRO N° 4:

COMPARATIVO DE PORCENTUALES ENTRE FALLOS (DECISIONES) DE LA CSJN Y DICTAMENES DE LA PROCURACION SOBRE TOTALES.1)

	A FAVOR CONST.	CONTRA CONST.	DEFECTO FORMAL
CORTE SUPREMA	48,26 %	29,58 %	22,17 %
PROCURACION	44,69 %	26,53 %	28,79 %

1) Aquí se comparan los porcentajes sobre el total de decisiones de la CSJN (1836) con el total de dictámenes detectados de la Procuración (1327) Fuente: cuadros n° 2 y 3.

CUADRO N° 5:

COMPARATIVO DE TOTALES Y PORCENTUALES ENTRE FALLOS (DECISIONES) DE LA CSJN Y DICTAMENES DE LA PROCURACION SOBRE LOS FALLOS EN LOS QUE SE EMITIO DICTAMEN. 1)

CANTIDAD TOTAL DE DECISIONES	A FAVOR CONST.	%	CONTRA CONST.	%	DEFECTO FORMAL	%
1341	624	46,53	404	30,13	313	23,34
CANTIDAD DE DICTAMENES	A FAVOR CONST.	%	CONTRA CONST.	%	DEFECTO FORMAL	%
1327	593	44,69	352	26,53	382	28,79

1) Aquí se calculan los porcentajes sobre los 1327 fallos de la CSJN, que contienen 1341 decisiones de la CSJN (ver nota n° 1 y 2 de cuadro n° 6), en los cuales emitió dictamen la Procuración.(1.327 dictámenes) Fuente: Base de datos propia confeccionada de acuerdo a recolección de Revista Jurídica La Ley tomo n° 1 a tomo 1984-A.

CUADRO N° 6:

TOTAL Y PORCENTUALES DE FALLOS (DECISIONES) SOBRE CONSTITUCIONALIDAD DESAGREGADO POR FORMACIONES DE LA CORTE. 1)

CORTE N° (2)	TOTAL DE DECISIONES(3)	A FAVOR CONST.	%	CONTRA CONST.	%	DEFECTO FORMAL	%
65 a 69	528	220	41,66	209	39,58	99	18,75
70	7	4	57,14	3	56,82	--	--
71 a 73	242	159	65,70	54	22,31	29	11,98
74 a 76	84	28	33,33	24	28,57	32	38,09
77	67	28	41,79	8	11,94	31	46,27
78 a 84	229	126	55,02	38	16,59	65	28,38
85 a 88	310	141	45,48	101	32,58	68	21,94
89 a 92	87	48	55,17	17	19,54	22	25,29
93 a 102	273	128	46,89	87	31,87	58	21,25

1) Dado que en el período analizado se clasificaron 37 formaciones distintas de la Corte Suprema, se las ha agrupado por formaciones de la Corte considerando cambios drásticos/importantes numérica e institucionalmente hablando (entiéndase cambio de todos o gran parte de los Ministros por juicio político, golpe de estado, aumento o disminución de Ministros por ley o decreto/ley). Así el primer bloque (Cortes nº 65 a 69) llega hasta la destitución por juicio político del 24 de abril de 1947 ; el segundo bloque (Corte nº 70) abarca el período que va entre la destitución por el juicio político de tres Ministros hasta la designación de los nuevos miembros , y tuvo formaciones diversas (integraron la Corte en este período Villar Palacio -emitió 5 votos-, Gonzalez Calderon -3- , Del Campillo -3- , Nores Martínez -1-, Irusta Conet -2- y Romero Ibarra -1-), aunque siempre con la presencia de Casares, único integrante de la formación anterior que no fue sometido a juicio político ; el tercer bloque (Cortes nº 71 a 73) abarca desde la asunción hasta el derrocamiento de Perón; el cuarto bloque (Cortes nº 74 a 76) abarca desde la llamada Revolución Libertadora hasta el gobierno de Frondizi; el quinto bloque (Corte nº 77) hasta el aumento por ley nº 15.271 del número de miembros de la Corte; el sexto bloque (Cortes nº 78 a 84) trata desde la Corte ampliada a 7 miembros hasta el derrocamiento de Illia; el séptimo bloque (Cortes nº 85 a 88) abarca desde el golpe de estado liderado por Onganía hasta la asunción de Cámpora en 1973 ; el octavo bloque (Cortes nº 89 a 92) abarca el período peronista hasta el golpe del 24 de marzo de 1976 ; el noveno y último bloque (Cortes nº 93 a 102) abarca el período del Proceso hasta la restauración democrática con la asunción de Alfonsín el 10 de diciembre de 1983.
2) Nº de formaciones de Corte según cuadro nº 1.
3) La columna "Total de Decisiones" se refiere a las emitidas ante planteos de inconstitucionalidad de alguna norma en el período de tiempo abarcado por las Cortes identificadas en la columna respectiva. Se trata de decisiones , esto es todos los fallos más las decisiones en distinto

CUADRO N° 7:
TOTAL Y PORCENTUAL DE DICTAMENES DE LA PROCURACION DESAGREGADO POR PROCURADOR. 1)

PROCURADOR	TOTAL DICTAMENES	A FAVOR CONST.	%	CONTRA CONST.	%	DEFECTO FORMAL.	%
ALVAREZ	477	237	49,69	133	27,88	107	22,43
R.LARRETA	8	1	12,50	5	62,50	2	25
J.PAZ	1	--	--	--	--	1	100
DELFINO	119	44	3 6,97	36	30,25	39	32,77
ESCOBAR	3	1	33,33	2	66,66	--	--
SOLE	76	22	28,95	19	25	35	46
LASCANO	181	73	40,33	38	21	70	38,67
LASCANO (2)	42	11	26,19	10	23,81	21	50
LASCANO (3)	139	62	44,60	28	20,14	49	35,25
PIGRETTI	15	12	80	1	6,66	2	13,33
PIGRETTI (4)	6	5	83,33	--	--	1	16,66
PIGRETTI (5)	9	7	77,77	1	11,11	1	11,11
BENITES	1	--	--	--	--	1	100
G.FORGUES	38	13	34,21	18	47,37	7	18,42
G.FORGUES (6)	6	2	33,33	1	16,66	3	50
G.FORGUES (7)	6	3	50	2	33,33	1	16,66
G.FORGUES (8)	26	8	30,77	15	57,69	3	11,54
MARQUARDT	179	80	44,69	54	30,16	45	25,14
FREIRE ROMERO	28	8	28,57	6	21,43	14	50
PETRACCHI	45	21	46,66	7	15,55	17	37,77
GUASTAVINO	71	39	54,93	15	21,13	17	23,94
BAUSSET	8	3	37,50	3	37,50	2	25
LOPEZ	6	33	48,53	14	20,59	21	30,88
BECCAR VARELA	1	--	--	1	100	--	--

1) Se trata de los dictámenes de los Procuradores, la columna total refiere al total de dictámenes emitido por el respectivo Procurador, desagregado por el sentido de la opinión.
2) Dictámenes correspondientes al período contemporáneo a la Corte n° 77 previa a la ampliación a siete de los Ministros de la Corte por sanción de la ley n° 15.271.
3) Dictámenes correspondientes al período contemporáneo a las Cortes n° 78 a 84.En ambos períodos continuó en la Procuración Ramón Lascano, los ítems 2 y 3 desagregan por contemporaneidad con formaciones de Corte el total de los dictámenes de Lascano.
4) Dictámenes correspondientes al período contemporáneo a las Cortes n° 78 a 84.

5) Dictámenes correspondientes al período contemporáneo a las Cortes nº 85 a 88. Procurador Pigretti actuó en los períodos correspondientes a las formaciones de cortes nº 78 a 84 y cortes nº 85 a 88.Los ítems 4 y 5 desagregan por contemporaneidad con formaciones de Corte el total de los dictámenes de Pigretti.
6) Dictámenes correspondientes al período contemporáneo a las Cortes nº 85 a 88.El Procurador Gómez Forgues actuó en los períodos correspondientes a las formaciones de cortes nº 85 a 88, cortes nº 89 a 92 y cortes nº 93 a 102. Los ítems 6, 7 y 8 desagregan por contemporaneidad con formaciones de Corte el total de los dictámenes de Gómez Forgues.
7) Dictámenes correspondientes al período contemporáneo a las Cortes nº 89 a 92.
8) Dictámenes correspondientes al período contemporáneo a las Cortes nº 93 a 102.
Fuente: Base de datos propia, relevamiento La Ley tomo nº 1 a 1984 -A.

CUADRO Nº 8:
COMPARATIVO DE PORCENTUALES ENTRE FALLOS (DECISIONES) DE LA CSJN Y DICTAMENES DE LA PROCURACION DESAGREGADO POR FORMACIONES DE CORTE Y PROCURADOR CONTEMPORANEO. 1)

Nº DE CORTES Y PROCURADOR CONTEMPORANEO (2)	A FAVOR CONST.	CONTRA CONST.	DEFECTO FORMAL
CORTES Nº 65 A 69	41,66	39,58	18,75
ALVAREZ	49,69	27,88	22,43
CORTES Nº 71 A 73	65,70	22,31	11,98
DELFINO	36,97	30,25	32,77
CORTES Nº 74 A 76	33,33	28,57	38,09
SOLER	28,95	25	46
CORTE Nº 77	42,79	11,94	46,27
LASCANO	26,19	23,81	50
CORTES Nº 78 A 84	55,02	16,59	28,38
LASCANO	44,60	20,14	35,25
CORTES Nº 85 A 88	45,48	32,58	21,94
MARQUARDT	44,64	30,16	25,14
CORTES Nº 89 A 92	55,17	19,54	25,29
PETRACCHI	46,66	15,55	37,77
CORTES Nº 93 A 102	46,89	31,87	21,25
GUASTAVINO	54,93	21,13	23,94
LOPEZ	48,53	20,59	30,88

1) Se ha desagregado el cuadro comparativo por formación de Cortes de acuerdo a lo explicado en el cuadro n° 11, nota 1) segundo párrafo. Para formaciones de Cortes n°... a n° ... , ver Cuadro n° 1
2) Se han comparado los bloques por formaciones de Cortes con el Procurador que actuó contemporáneamente a dichas formaciones. No se incluyen los Procuradores que actuaron como sustitutos en una sola o en más de una formación de Corte.
3) Se han tomado los porcentajes de acuerdo a los cuadros n° 11 y 12, esto es, sobre el total de las decisiones de la CSJN (1836 de acuerdo a lo establecido en el cuadro n° 6) y el total de dictámenes de la Procuración (1327 según lo establecido en el cuadro n° 8).
4) Fuente: Cuadros n° 6 y 7.

CUADRO N°9:
CANTIDAD DE FALLOS DE CSJN DESAGREGADAS POR NORMAS NACIONALES , PROVINCIALES Y MUNICIPALES CUESTIONADAS. 1)

CANTIDAD TOTAL DE FALLOS	NORMAS NACIONALES	%	NORMAS PCIALES.	%	NORMAS MUNICIPALES	%
1822 (1837) 2)	1149	62,55	577	31,41	111	6,04

1) Se ha desagregado el total de fallos en los que se ha planteado inconstitucionalidad de normas de acuerdo a si la/s norma/s cuestionada es de jurisdicción nacional, provincial o municipal.
2) En este cuadro la unidad de análisis son los fallos, pero se desagregan los casos en que se han cuestionado normas de más de una jurisdicción en un mismo fallo (por ejemplo un caso en el que se cuestione la constitucionalidad de una norma nacional y de otra provincial), ello explica que la suma de las columnas por jurisdicción dé la cantidad de 1837 en 1822 fallos. Los porcentajes se han calculado sobre 1837.
3) Fuente: Base de datos propia relevada de La Ley tomo n° 1 a tomo n° 1984-A.

CUADRO N° 10: CANTIDAD DE DICTAMENES DE LA PROCURACION DESAGREGADOS POR NORMAS NACIONALES, PROVINCIALES Y MUNICIPALES CUESTIONADAS. 1)

CANTIDAD TOTAL DE DICTAMENES	NORMAS NACIONALES	%	NORMAS PCIALES.	%	NORMAS MCIPALES.	%
1327	790	60,53	456	34,36	81	6,10

1) Se ha desagregado el total de dictámenes en los que se ha planteado inconstitucionalidad de normas de acuerdo a si la/s norma/s cuestionada es de carácter nacional , provincial o municipal.
2) Fuente: Base de dados propia relevada de La Ley tomo n° 1 a tomo n° 1984-A.

CUADRO Nº 11:
CANTIDAD DE FALLOS (DECISIONES) DE CSJN DESAGREGADOS POR NORMAS NACIONALES CUESTIONADAS Y POR SENTIDO DE LA DECISION. 1)

TOTAL FALLOS S/ NORMAS NACIONALES CUESTIONADAS	A FAVOR		CONTRA		DEFECTO	
1149	CONST.	%	CONST.	%	FORMAL	%
DECISIONES:1160 (2)	632	54.48	262	22.59	266	22.93

1) Se han desagregado las decisiones de la CSJN que han tratado la constitucionalidad de normas nacionales y clasificados por el sentido del fallo.
2) La no coincidencia de las decisiones con el total de fallos responde a que existen fallos en los que se ha decidido sobre más de una norma y la decisión fue en distinto sentido para cada norma. Se han calculado los porcentajes en relación al total de decisiones. En este cuadro la unidad de análisis son los fallos, por eso no se desagregan las decisiones de la CSJN cuando en un fallo se decide respecto de más de una norma en igual sentido.

Fuente: ídem cuadro anterior.

CUADRO Nº 12:
CANTIDAD DE DICTAMENES DE LA PROCURACION DESAGREGADOS POR NORMAS NACIONALES CUESTIONADAS Y POR SENTIDO DEL DICTAMEN. 1)

TOTAL DICTAMENES S/NORMAS NACIONALES DETECTADOS (2)	A FAVOR CONST.	%	CONTRA CONST.	%	DEFECTO FORMAL	%
790	392	49.62	146	18,48	252	31,90

1) Dictámenes de la Procuración desagregados por casos que han tratado la constitucionalidad de normas nacionales y clasificados por el sentido del dictamen.
2) Se hallaron menos dictámenes de la Procuración que fallos de la Corte por dos razones, i) en algunos casos directamente no fueron publicados y ii) en varios casos el Procurador no se expide ya sea porque involucrada alguna dependencia del Estado Nacional se presenta con apoderado especial (por ej. D.G.I.) , o porque la cuestión a dilucidar no requiere su dictamen.

Fuente: ídem cuadro anterior.

CUADRO N° 13:
COMPARATIVO DE PORCENTUALES ENTRE DECISIONES DE LA CSJN Y DICTAMENES DE LA PROCURACION DESAGREGADO POR NORMAS NACIONALES.

	A FAVOR CONST.	CONTRA CONST.	DEFECTO FORMAL
CORTE SUPREMA	54,48	22,59	22,93
PROCURACION	49,62	18,48	31,90

Fuente : Cuadros n° 11 y 12.

CUADRO N° 14:
CANTIDAD DE FALLOS (DECISIONES) DE CSJN DESAGREGADOS POR NORMAS PROVINCIALES CUESTIONADAS Y POR SENTIDO DE LA DECISION.

TOTAL FALLOS S/NORMAS PCIALES. CUESTIONADAS	A FAVOR		CONTRA		DEFECTO	
577	CONST.	%	CONST.	%	FORMAL	%
DECISIONES: 582	206	35,40	261	44,85	115	19,76

1) Ver notas cuadro n° 9 y 11.
Fuente: Base de datos propia elaborada por compulsa La Ley tomo n° 1 a tomo n° 1984-A.

CUADRO N° 15:
CANTIDAD DE DICTAMENES DE LA PROCURACION DESAGREGADOS POR NORMAS PROVINCIALES CUESTIONADAS Y POR SENTIDO DEL DICTAMEN.1)

TOTAL DICTAMENES S/NORMAS PCIALES. DETECTADOS (2)	A FAVOR CONST.	%	CONTRA CONST.	%	DEFECTO FORMAL	%
456	156	34,21	187	41	113	24,78

1) Dictámenes de la Procuración desagregados por casos que han tratado la constitucionalidad de normas provinciales y clasificados por el sentido del dictamen.
2) Ver nota 2) cuadro n° 12.
Fuente: ídem cuadro anterior.

CUADRO Nº 16:
COMPARATIVO POR PORCENTUALES ENTRE DECISIONES DE LA CSJN Y DICTAMENES DE LA PROCURACION DESAGREGADOS POR NORMAS PROVINCIALES CUESTIONADAS.

	A FAVOR CONST.	CONTRA CONST.	DEFECTO FORMAL
CORTE SUPREMA	35,40	44,85	19,76
PROCURACION	34,21	41	24,78

Fuente: Cuadros nº 14 y 15.

4.- Análisis de los Cuadros Estadísticos.

4.a.- Coincidencias y disidencias entre la CSJN y la Procuración.

Considerados los 1822 fallos detectados que implicaron 1836 decisiones[5] y detectados 1327 dictámenes de la Procuración[6], vemos que la CSJN declaró en 543 decisiones la inconstitucionalidad de normas, que representa un 29,58 % y la Procuración 352 casos , el 26,53 % , aproximadamente un 3% de disidencia, lo que parece poco y demostraría un alto grado de coincidencia entre la Corte y la Procuración considerando las decisiones por la inconstitucionalidad. (cuadros nº 2, 3, 4 y 5).

La coincidencia en general alcanza también los casos desagregados por normas nacionales y provinciales, siempre con un leve porcentaje mayor de inconstitucionalidades para la Corte. Invariablemente, en gobiernos de facto o de iure, la Procuración siempre se pronunció más veces por el rechazo por defecto formal que la Corte que le fue contemporánea y ello tanto para normas nacionales como para normas provinciales. (cuadros nº 11 a 16)

Sin embargo desagregado por Corte y por Procurador se presentan porcentajes de disidencias más marcados. Los más altos porcentajes de disidencias se observan entre las Cortes nº 65 a 69 (Repetto, Linares, Sagarna ...) y el Procurador Alvarez casi un 12% y las Cortes nº 93 a 102 (durante el Proceso) y los Procuradores Guastavino y López aproximadamente un 11 % , en ambos casos la Corte declaró mas inconstitucionalidades que la Procuración.(cuadro nº 8)

[5]Ver nota 1) del cuadro nº 2 ; más decisiones que fallos porque en un fallo puede tratarse más de una norma con decisiones en sentido contrario.

[6]Como ya fue dicho hay fallos en los que no existe dictamen del Procurador y ello puede ser porque , i) no fue publicado por La Ley , o ii) el caso no requiere técnicamente que la Procuración se expida , o iii) se haya involucrada dependencia estatal que se presenta con apoderado propio. Por ello hay menos dictámenes que fallos.

A la inversa y extrañamente, el Procurador Delfino del período peronista 1946-1955 dictaminó más veces por la inconstitucionalidad que la Corte contemporánea a su actuación, una diferencia casi del 8 %, posiblemente sobre normas sancionadas por gobiernos anteriores. Para profundizar este análisis resultaría de interés observar si las normas cuestionadas fueron sancionadas contemporáneamente o no con el gobierno en ejercicio.

También Lascano fue más "inconstitucionalista" que las cortes con las que fue contemporáneo durante el gobierno de Frondizi, las que tanto pre-post ampliación fueron las menos "inconstitucionalistas". (cuadros nº 6 , 7 y 8)

Resulta llamativo que la Procuración se muestre más "inconstitucionalista" que la Corte , asumiendo que se supone al Procurador General como representante del Ministerio Público ante la Corte , más permeable o sensible a los argumentos y necesidades del Poder Ejecutivo , aunque tal aseveración presenta algunas controversias[7].

Para echar luz sobre estos datos se requiere un análisis más cualitativo y desagregado, por ejemplo observar sobre cuáles normas se plantearon disidencias, lo que queda pendiente de investigar.

4.b.- La utilización del rechazo por Defecto Formal

La Corte ha utilizado en cantidades significativas el rechazo por defecto formal de los planteos de inconstitucionalidad. Lo hizo en 407 fallos que representan el 22,17 % del total de los casos capturados (cuadro nº 2) , lo que puede significar que los abogados litigantes suelen manejar incorrectamente el recurso de inconstitucionalidad , o que la Corte utilizó el rechazo por defecto formal como una especie de certiorari encubierto o ambas cosas en proporciones desconocidas.

La Procuración fue siempre más proclive al rechazo por defecto formal que la Corte , tanto en los cómputos globales (cuadros nº 2, 3 , 4 y 5) como en los desagregados por Procurador y Corte contemporánea (cuadros nº 6 , 7 y 8).Se observa un pico de rechazos por defecto formal entre los años 1955 a 1966 (Cortes nº 74 a 84 , desde el derrocamiento de Perón hasta el derrocamiento de Illia) tanto en la Corte como en la Procuración (cuadros nº 6 , 7 y 8).

[7]Según Molinelli , Palanza y Sin ob.citada, pág.651 , hasta 1994 no estaba claro si el Ministerio Público pertenecía al Poder Ejecutivo o al Judicial.La doctrina predominante lo ubicada dentro del ejecutivo , tal cual en EEUU , pero parte de la doctrina y ciertas soluciones legales y jurisprudenciales generaron confusión al respecto. En los EEUU se considera que el Procurador General representa la posición del Presidente.(Véase Meinhold y Shull 1998 , Segal 1989, Waxman 1998). Se designaba a los fiscales por decreto o resolución ministerial y al procurador General con acuerdo del Senado. Desde 1994 es un órgano independiente con autonomía funcional y financiera.

El rechazo por defecto formal fue más utilizado, tanto por la Corte como por la Procuración, para planteos de inconstitucionalidad de normas nacionales que de normas provinciales (cuadros n° 11 a 16).

4.c.- Algunas Conclusiones

1.- La formación n° 65 a 69 (año 1935/1946) es la que presenta más alto porcentaje de disidencias con los dictámenes de la Procuración[8] en declaraciones de inconstitucionalidad. La Corte fue más inconstitucionalista que la Procuración.

2.- La formación n° 71 a 73 (año 1947/1955) ha tenido un 7,94 % de disidencias con el Procurador contemporáneo en declaraciones de inconstitucionalidad, extrañamente el Procurador Delfino dictaminó más veces por la inconstitucionalidad que la Corte. También fueron muy disímiles los porcentajes en constitucionalidades y en rechazos por defecto formal. En sus dictámenes el Procurador Delfino triplica los rechazos por defecto formal respecto de los decididos por la Corte.

3.- El procurador contemporáneo a la formación n° 74 a 76 (año 1955/1958), Soler, presenta uno de los índices más bajos de disidencias con la Corte de este período.

4.- Hay importantes niveles de disidencias entre el Procurador Lascano y la Corte n° 77 (1958/1960); en inconstitucionalidades de casi un 12%, de las más altas pero con la particularidad (igual que el caso del Procurador Delfino durante el gobierno de Perón) que el procurador fue más "inconstitucionalista" que la Corte, cuando en teoría se supone que la procuración refleja más fielmente las necesidades del ejecutivo. También en constitucionalidades las disidencias son marcadas, el 16,60% siendo más constitucionalista obviamente la Corte que la Procuración. Estos datos no hacen más que confirmar el perfil "sistémico" de esta Corte, bajo el liderazgo de Oyhanarte.

5.- En la formación n° 78 a 84 (1960/1966) se mantuvieron las disidencias con el procurador Lascano, quién mantuvo una postura sorprendentemente más "inconstitucionalista" que la propia Corte y también más proclive al rechazo por defecto formal. La Corte declaró constitucionalidades casi en un 11% más de casos que el procurador.

[8]Según Oyhanarte (1972) en su ob.citada, pág.106 el Procurador Juan Alvarez se hallaba en un "impresionante aislamiento y patética soledad " ante el avance de las ideas intervencionistas en lo económico que admitía la Corte y quedó ideológicamente aislado en su vano intento de defender el Estado Liberal.
Según Pellet Lastra (2001), ob. citada, pág.283, el procurador Marquardt era un hombre muy vinculado a los mandos militares.

6.- La formación de Corte n° 85 a 88 (año 1966/1973) presenta el más alto porcentaje de coincidencias con el Procurador contemporáneo que fue Marquardt[9], en las tres variables de decisiones posibles.

7.- La formación n° 89 a 92 (año 1973/1976) mostró importantes niveles de disidencia con el procurador Petracchi en constitucionalidades, rasgo que puede tomarse como de apoyo a los otros poderes en su actividad legislativa. El procurador, como razonablemente puede esperarse, dictaminó menos veces por la inconstitucionalidad que las decisiones de la Corte.

Finalmente el procurador dictaminó en un porcentaje bastante más alto por el defecto formal, siendo uno de los más altos porcentajes del todo el período para la procuración.

8.- Hubieron dos procuradores con actuación extendida en este período que abarca las formaciones de corte n° 93 a 102 (año 1976/ 1983), Guastavino (luego ministro de la Corte) y López que lo reemplazo. Las disidencias entre la Corte y los Procuradores en declaraciones de inconstitucionalidad presentan los más altos porcentajes, junto a la formación n° 65 a 69, alrededor del 11%. La Corte fue más inconstitucionalista que la procuración.

9.- En los cómputos globales se observa un escaso porcentaje de disidencias entre los dictámenes de la Procuración y los fallos de la Corte. Pero desagregando por formaciones de corte se observan disidencias más marcadas , destacándose el Procurador Alvarez y los Procuradores Guastavino y López como menos "inconstitucionalistas" que las cortes con las que fueron contemporáneos, lo cual parece lógico considerando que las formaciones de cortes que les fueron contemporáneas resultan de las más "inconstitucionalistas".

10.- Llamativa resulta la performance de Delfino durante el peronismo del '46 al '55, que fue más "inconstitucionalista" que la Corte y la de Lascano con similar performance, habiendo actuado este ultimo durante las formaciones de corte menos "inconstitucionalista".

11.- El rechazo por defecto formal fue más utilizado, tanto por la Corte como por la Procuración, para rechazar planteos de inconstitucionalidad de normas nacionales.

12.- La Procuración fue siempre más proclive al rechazo por defecto formal que la Corte, tanto en los cómputos globales como en los desagregados por Procurador y Corte contemporánea.

[9]Según Pellet Lastra (2001), ob. citada, pág.283, el procurador Marquardt era un hombre muy vinculado a los mandos militares.

5.- Profundizar lo hecho y completar lo pendiente.

Análisis más cualitativos basados en los datos recolectados resultarían plausibles, así como algunos otros entrecruzamientos de información más sofisticados o complejos que los aquí realizados. Asimismo las conclusiones se hayan sujetas a corroboraciones y verificaciones diversas que otros investigadores pueden realizar, considerando cuestiones nuevas o diferentes a las aquí utilizadas. Además tan importantes como las conclusiones a las que se han arribado, resultan las distintas vías de investigación e hipótesis de trabajo que quedan sugeridas a través del análisis de los cuadros estadísticos.

Queda pendiente extender la recolección de datos desde la restauración democrática hasta la actualidad, tarea viable y sobre la que existe base de datos para facilitar el análisis de la Procuración, instituto del cual no se han tomado datos para ese período.

Como corolario, creo que esta investigación y la base de datos generada son un paso adelante en el conocimiento científico y sistemático de temas tan cruciales como el control judicial de constitucionalidad por la CSJN y en especial del comportamiento de la Corte y de la Procuración, instituto este último, que ha sido poco estudiado y sobre el que existen escasos datos cuantitativos y empíricos.

BIBLIOGRAFIA CITADA Y CONSULTADA

Agulla Juan Carlos La promesa de la Sociología, Ed. de Belgrano 1985.

Barbosa Gomes Joaquín, La Cour Supreme dans le Systéme Politique Brasiliénne, Librarie General de Jurisprudence, París, 1994

Bercholc, Jorge O. y otros, Niveles de legitimación y expansión de la democracia en la Argentina en Democracia 15 años de Estado de Derecho, Editorial Estudio-Cedycs, 1998.

Bercholc, Jorge O., La independencia de la Corte Suprema a través del control de constitucionalidad. Respecto a los otros poderes políticos del Estado (1935-1998), Ediar, 2004, Buenos Aires, 276 páginas.

Bidart Campos Germán, La Corte Suprema, ed. Ediar, 1984.

Bidegain Carlos María, Control judicial y control político de constitucionalidad en la Argentina, El Derecho T° 87.

Boffi Boggero Luis María, La teoría de la separación de los poderes y el gobierno de los jueces , El Derecho , T° 12.

Carrió Alejandro, L a Corte Suprema y su independencia, Abeledo Perrot, 1996.

Correa Sutil Jorge, "Formando jueces para la democracia", Revista de Ciencias Sociales, nº 34/35, Valparaíso, 1989-90.
Dahl Robert en Decision Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker , 1957.
D´Ambrosio A., "Fundamentos del Proyecto de Juicio Político a la Corte Suprema", Trámite Parlamentario, Cámara de Diputados de la Nación, 1993.
Fayt Carlos, Supremacía Constitucional e independencia de los jueces, Ed. Depalma, 1994.
Ferguson John y Dean Mc Henry, The American System of Government, Mc Graw Hill, 1965.
Fernández Segado Francisco, "El control de constitucionalidad en Iberoamérica: sus rasgos generales y su génesis en el pasado siglo", Pensamiento constitucional, año II nº 3, 1996, Fiss Owen,"The Right Degree of Independence" en Stotzky Irwin P. (ed.), Transtion to Democracy in Latin America: The Role of the Judiciary, Westview, 1993.
Gargarella Roberto, La Justicia frente al gobierno , Ed. Ariel , 1996.
Helmke Gretchen, "Toward a Fomal Theory of an Informal Institution: Insecure Tenure and Judicial Independence in Argentina, 1976-1995", trabajo presentado en el XXI Congreso Internacional de la Latin American Studies Association, Chicago, 1998.
Hitters Juan Carlos, Legitimación democrática del Poder judicial y control de constitucionalidad , El Derecho , Tº 120 , 1987.
Iaryczower, Spiller, Tommasi, "La toma de decisiones judiciales en ambientes de inestabilidad, 1935-1998.Un enfoque estratégico para entender el comportamiento del CSJN", ponencia presentada en la Conferencia sobre "Reforma Política y el Funcionamiento de las Instituciones en la Argentina", CEDI-FGS , 2.000.
Kunz Ana, Los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1930-1983) en Estudios de Sociología y Metodología , ed. Estudio , 2.000.
Miller Jonathan, Control de constitucionalidad: El poder político del poder judicial y sus límites en una democracia , El Derecho , Tº 120.
Miller Jonathan, Susana Cayuso y María Angelica Gelli, Constitución y poder político, Editorial Astrea, 1995.
Meinhold y Shull,1998, "Policy Congruence Between the President and The Solicitor General", Political Research Quarterly.
Molinelli et al, La Corte Suprema de Justicia de la Nación frente a los poderes políticos, a través del control de constitucionalidad, 1983-98 , Instituto de Investigaciones "Ambrosio Gioja", Facultad de Derecho,

Universidad de Buenos Aires, 1999, mimeo.
Molinelli N. Guillermo, Clase política y reforma electoral, Grupo Editor Latinoamericano, 1991.
Molinelli N. Guillermo, Valeria Palanza y Gisela Sin, Congreso, Presidencia y Justicia en Argentina .Materiales para su estudio, Temas , 1999.
Moliné O'Connor Eduardo , El control de constitucionalidad y las garantías individuales en Seminario sobre jurisprudencia de la CSJN, Educa 1999.
Morello Augusto, La Corte Suprema en acción, Abeledo Perrot, 1989.
Morello Augusto, El recurso extraordinario , Abeledo Perrot, 1987.
O'Donnell Guillermo, Accountability horizontal , Agora n° 8, 1998.
Oyhanarte Julio , Historia del Poder Judicial, revista Todo es historia , n° 61, 1972.
Pellet Lastra Arturo , Historia Política de la Corte (1930-1990) , Ad Hoc , 2001.
Pozo Montes de Oca Carlos, "El nuevo régimen constitucional en el Ecuador", Contribuciones n° 2, 1994
Robinson Craig H., Argentina: Chapter 4 A: Government and Politics, Countries of the World, 01-01-1991.
Saiegh Sebastián M., "The not so popular branch: counter-majoritarin institutional arrangements in legislatures", trabajo inédito, New York University, 1998
Schwarz Carl, "Jueces en la Penumbra: La Independencia del Poder Judicial en los Estados Unidos y en México", Anuario Jurídico 2-1975, UNAM
Segal Jeffrey, "Supreme Court Support for the Solicitor General: the Effect of Presidential Appointments" , 1989, Western Political Quarterly.
Segal Jeffrey y Harold J.Spaeth, The Supreme Court and the Attitudinal Model, Cambridge, 1993
Smulovitz Catalina, "Constitución y poder judicial en la nueva democracia argentina" en Acuña Carlos, La Nueva Matriz Política Argentina, Nueva Visión, 1995
Spiller Pablo "A positive political theory regulatory instruments:contracts , administrative law or regulatopry specifity ?" USC Law Rewiew , 1996.
Spiller y Gely , 1992 , "Congressional Control or Judicial Independence:The Determinants of U.S. Supreme Court labor Decisions:1949/1987" , Rand Journal of Economics.
Spiller Pablo T. y Spitzer Matthew, "Judicial Choice of Legal Doctrines",

The Journal of Law, Economics and Organization, Vol 8 n° 1, 1992
Spota Alberto, "Origen político del control de constitucionalidad" en Seminario sobre jurisprudencia de la CSJN , Educa 1999.
Stone Alec, The Birth of Judicial Politics in France, Oxford University Press, 1992
Stone Alec, "Constitutional Politics and Malaise in France", en Keeler John y Schain Martin (eds). Chirac´s Challenge. St.Martin Press, 1996
Strasser Carlos, El orden político y la democracia, Abeledo Perrot , 1986.
Vannossi, Jorge, Teoría constitucional, 1976.
Waxman 1998, "The Solicitor General in Historical Context" en www.usdoj.gov/osg/aboutosg/sgarticle.html.

MÁRIO CABRAL
ESCRITOR SERGIPANO-BAIANO

Darcilo Melo Costa*

O falecimento de Mário Cabral, em abril do corrente ano (2009), motivou-me escrever este artigo para nossa Revista do Ministério Público de Sergipe, diante de suas excepcionais qualidades de escritor. Nascido em Aracaju – aos 21/03/1914 – da conhecida família do Sr. Cabral, abastado comerciante nesta Capital, moravam eles no palacete da Av. Coelho e Campos, que eu divisava quando passava para ir à Serraria de meu pai, do outro lado desta mesma avenida. Aqui se criou e fez seus primeiros estudos, concluídos no velho Atheneu Sergipense. Seguiu para Salvador a fim de cursar a Faculdade de Direito da Bahia, a velha Academia da Rua Direita da Piedade.

Retornando a Aracaju, foi Promotor Público, Professor, passou a fazer jornalismo e anos depois integra-se àquela pléiade de bacharéis que fundaram a Faculdade de Direito de Sergipe, a Academia da Av. Ivo do Prado, que anos depois veio a incorporar-se à Universidade Federal de Sergipe. Em 1955, certamente levado pelas saudades dos seus tempos de acadêmico na velha Bahia, cujas praias e coqueirais inspiraram tantos poetas e romancistas, retorna a Salvador para fixar residência com sua família, naquela cidade onde iria viver por toda sua vida – uma longa e profícua vida de noventa e cinco anos, deixando uma notável obra literária. Suas origens sergipanas nunca foram esquecidas, como se vê de sua correspondência com autores coestaduanos e contribuição ao jornalismo sergipano. Era uma atividade paralela à sua presença diuturna nos jornais da heráldica cidade de Salvador. Aqui, em sua terra, escreveu suas quatro primeiras obras: Caderno de Crítica (1944), Roteiro de Aracaju (História, 1948), Crítica e Folclore (Folclore, 1952) e Cidade Morta (Poesia, 1954). Transferindo-se para a Bahia, escreveu as demais obras, que engrandecem a literatura brasileira, como registram a crítica literária e romancistas renomados. Aí, na capital baiana, escreveu as demais obras: Evolução do Romance (ensaio, 1956), Caminho da Solidão (romance, 1962), Espelho do Tempo (memórias, 1973), Juízo Final (poesia, 1979), Confissão (en-

*Procurador de Justiça - aposentado

saio, 1974), Aracaju, Bye Bye (contos, 1995), Jornal da Noite (crítica, 1997), Sete Sonetos Terminais (2008) e seu último livro, Seleções – Versos (2008).

Como se vê, sua produção abarca várias províncias do saber: jornalismo, poesia, romance, conto, crítica literária, história, folclore, memorialismo.

A leitura de algumas de suas obras me chamou a atenção de sua desenvoltura ou desassombro em não professar a religião católica, a religião de seus pais, da tradicional família Cabral. Digo desassombro porque o comum é as pessoas seguiram confissões religiosas ou doutrinas filosóficas e políticas de seus pais, sem nenhum espírito crítico, mas apenas para seguir e agradar à família. (Faço um parêntese para ressaltar que até hoje não consigo entender porque são consideradas como "pessoas de bem" apenas aquelas que seguem uma religião – a católica, quase sempre; e pessoas desacreditadas, que não merecem respeito e admiração quem não professa religião alguma, os descrentes, ateus, agnósticos e céticos. Costumo dizer, atento às lições da História, que uma coisa são os evangelhos de Jesus; e outra coisa é a Igreja. Refiro-me à Igreja como instituição, criação humana, com suas ordens religiosas, a classe clerical, com seus padres e bispos; o Vaticano ou Estado da Santa Sé, com seus cardeais e núncios apostólicos acreditados nos diversos Estados com quem mantém relação diplomática. As mais sangrentas guerras mundiais, os mais terríveis conflitos entre os impérios, feudos, condados e Casas Reais foram deflagrados por questões políticas e religiosas. Consulte a História, o leitor, para constatação do que escrevo! Fecho o parêntese).

De sua honestidade intelectual nos dá mostra no artigo de crítica à obra literária de Otávio de Faria, o grande escritor, paladino do pensamento católico do Brasil, naquela mesma linha de Jackson de Figueiredo. (Relembro, para os mais jovens, que nosso Jackson era o líder, o mentor dos intelectuais que se jactavam de arautos do catolicismo laico do Brasil, na primeira metade do passado século XX). Como sabe o leitor, é comum as pessoas que fervorosamente seguem uma doutrina diminuírem seguidores de doutrinas outras, opostas ou contrárias. Com efeito, é raríssimo vermos seguidores do capitalismo ou liberalismo elogiarem escritor que faça profissão de fé socialista; seguidores do catolicismo exaltarem autores protestantes e vice-versa; escritores ateus ou agnósticos reconhecerem valor em autores católicos, anglicanos, ou muçulmanos; socialistas ou comunistas aceitarem ou proclamarem acertos ou correções de escritores liberais ou do neo-liberalismo. Todos são pre-

sa da desonestidade intelectual que grassa entre parte considerável de publicistas. Só mesmo o grande escritor foge a esta regra geral ou viés da pseudo-intelecualidade. Mário Cabral é um deles. Exemplo disso é sua crítica à obra romanesca do citado Otávio de Faria, como vemos no capítulo N° 56 de seu Jornal da Noite (págs. 137 a 139).

Confessando que não se dispunha a escrever sobre o autor da Tragédia Burguesa – nome com o qual Otávio de Faria, à maneira da Comédia Humana de Balzac, publicou seus romances - autor de quem nutria confessada ojeriza, pensando tratar-se de um beato, de um carola que escrevesse como um panfletário de segunda categoria, declara Mário Cabral a surpresa em reconhecer no autor de O Lodo das Ruas (terceiro romance da Tragédia Burguesa) um romancista dos maiores da literatura brasileira. Disse que à medida que ia passando as páginas do citado romance (alentada obra de dois volumes, de cerca de mil páginas), "ia tendo a certeza de estar lendo um dos mais vigorosos romancistas das nossas letras". Após ressaltar a densidade do romance, onde o autor descia a fundo na exposição ou análise do caráter de seus personagens, escreveu:

"Otávio de Faria faz parte dos romancistas nacionais que laboram o romance em sentido vertical, isto é, o romance introvertido, ou o que mergulha no subsolo da alma humana." (...) " A densidade, que foi a primeira impressão que me deixou o romance de Otávio de Faria, não rouba, todavia, ao seu estilo, a graça e a espontaneidade". (...) "Não fosse a angústia de espaço e eu teria o prazer de falar, longamente, de O Lodo das Ruas, que eu considero um belíssimo trecho da mais corajosa e arrojada concepção ficcionista da literatura nacional". (...) "A sua acuidade psicológica vai muito além de uma simples curiosidade pelos motivos do subsolo da alma humana. Este processo faz com que Otávio de Faria realize, como está realizando, uma obra intensamente aguda, retratando, de maneira rigorosa, aquela gente sensual e leviana que parece haver perdido o sentido da honra e da dignidade". (Obr. cit. págs. 138 e 139).

Homenageando este escritor sergipano-baiano, Mário de Araújo Cabral, transcrevo um tópico ou capítulo de seu extraordinário Jornal da Noite, para que o leitor possa apreciar o fulgor de seu pensamento. Nesta obra o autor faz crítica literária do maior quilate, mas não se limita à literatura (romance, conto, poesia e teatro), pois estende-se às mais variadas obras e autores, nacionais como estrangeiros, abordando temas de largo espectro - da política, da religião, de grandes vultos da história

como da literatura. Neste gênero literário será lembrado como os grandes, ao lado de nomes como Sergio Milliet, Augusto Meyer, José Aderaldo Castelo, Antônio Cândido, Alceu Amoroso Lima, Eduardo Portella, dentre outros luminares da crítica literária. Nesses escritos de fino lavor literário, o autor se expressa sem preocupação de seguir doutrina alguma, seguindo o que lhe parece ser a verdade, como se estivesse a deixar um testamento - produto de suas leituras, de seus estudos, fruto de uma vida dedicada às coisas da cultura. Refiro-me ao tópico ou capítulo de número 43 da obra citada (Jornal da Noite, ed. Artes Gráficas, Salvador, 1997, págs. 105 a 109), que termina com uma invocação a "tocha viva da sarça ardente", do monte Sinai, ou sarça de horeb.

43

No meu espírito sempre estiveram presentes os eternos problemas da vida e da morte. Isto implica dizer: sempre fui um homem a procura de Deus. No antigo Colégio Antônio Vieira, menino de 12 anos, vivia atormentado. A idéia do pecado, a ira de Deus e o fogo do Inferno faziam de mim um pobre ser dominado pela vergonha e pelo medo. Recordo, perfeitamente, os formidáveis, os impressionantes sermões do Padre Cabral. Era um famoso orador sacro. E as suas palavras, fortes, incisivas, eloqüentes, ampliavam para mim a imensa área da angústia e do terror. Tudo era pecado! Uma mentira, uma masturbação, uma missa perdida, um furto de doce ou de fruta, qualquer coisa podia me jogar às fornalhas malditas do inferno. Só a confissão trazia o estado de graça e a prevenção contra o Satanás. Quando acontecia ir dormir com um desses pecados, possuía-me, totalmente, o medo de morrer de repente. Sentia-me, então, com o pé à borda de um abismo. Tanto se falava em Deus como no Demônio. E eu não entendia, como ainda não entendo, como o Ser Supremo, criador do Céu e da Terra, pudesse dividir com o Demônio o seu próprio poder, com ele disputando, quase em igualdade de condições, a conquista da alma humana. Rezava, ajudava missa, fazia sacrifícios, vivendo intensamente aquele clima de religião e de misticismo que havia no velho Colégio Antônio Vieira. Todos os padres usavam batina. O colégio era um cárcere. O aluno interno, um detento. Nenhuma mulher lá entrava. Como não entravam livros e revistas que não passassem pela censura. Era proibido fumar. Aulas, recreios, refeições. Depois, o dormitório. Para os alunos se locomoverem, de um lugar para outro, formavam, dois a dois, marchando em

passo arrastado, como se fossem galés. Então eu tudo aceitava sem indagar nem perquirir. Depois vieram o ginásio, a Faculdade de Direito, o incessante trabalho da vida profissional E com o tempo, a leitura, o raciocínio e a meditação entrei em crise espiritual permanente.

Convivi com os filósofos, os pensadores, os doutrinadores. Li Berdiaeff, Kardec, Maritain, Pascal, Comte, Spencer, Péguy, Bastide, Slmbart, Sartre, Chardin, Durkheim, Toynbee, Guitton, muitos outros. E cheguei a conclusão, que, para se ter fé, é melhor não investigar. Desde que entrem em campo a análise, o pensamento especulativo, tudo se esfuma, se confunde e se transforma. Eu acho, mesmo, que são raras as pessoas que têm fé. Quando digo fé, digo fé total, profunda, absoluta, fé que nada possa abalar ou destruir. Se cada pessoa fizesse um rigoroso exame de consciência, descobriria, com surpresa, que apenas aceita uma situação de fato sem a correspondente flama interior que a justifique e a respalde. Quase todos dizem ter fé por uma questão de tradição ou de comodismo, adotando, assim o catolicismo, o judaísmo, o espiritismo, e o maometismo, no grande grupo monoteísta ou o bramanismo, o budismo, o confucionismo, o xintoismo e o taocismo, no grupo politeísta. Os filhos adotam a religião dos pais, desde cedo, sem nenhuma possibilidade de fazer uma real opção. E depois, quando lhes chegam o estudo, a cultura, a conscientização integral dos seres e das coisas, deixam-se ficar onde estão, indiferentes, conformados, adaptados à crença religiosa de seus ancestrais. Muito raro um judeu se tornar um católico, um protestante adotar o judaísmo, um católico aceitar o protestantismo. Há, evidentemente, os casos de sincretismo religioso. Minha família era católica. Assim sendo eu me tornei católico. Mas, por mal de minha vida, comecei a ler, a pensar, a deduzir, a analisar. Este o grande erro! A religião, seja ela qual for, deve ser aceita de olhos fechados, cegamente, como se toda ela fosse um dogma. Feliz de quem pode aceitá-la assim, segui-la assim, morrer assim dentro dos seus preceitos e dos seus princípios! Acho a fé uma coisa admirável. Mas como obtê-la? Como ser por ela possuído, tomado, arrebatado, em seu nome tudo aceitando e tudo justificando? Tenho para mim que o fundamento de toda e qualquer religião é o medo da morte. O homem não se conforma em morrer, em acabar, apodrecer debaixo do chão, voltando a integrar o grande humus do universo, no seu rodízio e na sua evolução. O homem quer ser eterno, quer viver depois da morte, quer ressuscitar na fronteira do desconhecido, além da imaginação. Seu egoismo, sua vaidade, e, principalmente, sua covardia, fazendo acreditar na imortalidade, quando os outros animais o leão, a águia, a baleia - esta-

riam condenados à morte definitiva. Existem muitas religiões, muitas normas, muitos princípios, por vezes conflitantes e contraditórios. Onde a verdade? Quem a possui, clara, perene, indiscutível? Depois, no meu tempo de criança, a concepção de Deus era a de um vingador, inflexível, capaz de inspirar mais temor do que amor.

Nunca se falou tanto no "temor de Deus", que se devia "temer a Deus", que o bom cristão era "temente a Deus". E lá se vinha, então, a assombração do Inferno, o castigo das penas eternas, sem alívio e sem remissão, para o que bastava o desgraçado ter morrido em pecado! E eu ficava, então, sem entender onde estavam o perdão, a justiça e a bondade de Deus. Mas foi o homem, afinal, que, na sua presunção e arrogância, criou essa imagem do Ser Supremo, ele que é, como adverte Lin Yutang , um átomo infinitesimal na terra, que é um átomo infinitesimal no sistema solar, sistema solar que é um átomo infinitesimal no universo das galáxias. Já outras religiões não admitem a existência do Inferno. Humberto Rodhen escreveu sobre o assunto um livro precioso -Lógos e Lúcifer. O homem foi criado? Tudo indica que não. Ele é produto do acaso como afirma Jacques Monod, prêmio Nobel de Medicina em 1965, no seu livro Le Hasard. Advém da proteína, de uma cadeia de moléculas extensas e pesadas, originando-se, posteriormente, da primitiva ameba unicelular, passando, daí, em face de um longo processo evolutivo, ao complexo organismo dos vertebrados superiores. Mas se Deus existe, se criou o homem e se veio ao mundo para salvá-lo, como se conceber a permanência do ódio e da guerra, da vingança e do egoismo, da inveja e da fome, da doença e da miséria? Somos um mundo protegido pela mão de Deus ou somos um mundo perdido, abandonado, entregue ao seu próprio destino? E os outros mundos, as outras estrelas, os milhões de galáxias com seus milhões de sóis e seus milhões de planetas, terão eles conhecimento da existência de Deus? Em que acreditar?

Ademais eu nunca pude conceber Deus como um ser vaidoso e que precisasse, para sua maior glória, de que toda a humanidade estivesse prostrada, de joelhos, dia e noite, rezando, pedindo, suplicando, adulando-O, temendo-O como se fora uma entidade mitológica, sempre pronta a decretar penas e castigos! Ao Senhor, em minha concepção, não será preciso temer, nem adular, nem implorar, mas somente amar! Essa coisa de se fazer o bem pensando em recompensa, de tudo renunciar na terra para tudo alcançar no Céu, de ser bom filho e bom cidadão por temor ao Inferno, nada disso me parece ter validade, pois só

demonstra ambição e covardia do homem em termos infinitos. E Deus estaria longe de compactuar com uma negociata dessa espécie. A bondade deve nascer do coração como um sentimento puro, autêntico, incoercível, sem busca de vantagem nem de recompensa. A consciência do homem deve ser a sua bússola, não a idéia do pecado nem o temor do Inferno. Jesus, aliás, jamais disse uma só palavra acerca do pecado original ou da redenção da humanidade. Creio que ao homem tudo será lícito fazer ou realizar. O limite da sua liberdade é o direito alheio: a ninguém ferir, a ninguém prejudicar, a justiça praticar, o bem promover não apenas de relação ao seu semelhante, mas também de relação aos animais e aos vegetais. Entendo que nada se deve pedir a Deus. E há os que abusam do direito de pedir. Pedem que chova, que faça sol, que uma viagem se realize, que um bilhete de loteria seja premiado, enfim, rezas e pedidos que nenhum Deus levaria em consideração pela sua falta de sentido e de seriedade. Há os que praticam o bem e evitam o mal em permanente "conta-corrente" com Deus, anotando as boas ações e aquilatando do seu justo valor, realizando, assim, uma espécie de escrituração comercial, uma contabilidade "sui generis" onde não faltam os clássicos Deve e Haver. O problema de Deus, aliás, está vinculado ao problema de Jesus. Impossível dissociá-los. Couchoud notou esse fato. Na Inglaterra o unitário é pouco diferente do agnóstico. E na França o deísta equivale, praticamente, a um ateu. Em suma: aqui e lá só se reza ao Deus de Jesus. Será Jesus, porém, somente uma emergência desse vago impulso que produziu Buda, Sócrates, Maomé, Lutero, São Francisco de Assis, um super místico na concepção de Renan, e na de Bérgson, ou foi Ele realmente uma encarnação do próprio Deus? Eis a questão. Acontece, porém, uma coisa interessante: quando eu tinha uma fé vacilante, vivia temeroso e atormentado. Hoje, sem ela, vivo tranqüilo. Mas não afasto o pensamento de Deus, admitindo, sempre, a possibilidade da Sua existência, embora eu não possa compreender - mas quem sou, afinal, para compreender os desígnios infinitos? - a coexistência do Bem e do Mal. Assim vivo, na sombra e na luz. Mas se Deus existe, conhecerá, por certo, o fundo do meu ser. E poderá vir um dia ao meu encontro trazendo a graça da grande revelação. Que não tarde o Senhor, de vez que a morte se aproxima, traiçoeira, com suas mãos de seda e com seus pés de algodão. Aqui estarei. Jamais fugirei da zona de combate e do círculo onde deve reinar o espírito das refregas heróicas – dominus Deus Sabaoth - porque eu ainda espero ver brilhar, na minha frente, a tocha viva da "sarça ardente" ...

LICENCIAMENTO AMBIENTAL E URBANÍSTICO DA ESTAÇÃO RÁDIO BASE-SERVIÇOS DE TELEFONIA CELULAR-CASO DA RUA JÚLIO SANTANA, BAIRRO 13 DE JULHO.

Ana Paula Machado Costa Meneses*

Nos idos de 2003, as empresas iniciaram uma disputa do solo aracajuano para a implantação de estações rádio base para telefonia celular. Inúmeras pessoas cediam seus quintais e terrenos adjacentes para aluguel àquelas empresas, trazendo problemas para a comunidade circunvizinha.

As empresas que prestam serviço de telefonia celular executavam, clandestinamente, suas instalações e num fim de semana implantavam as estações rádio base.

Geralmente, as torres de estrutura metálica ficam situadas a cerca 2 metros da unidade vizinha, depreciam os imóveis lindeiros e dificultam futura comercialização, em função do risco de desabamento e do desprendimento dos objetos de suas torres.

Naquela época, o Conselho Municipal de Desenvolvimento Urbano e Ambiental emitiu Decisão, formalizada na Resolução 030/2003, de 25 novembro de 2003(doc.1), para Regularização e Construção de Estações de Rádio Base de Telefonia de Celular, estabelecendo que o licenciamento das estações rádio base deve ter por parâmetro o conceito de uma construção especial.

Nessa Resolução, estabeleceu-se que a autorização para funcionamento das ERBS-estações rádio base dependia do cumprimento das exigências das legislações municipais pertinentes, da licença da ADEMA, Defesa Civil, do Corpo dos Bombeiros, do COMAR (Ministério da Aeronáutica) e da Energipe, sem prejuízo do cumprimento das legislações estaduais e federais.

Nesse ínterim, notabilizou-se a reclamação dos moradores da rua Júlio Santana, Praia 13 de Julho, nesta Capital, em face da implantação da estação rádio base, registrada sob o número SITAR 684142864, envolta por um véu de obstáculos, cuja regularização urbanística perante o Município de Aracaju não seria possível.

* Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado de Sergipe

A empresa de telefonia celular CLARO alegava a existência de lacuna jurídica quanto a matéria relativa a licenciamento ambiental e urbanístico para todas as ERBS, existindo muitas estações que até já funcionavam sem tais licenças. Ademais, necessitava implantar outras 11(onze) de sua propriedade, para viabilizar a comunicação de seus aparelhos.

A situação delineada refletia premente necessidade de publicação de um diploma legal que regulasse o licenciamento urbanístico e ambiental de todas as estações de rádio base, já instaladas, e em operação, pertencentes a todas as empresas de telefonia celular.

Diante desse quadro, concomitante à instauração do procedimento administrativo para remover a ERB, localizada no imóvel, tombado sob o nº 83, da rua Júlio Santana, a Promotoria de Justiça do Meio Ambiente e Urbanismo iniciou outros procedimentos administrativos para investigar os casos peculiares de cada empresa que prestava serviço de telefonia celular, e deu um prazo com escopo de sanar o vício original caracterizado pela falta de licenciamento urbanístico e ambiental de suas respectivas estações rádio base.

Após várias audiências públicas, fora elaborada minuta de Resolução, com a participação de representantes do Ministério Público, Oi, Vivo, Emurb, Procuradoria do Município, Embratel e Adema, que foi aprovada pelo Conselho Municipal de Desenvolvimento Urbanístico em 23 de novembro de 2004(doc. 1a).

Foram celebrados termos de ajustamento de conduta, definindo a conduta das empresas de telefonia celular Vivo, Tim, Oi e Claro no que pertine a regularização do licenciamento prévio, de instalação, e de operação de suas estações de rádio base, traçando naquela época, as primeiras diretrizes do licenciamento urbanístico e ambiental de estações de rádio base, em face da ausência de lei(docs. 21, 22 e 23).

A grande dificuldade de se atender à reclamação dos moradores da rua Júlio Santana, que objetivavam a remoção definitiva da estação de rádio base implantada no imóvel, nº 83, nesta Capital, residia exatamente na ausência de legislação específica que disciplinasse o licenciamento urbanístico e ambiental das ERBS- estações rádio base para telefonia celular.

O conflito girava em torno da escassez de fundamentos técnicos e legais para se obter, em sede de termo de ajustamento de conduta, o compromisso da empresa Claro de retirar seus equipamentos do imóvel nº83, localizado na sobredita via pública.

O impasse estava criado. De um lado, a ausência de lei estadual e municipal, existindo uma Resolução oriunda do Conselho Municipal de Desenvolvimento Urbano e Ambiental, e do outro, os moradores continuavam a pressionar por uma solução perene no sentido de remover totalmente a ERB, em exame, evitando sua regularização no local.

2 - **Caso da estação de rádio base localizada na rua Júlio Santana**

O Procedimento Administrativo, tombado sob o nº 004/2004, fora instaurado para apurar a regularidade da instalação das ERBS- estações rádio base pertencentes a CLARO para serviço telefonia celular, no solo urbano da cidade de Aracaju, com base em reclamações formuladas por diversos moradores da rua Júlio Santana, nesta Capital, que apresentaram abaixo-assinado(doc.1a).

O motivo da irresignação da comunidade local consistia na instalação de uma estação rádio base (ERB) de telefonia celular pela Empresa Claro, na rua Júlio Santana, nº83, Praia 13 de Julho, nesta Capital, em área residencial, o que estaria a causar temor aos habitantes do entorno, receosos de possíveis malefícios provenientes da própria estrutura de tais estações de rádio base, além de incontestável desvalorização imobiliária.

A proximidade da ERB dos imóveis lindeiros gerava riscos ocasionados pelo despreendimento de peças, como ocorreu com os proprietários do imóvel situado à rua Júlio Santana, nº 103, Praia 13 de Julho, nesta Capital, sobre o qual caíram peças da referida estação rádio base durante sua edificação, podendo atingir a integridade física e a saúde de transeuntes e moradores.

A obra da estação rádio base, localizada na rua Júlio Santana, nº83, Praia 13 de Julho, foi alvo de notificação e embargo administrativo pela Emurb durante sua edificação, no dia 12 de dezembro de 2003, registrado sob o nº 09020, em face da falta de licenciamento urbanístico, mas a Claro deu continuidade às obras e ultimou a respectiva instalação(doc. 2)

Em 16 de dezembro de 2003, em audiência pública perante a Promotoria do Meio Ambiente e Urbanismo(doc.3), o representante da Claro Sílvio André Silva Santos acordou paralisar as obras da estação rádio base, localizada na rua Júlio Santana, nº 83, Praia 13 de Julho, nesta Capital, aceitando a interdição a ser efetivada pela ADEMA, agora em face da legislação ambiental.

Todavia, com fundamento no relatório de fiscalização nº73/03, elaborado pela Adema (doc.4), a interdição não foi concretizada porque

o funcionário da Stemar Telecomunicações – Claro, Sílvio André Silva Santos, não estava presente para receber o auto de infração, tombado sob o nº08/03, lavrado pela Adema (doc.5).

Com fundamento no Parecer nº 81/2003, emitido pela Procuradora da ADEMA, Viviane Bomfim Leite (doc.6), as obras não foram paralisadas, nem houve formal e efetiva interdição, pelo que restou configurada a infração administrativa tipificada no art.44, do Decreto-Lei 3.179/99, acarretando a aplicação de multa no valor de R$ 50.000,00, paga somente em 04 de maio de 2004(doc. 7).

Como a Adema não conseguiu interditá-la, a empresa Claro desativou a estação. Entretanto, não havia segurança de tal medida, porquanto sorrateiramente ela poderia ser ligada e operar, sem que se tivesse conhecimento, em face da natureza de seus equipamentos. Destarte, continuava a pairar certa insegurança quanto a possibilidade da estação rádio base, em tela, voltar a funcionar camufladamente.

Segundo informações prestadas pela Anatel, em 18 de março de 2004(doc.8), a ERB da rua Júlio Santana, apesar de não ter sido formalmente interditada, estava desativada e não inteiramente instalada.

Cumpre salientar que a empresa Claro obteve a licença da Anatel referente a telecomunicações, mas não foi expedido em seu favor o alvará municipal de construção ou instalação, embora as licenças urbanísticas não estivessem dispensadas, conforme determina o art. 74, da Lei Geral de Telecomunicações-LGT nº 9.472/97 e o art.90 §3º, da Resolução nº 316, de 27 .09.2002.

Nesse diapasão, assim se manifestou o Gerente de Autorização e Acompanhamento da Anatel, Eduardo Jenner Brasil Xaud: "a ERB nº SITAR 684142864, localizada na rua Júlio Santana, nº83, foi licenciada pela Anatel em 30.01.2004. (...) mas não está isenta a empresa prestadora de serviço de telefonia celular de atender as normas de engenharia e às leis municipais, estaduais ou do Distrito Federal relativas à construção civil e à instalação de cabos e equipamentos em logradouros públicos"(doc.9).

Note-se que sob a forma de termo de responsabilidade o Eng P. C. de A. B. da Claro declarou perante Anatel o seguinte: "Declaro, ainda, que foram observadas as determinações do Código de Posturas Municipais"(doc.10). Por conseguinte, de posse desse documento, a Promotoria do Meio Ambiente e Urbanismo requisitou a instauração de Inquérito Policial para apurar o delito tipificado no art. 60, da lei nº9.605/2008, que trata da ausência de autorização dos órgãos ambientais competentes para obras e serviços potencialmente poluidores.

A declaração inidônea do citado engenheiro serviu de supedâneo para a Anatel autorizar a instalação de várias estações rádio base, inclusive da ERB da rua Júlio Santana, nº83, Praia 13 de Julho, nesta Capital, que se encontrava embargada pela Emurb, conforme já dito. Portanto, a empresa Claro não cumpriu a legislação municipal, agindo no afã de implantar seus equipamentos, sem qualquer preocupação com as licenças urbanísticas e ambientais.

Ora, a Anatel exigiu que a legislação estadual e municipal fosse respeitada. Na seara das telecomunicações, a licença emitida pela Anatel estava eivada de vício original, posto que baseada em informação inverídica atinente ao cumprimento do sobredito arcabouço jurídico-legal. Outrossim, não foram apresentadas as devidas licenças ambiental e urbanística.

A estação rádio base chegou a obter a certidão de uso do solo (doc.11), mas continuava irregular, sem o anteparo do alvará municipal de construção. A regularização urbanística da obra somente poderia ser obtida, após a anuência da Defesa Civil, do Corpo de Bombeiros e da Energipe, nos moldes dos ditames da Resolução nº 030/2003, proveniente do Conselho Municipal de Desenvolvimento Urbano e Ambiental.

Anote-se que foi colacionada ao procedimento administrativo certidão expedida pela Emurb, dando conta do não licenciamento da obra da ERB pela municipalidade, estando a obra embargada; assim também, informações advindas da Adema no sentido de que a emissão de licença ambiental não era recomendada(doc.6a).

O engenheiro do Ministério Público João Bosco Franco também se pronunciou contra a manutenção da estação de rádio-base naquela localidade, apresentando precisa inspeção técnica, de grande relevância para a solução do caso, que buscava sobretudo salvaguardar a ordem urbanística e a função social da propriedade, de modo a atender aos reclamos de uma categoria de pessoas, os moradores da Rua Júlio Santana e adjacências.

Além disso, a Defesa Civil se manifestou não favorável à manutenção da estação rádio base naquele local, mediante relatório técnico, um trabalho pioneiro, calcado sobretudo no interesse de acautelar bens muito caros, como a vida humana e a integridade física, elaborado por José Roberto Oliveira Santos, Sub-Gerente de Engenharia, Nicanor Moura Neto, Consultor Técnico-Administrativo, e Adalberto Pereira de Figueiredo, Coordenador Especial da Defesa Civil. Vejamos, parte do documento:

"Baseados nos fatos acima, concluímos que a instalação da torre está irregular, existindo o risco de despreendimento de peças da aludida torre, devido a sua altura com relação a unidade habitacional vizinha, como também é notório o impacto visual e urbanístico no local.

Diante do exposto, sugerimos que a mesma seja relocada para o outro local, com a segurança devida para os moradores e transeuntes(doc.13)."

A obra e a potência das antenas devem estar adequadas à Resolução 303, de 10 de julho de 2002, baixada pela Anatel e Resolução 030/2003, da lavra do Conselho Municipal de Desenvolvimento Urbano e Ambiental, que tratou especificamente das estações rádio base, em virtude da ausência de lei específica.

Com base no art. 74, da Lei nº9.472/97 e no art. 90§ 3º, da Resolução nº31/2002, as empresas que prestam serviço de telefonia celular, além das licenças a serem expedidas pela Anatel, devem obedecer às normas de engenharia e às leis municipais, estaduais ou do Distrito Federal relativas à construção civil e à instalação de cabos e equipamentos em logradouros públicos. O referido serviço, prestado através das ERBS, é considerado atividade potencialmente poluidora e ocasiona normalmente impacto urbanístico.

No âmbito municipal não foi dada a devida licença da obra, verificando que foram olvidados os comandos normativos da Lei Federal nº9.472/97, da Lei Orgânica do Município de Aracaju e do Código de Obras do Município de Aracaju. Vejamos, o que reza a citada legislação:

"II.1- Toda e qualquer obra, que se realize no Município de Aracaju, será exigida Licença".

"XV –DISPOSIÇÕES COMPLEMENTARES

b)- O embargo será aplicado, nos seguintes casos: 1º)Toda vez que sem licença, estiver sendo feito qualquer obra ou funcionando qualquer instalação mecânico, industrial, comercial ou particular" (Lei Municipal nº 13/66- Código de Obras, págs. 200 e 201).

A ação ilícita, ou seja, obra sem licença, é tipificada como infração urbanística, nos moldes do art.224, incisos III e IV e art. 230, da Lei Orgânica do Município de Aracaju:

"Constituem infrações às normas urbanísticas:

III- construir ou deixar construir:

b) sem a necessária licença concedida pelo Município ou em desacordo com os termos desta;

IV- parcelar ou deixar parcelar:

b) em desacordo com o Plano de Desenvolvimento Urbano e demais legislações;"

"Incorrem em multas, que devem ser fixadas em lei, as pessoas físicas ou jurídicas e profissionais responsáveis pela execução de projetos ou obras estranhas à administração pública que, de qualquer modo, contribuem para o cometimento das infrações previstas nesta seção, sem prejuízo das outras sanções previstas em legislação especial, cuja ciência aos órgãos competentes para a apuração deve ser dada pelo Poder Público Municipal" (art. 230 da Lei Orgânica do Município de Aracaju).

A anuência de alguns órgãos, tais como a Defesa Civil, Energipe, Corpo de Bombeiro e Comar (Ministério da Aeronáutica) elencados na Resolução 030/2003, deve ser observada pelo órgão licenciador do Município de Aracaju, no exercício do poder discricionário técnico, durante a fase de instrução do processo de licenciamento para garantir a segurança da edificação. As Estações de Rádio Base são consideradas obras, portanto, devem se submeter aos Códigos de Obras e de Urbanismo do Município de Aracaju, à Lei nº042/2000 (Plano Diretor) e demais decretos, regulamentos e resoluções, que normativam o licenciamento urbanístico.

Embora a licença seja ato vinculado, o bom senso-, que subsidia os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e legalidade-, não autoriza a restrição da análise do órgão licenciador, cujo desiderato é evitar danos à população residente na circunvizinhança, devendo acolher o teor de resoluções municipais e demais atos normativos. Vejamos o que diz José Afonso da Silva, na sua obra "Direito Urbanístico Brasileiro editora Malheiros 2ª edição, pág 391 e 395, quanto a discricionariedade técnica, nos casos de outorga de licença:

"As licenças urbanísticas, mormente as edilícias, são informadas por alguns princípios gerais, tais como:

a).....

b) caráter vinculado, que se manifesta no momento de sua outorga, entendendo-se, por isso, que não pode ser legitimamente negada quando o requerente demonstrar ter preenchido todas as exigências e requisitos previstos em lei para o exercício da faculdade licenciável, sem embargo da existência de boa margem de discricionariedade técnica da Administração.

A fase de apreciação do pedido começa com a apresentação do requerimento, que não será recebido se não se achar instruído com os documentos exigidos. Recebido o requerimento, tramitará pela repartição téc-

nica competente para o exame do projeto da construção e das plantas respectivas, a fim de se verificar se atendem às exigências da legislação edilícia (normas de vizinhança do Código Civil e do Código de Obras ou de Edificação) e urbanística (índices urbanísticos, restrições de uso do solo, etc.), podendo a Prefeitura solicitar certas informações ao requerente, visando a complementar o seu ajuizamento técnico sobre a edificação pretendida; e aqui é que entra aquele aspecto já assinalado da discricionariedade técnica da administração relativamente à outorga da licença" (395).

Na hipótese "sub examine", a Defesa Civil não anuiu à permanência da estação rádio base na rua Júlio Santana, nº83, Praia 13 de Julho. Desta forma, impossível sua regularização urbanística pelo Município de Aracaju, que reclama a aquiescência de tais entidades.

Quando edificou, sem a prévia aquiescência do Município e sem o licenciamento ambiental, a empresa Claro não permitiu que a coletividade exercesse o direito de ter segurança quanto à obra e de saber se estava em consonância com o Plano Diretor da Cidade de Aracaju. Vale salientar, neste ponto, a veemente natureza difusa dos interesses relativos à ordem urbanística.

Na ação civil pública proposta em 26 de outubro de 2004, não se postulou simplesmente que a empresa Claro deixasse de operar através da antena, porquanto essa medida já teria sido supostamente acatada pela empresa, mas que fosse removida definitivamente, em razão das condições de proximidade da torre com imóveis lindeiros, o que não autorizava sua regularização no local(doc.19 e 20).

Importa dizer que o licenciamento ambiental poderia até ser obtido, já que a empresa Claro pagou a multa à Adema, não havendo outros obstáculos a serem transpostos, naquele momento. Todavia, com base na posição da Defesa Civil, também exigida pela Resolução Municipal nº 030/2003, baixada pelo Conselho Municipal de Desenvolvimento Urbano e Ambiental, a estação rádio base da Rua Júlio Santana, nº83, Praia 13 de Julho, não deveria ser regularizada sob o aspecto urbanístico.

De observar-se que foi necessária a propositura de ação civil pública perante o juízo da 11ª Vara Cível da Comarca de Aracaju, tendo sido expedida tutela antecipada pela douta Juíza Rosalgina Almeida Prata Libório, formalizada em bem escrita decisão judicial, repleta de equidade, justiça e legalidade, em 12 de novembro de 2004, determinando a remoção da estação rádio base, no prazo de 10(dez) dias, pela empresa CLARO, o que contribuiu para a celebração de termo de ajustamento de conduta pela empresa-ré em 24 de novembro de 2004.

No termo de ajustamento de conduta(doc.17), ficou acordado que a estação rádio base localizada na rua Júlio Santana, n.° 83, Praia 13 de Julho, nesta Capital, seria removida totalmente até o dia 15 de março de 2005, se houvesse concordância do órgão judicante, já que o prazo estabelecido na decisão liminar era de 10(dez) dias.

Além disso, também ficou avençada, no TAC, a retirada da antena da estação rádio base no dia 29 de novembro de 2004, permanecendo aquela estação sem operar desde aquela data.

Após toda essa luta, os moradores da rua Júlio Santana saíram vitoriosos, tendo sido removida totalmente a estação rádio base no dia 15 de março de 2005, tendo sido a ação civil pública julgada procedente.

O termo de ajustamento resolveu a questão (doc.17), teve por escopo sacramentar cumprimento da prestação jurisdicional atinente à demolição definitiva da estação de rádio base sobredita, estabelecendo uma data para tanto e, finalmente, produziu resultados definitivos e imediatos para a população residente naquele logradouro.

Aracaju, 24 de agosto de 2009.

UMA BREVE ANÁLISE DA LEI MARIA DA PENHA

Fábio Dantas de Oliveira*

RESUMO: O presente trabalho aborda a Lei Maria da Penha, um estatuto criado para tornar mais eficiente o combate à violência doméstica e familiar contra a mulher, e que trouxe inovações no processo judicial, nos papéis e atribuições das autoridades policiais, do Magistrado e do Ministério Público, bem como alterações no Código Penal, no Código de Processo Penal e na Lei de Execuções Penais

A Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06), criada para prevenir e coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, tem se mostrado bastante polêmica no cenário jurídico pátrio, gerando palpitantes debates.

A referida lei ganhou este nome em homenagem à Maria da Penha Maia Fernandes, biofarmacêutica cearense que foi casada com o professor universitário Marco Antonio Herredia Viveros, que tentou assassiná-la por duas vezes.[1]

Segundo estabelece o art. 226, § 8° da Constituição Federal, "O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações".

Conforme se observa, a Carta Magna demonstra, de forma expressa, a necessidade de políticas públicas no sentido de coibir e erradicar a violência doméstica. Segundo Dias, ao fazer uma análise do ciclo violência contra a mulher:

> Os resultados são perversos. Segundo a Organização Mundial da Saúde – OMS, 30% das mulheres foram forçadas nas primeiras experiências sexuais; 52% são alvo de assédio sexual; 69% já foram agredidas ou violadas. Isso tudo, sem contar o número de homicídios praticados pelo marido ou companheiro sob a alegação de legítima defesa da honra.

*Assessor de Procurador de Justiça do Ministério Público de Sergipe. Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad Del Museo Social Argentino (UMSA). Pós-Graduado em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade de Sergipe (FASE). Pós-Graduado em Direito Educacional pela Universidade Tiradentes (UNIT). Professor de Direito de Família da FASER.

[1] CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Violência doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. P. 21.

> Ainda que tais dados sejam surpreendentes, é preciso atentar que esses números não retratam a realidade, pois a violência é subnotificada, somente 10% das agressões sofridas por mulheres são levadas ao conhecimento da polícia.[2]

Quanto à sua abrangência, a Lei objeto de análise se destina tão-somente às mulheres em situação de violência[3]. Vale destacar que, no momento em que a lei abriga a mulher, sem a distinção de sua orientação sexual, o alcance da norma abrange tanto as lésbicas como travestis, transexuais e transgêneros que mantêm relação íntima de afeto em ambiente familiar ou de convívio. Em todos esses relacionamentos, as situações de violência contra o gênero feminino justificam especial proteção.

Essa delimitação ao sexo feminino suscitou um possível questionamento acerca da inconstitucionalidade da lei em comento por haver violação ao princípio da isonomia previsto nos arts. 5°, inc. I e 226, 8° da Carta Magna. Na dicção Santin apud Cunha e Pinto:

> Como se vê o pretexto de proteger a mulher numa pseudopostura "politicamente correta" a nova legislação é visivelmente discriminatória no tratamento do homem e mulher, ao prever sanções a uma das partes do gênero humano, o homem, pessoa do sexo masculino, e proteção especial à outra componente humana a mulher, pessoa do sexo feminino, sem reciprocidade, transformando o homem num cidadão de segunda categoria em relação ao sistema de proteção contra a violência doméstica, ao proteger especialmente a mulher, numa aparente formação da casta feminina.[4]

Por outro lado, parte da doutrina se inclina pela aplicação de uma norma de proteção às mulheres que se encontram em posição de inferioridade em relação aos homens, sendo na maior parte das vezes as principais vítimas no âmbito da violência doméstica. É certo que a Constituição Federal, no art. 5°, caput, e inciso I, consagra que todos devem ser iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Entretanto, deve-

[2] DIAS, Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 16-17.

[3] Art. 1° Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8° do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

[4] CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Op.Cit. p. 31. p. 32

se buscar não apenas a igualdade formal, mas também a igualdade material, devendo-se tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades.[5] Conforme ensinamento de Lenza:

> Esses critérios podem servir de parâmetros para a aplicação das denominadas discriminações positivas, ou affirmatives actions, na medida em que, segundo David Araújo e Nunes Júnior, "... o constituinte tratou de proteger certos grupos que, a seu entender, mereceriam tratamento diverso. Enfocando-os a partir de uma realidade histórica de marginalização social ou de hipossuficiência decorrente de outros fatores, cuidou de estabelecer medidas de compensação, buscando concretizar, ao menos em parte, uma igualdade de oportunidades com os demais indivíduos, que não sofreram as mesmas espécies de restrições.[6]

Portanto, a Lei Maria da Penha inaugurou uma nova fase, na medida em que dispensou à mulher um tratamento diferenciado, como forma de reparar uma omissão histórica do Estado e da sociedade brasileira diante da violência constatada nas relações afetivas ou de coabitação. Não se deve olvidar que o ordenamento pátrio por diversas vezes tratou de forma distinta homens e mulheres, a exemplo do art. 100, inc. I, do CPC, que determina o foro especial da mulher na ação de separação e divórcio.

Esse tratamento diferenciado objetiva corrigir a discrepância entre o ideal igualitário predominante nas sociedades democráticas modernas e encontra guarida em diversos dispositivos do ordenamento jurídico brasileiro. Destarte, não há que se falar em afastamento da lei do ordenamento jurídico sob ofensa à isonomia, mas aplicá-la por analogia àqueles que buscarem o Poder Judiciário.

Quanto à modalidade de violência denominada doméstica, a lei objeto de estudo engloba, além da violência física e sexual, a violência psicológica, a violência patrimonial e o assédio moral contra a mulher.[7]

O sujeito ativo do crime praticado contra mulher pode ser qual-

[5] LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 596.

[6] Id. p. 596.

[7] Art. 5º. Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:
I – No âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;
II – No âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;
III – Em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.
Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

quer pessoa, devendo-se levar em consideração tão-somente se foi o mesmo praticado no âmbito da relação doméstica, de relação familiar ou de intimidade, não importando o gênero do agressor. Este, no caso do inciso I, deve necessariamente conviver de forma continuada com a vítima, abrangendo-se nesta definição os empregados domésticos, ou seja, os "esporadicamente agregados". Já no caso do inciso II, a definição de família vai além das definições legais, devendo-se compreender uma comunidade formada por indivíduos.

Neste caso não só o conceito tradicional de casamento se encontra abrangido, mas também os vínculos atuais, a exemplo de uniões estáveis, família monoparental, famílias anaparentais (formadas entre irmãos), uniões homoafetivas, e famílias paralelas (quando o homem mantém duas famílias).[8]

O inciso III, de forma mais abrangente, destacou como violência doméstica qualquer agressão inserta em um relacionamento íntimo entre duas pessoas. Interessante trazer à baila o entendimento de Nucci, segundo o qual é inócua a regra do referido dispositivo:

> Cremos ser inaplicável o disposto no inciso III do art. 5°, desta lei, para efeitos penais. Na Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, no art. 2°, § 1° [rectius: alínea a], prevê-se que a violência contra a mulher tenha ocorrido 'dentro da família ou unidade doméstica ou em qualquer outra relação interpessoal, em que o agressor conviva ou tenha convivido no mesmo domicílio que a mulher e que compreende, entre outros, estupro, violação, maus-tratos e abuso sexual'. Logo, é bem menos abrangente do que a redação do inciso III do art. 5°, da Lei 11.340/2006. Exige-se, no texto da Convenção, a existência de coabitação atual ou passada. Na Lei 11.340/2006 basta à convivência presente ou passada, independentemente de coabitação. Ora, se agressor e vítima não são da mesma família e nunca viveram juntos, não se pode falar em violência doméstica e familiar. Daí emerge a inaplicabilidade do disposto no inciso III.[9]

O parágrafo único do art. 5° da Lei Maria da Penha resguardou à mulher homossexual a proteção legal, ao definir que as relações pessoais nele enunciadas independem de orientação sexual. Tal norma trouxe um

[8] Id. p. 43.
[9] NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 865.

grande avanço na sociedade brasileira, na medida em que reconhece textualmente a união entre pessoas do mesmo sexo, questão ainda polêmica no ordenamento jurídico pátrio, mas já reconhecida por grande parte da jurisprudência.

Houve importante alteração na fase policial, pois antes da lei em comento os delitos de lesão corporal leve e ameaça (arts. 129. § 9° e 147, do Código Penal) eram considerados de menor potencial ofensivo, de modo que nestes casos eram investigados por termo circunstanciado de ocorrência (art. 69 da Lei Federal n°. 9.099/95), sendo dispensado o inquérito policial. Após a vigência da lei, devem-se investigar todos os delitos por intermédio de inquérito policial, independentemente de pena a ser aplicada, podendo inclusive ser determinada a prisão do infrator.

Interessante se faz observar que a competência dos juizados especializados e das Varas Criminais não é igual, pois segundo o art. 14 da Lei Maria da Penha, aos JVDFMs competem o "processo, o julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher", ao passo que às Varas Criminais competem o processo e julgamento das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos moldes do art. 33 da referida Lei.

Sobre a instalação do JVDFM, destaca a autora que para a plena aplicação da lei o ideal seria a instalação de um Juizado em todas as comarcas, devendo-se capacitar o juiz, o promotor, o defensor e os servidores para atuarem nessas varas, além de criar-se uma equipe multidisciplinar integrada por profissionais especializados nas áreas jurídica, psicossocial e de saúde. [10] Arremata Dias,

> Claro que diante da realidade brasileira não há condições de promover o imediato funcionamento dos juizados com essa estrutura em todos os cantos do País, até porque, de modo injustificado, não foi sequer imposta a sua criação ou definidos prazos para sua implantação[11].

Ressalte-se que diante da ausência de imposição legal para criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher o Conselho Nacional de Justiça expediu a Recomendação 8/2007 no sentido de que os Tribunais de Justiça procedam à sua implantação[12].

A equipe multidisciplinar é composta de especialistas que podem interagir para o trabalho de tratamento, recuperação e assistência das

[10] DIAS, Maria Berenice. Op. cit. p. 68.
[11] Ibid. p. 104.
[12] Ibid. p. 104.

mulheres vítimas de violência doméstica e familiar contra a mulher. Os profissionais que a comporão serão da área psicossocial (psicólogos, psiquiatras e assistentes sociais), jurídica (advogados, bacharéis em direito e estagiários da área jurídica) e de saúde (médicos, enfermeiros, fisioterapeutas e outros).[13]

Portanto, a Equipe Multidisciplinar é de fundamental importância para o enfrentamento das necessidades delimitadas pela Lei Maria da Penha, motivo pelo qual a sua inserção na Estrutura do Poder Judiciário é peça-chave à realização da conscientização da problemática familiar processada, oportunizando, conseqüentemente, uma diminuição na reincidência.[14]

Como se observa, diferentemente dos Juizados Especiais Criminais, os novos Juizados não terão a sua competência fixada com base no quantum da pena, pois serão estruturados em razão de dois critérios, quais sejam: o sujeito passivo, que deve ser mulher, e o âmbito em que a violência se consuma, que deve ser doméstico, familiar ou resultante do vínculo afetivo com o agressor.

No tocante à competência do Júri, envolvendo violência doméstica, ensina Dias:

> Os crimes dolosos contra a vida são julgados pelo Tribunal do Júri. Porém, sendo a vítima mulher e tendo o fato acontecido em decorrência de vínculo doméstico, a instrução do processo deve ocorrer nas varas especializadas de combate à violência doméstica, sob pena de a vítima de tentativa de homicídio ficar privada dos benefícios da Lei Maria da Penha. No fim da primeira fase, antes de pronunciado o réu, é que o processo deve ser encaminhado à Vara do Júri para o julgamento em plenário. Ainda que o processo deva tramitar no JVDFM, a sentença de pronúncia cabe ao Presidente do Tribunal de Júri (CPP, art. 407). Assim, o deslocamento da ação ocorrerá após a inquirição das testemunhas e das alegações finais e não depois da pronúncia[15].

Deve-se ainda atentar para a regra segundo a qual é possível o deslocamento, para a justiça federal, de qualquer processo envolvendo grave violação de direitos humanos, para assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos do qual o Brasil é signatário. Neste caso, o Procurador-Geral da República deverá

[13] CAMPOS, Amini Haddad; CORRÊA, Lindinalva Rodrigues. Op. Cit. p. 446.
[14] Id. p. 463.
[15] DIAS, Maria Berenice. Op. cit. p. 68.

suscitar, perante o STJ, incidente de deslocamento de competência para a justiça federal, nos termos do art. 109, § 5° da Carta Magna.[16]

Outra importante mudança foi a exclusão da incidência da Lei n°. 9.099/95 em hipóteses de crimes praticados com violência doméstica e familiar, de modo que enquanto não ocorrer à criação dos JVDFM, as demandas deverão ser encaminhadas às varas criminais, nos termos do art. 33 da LMP. [17]

Estabelece o art. 41 da LMP, que "Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei n°. 9.099, de 26 de setembro de 1995". Como visto, o sexo da vítima irá definir a aplicação ou não do rito da Lei dos Juizados Especiais. Embora as figuras típicas sejam as mesmas, o rito será o da Lei n°. 9.099/95 se a vítima for homem; sendo mulher, aplica-se o da Lei Maria da Penha.

Não há nenhuma afronta à isonomia por parte da Lei Maria da Penha que, ao contrário, tem o escopo de prestigiar os aspectos material e formal do princípio da igualdade, ao conferir tratamento desigual aos desiguais, na medida em que mulheres são desiguais aos homens no que tange à proporção de violência doméstica sofrida. Nesse sentido, lecionam Campos e Corrêa:

> Assim, sendo a Lei em comento uma norma de discriminação positiva ou, como preferem alguns, de ação afirmativa, é certo que a Constituição Federal não só não veda a adoção de medidas nesse sentido, mas, antes disso, as favorece, já que no seu preâmbulo, a nossa Lei Maior estabelece como objetivo da Assembléia Nacional Constituinte a instituição de um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais, visando alcançar-se o ideal de igualdade e justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.[18]

O Superior Tribunal de Justiça, ao analisar o assunto, entendeu ser inaplicável a Lei n°. 9.099/95, como é possível inferir-se do seguinte julgado:

> PROCESSUAL PENAL. HÁBEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ART.

[16] § 5° Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.

[17] Id. p. 69.

[18] CAMPOS, Amini Haddad; CORRÊA, Lindinalva Rodrigues. Op. Cit. p. 174.

> 129, § 9°, DO CÓDIGO PENAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. LEI MARIA DA PENHA. LEI N°. 9.099/95. INAPLICABILIDADE.
> A Lei n°. 11.340/06 é clara quanto a não-aplicabilidade dos institutos da Lei dos Juizados Especiais aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher. Ordem denegada. [19]

Portanto, não se aplicam aos crimes cometidos no âmbito da violência doméstica e familiar os institutos da composição civil, transação, suspensão condicional do processo e o rito sumaríssimo.

Outro ponto debatido no art. 16 é no tocante à necessidade de intimação do agressor para a referida audiência. Defende-se que embora não haja a figura do réu, tendo em vista que a denúncia ainda não foi recebida, deve ele ser intimado sob pena de ofensa à ampla defesa. Nesse sentido a lição de Nucci:

> Se o agressor já estiver indiciado e, especialmente, se possuir advogado constituído, não nos parece correto que a audiência seja designada sem a sua intimação (tanto do agressor, quanto do defensor). Fere-se o princípio constitucional da ampla defesa. O ato de retratação da representação pode implicar na extinção da punibilidade, logo, de interesse do agente do delito.[20]

Houve um significativo aumento da pena do delito de lesão corporal, que passou a ser qualificada quando se tratar de violência doméstica. A pena que antes era estabelecida entre seis meses e um ano agora é de três meses a três anos, alterando-se o art. 129, § 9°, do Código de Processo Penal.[21]

Como se verifica, a alteração da pena, dentre outros objetivos, teve o escopo de afastar a transação, a composição de danos e a suspensão condicional do processo, institutos estes concedidos para infrações penais com pena máxima de dois anos.

Criou-se uma nova agravante na parte geral do Código Penal (art. 61), ao dispor que "São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: (...) II - ter o agente cometido o

[19]STJ/HC 84831 / RJ; Ministro FELIX FISCHER; DJe 05/05/2008. Disponível em <www.stj.gov.br>. Acesso em 29 de outubro de 2008.

[20]NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas. Ob. cit. p. 874.

[21]Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade (art. 129, § 9° do CPP).

crime: (...) f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica".

Outra majorante foi criada, no art. 129, § 11, do Código Penal, estabelecendo-se a partir daí que "Na hipótese do § 9º deste artigo, a pena será aumentada de 1/3 (um terço) se o crime for cometido contra pessoa portadora de deficiência". Além disso, a nova lei proibiu expressamente a substituição da pena privativa de liberdade por fornecimento de cestas básicas ou outras de prestações pecuniárias (art. 17).

No tocante às medidas protetivas, a nova lei destaca as providências de caráter urgente que devem ser tomadas com o escopo de resguardar os efeitos da decisão principal. Tais medidas dividem-se em dois grupos: a) medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor; b) medidas protetivas de urgência à ofendida. Interessante acrescentar que tais medidas devem obedecer aos requisitos das medidas cautelares. Para Cunha e Pinto:

> Como tal, devem preencher os dois pressupostos tradicionalmente apontados pela doutrina, para a concessão das medidas cautelares, consistentes no periculum in mora (perigo da demora) e fumus bonis iuris (aparência do bom direito). Destaca Fernando Célio de Brito Nogueira: "Sem que haja pelo menos um começo de prova e uma situação de incontornável urgência, em tese amparada pelo direito positivo, o magistrado não tem como deferir nenhuma das medidas previstas, por isso traduziria algo temerário". Dessa forma, deve o juiz, ao analisar a conveniência da adoção de tais medidas, atentar à presença de tais pressupostos, podendo, inclusive, designar a audiência de justificação prévia de que trata o art. 804 do CPC.[22]

Assevera Scarance que:

> São providências urgentes, com as quais se busca evitar que a decisão da causa, ao ser obtida, não mais satisfaça o direito da parte, evitando que se realize, assim, a finalidade instrumental do processo, consistente em uma prestação jurisdicional justa.[23]

Saliente-se, ainda, que as medidas referidas na lei em comento não impedem a aplicação de outras previstas na legislação pátria, pois o

[22]CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Op.Cit. p. 136.
[23]SCARANCE, Fernandes Antônio. Processo Penal Constitucional. 4. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 311.

que se deve buscar é a segurança da ofendida, podendo o juiz requisitar força policial a qualquer momento para garantir a efetividade das medidas protetivas.[24]

Todavia, o assunto pode ser solucionado à luz do princípio da proporcionalidade ou da ponderação de interesses, com vistas a alcançar o fim da norma legal, qual seja a proteção da vítima e de sua família. Para Cunha Júnior ao dissertar sobre o princípio da proporcionalidade:

> Um meio é adequado se logra promover, com sucesso, o fim desejado; é necessário se, entre os meios igualmente adequados, apresentar-se como o menos restritivo a um direito fundamental; e finalmente, é proporcional em sentido estrito se as vantagens que propicia superam as desvantagens causadas.[25]

Destarte, essas medidas correspondem às necessidades reais para garantir a integridade física, psicológica e patrimonial da vítima e de seus dependentes, e por tal razão adentram na seara civil.

Deve-se observar que as medidas protetivas, enquanto medidas cautelares de urgência, para a sua concessão são imprescindíveis a existência do fumus boni iuris (plausividade do direito que se pede) e do periculum in mora (risco de que a demora na concessão da medida a torne inócua). Desse modo, sem que haja, pelo menos, um começo de prova e uma situação de incontrolável urgência amparada pelo Direito Positivo, não pode o magistrado deferir tais medidas, sendo necessária a designação de audiência de justificação prévia da qual trata o art. 804 do CPC, se for o caso.

Outra inovação trazida pela referida lei foi a criação de mais uma hipótese de prisão preventiva, que pode ser decretada por iniciativa do juiz, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial, acrescentando-se o inciso IV ao art. 313 do Código de Processo Penal.[26]

A nova hipótese de prisão tem a finalidade de garantir a execução das medidas protetivas de urgência, previstas nos arts. 18 e seguintes. Todavia, deve o juiz fundamentar essa medida cautelar pessoal, sendo imprescindível a satisfação dos requisitos do art. 312 do CPP (prova do crime e indícios suficientes de autoria).

---

[24] CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Op.Cit. p. 138.

[25] CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 122.

[26] Art. 20. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial.

Ao discorrer sobre a necessidade de adotar critérios de proporcionalidade na fixação das prisões cautelares, leciona Oliveira:

> Embora a nossa legislação, ao contrário da portuguesa (art. 193, 1, do CPP de Portugal) e da italiana (art. 275, 2, CPP da Itália), não faça referência expressa à necessidade da adoção de critérios de proporcionalidade na fixação das prisões cautelares, não podemos deixar de reconhecer que o Código de Processo Penal brasileiro não descurou completamente de semelhante preocupação.
>
> Como a prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória é sempre uma medida cautelar, faz-se necessário que, na sua aplicação, não se percam de vista os resultados finais do processo, o que, em última análise, é a sua razão de ser.[27]

Portanto, deve-se condicionar a nova regra do art. 312, IV, do Código de Processo Penal aos requisitos da prisão preventiva a saber: garantia da ordem pública ou econômica; conveniência da instrução criminal; garantia da futura aplicação da lei penal; prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.[28]

No tocante à defesa dos interesses transindividuais no âmbito da violência doméstica, dispõe o art. 37 da Lei nº. 11.340/06, que "poderá ser exercida, concorrentemente, pelo Ministério Público e por associação de atuação na área, regularmente constituída há pelo menos um ano, nos termos da legislação civil."

A lei deixou de mencionar como legitimados ativos concorrentes as pessoas jurídicas de direito público e os órgãos públicos. Em que pese a omissão legislativa, entende Mazilli que devem eles ser inseridos no pólo ativo da demanda coletiva. Para o autor:

> Embora a lei só mencione, como legitimados ativos, o Ministério e as associações, à vista de perquirição da mens legis não vemos porque não admitir concorrentemente a possibilidade de as pessoas jurídicas de Direito Público e os órgãos públicos defenderem os interesses transindividuais das mulheres. Essa possibilidade decorre da legitimação genérica concedida ao Estado e aos órgãos públicos em matéria de processo coletivo, que decorre do sistema da LACP combinada com o CDC.[29]

[27]OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 415.
[28]Art. 312, CPP.
[29]MAZZILLI, Hugo Nigro. Op. cit. p. 704.

O último dispositivo da Lei Maria da Penha, art. 45, permitiu ao magistrado que este determine o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação, inserindo tal regra no art. 152, parágrafo único, da Lei de Execução Penal.

Ora, tal dispositivo pode não estar sendo aplicado a contento, podendo se tornar inócuo diante da falta de investimentos do Estado em equipar os órgãos responsáveis na reeducação e recuperação dos agressores, como abrigos, centros de reabilitação de vítimas e agressores, capacitação dos profissionais envolvidos, campanhas educativas etc., bem como a contratação de médicos psiquiatras, psicólogos, assistentes sociais, pedagogos etc.[30]

Sabe-se também que os recursos existentes, tanto no plano federal quanto nos planos estadual e municipal, são extremamente modestos para a implementação de políticas destinadas ao enfrentamento da violência contra as mulheres.

Com efeito, para que seja alcançada a intenção do legislador, o Estado deve destinar parte do orçamento público para o investimento das políticas públicas voltadas ao combate da violência. Além disso, é fundamental o acompanhamento do movimento de mulheres no processo de elaboração dos orçamentos da União, dos estados e dos municípios, para que sejam incluídos recursos públicos com vistas à prevenção da violência contra as mulheres em diversos campos.[31]

Destarte, como visto na prática, ainda há um déficit de pessoal nos órgãos públicos para o atendimento dos casos de violência doméstica. Dessa forma, deve haver maior empenho e compromisso dos gestores públicos nesse sentido, para que seja atendido o objetivo primordial da Lei Maria da Penha, qual seja a prevenção e coibição da violência doméstica e familiar contra a mulher.

[30]Fórum Nacional de Educação em Direitos Humanos Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres: Protegendo as Mulheres da Violência Doméstica. Setembro/ 2006. Disponível em: <http://midia.pgr.mpf.gov.br/hotsites/diadamulher/docs/cartilha_violencia_domestica.pdf >. Acesso em: 10 de novembro de 2008.
[31]Id.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, Lei nº. 11.340, de 7 de agosto de 2006, (Lei Maria da Penha).

CAMPOS, Amini Haddad; CORRÊA, Lindinalva Rodrigues. Direitos Humanos das Mulheres: Doutrina, Prática, Jurisprudência, Modelos, Direito Comparado, Estatísticas, Estudo de Casos, Comentários à Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha), Legislação Internacional e Coletânea de Normas. Curitiba: Juruá, 2008.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Violência doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DIAS, Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na justiça: A efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FÓRUM NACIONAL DE EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres: Protegendo as Mulheres da Violência Doméstica. Disponível em: <http://midia.pgr.mpf.gov.br/hotsites/diadamulher/docs/cartilha_violencia_domestica.pdf>. Acesso em 10 de novembro de 2008.

LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. LEI MARIA DA PENHA é aplicada para proteger homem. Revista Consultor Jurídico, 30 de outubro de 2008. Disponível no site <http://www.conjur.com.br/static/text/712901>. Acesso em: 23 de novembro de 2008.

SCARANCE, Fernandes Antônio. Processo Penal Constitucional 4. ed. São Paulo: RT, 2005.

SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS PARA MAIORES DE 60 ANOS: INCONSTITUCIONALIDADE?

Julival Pires Rebouças Neto*

Em princípio, é mister asseverar que o novo código civil estabeleceu duas espécies de separação de bens: a total convencional, preceituada nos arts. 1.687 e 1688 e a obrigatória prevista no art. 1.641.

Insta mencionar que a primeira funda-se na vontade dos nubentes e reclama a elaboração de pacto antenupcial enquanto a segunda, assenta-se na própria legislação e destarte, independe da vontade dos noivos.

Acrescente - se que tal dispositivo possui caráter restritivo, vez que os cônjuges não podem contratar sociedade entre si ou com terceiros (CC 977) e ainda, não se faz necessário o consentimento do cônjuge para a venda de bens de ascendentes a descendentes (CC 496, parágrafo único).

Ao revés, a lei faculta aos cônjuges alienar, gravar de ônus real, agir em juízo sobre tais bens e prestar fiança e aval de forma unilateral com o intuito de evitar a confusão de patrimônios.

Dito isto, convém salientar que o cerne da questão é a análise da constitucionalidade do art. 1.641, inciso II do CC, o qual estatui o regime obrigatório de separação de bens para a pessoa sexagenária. Tal dispositivo possui caráter protetivo e visa precipuamente impedir a realização de casamento puramente por interesse econômico.

Acerca da matéria, vale ressaltar trecho elucidativo extraído do livro do Prof. Carlos Roberto Gonçalves[1], *ipsis litteris*:

" A questão, no entanto, foi bem enfocada por SILMARA JUNY CHINELATO nos seus comentários ao novo diploma civil. Na visão da mencionada civilista, inexiste razão científica para a restrição imposta no dipositivo em tela, pois pessoas com mais de 60 anos aportam a maturidade de conhecimentos da vida pessoal, familiar e profissional, devendo, por

*Promotor de Justiça do MP-SE, especialista em direito processual civil UNIJORGE/JUSPODIVM. 2004. Pós graduando do curso de inovações do direito civil e seus instrumentos de tutela- UNIDERP/LFG 2008/2009

[1]GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro , v. VI: Direito de Família - 4.ª edição - São Paulo: Saraiva 2007

isso, ser prestigiadas quanto à capacidade de decidir por si mesmas. Entender que a velhice, aduz- e com ela, infundadamente, a capacidade de raciocínio-, chega aos 60 anos é uma forma de discriminação, cuja inconstitucionalidade deveria ser arguída tanto em cada caso concreto como em ação direta de inconstitucionalidade... "A plena capacidade mental deve ser aferida em cada caso concreto, não podendo a lei presumi-la, por mero capricho do legislador que simplesmente reproduziu razões de política legislativa, fundadas no Brasil do início do século passado".

Feito este necessário introito, passo à questão sub examine.

Ab initio, observa-se que há divergência no âmbito da doutrina acerca desta questão, sendo majoritária a corrente que sustenta a inconstitucionalidade do aludido dispositivo legal .

Parte da doutrina ressalta ainda a infringência aos dispositivos do Estatuto do Idoso (lei n.° 10.741/2003) notadamente o seu art. 3.° que prevê a obrigação do poder público de assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à liberdade e à dignidade .

Filio-me a corrente majoritária capitaneada pela Profa. Maria Berenice Dias[2], segundo a qual o inciso II do art. 1.641 é flagrantemente inconstuticional vez que afronta os princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia, in verbis:

" No entanto, em todas as demais hipóteses em que a lei impõe esse regime de bens, pode o juiz excluir dita apenação (CC 1.523 parágrafo único). Tal chance não é dada aos noivos idosos. Mesmo que provem a sinceridade do seu amor, sua higidez mental e que nem têm família a quem deixar seus bens. Não há outra opção. A lei é implacável. Ora, se a sequela legal pode ser afastada para os demais, nada justifica que não possa ser eliminada a imposição coacta aos sexagenários. **Outro fundamento não deixa margem a qualquer resposta: a escancarada afronta ao princípio da isonomia que a regra legal encerra.** É que essa restrição não existe na união estável. Assim, injustificável o desigualitário tratamento dispensado ao casamento. As limitações impostas à vontade dos noivos acabam tornando mais vantajosa a união informal". (grifamos)

Ora, não é possível coexistir normas divergentes em relação ao casamento e à união estável no mesmo ordenamento jurídico sob pena de ferir de morte o princípio da segurança jurídica .

[2]Dias, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. -5.ª ed. rev.,atual e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

Frise-se, por oportuno, que o legislador intencionou aproximar a união estável do casamento, notadadamente no que se refere ao regime de bens, nos termos do art. 1.725/1.726 do CC.

Merece destaque mencionar a tendência jurisprudencial maciçamente adotada a partir da extinta súmula n.° 377 do STF segundo a qual : "no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento".

Por fim , vale colacionar o seguinte aresto do vanguardista TJRS[3]:

"DE TODO DESCABIDO, POR MEIO DE AÇÃO DE CARGA EFICACIAL MERAMENTE DECLARATÓRIA, BUSCAR A DECRETAÇÃO DA NULIDADE DO REGIME MATRIMONIAL CONSTANTE NO ASSENTO DE CASAMENTO. REGIME DE BENS. NÃO VIGORA A RESTRIÇÃO IMPOSTA NO INCISO II DO ART. 258 DO CC, ANTE O ATUAL SISTEMA JURÍDICO QUE TUTELA A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO CÂNONE MAIOR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, REVELANDO-SE DE TODO DESCABIDA A PRESUNÇÃO DE INCAPACIDADE POR IMPLEMENTO DE IDADE. APELAÇÃO PROVIDA".

[3]Apelação Cível Nº 70002243046, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Rel. Des. Maria Berenice Dias, j. em 11/04/2001. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/resultado.php>. Acesso em 27.06.2006

VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER: DA NORMA À REALIDADE - UM DESAFIO PERMANENTE

Adélia Moreira Pessoa*
Angeline Nardelli Fonseca**
Antônia Silva Meneses***

SUMÁRIO: Introdução. 1 A mulher e o Direito: Milênios de sujeição 1.1.A Mulher na História. 1.2 A Mulher e o Direito no Brasil - Colônia e Império 1.3 A mulher e o direito no Brasil-República 2-Novos paradigmas no enfrentamento da violência contra as mulheres 2.1 mudanças econômico-sociais 2.2 Instrumentos internacionais de proteção à mulher. 2.3 Proteção à mulher e Constituição de 1988. 2.4 Juizados Especiais Criminais - Lei 9099/1995 e o retrocesso. 2.5 Novas estratégias em defesa da mulher. 3 Considerações acerca da Lei Maria da Penha 3.1 Passos para se chegar à Lei 11.340/2006. 3.2 A Lei 11.340/2006 - Lei Maria da Penha. 3.3 O que muda com a nova lei ? 4. Principais desafios no enfrentamento da violência . 5. Considerações finais

INTRODUÇÃO

Esse trabalho se propõe a realizar uma abordagem crítico-teórica acerca da normas que estabelecem a proteção da mulher em situação de risco de agressão ou de violência e conduzir a uma reflexão no que pertine à efetivação desse direito, tendo-se em vista a violação do direito constitucional à dignidade humana, verificada quando da fragilização dos programas de políticas sociais e das redes de atendimento voltados a essa vertente, que corroboram para o vultoso aumento da desigualdade de gênero, marginalização social da mulher agredida, exclusão e injustiça sociais.

Em todos os debates e reflexões sobre a matéria, a violência doméstica apresenta-se com extrema relevância, desafiando a todos, quanto à persistência nos seus índices de crescimento, obrigando legisladores, estudio-

*Procuradora de Justiça (aposentada), diretora administrativa e pedagógica da ESMP.
**Advogada
***Advogada

sos da área e formuladores de políticas públicas a debruçarem-se sobre o significativo problema, em busca de alternativas que possam minimizar, os altos índices de morbidade e mortalidade decorrentes desse tipo de violência.

Todas as discussões em face do tema verificado perpassam pela necessidade do emprego de esforço conjunto e engajado de vários atores sociais, especialmente da família, da sociedade e do poder público - trabalho em rede efetivamente. Todos, indistintamente, precisam dar parcela significativa de vontade e de trabalho dedicado, a fim de contribuir efetivamente com a proteção à dignidade da mulher, direito à integridade física, moral, psicológica e sexual que está sendo cotidianamente vilipendiado.

1 A mulher e o direito: milênios de sujeição

1.1 A mulher na história

A efetivação da proteção contra a violência de gênero exige a fixação de alguns conhecimentos e notas preliminares acerca da cultura de sujeição e marginalização histórica da mulher, até que cheguemos à construção paulatina do direito da mulher à dignidade humana, que se espraia pela efetivação de seu acesso a uma vida social protegida contra a violência física, sexual, psicológica, patrimonial e moral, como também seu direito à igualdade. Com isso, exige-se a criação de normas jurídicas e a implementação de políticas públicas que tratassem as questões atinentes à mulher - até então hipossuficiente em relação ao homem - com mais especificidade e relevância, até que as mazelas decorrentes da sua sujeição cultural milenar fossem minimizadas.

Com efeito, a cultura milenar sedimentou a crença na diferenciação de papéis a serem desempenhados pelos dois sexos. Buscou-se mesmo fundamentar essa distinção, na própria natureza que teria demarcado espaços para os sexos. Filósofos e religiões reforçaram a crença na inferioridade do sexo feminino e as normas jurídicas foram instrumento de sujeição da mulher através dos séculos, contribuindo para a herança do silêncio e da violência contra a mulher.

Através dos séculos, a mulher quase nunca foi eixo de sua própria história. Na Bíblia Sagrada, ela foi instrumento de perdição e de salvação, mas sempre como instrumento, como meio. Aliás, a história foi feita basicamente pelos homens. É só verificar os compêndios do que se ensina como História, nas escolas. Todos ouviram o tumulto ensurdecedor de vozes retumbantes, das quais nenhuma é de mulher. E os gran-

des porta-vozes da humanidade: Platão, Aristóteles, Santo Tomás de Aquino, Bacon, Lutero, Rousseau, Freud, Nietzsche, Schopenhauer... As mais poderosas vozes da história da humanidade também foram as mais cruéis com as mulheres e que mais propugnaram pelo seu silêncio[1].

É incontestável o estado de subordinação da mulher grega que, encarcerada no Gineceu, só por exceção aprendeu a ler e a escrever. Não obstante a crença de que a natureza criara a mulher para as funções domésticas e o homem para as atividades nobres, como a filosofia, a política e as artes. Era "essencial manter a mulher sob vigilância", conforme preceituava Xenofonte, "vendo o menor número de coisas, fazendo o mínimo de perguntas possível"[2]

Mas é o pensamento de Rousseau a respeito da mulher que mais nos assusta por sabê-lo representante do "Século das Luzes". Para esse tão famoso genebrino "a mulher é feita para agradar ao homem", "a mulher e o homem são feitos um para o outro", mas essa mútua dependência não é igual: os homens dependem das mulheres pelos seus desejos; as mulheres dependem dos homens tanto por seus desejos, como por suas necessidades; subsistiríamos mais sem elas que elas sem nós"[3] . E, ainda, acrescenta em Émile, "toda educação das mulheres deve ser relativa aos homens. Agradá-los, serem-lhes úteis, [...], educá-los jovens, cuidar deles grandes, [...], tornar-lhes a vida agradável e doce: eis os deveres das mulheres em todos os tempos e o que lhes devemos ensinar desde a infância"[4].

A concepção da mulher em condição de inferioridade de gênero saiu da antiguidade, atravessou o medievo, a idade moderna e chegou na contemporânea.

Os registros jurídicos antigos, que remontam ao Código de Hamurabi[5] (da Babilônia), de Manu[6] (da Índia Antiga), à própria Bíblia Sagrada, à Lei das XII Tábuas, às Ordenações Filipinas, onde, muitas vezes, o jurídico, o moral e o religioso se fundem, também encampam regras de conduta que esculpem um perfil da mulher inferiorizada, servil, dominada, alienada e coisificada;[7] :

---

[1]LECLERC, Annie. Palavra de Mulher. Tradução Maria Luiza Cesar. São Paulo: Brasiliense, 1982, p.06.

[2]Apud ALVES, Branca Moreira e PITANGUI, Jacqueline. O que é o Feminismo. 2ª ed, São Paulo: Editora Brasiliense, 1982, p.12.

[3]ROUSSEAU, Jean- Jacques. Emile ou De L' Education. Apud ROSA, Maria da Glória de. A História da Educação Através dos Textos. 5ª ed. São Paulo: Cultrix, 1976. p. 213.

[4]ROUSSEAU, id. ibidem.p. 214 .

[5]Art. 133 do Código de Hamurabi - Se um homem livre afastou-se secretamente e em sua casa há o que comer, sua esposa guardará sua casa e cuidará de si mesma. Ela não entrará na casa de outro homem. Se essa mulher não cuidou de si mesma e entrou na casa de outro homem, comprovarão isso e a lançarão n'água. Art. 134 do Código de Hamurabi - Se ela não é irrepreensível, mas é uma saidora, dilapida a sua casa e desonra seu marido, jogarão essa mulher n'água.

[6]Código de Manu Art. 415 - Uma mulher está sob a guarda de seu pai durante a infância, sob a guarda de seu marido durante a juventude, sob a guarda de seus filhos em sua velhice; ela jamais deve conduzir-se a sua vontade. Código de Manu- art. 536 - Aquele que não tem filho macho pode encarregar sua filha da maneira seguinte, de lhe criar um filho dizendo: que o filho macho que ela puser no mundo se torne meu e cumpra em minha honra a cerimônia fúnebre.

[7]Os artigos desses Códigos foram extraídos de: LIMA, J.B. de Souza - As Mais Antigas Normas de Direito. Rio: Ed. Valença S.A. 1980, p 24 e 44

Na Bíblia Sagrada, também encontramos muitos versículos que encampam a inferiorização e violência contra mulher: "Disse também à mulher: multiplicarei os teus trabalhos (especialmente os de) teus partos. Darás à luz com dor e estarás sob o poder do marido"[8] O veredito estava lançado desde a criação do mundo. E o direito soube regular bem o poder marital através dos séculos.

Em relação ao defloramento da mulher, vale lembrar o seguinte versículo:Se o que ele opõe é verdade e a donzela não foi encontrada virgem, lançá-la-ão fora das portas da casa de seu pai e os homens daquela cidade a apedrejarão e ela morrerá, porque cometeu um crime detestável em Israel, tendo caído em fornificação em casa de seu pai".[9]

Esses versículos são fundamentais em relação aos valores culturais que tanta importância deram à membrana himenal. Até no código civil brasileiro de 1916, que esteve vigente até 2003, encontramos resquícios de sabor bíblico. A teor do artigo 219 do Código de 1916, considerava-se erro essencial - possibilitando a anulação do casamento - o defloramento da mulher ignorado pelo marido. E este tinha 10 dias para devolver a esposa..

E, ainda, com espeque na Bíblia, no Livro Eclesiástico:

> Não dês à mulher poder sobre a tua alma para que se não levante contra a tua autoridade e fiques envergonhado[10].
> Se a mulher tem o mando ela se levanta contra o seu marido[11] .
> Da mulher nasceu o princípio do pecado e por causa dela é que todos morremos[12].
> Se não andar sempre debaixo da tua mão, ela te cobrirá de confusão diante de teus inimigos[13].

Vê-se, aí, um desdobramento do Gênesis. Maldição terrível sobre a mulher, porque instrumento de perdição... E mais adiante, encontramos: "Uma filha é para seu pai um tesouro a vigiar, e o cuidado dela tira-lhe o sono para que não suceda que passe a flor de sua idade sem se casar [...] Sobre a filha desenvolta vigia com dobrado resguardo para que não faça de ti o objeto de detração da cidade"[14] Era necessário que o pai redobrasse de vigilância sobre a filha desenvolta porque o objetivo maior, vê-se,

[8]Bíblia . Velho Testamento. Genesis, 3.16.
[9]Bíblia . Velho Testamento Deuteronômio, 22.20 a 22.
[10]Bíblia . Velho Testamento. Eclesiástico, 9.2.
[11]Bíblia . Velho Testamento. Eclesiástico 25.30)
[12]Bíblia . Velho Testamento. Eclesiástico; 25.33
[13]Bíblia . Velho Testamento. Eclesiástico ; 25.34.
[14]Bíblia . Velho Testamento. Eclesiástico. , 42.9 a 11

é o casamento. No código civil brasileiro de 1916 havia outro dispositivo que remontava ao conteúdo bíblico: o que tratava da deserdação, no artigo 1744-III, permitindo a deserdação da filha desonesta que vivia na casa paterna, sem fazer menção ao filho desonesto. A desonestidade aí tem um sentido especial, é claro, inerente ao sexo feminino...

E no novo testamento, principalmente nas Epístolas de São Paulo, são inúmeras as disposições que assinalam a inferioridade e a sujeição femininas. Vejamos:

> A mulher aprenda em silêncio, com toda sujeição. Não permito à mulher que ensine (em público), nem que tenha domínio sobre o homem, mas esteja em silêncio. Porque Adão foi formado primeiro e depois Eva. E Adão não foi seduzido, mas a mulher seduzida prevaricou. Contudo, salvar-se-á pela educação dos filhos se permanecer na fé e na caridade e na santidade unidas à modéstia[15] .

Com a história e o direito romano não foi diferente perpassado por grande carga de discriminação e desprestígio femininos. Na Lei da XII Tábuas (Roma - sec. V a.C.), encontramos na Tábua VI, que se refere ao Direito de Propriedade e da Posse, o seguinte: "A mulher que residiu durante um ano em casa de um homem como se fora sua esposa, é adquirida por esse homem e cai sob seu poder, salvo se se ausentar da casa por três noites". A mulher está equiparada às coisas móveis porque conforme o artigo anterior ao citado, a usucapião das coisas imóveis dava-se com dois anos de posse ininterrupta e das coisas móveis, um ano era suficiente... E se a mulher se ausentasse por três noites a posse seria interrompida...Se esta não é a única maneira de se estabelecer o poder do marido sobre a mulher, parece claro que na maior parte da vida romana a história da mulher foi marcada pela submissão.

Estava a mulher, no mundo romano antigo, submetida a *"manus"*. A *manus* existia no sentido de estabelecer a paz doméstica, a ordem e a disciplina da casa. A palavra manus implica a idéia de autoridade e aplica-se tanto a do pai sobre a filha, ou do irmão sobre a irmã, como a do marido sobre a mulher. Cabia ao homem determinar a disciplina, a ordem na casa e se a mulher aceitava essa situação isso só pode ser atribuído à educação que ela recebia desde o seu nascimento em que era moldada para a submissão.

No mundo mulçumano, o documento básico, o Alcorão, retrata

[15]Bíblia . Novo Testamento. Epístolas de São Paulo, 2:11 a 14

um mundo masculino. Deus fala aos homens e lhes fala das mulheres. Vale salientar alguns versículos do Alcorão:

> Os homens têm autoridade sobre as mulheres pelo que Deus os fez superiores a elas e porque gastam de suas posses para sustentá-las. As boas esposas são obedientes e guardam sua virtude na ausência de seu marido conforme Deus estabeleceu. Aquelas de quem temais a rebelião, exortai-as, bani-as de vossa cama e batei nelas. Se vos obedeceram não mais as molesteis. Deus é elevado e grande..[16]

Novamente aí o fundamento econômico e religioso da inferioridade das mulheres. E presente o "direito de corrigir" dado ao marido. O Alcorão continua muito atual,. desdobrando-se em outros preceitos, ainda hoje, válidos para milhões de pessoas.

1.2 A mulher e o direito no Brasil - Colônia e Império

Passando ao direito brasileiro, lembramos que, durante mais de dois séculos, o Brasil regeu-se pelas Ordenações Filipinas (1603), cujo Livro V(Título XXXVIII), que tratava dos Delitos e das Penas dispunha, dentre outras coisas:

> Achando o homem casado sua mulher em adultério, licitamente poderá matar assim a ela, como ao adultero, salvo se o marido for peão e o adultero Fidalgo ou nosso Desembargador, ou pessoa de maior qualidade. Porém, quando matar alguma das sobreditas, achando-a com sua mulher em adultério não morrerá por isso, mas será degredado para África com pregão na audiência pelo tempo, que aos julgadores bem parecer, segundo a pessoa, que matar, não passando de três anos.
>
> E não somente poderá o marido matar sua mulher e o adultero, que achar com ela em adultério, mas ainda os pode licitamente matar, sendo certo que lhe cometeram adultério; e entendendo assim provar, e provando depois o adultério por prova licita e bastante conforme a Direito, será livre sem pena alguma, salvo nos casos sobreditos, onde serão punidos segundo acima dito.[17]

[16]ALCORÃO. Trad. Mansour Challita. Rio de Janeiro: Associação Cultural Internacional Gibran.[sd]; 4.34
[17]Ordenações Filipinas (1603), Livro V, Título XXXVIII

Não parece estar aí o fundamento da chamada " legítima defesa da honra" a que se referem ilustres criminalistas, na defesa de crimes passionais em que maridos se acham ainda com o direito de vida e morte sobre suas mulheres?

O título XXXVI, do mesmo famigerado Livro V das Ordenações Filipinas, isentava de pena quem castigasse criado, discípulo, seu filho ou sua mulher... Presente, também aí, o *"jus corrigendi"*. Reitere-se, portanto, que as Ordenações Filipinas impõem o controle feminino pela violência consagrando o direito de o marido castigar "mulher, filho ou escravo".

No período da monarquia, 1822/1889, foi editado o Código Criminal de 1830 que considerava o adultério feminino um crime punido com pena de 1 a 3 anos de prisão com trabalho; se adultério do homem, entretanto, só ocorreria quando ele mantivesse concubina (art. 250)

1.3 A mulher e o direito no Brasil -República

Com a República, houve a separação Igreja e Estado e o Decreto nº 181, de 24/01/1890, oficializa o casamento civil e estabelece a incapacidade da mulher: o marido representa, administra, educa, fixa domicílio e autoriza profissão.

A primeira Constituição da República, em 1891, em seu artigo 72, §2º, estabeleceu que "Todos são iguais perante a lei" . Igualdade formal, que não foi suficiente, entretanto, para atribuir direitos iguais à mulheres. Observe-se que essa noção mais estreita do direito à igualdade foi retomada pelas Cartas de 1937, no art. 122, I e de 1946, art. 141 ,I

No Código Civil, em 1916, ficou estabelecido ser o marido o chefe de família e a mulher ainda considerada relativamente incapaz. Somente com o Código Eleitoral , de 1932, a mulher adquire o direito ao voto.

Em 1934, em seu art. 113, inciso I, a Constituição preconizava que "Todos são iguais perante a lei", mas acrescentava que " Não haverá privilégios, nem distinções por motivos de nascimento, sexo..."; fazendo referência mais específica à proibição à discriminação desarrazoada, fundamentada estritamente na diferença de gênero. Esse texto fora retomado nas Constituições de 1967 e 1969 (Emenda nº01 de 1969), mas não era seguido na prática jurídica, pois a legislação infraconstitucional ainda discriminava a mulher.

Com o chamado Estatuto da Mulher Casada, em 1962, a mulher obtém a capacidade plena, mas ainda é mantida a hierarquia, pois o marido representa a família, fixa o domicilio e sua vontade deve prevalecer em relação aos filhos. A CLT ainda tinha vários artigos que

discriminava a mulher. E na jurisprudência de alguns tribunais havia resquícios da mentalidade de que o homem poderia "disciplinar a mulher".

Com efeito, ainda encontramos, na década de 70 do Séc. XX, em muitos julgados brasileiros, a doutrina criminal da "harmonia familiar", com o reconhecimento jurisprudencial do direito de bater em nome da "proteção familiar"; diziam muitos tribunais ser recomendável prudência do julgador em tema de agressão de marido à mulher . Atribuiam alguns magistrados a culpa à mulher. Assim, no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: Absolvição por "mera briga de casal" e mulher "nervosa" (teve que ser amarrada no Hospital)[18]. Ainda a mesma alegação em julgado do TACRIM-SP:" Inviável condenação por lesões corporais, quando não seja indiscutível a responsabilidade do réu, mormente se notória a criação, pela vítima, de ambiente de tensão psicoemotiva propícia à explosão nervosa[19]. E no TJSP: "Admissível moderada reação física contra injusta agressão verbal. Assim, não há crime se, no recesso do lar, brigando marido e mulher, sofre esta, após dirigir àquele insultos morais, insignificante lesão, que sequer chega a **sangrar**"[20].

À mesma época, havia diferença de tratamento se a violência ocorresse sem hierarquia de gênero, entre amigos. Observe-se o julgado do TJSC: "o eventual acordo entre as partes, bem como a inocorrência de prejuízo pessoal (sic) para a vítima, assim como o restabelecimento - ou prosseguimento - das relações de amizade - não são óbices à instauração do processo criminal"[21] ou este do TACRIM-SP "Lesão corporal - Irmã adulta sustentada pelo réu - Delito caracterizado. Pessoa adulta, ainda que sustentada por outrem, não pode ser submetida a castigos físicos sob alegadas finalidade educativas. Inexiste, no caso, *"jus corrigendi "*[22].

2 Novos paradigmas no enfrentamento da violência contra as mulheres

2.1 Mudanças econômico-sociais

No Direito Brasileiro anterior, vê-se claramente a discriminação nas leis - Código Civil, CLT , etc -, e na jurisprudência dos tribunais - apesar de estar nas constituições brasileiras, desde 1934, que "todos

[18]TJRJ -Embargos Infringentes nº 12.930, julgado em 15/05/1977
[19]TACRIM - Apelação 40.019, Rel. Chiaradia Neto, julgado em 09/05/72
[20]TJSP -Apelação nº 35955,julgada em 25/11/71
[21]TJSC-(HC 6724, julgado em 15/04/1982)
[22]TACRIM/SP- Apelação 27.839, Rel. Valentim Silva, julgado em 10/02/71

são iguais perante a lei", com acréscimo da expressão "sem distinção de sexo", o que significa dizer que o legislador constituinte explicitara que o sexo era fator irrelevante para desigualar as pessoas.

A violência contra a mulher, há tempos, é tema de preocupação de segmentos sensíveis da sociedade que viam nessa faceta de agressão e desrespeito uma perversa ideologia de dominação, talhada pacientemente pela história, durante séculos de alienação e sujeição cultural. A violência de gênero repercute em questões como segurança, saúde, educação, distúrbio de formação infantil, marginalização, prostituição, abortos clandestinos, evasão escolar das crianças em cujas famílias se verifique a prática da violência, drogadição, dentre outras mazelas, que culminam em caos e insegurança sociais.

Assim é que, ao longo dos anos, esses grupos bradaram o direito à igualdade, proteção e à dignidade humana e, sensibilizando e mobilizando outros cidadãos e os poderes constituídos, conseguiram avanços legislativos significativos, como os que temos hoje estatuídos no ordenamento jurídico do país.

No século XX, especialmente no pós-guerra, ocorreu o processo de emancipação da mulher, com a inclusão feminina no mercado de trabalho, permeada pelas reivindicações de igualdade. A revolução feminista remete às raízes da sociedade e da opressão e a transformação da conscientização da mulher traz conseqüências para toda a humanidade.

No dizer de CASTELLS[23], o desmoronamento da família patriarcal sintetiza a transformação de toda a vida da sociedade através da transformação da economia e do mercado de trabalho associada à abertura de oportunidade para mulheres (pela educação) e transformações tecnológicas - biologia, farmacologia e medicina - possibilitaram o controle da reprodução.

Ainda, segundo o mesmo autor, os movimentos sociais da década de 60 e seus temas multidimensionais - abrem campo para afirmação de feminismo. A crise da família patriarcal se revela através do enfraquecimento do modelo familiar baseado na autoridade/dominação exercida pelo homem como cabeça do casal.

Com as mudanças econômico-sociais e, conseqüentemente, mudança de valores culturais, pressões e interesses manifestados de diversas formas pela sociedade civil tornaram possível a ocorrência de transformações no direito, não só brasileiro, mas também internacional, especialmente a partir das Convenções e Tratados internacionais, da Constituição de 1988, e mais especificamente, com a Lei 11.340/2006, denominada Lei Maria da Penha. Ocorrem mudanças no lugar social da mulher e,

[23]CASTELLS, Manuel - O Poder da Identidade.São Paulo: Paz e Terra, 1996.p.169/172

com isso, a não aceitação de ditos "em briga de marido e mulher não se mete a colher" e a não aceitação de absolvições de homens assassinos de mulheres em nome da legítima defesa da honra

2.2 Instrumentos internacionais de proteção à mulher

Não só a Constituição Brasileira estabelece as normas protetivas da mulher em novos paradigmas. Vários são os instrumentos internacionais ratificados pelo Brasil, nesse sentido. O próprio homem não é mais considerado como ente genérico, ou homem em abstrato, mas é visto na especificidade ou na concreticidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade - criança, idoso, pessoa com deficiência, mulher[24].

Todos os direitos para todos, é, sem dúvida, a maior expressão das Declarações de Direitos Humanos. A garantia desses direitos, entretanto, está longe de ser alcançada. A defesa dos direitos humanos é uma tarefa interminável, porque a cada dia "o respeito aos direitos humanos é algo que se constrói"[25]

Seja qual for a concepção de direito que seja adotada, se a partir de valores transcendentais; se são eles inerentes ao homem independentemente de seu reconhecimento pelo Estado ou se, em uma outra visão, se os direitos humanos só podem ser considerados fundamentais e essenciais quando reconhecidos pelo ordenamento jurídico como resultado de lutas e conquistas políticas e sociais, o certo é que o Brasil ratificou as várias convenções internacionais, incorporando tais normas ao seu ordenamento jurídico[26] .

O período pós-guerra, especialmente a partir da década de 70 do século XX, foi marcado por uma série de tratados, resoluções e declarações internacionais que reconhecem os direitos das mulheres, em suas especificidades. A Declaração sobre a Eliminação da Discriminação contra Mulher, a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra Mulheres, a Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a Mulher - denominada Convenção de Belém do Pará (1994), o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Discriminação contra a Mulher(1999), entre outros, são indicadores do largo caminho percorrido e do avanço global do direito relativo à proteção da mulher, em suas especificidades. Nesses vários instrumentos internacionais ratificados , comprometeu-se o Brasil a

[24]Cf PESSOA, Adélia Moreira. Direitos Humanos e Família.: da Teoria à Prática. in: Família e Dignidade Humana. Anais do Congresso Brasileiro de Família. São Paulo:IOB Thomson, 2006, p.32.
[25]Nesse sentido: LOCHE, A. Adriana. FERREIRA, R. S. Helder. SOUZA, Antônio F. Luís. IZUMINO, Pasinato Wânia. Sociologia jurídica: Estudos de Sociologia, Direito e Sociedade. Porto Alegre: Ed. Síntese, 1999, p. 89-90.
[26]Cf PESSOA, Adélia Moreira.. Direitos Humanos e Família.: da Teoria à Prática. in: Família e Dignidade Humana -Anais do Congresso Brasileiro de Família. São Paulo:IOB Thomson, 2006, p.33.

garantir esses direitos a todas as mulheres, buscando sua plena efetividade[27].

A proteção dos direitos da mulher é parte desse processo de especificação de direitos que se afirmou através de diversas convenções que quebraram a dicotomia entre o público e o privado, alcançando diversas formas de violência perpetradas, inclusive no âmbito familiar e explicitando a aplicabilidade do Direito a casos de violência ocorridos na esfera doméstica[28].

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979)[29] define discriminação contra a mulher, em seu artigo 1°, estabelecendo que:

> A expressão discriminação contra a mulher significará toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.

Vale frisar que, em 1993, na Declaração de Viena, os direitos humanos das mulheres ganham o reconhecimento integral da comunidade internacional, ficando ali, estabelecido, em seu artigo 18: "Os direitos humanos das mulheres e das meninas são inalienáveis e constituem parte integral e indivisível dos direitos humanos universais".

A Convenção de Belém do Pará (1994), em seu art. 1°, define violência contra a mulher como "qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada" e, em seu art. 3°, estabelece: "Toda mulher tem direito a uma vida livre de violência, tanto na esfera pública como na esfera privada". Importante salientar que equipara a discriminação a uma forma de violência contra a mulher refor-

---

[27]Cf PESSOA, Adélia Moreira. Direitos Humanos e Família.: da Teoria à Prática. in: Família e Dignidade Humana. Anais do Congresso Brasileiro de Família. São Paulo:IOB Thomson, 2006, p.34.

[28]Nesse sentido: IKAWA, Daniela. Mulheres e direitos humanos - In: Feminismo, desenvolvimento e direitos humanos. Org. por: Maria Helena Santana Cruz e Amy Adelina Coutinho de Faria Alves. .Aracaju, REDOR, NEPIMG / UFS/ FAP-SE 2005

[29]A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW - Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women) foi aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 18 de dezembro de 1979. Assinada pelo Brasil, com reservas na parte relativa à família, em 31/03/1981, e retificada pelo Congresso Nacional, com a manutenção das reservas, em 01/02/1984. Em 1994, tendo em vista a isonomia entre Homens e mulheres estabelecida na Constituição de 1988, o governo Brasileiro retirou as reservas, ratificando plenamente toda a Convenção.

çando a indivisibilidade desses direitos, deixando claro que a não-violência é condição fundamental para a fruição dos direitos das mulheres. A Convenção inova ao introduzir o conceito de violência baseada no gênero como aquela que é cometida, pelo fato de a vítima ser mulher, e, amplia o âmbito de aplicação dos direitos humanos, tanto na esfera pública (ocorrida na comunidade), como na esfera privada (no âmbito da família ou unidade doméstica)[30].

Na denominada Cúpula do Milênio, realizada pela ONU, em setembro de 2000, os países membros das Nações Unidas comprometeram-se a cumprir alguns objetivos, estabelecidos como METAS DO MILÊNIO, e, dentre essas, inclui-se promover a igualdade entre os sexos e a autonomia das mulheres.

Na Cúpula Mundial da Família, realizada em Sanya-China, em dez de 2004, constatou-se que"diferenças entre os gêneros permanece sendo um problema grave. Violência doméstica ainda viola os direitos humanos das mulheres e ameaça sua segurança pessoal, auto-estima e saúde". Vale registrar alguns trechos do preâmbulo da Carta de Sanya: "É importante garantir os direitos humanos das famílias e dos membros individuais da família, especialmente os direitos de mulheres e crianças. Políticas públicas devem promover condições que permitam aos membros da família atingir suas aspirações e contribuir para o desenvolvimento de suas sociedades"[31].

A Declaração de Sanya, em seu artigo 5°, ao tratar da Família e Igualdade de Gênero, preceitua:"A Igualdade entre mulheres e homens é baseada no valor fundamental e igual de cada pessoa e é essencial para o bem estar da família e da sociedade em geral.", sendo necessário implementar a convenção para a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher e promover-se a igualdade entre meninos e meninas, e garantir que os direitos das meninas sejam respeitados pelas famílias. Estabelece, ainda, que a igualdade e eqüidade de gênero na família, assim como a plena participação da mulher em todas as esferas da sociedade é essencial para o desenvolvimento sustentável[32].

Os participantes da Cúpula Mundial da Família de 2004 comprometeram-se a disseminar o conteúdo da Declaração de Sanya e convocar

[30]Nesse sentido: ALMEIDA, Guilherme Assis de. Diretor Humanos e não-violência. São Paulo: Atlas, 2001, p.83 e segs.

[31]Relembre-se, ainda, parte do preâmbulo da Carta de Sanya, de 2004: "Um número considerável de problemas ameaça mulheres, Crianças e idoso dentro das Famílias. A cada ano, mais de 500.000 mulheres morrem pela gravidez ou por complicações de gravidez.

[32]Cf PESSOA, Adélia Moreira, Direitos Humanos e Família.: da Teoria à Prática. in: Família e Dignidade Humana Anais do Congresso Brasileiro de Família. São Paulo:IOB Thomson, 2006, p.36.

governos, sociedade civil e outras instituições a aumentar esforços, entre outras coisas, no sentido de dar força a famílias e seus membros, em especial mulheres e meninas, e colocá-las no foco das políticas de redução de pobreza; garantir direitos iguais entre todos os membros da família com atenção especial aos direitos das mulheres e meninas; dar suporte a políticas de família que promovam a participação de homens na divisão de responsabilidades das tarefas domésticas; empoderar[33] mulheres a participarem da vida pública e livrá-las do descaso, exploração, abuso e violência;

2.3 Proteção à mulher e Constituição de 1988

Na Assembléia Nacional Constituinte (1987-1988), houve grande trabalho de movimentos de mulheres, com encaminhamento da Carta das Mulheres aos Constituintes.

A Constituição de 1988 tem enorme influência na história dos direitos da mulher brasileira. Bastante enfática, repetiu, em vários artigos, os princípios de igualdade entre homem e mulher. Assim, quando dispõe sobre os direitos individuais, estabelece no art. 5°, inciso I - "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta constituição". Ao dispor sobre os direitos sociais, em relação à mulher trabalhadora, no art. 7° inciso XXX, prescreve a "proibição de diferenças de salários, de exercício de funções e de critérios da admissão por motivo de sexo". Quando trata dos direitos na família no art. 226, §5° afirma que "os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher".

Além disso, repete, em dispositivos específicos, as normas de igualdade. Assim, quando cuida da usucapião urbana, no art.183§1° preceitua que o título de domínio será conferido ao homem ou à mulher.Da mesma forma, em relação à distribuição de lotes na Reforma Agrária - art. 189, parágrafo único: "o título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher".

É certo que, na Constituição, ainda se encontram tratamentos diferenciados- são as chamadas discriminações positivas - em razão da maternidade ou da situação atual da mulher trabalhadora, especialmente

[33]Empoderamento (empowerment) - Termo cunhado na língua inglesa para designar um processo contínuo que fortalece a autoconfiança dos grupos populacionais desfavorecidos e os capacita para a articulação de seus interesses e para a participação na comunidade, facilitando-lhes o acesso aos recursos disponíveis e o controle sobre estes, a fim de que possam levar uma vida autodeterminada e auto-responsável e compartilhar do processo político. Dessa forma, a abordagem de empoderamento das atividades ligadas ao fomento das mulheres aponta para a autodeterminação, o aumento do nível de auto-organização, assim como para um papel mais ativo do sexo feminino em todos os processos sociais. Fonte: site Compêndio do Vocabulário da GTZ (www2.gtzde/glossar).

pela dupla jornada de trabalho. Com efeito, há a proteção à maternidade; licença-maternidade; estabilidade provisória da gestante; presidiárias têm o direito de ficar com os filhos durante o período de amamentação; creches e pré-escolas como obrigação das empresas, além de dever do Estado; proteção ao mercado de trabalho da mulher; aposentadoria, cinco anos menos que o homem.

Conforme Paulo Lobo Neto, "nenhum princípio da Constituição provocou tão profunda transformação do direito de família quanto o da igualdade entre homem e mulher e entre os filhos. [..]. O princípio da igualdade de gêneros foi igualmente elevado ao status de direito fundamental oponível aos poderes políticos e privados (art. 5°, I, da Constituição)"[34] .

O novo Código Civil de 2002 estabelece a igualdade de direitos e deveres dos cônjuges e a isonomia de direitos dos filhos. Não mais normas diferenciadoras entre o marido e a mulher que concediam ao varão a chefia, a administração dos bens e a representação legal da família.

Não se pode olvidar que a Constituição de 1988, no parágrafo 8° do art. 226, estabelece que o estado deve assegurar assistência à família, na pessoa de cada um dos que a integram, devendo criar mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações, erigindo a fundamento da república , entre outros, a dignidade da pessoa humana.

O artigo 3ª da Constituição Federal enumera os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, deixando evidente que a proteção social se materializa nas políticas sociais efetivadas. Dentre esses o de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Como bem assinala Emerson Garcia[35]:

> Em relação à mulher, tem-se uma sistemática constitucional sensível à sua histórica situação de dependência e subordinação, justificando os tratamentos diferenciados que ela diretamente contemplou e permitindo que o legislador infraconstitucional venha a ampliá-los, sempre pautado pela base axiológica que dá sustentação às medidas de proteção e inserção da mulher

Após a Constituição de 1988 - e até 1995 - encontra-se jurisprudência dos tribunais coibindo a violência doméstica, em um repúdio ao mito da "harmonia familiar" . Vale citar alguns julgados que mudam completamente a abordagem da violência doméstica:

[34]Cf. Paulo Luiz LOBO NETO. A repersonalização das relações de família. In: RBDF - ano VI, N° 24, jun-jul/2004:p. 154.
[35]GARCIA, Emerson. Proteção e Inserção da Mulher no Estado de Direito: A Lei Maria da Penha in: Revista do Ministério Público do Estado de Goiás, Ano II, n° 16, Goiânia:ESMP-GO, out/dezembro de 2008, p.72.

STJ "I - O amásio da vitima a esfaqueou no pescoço, com avulsão da musculatura, sendo denunciado por lesão corporal (CP, art. 129, "caput"). O juiz monocrático - e com ele o colegiado -, embora reconhecendo que não havia excludente da antijuridicidade, absolveu o réu, invocando "politica criminal" e a "harmonia do lar". O Tribunal, por seu turno, ao confirmar a sentença absolutória, acresceu o "principio da bagatela".

II - Não toca ao juiz, depois de reconhecer a inexistência de excludente de antijuridicidade, absolver o réu por razões metajurídicas. O fato é tipico e antijurídico. Também não se pode, no caso concreto, invocar o "princípio da bagatela ou da insignificância"...[36]

TJPR "O homem que agride sua companheira não pode ser absolvido a pretexto de se preservar a paz da vida familiar, visto que nenhuma razão de ordem social justifica fique a mulher exposta a agressão do seu companheiro, fora da esfera de proteção do direito."[37]

TACRIM-SP "Em sede de lesões corporais, se a agressão é exercida pelo marido contra a esposa, não se justifica a absolvição do agente sob alegação de conveniência de natureza político-criminal, pelo fato do casal haver-se reconciliado posteriormente, vez que tal atitude não é excludente de criminalidade, devendo a Lei Penal ser aplicada para a reprovação e prevenção do crime, sendo evidente que tais objetivos não são alcançados se esta agressão pode ser livremente praticada e depois desculpada, acarretando perigoso precedente e inevitável sensação de impunidade"[38]

2.4 Juizados Especiais Criminais - Lei 9099/1995 e o retrocesso

Com a criação dos chamados Juizados especiais criminais , através da Lei 9099/1995, definiu-se a quantificação da potencialidade lesiva pela pena máxima. A lei estabeleceu a exigência de representação para lesão corporal "leve". Admitiu-se a transação penal, com possibilidade de conciliações e cestas básicas. Em uma sociedade ainda machista, abusos e preconceitos ocorreram e houve um verdadeiro retrocesso no enfrentamento jurídico da violência contra a mulher com renúncias tácitas e extrajudiciais e uma verdadeira via crucis das vítimas, acarretando arquivamento liminar de mais de 90% das notícias de violência doméstica.

[36]-STJ Resp 38117/PR, Ministro Adhemar Maciel, Julgado em 30/11/1993
[37]TJPR Acórdão 2128, Relator Fleury Fernandes, julgado em 24/09/92.
[38]TACRIM-SP - AC - Rel. Gonzaga Franceschini - RJD 18/99, julgado em 21/06/1993

Várias críticas doutrinárias foram feitas ao JEC(Juizado Especial Criminal), por o Estado sair cada vez mais das relações sociais, com a transformação do delito de lesões corporais de ação pública incondicionada para ação pública condicionada, dificultando a punição dos homens que praticavam violência doméstica contra a mulher.

2.5 Novas estratégias em defesa da mulher

Na década de 2000, a causa da mulher ganhou novo aporte jurídico, valendo citar várias normas, não só oriundas do Poder Legislativo, como também, dos vários ministérios: - 1999 / Brasil -MS - Norma Técnica sobre Violência Sexual; - 2000 / Brasil MJ - Plano Nacional de Enfrentamento da Violência Sexual Infanto-Juvenil; - 2001 / Brasil MS - Política Nacional de Redução da Morbimortalidade por Acidentes e Violência;- 2001 / Brasil MS - Portaria GM 1.968: Notificação Compulsória de Casos de Suspeita ou de Confirmação de Maus-tratos contra Crianças e Adolescentes;- 2003 / Brasil - Lei nº 10.741: Estatuto do Idoso; 2003 / Brasil - Lei n º 10.778: Notificação Compulsória de Violência contra a Mulher ; 2004 / Brasil MS - Portaria GM nº 936: Rede Nacional de Prevenção da Violência e Promoção da Saúde e criação dos Núcleos de PVPS ; em 2006 / Brasil - Lei n º 11.340: Lei Maria da Penha; 2006 / Brasil - Decreto n º 5.948: Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas; 2006 / Brasil MS - Portaria GM n º 687: Política Nacional de Promoção de Saúde; 2007 / Brasil /MS / SPM - Plano Integrado de Enfrentamento da Feminização da Epidemia de Aids e outras DST.

Registre-se também o Programa de combate à violência contra a mulher, especifico no PPA; Programa Nacional de Prevenção e Combate à Violência contra as Mulheres; o Plano Nacional de Políticas Públicas para as Mulheres e a I Conferência Nacional de Políticas para as Mulheres que reafirma a necessidade de uma lei integral de prevenção e combate à violência doméstica contra as mulheres.

O Plano Nacional de Políticas para as Mulheres[39], elaborado sob os auspícios da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres foi apresentado em 2004, afirmando o governo federal tratar-se de uma política de Estado com a qual todos os governos democráticos devem estar comprometidos.

O Plano está estruturado em torno de quatro áreas de atuação: autonomia, igualdade no mundo do trabalho e cidadania; educação in-

[39]Brasil. Presidência da República. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. Plano Nacional de Políticas para as Mulheres. - Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2004.

clusiva e não sexista; saúde das mulheres, direitos sexuais e direitos reprodutivos; e, enfrentamento à violência contra as mulheres. Em relação a estas áreas estão contempladas as políticas e ações que devem ser desenvolvidas ou aprofundadas para que mudanças qualitativas e quantitativas se efetivem na vida das mulheres brasileiras.

Vale ainda registrar, na década de 2000, que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) da Organização dos Estados Americanos (OEA), acata denúncia do caso de Maria da Penha Maia Fernandes, violentada pelo marido que só foi julgado quase 20 anos depois do crime e recomenda ao Estado Brasileiro a resolução do caso.

De grande importância, merecendo destaque, foi a LEI 10.683/ 2003 de 28/05/2003 que regulou, em seu art. 22, as atribuições da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, estabelecendo que lhe compete assessorar direta e imediatamente o Presidente da República na formulação, coordenação e articulação de políticas para as mulheres, bem como elaborar e implementar campanhas educativas e antidiscriminatórias de caráter nacional, elaborar o planejamento de gênero que contribua na ação do governo federal e demais esferas de governo, com vistas na promoção da igualdade, articular, promover e executar programas de cooperação com organismos nacionais e internacionais, públicos e privados, voltados à implementação de políticas para as mulheres, promover o acompanhamento da implementação de legislação de ação afirmativa e definição de ações públicas que visem ao cumprimento dos acordos, convenções e planos de ação assinados pelo Brasil.

E ainda, mencione-se o Pacto Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres, e a PORTARIA Nº 23, DE 31 DE MARÇO DE 2009 que estabelece procedimentos, critérios e prioridades para a implementação e execução das ações do Pacto Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres, no exercício de 2009.

No âmbito estadual, em Sergipe, podemos apontar a Lei Estadual 5.494/2004, que cria procedimento de Notificação Compulsória da Violência contra a Mulher atendida em Serviços de Urgência e Emergência públicos privados no Estado de Sergipe (art. 1°), cujo formulário de notificação deverá ser preenchido pelo profissional de saúde que realizou o atendimento (Art. 3°, §1°), em duas vias. Uma deverá ser entregue mulher por ocasião da alta e a outra, guardada em Arquivo Especial de Violência contra a Mulher da instituição de saúde que prestou o atendimento (art. 4°, V, parágrafo único); quando será, oportunamente, elaborado relatório a partir das fichas arquivadas e encaminhados à respectiva

Secretaria de Saúde - estadual ou municipal, conforme o caso (art. 5°). A prevaricação do profissional de saúde enseja-lhe sanções administrativas (art. 7°).

Ainda, no plano estadual, mencione-se a Lei n° 145/2007, que cria a 11a Vara Criminal da Comarca de Aracaju, competente para "exercer as funções inerentes ao Juizado Especial de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, além de processar e julgar as ações penais que apuram crimes contra a criança, o adolescente e o idoso, ressalvada a competência dos Juizados Especiais, do Tribunal do Júri, da Justiça Militar e de outras Varas especializadas; e cumprir as cartas precatórias e cartas de ordem de natureza criminal." Aqui reside sério problema de ordem prática; qual seja, a ampla competência dada à 11ª Vara acabou fragilizando o trabalho de proteção especial e prioritária à mulher vítima de violência, tendo-se em vista o excesso de trabalho acumulado. Além disso, a novel Vara sofre com a falta de estrutura necessária ao desenvolvimento de suas rotinas de trabalho.

O Pacto Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres foi assinado entre o Estado de Sergipe e o governo federal, em julho de 2009. Resulta de várias contribuições de segmentos ligados a esta questão, em reuniões com a Coordenadoria Estadual da Mulher, da SEIDES/SE.

3 Considerações acerca da Lei Maria da Penha

3.1 Passos para se chegar à Lei 11.340/2006

Em 2002 é formado um consórcio de entidades feministas - ONGs CFEMEA, ADVOCACY, AGENDE, CEPIA, CLADEM e THEMIS e algumas juristas, para estudar e elaborar uma minuta de anteprojeto de Lei, com definições claras, abrangendo todos os tópicos relativos à prevenção, punição e erradicação da violência doméstica contra a mulher e políticas públicas para seu enfrentamento.

O anteprojeto é enviado a outros grupos de mulheres, apresentado à Bancada Feminina do Congresso Nacional e à SPM, que acolhe o anteprojeto e instala o Grupo Interministerial utilizando como documento-base o estudo realizado pelo Consórcio para elaboração do Projeto de Lei.

No Congresso Nacional, depois de 20 meses, o projeto é aprovado e encaminhado à Presidência da República para sanção, ocorrida no dia 7 de agosto de 2006. Com isso, surgia a Lei 11.340/2006, a Lei Maria da Penha, que representa um novo capítulo na luta pelo fim da violência contra as mulheres.

3.2 A Lei 11.340/2006 - Lei Maria da Penha

A lei 11.340/2006 regulamentou o §8º do art. 226 da Constituição de 88 e inovou no cenário jurídico brasileiro ao encampar a proteção integral à mulher vítima de violência. No início de sua vigência, encontrou resistência de muitos operadores de direito que a julgavam inconstitucional, por tratar diferentemente a violência contra a mulher / violência contra o homem. Superada esta fase de contestação da lei pelo vício de inconstitucionalidade, remanesce a convicção que essa lei era necessária pois "as ações afirmativas fazem com que a "igualdade inata", presente pela só condição de ser humano, ceda lugar a uma "igualdade construída", de modo a assegurar sua materialização na realidade e a concretização de certos padrões de justiça material"[40]. Hoje muitos autores já se posicionaram francamente em favor da constitucionalidade da referida lei[41].

Em princípio, a lei pretende estabelecer uma rede de proteção à mulher calcada em políticas públicas específicas e condizentes à matéria, numa perspectiva tanto preventiva, quanto punitiva da violência de gênero, dando maior vigor ao combate à violência contra a mulher.

Assim sendo, depois de estabelecer disposições preliminares acerca dos direitos humanos das mulheres, inaugura o Título II com uma precisa definição do que seja a violência doméstica e familiar contra a mulher, fixando, portanto, sua abrangência temática; a saber: *"qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial"*; seguindo com definições técnicas do que sejam âmbito doméstico, além das formas de manifestação dessas violências (física, psicológica, sexual, patrimonial e moral).

Adiante, no Título III sinaliza as medidas integradas de prevenção e da própria assistência, quando a violência já não tenha podido ser evitada. Ressalta a possibilidade de a vítima, iminente ou efetiva, ser assistida com medidas protetivas de urgência deferidas pela autoridade judiciária e da obrigatoriedade de a autoridade policial encaminhar a ofen-

[40]GARCIA, Emerson. Proteção e Inserção da Mulher no Estado de Direito: A Lei Maria da Penha in: Revista do Ministério Público do Estado de Goiás, Ano II, nº 16, Goiânia:ESMP-GO, out/dezembro de 2008, p.72.

[41]Em prol da constitucionalidade, podem ser mencionadas as posições de: BASTOS, M. L. Violência doméstica e familiar contra a mulher - Lei "Maria da Penha" -Alguns comentários. In: FREITAS, A. G. T. de. Estudos sobre a novas leis de violência doméstica contra a mulher e de tóxicos (Lei 11.340/06 e 11.343/06). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 125 (131/132); DIAS, M. B. A lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 107-108; PRADO, G L. M. Comentários à lei de violência doméstica e familiar contra a mulher. In: MELLO, A. R. de (Org.). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 87-89.; Sustentando a inconstitucionalidade do art. 41 da Lei n. 11.340/2006: TJMG, 1ª Câmara Criminal, Apelação n. 1.0672.07.244893 5/001(1), rel. Des. Judimar Biber, DJ de 14/08/2007; e GRANDINETTI, L. G. Comentários à lei de violência doméstica e familiar contra a mulher. In: MELLO, A. R. de. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 172 173.

dida ao hospital ou posto de saúde (onde receberá atendimento de urgência) e ao Instituto Médico Legal, onde se dará a coleta da prova material (art. 10, parágrafo único e art. 11, II).

Em seu art. 25, ressalta o importante papel social do Ministério Público para a efetivação do escopo protetivo da norma.

Determina ainda a criação de equipes de atendimento multidisciplinar (arts. 29 a 32) e faculta à União, Estados, Distrito Federal e Municípios a criação de centros de atendimento integral e multidisciplinar, além de casas-abrigo, para mulheres e seus dependentes, delegacias, defensorias públicas, serviços de saúde e centros de perícia médico-legal especializados, programas e campanhas de enfrentamento e centros de educação e de reabilitação para os agressores (art. 35). Preconiza ainda a elaboração de estatística sobre a violência doméstica e familiar (art. 38).

3.3 O que muda com a nova lei ?

Várias são as mudanças implementadas pela Lei Maria da Penha.: retirou-se dos juizados especiais a competência para julgar violência contra a mulher, proibindo-se a aplicação de penas pecuniárias (como as de cestas básicas e de multas); as questões de urgência devem ser resolvidas nos juizados especiais de violência doméstica e familiar contra a mulher, com competência cível e criminal;

A lei ainda prevê a prisão em flagrante do agressor e ainda, a preventiva para os crimes de violência doméstica quando houver riscos à integridade física ou psicológica da mulher; a mulher-vítima deve ser informada quanto ao andamento dos atos processuais, especialmente quanto ao ingresso e saída da prisão do agressor; deverá estar acompanhada e assistida em todos os atos processuais; alterou-se o CP para considerar-se esse tipo de violência como agravante da pena; a pena para o crime de lesão corporal resultante de violência doméstica passou de 3 meses a 3 anos; em casos de violência doméstica contra mulher portadora de deficiência, a pena será aumentada em 1/3. Ficou estabelecido o comparecimento do agressor a programas de recuperação e reeducação; .

4. Principais desafios no enfrentamento da violência

Como principais desafios que obstam a efetivação do enfrentamento à violência de gênero encontram-se os seguintes: a dificuldade e instabilidade das vítimas para denunciar e manter a denúncia; a incompreensão e a resistência dos agentes sociais responsáveis pelos atendimentos e encaminhamentos; a falta de apoio efetivo para as vítimas, no

âmbito privado e público; a falta de programa de atendimento ao agressor e os elevados índices de reincidência.

Quando a violência é sexual, acrescente-se ainda a resistência à comunicação do fato às autoridades; a falta de atendimento imediato e, ainda, o desconhecimento do direito à interrupção legal da gravidez, entre outros.

A solução, portanto, ainda reside na implementação de ações e campanhas educativas de prevenção; no fortalecimento das redes de atendimento; na capacitação de profissionais da rede; no conhecimento e aplicação da Lei Maria da Penha e na constante realização de pesquisas e atualizações sobre a matéria.

Além disso, apesar de as políticas de proteção à mulher serem definidas por entidades governamentais, a sua concretude depende muito mais da fiscalização de toda a sociedade civil e dos órgãos, como o é o Ministério Público, do que de suas autoridades idealizadoras.

Também é necessário que, a exemplo do que já vem ocorrendo no RJ, SP e MG, a Maternidade Nossa Senhora de Lourdes, especializada no atendimento às vítimas de violência de gênero, tenha possibilidade de realizar, paralelamente ao IML(e contando com os médicos legistas), os exames de corpo de delito nas vítimas que a ela recorram, evitando que a prova material se perca, pois não colhida no momento oportuno.

5. Considerações finais

Submetidas historicamente à submissão e à alienação, muitas mulheres sempre apresentaram forte resistência à ideologia correcional. Acontece que, conforme delineado no primeiro tópico deste trabalho, as raízes que estruturam a cultura da violência doméstica de gênero remontam à história da própria humanidade e sua mudança implica desafios também estruturais, pois requer reeducação social, reconstrução de valores religiosos, morais, até mesmo, e em certos aspectos, jurídicos, políticas públicas e sociais fortes e concatenadas, redes de atendimento coesas, formação profissional adequada dos agentes públicos que se encontram nas linhas de frente do atendimento às vítimas da violência, atualização e capacitação técnicas freqüentes e, principalmente, SENSIBILIDADE SOCIAL, não só das mulheres violentadas, nem de determinados homens, mas de todos os grupos sociais que tenham CONSCIÊNCIA POLÍTICA DE SUA HUMANIDADE e PRETENDAM UMA SOCIEDADE MAIS PRÓXIMA DO JUSTO E DA SOLIDARIEDADE, respaldada no respeito aos DIREITOS HUMANOS .

Acrescente-se que, em termos jurídicos, a legislação garantidora dos direitos de proteção à mulher vítima de violência já é muito vasta e suficientemente garantista em termos formais.

A não distinção de tratamento por motivo de sexo já fora erigida à categoria de direito fundamental na vigente Constituição Brasileira; entretanto, ainda permanecem direitos básicos inacessíveis à maior parte do sexo feminino, quando a matéria é violência de gênero, como o é a ausência real da notificação compulsória nas unidades de saúde, a falta de peritos em número suficiente ao atendimento da demanda social nos IML's, o que implica a perda da prova da violência (exame de corpo de delito imediato), a ausência ou precariedade de acolhimento nas delegacias especializadas, falta de acesso à informação, desarticulação das redes de atendimento, dentre outros já discutidos, o que corrobora para a reconstrução de um quadro ainda mais grave de revitimização da mulher violentada.

O que há é um descaso público ao direito constitucional da igualdade de sexo e um enorme desrespeito ao gozo efetivo do direito à dignidade da pessoa humana, que torna indigna a existência da mulher que, já vitimada na esfera doméstica, defronta-se com um amargo descaso social e com uma rede de proteção descosturada, quando suas condições sociais lhe impinge uma vida mais árdua e severa e sua situação de agredida, humilhada e vilipendiada não lhe servem para que receba do Estado um aporte assistencial que lhe minimize a situação de maus-tratos e agressões e lhe permita acesso menos infamante à cidadania efetiva: O DIREITO AO ACESSO.

É preciso, urgentemente, que novas políticas públicas condizentes com as necessidades locais sejam implementadas, e as já existentes fortalecidas e corrigidas em suas deficiências. É necessário atentar, todavia, que a proteção e as políticas sociais são dever do Estado, mas dependem da colaboração de toda a sociedade - que deve participar, cobrando das autoridades governamentais sua implementação, acompanhando e fiscalizando seus resultados. E aí também o papel essencial do Ministério Público, comprometido com a defesa não só do estado democrático, mas também, da sociedade democrática.

ATUAÇÃO DO MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL*

Ubirajara Braga de Albuquerque**
Danilo Lovisaro do Nascimento***

I - Delimitação do tema

O presente estudo visa trazer uma contribuição para a atuação das Corregedorias na orientação de membros do Ministério Público que exerçam suas funções perante os Juizados Especiais Criminais.

A análise que se desenvolverá se prende a dois aspectos relacionados à atuação do Ministério Público nos Juizados Especiais Criminais que, invariavelmente, têm sido objeto de recomendações em correições ordinárias realizadas pela Corregedoria-Geral do Ministério Público do Estado do Acre.

O primeiro ponto que será analisado concerne ao limite à atuação dos juízes leigos e conciliadores nos Juizados Especiais Criminais em face das atribuições do Ministério Público.

O outro aspecto que será examinado se relaciona à destinação das transações penais e as cautelas que o agente do Ministério Público deve ter na elaboração das propostas de acordo penal, bem como a sua obrigação fiscalizatória quanto ao emprego desses recursos.

O trabalho ora apresentado não leva em consideração críticas de ordem dogmática quanto à legitimidade ou eficiência dos Juizados Especiais Criminais enquanto mecanismo jurídico voltado à despenalização e efetivação da Justiça.

Apenas à guisa de ilustração, traz-se à colação, por todos, o posicionamento de Aury Lopes Júnior para quem o modelo de justiça negociada, implantado com o advento da Lei nº 9.099/95, viola o princípio da inderrogabilidade da jurisdição.

* Trabalho apresentado na LXV Reunião do Conselho Nacional dos Corregedores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União, em 17 de março de 2009, na cidade de Belém, Estado do Pará.

** Corregedor-Geral do Ministério Público do Estado do Acre.

***Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Acre, titular da Promotoria Especializada de Controle Externo da Atividade Policial e Fiscalização dos Presídios. Promotor-Corregedor. Diretor da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Acre. Professor Efetivo da Universidade Federal do Acre e Mestre em Direito pela UFSC.

Colocando-se francamente contra o modelo instituído, o autor citado vê o sistema do Juizado como utilitarista e antigarantista.[1]

Para este doutrinador o fundamento em que se assenta a Lei nº 9.099/95 leva a uma aplicação utilitarista e simbólica do Direito, na medida em que se busca um processo célere a qualquer custo, como meio para o enfrentamento da criminalidade, mesmo que para atingir este objetivo seja necessário a supressão de direitos e garantias fundamentais do acusado.[2]

Além disso, pondera, o autor, que a lógica negocial traz para o âmbito da repressão penal condutas que poderiam ser tuteladas por outras áreas do Direito, opondo-se, assim, ao princípio da intervenção mínima.[3]

O objeto do estudo, portanto, não é a crítica ao sistema instituído a partir da Lei n º 9.099/95. O que se pretende demonstrar é que interpretações equivocadas da lei podem levar a distorções que atentam contra a ordem jurídica e contribuem, de certa forma, ainda mais para a ineficiência desse microssistema.

A preocupação é eminentemente de ordem prática, pois pretende contribuir com orientações para a atuação dos representantes do Ministério Público perante os Juizados Especiais Criminais, fortalecendo, dessa forma, o papel institucional.

II - Os limites da atuação dos juízes leigos e conciliadores nos juizados especiais criminais e o papel do Ministério Público

Esta parte do trabalho, em verdade, consiste, com poucas alterações, na tese intitulada: "O enunciado nº 70 do FONAJE e a atuação dos juízes leigos e conciliadores nos Juizados Especiais Criminais", que foi defendida pelos autores no XVII Congresso Nacional do Ministério Público, ocorrido na cidade de Salvador, no ano de 2007.

Assim, constatou-se em diversas correições que os juízes leigos e conciliadores com atuação nos Juizados Especiais Criminais, principalmente após o advento do enunciado nº 70 do FONAJE, passaram a realizar propostas de transação penal *ad referendum* do Ministério Público.

O enunciado nº 70 do FONAJE apresenta a seguinte redação: "O Conciliador ou o Juiz Leigo podem presidir audiências preliminares nos Juizados Especiais Criminais, propondo conciliação e encaminhamento das propostas de transação."

É certo que o verbete citado não tem força de lei e tampouco apresenta qualquer caráter vinculatório. É sabido, porém, que esses

[1] LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal**: fundamentos da instrumentalidade garantista. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 130.
[2] LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal**: fundamentos da instrumentalidade garantista. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 48.
[3] Id. Ibid., p. 131.

enunciados expedidos pelo FONAJE, posto que gerados a partir do consenso entre magistrados que atuam nos Juizados, findam por assumir, pelo menos, um *status* de orientação interpretativa, que, muitas vezes, são aplicados sem maiores reflexões ou qualquer crítica.

No caso do enunciado citado, se verificou, em caso concreto, o alargamento indevido do seu conteúdo para se admitir que juízes leigos, no âmbito dos Juizados Especiais Criminais, ofereçam propostas de transação penal (art. 76, da Lei nº 9.099/95), no lugar do representante do Ministério Público, que, em momento posterior, apenas ratifica, placidamente, o acordo ou tem a alternativa de rechaçar a proposta apresentada pelo juiz leigo.[4]

[4] Exemplo desta interpretação equivocada do enunciado nº 70 do FONAJE é a Portaria nº 18/2007, de 19 de abril de 2007, expedida pelo Juiz de Direito do Juizado Especial Criminal da Comarca de Plácido de Castro/AC, a seguir reproduzida para conhecimento:
PORTARIA 18/2007, DE 19 DE ABRIL DE 2007.
Dispõe sobre o processamento das audiências preliminares do Juizado Especial Criminal.
O Juiz de Direito Edinaldo Muniz dos Santos, no uso de suas atribuições legais e regulamentares;
Considerando os princípios previstos no art. 2º da Lei 9.099/1995;
Considerando que "a expressão conciliação prevista no art. 73 da Lei 9099/95 abrange o acordo civil e a transação penal, podendo a proposta do Ministério Público ser encaminhada pelo conciliador, nos termos do art. 76, parágrafo 3º da mesma lei", conforme o enunciado 47 do Fonaje;
Considerando o art. 93, XIV, da Constituição Federal, no sentido de que "os servidores receberão delegação para a prática de atos de administração e atos de mero expediente sem caráter decisório";
Considerando que tem sido difícil nesta comarca, por razões diversas, conseguir reunir o juiz, o promotor e o defensor para a realização de audiências preliminares do Juizado Especial Criminal;
Considerando que conforme dispõe o art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação";
RESOLVE:
Art. 1º. Inexistindo determinação em contrário, quando não for possível, por qualquer razão, reunir o juiz, o promotor e o defensor para as audiências preliminares do Juizado Especial Criminal, as referidas audiências serão presididas por conciliador, nomeado por escrito ou oralmente pelo juiz, observado o disposto nesta Portaria.
Art. 2º. Aberta a audiência preliminar, presidida pelo conciliador, presentes o autor dos fatos e a vítima, o conciliador procurará, inicialmente, quando cabível, compor civilmente as partes, em acordo civil que poderá dispor sobre qualquer matéria não legalmente proibida, inclusive de família.
Art. 3º. Quando não for possível a composição civil, por vedação legal ou impossibilidade de acordo entre as partes, o conciliador adiantará ao autor dos fatos, quando cabível, o compromisso de se submeter, desde logo, independentemente de ação penal, ao cumprimento de sanção restritiva de direitos.
§ 1º. Aceita a proposição do conciliador, na forma do disposto no caput, os autos deverão ser imediatamente submetidos ao Ministério Público para, se for o caso, ratificar a proposição, ratificação essa que poderá ser feita mediante simples lançamento do "de acordo", "ciente" ou outra anotação no próprio termo de audiência.
§ 2º. Se o autor dos fatos compareceu desacompanhado de advogado ou de defensor público na audiência e aceitou o compromisso de cumprir sanção restritiva de direitos, depois de cumprido o § 1º, e sem nenhuma demora, os autos deverão ser submetidos à Defensoria Pública para, se for o caso, ratificar o compromisso, mediante simples lançamento do "de acordo", "ciente" ou outra anotação no próprio termo.
§ 3º. Depois de cumpridos os § 1º e 2º, não havendo recusa do Ministério Público ou da Defensoria Pública, os autos serão submetidos ao juiz para, se for o caso, assinar a minuta da sentença, já constante dos autos, de homologação da transação penal.
§ 4º. Havendo impugnação expressa do Ministério Público ou da Defensoria Pública quanto aos termos da proposição do conciliador, os autos deverão ser imediatamente submetidos ao juiz para as providências entendidas cabíveis.
Art. 4º. O termo de audiência, quando houver transação penal, na forma do disposto nesta Portaria, deverá observar, tanto quanto possível, a minuta anexa, com as devida adaptações.
Art. 5º. Quando o conciliador verificar incabíveis a composição civil e a transação penal, providenciará a remessa dos autos ao Ministério Público para manifestação, independentemente de despacho, constando do termo o motivo entendido.
Art. 6º. Esta Portaria entrará em vigor nesta data, devendo ser publicada no quadro de avisos e no Diário da Justiça, ficando revogada a Portaria 10/2006, de 02 de março de 2006.
Plácido de Castro/AC, 19 de abril de 2007.
Edinaldo Muniz dos Santos
JUIZ DE DIREITO
Acredita-se, por óbvio, que, a exemplo deste ato normativo praticado por um magistrado em Comarca do Interior do Estado do Acre, em outros Estados portarias ou atos normativos neste mesmo sentido devem ter sido editados.

Não há a menor dúvida que a função de juiz leigo é prevista no art. 98, inciso I, da Constituição Federal; no art. 60, da Lei nº 9.099/95 e que o microssistema jurídico que surgiu com o advento da Lei dos Juizados guarda peculiaridades e é orientado por princípios que lhe são próprios, a saber: simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade (art. 2º, da LJE).

Assim, na sistemática dos Juizados, no que toca ao procedimento previsto para as infrações penais de menor potencial ofensivo, há uma fase prévia ao processo e de caráter consensual, em que se desenvolve uma audiência preliminar, na qual se busca a composição civil (art. 72), que inviabilizada dará ensanchas a uma nova tentativa de acordo, desta feita de transação penal (art. 76). Apenas no caso de frustração desta fase preliminar, poderá haver deflagração do processo com a denúncia ou queixa, na forma oral.

O que se questiona no caso sob exame é a atuação do juiz leigo. Em outros termos, em que fase do procedimento dos Juizados Especiais Criminais poderia atuar o juiz leigo?

Para se aprofundar esta discussão, cabe registrar inicialmente que a atuação dos juízes leigos nos Juizados Especiais Cíveis, por força de disposições legais expressas em vários artigos da Lei nº 9.099/95, apresenta uma amplitude que não encontra ressonância nas funções que lhe são acometidas nos Juizados Especiais Criminais. Daí, talvez, a confusão que se faça quanto às funções dos juízes leigos.

Com efeito, nos Juizados Especiais Cíveis é dado ao juiz leigo, além da conciliação (art. 22), atuar como árbitro, quando instaurado o juízo arbitral (art. 24) ou, naqueles casos em que não for escolhida esta via, conduzir a instrução e até sentenciar (arts. 37 e 40). Sempre com a cautela, neste último caso, de que os atos praticados pelo juiz leigo, quando determinada a via processual, seguem sob orientação do juiz togado e que a sentença pode ser homologada ou substituída, bem como reaberta a instrução.

O legislador não conferiu aos juízes leigos nos Juizados Especiais Criminais semelhantes poderes aqueles gozados pelos juízes leigos nos Juizados Especiais Cíveis, não sendo um exagero afirmar que a sua atuação, na área criminal, se restringe a mera função de conciliador.

Com efeito, a audiência preliminar, como determina o art. 72, da LJE, é presidida pelo juiz togado e para a sua realização exige-se a presença do representante do Ministério Público, do autor do fato, da vítima e do responsável civil, quando for o caso. Estes deverão estar acompanhados de advogados.

A exceção a esta regra de condução da audiência preliminar pelo juiz togado é a conciliação, pois como prevê o art. 73, da LJE, pode o ato ser dirigido pelo juiz ou por um conciliador e, neste último caso, a *fortiori*, a função poderá ser desempenhada por um juiz leigo.

Nesse sentido, para melhor compreensão da questão, convém reproduzir o dispositivo legal pertinente:

> *Art. 73. A conciliação será conduzida pelo Juiz ou por conciliador sob sua orientação.*
> *Parágrafo único - Os conciliadores são auxiliares da Justiça, recrutados, na forma da lei local, preferencialmente entre bacharéis em Direito, excluídos os que exerçam funções na administração da Justiça Criminal.*

Com se pode notar, o ato de presidir a audiência preliminar, na qual se tentará primeiro a composição civil, naqueles casos em que o acordo desta natureza seja admitido, e depois a transação penal, cabe exclusivamente ao juiz.

O que a lei permite, e caso assim seja determinado pelo juiz, é que a conciliação seja conduzida por um conciliador, incluindo-se aí também figura do juiz leigo, que poderá exercer seguramente esta função.

Ainda que não seja totalmente pacífico o entendimento acerca da necessidade do Ministério Público participar da conciliação para os fins de composição civil (art. 72), pois há aqueles que sustentem haver esta exigência apenas quando a vítima seja incapaz, prefere-se a literalidade do art. 72, por se considerar o Ministério Público também como fiscal da lei.

Logo, mesmo naqueles casos em que a conciliação seja conduzida por um conciliador ou juiz leigo, a presença do Ministério Público é indispensável, pois caberá a ele velar pela legalidade do ato, acompanhando a atuação do conciliador e fiscalizando o respeito à ordem jurídica, bem como requerendo ao juiz a correção de irregularidades ou ingressando com as medidas legais cabíveis, quando for o caso. A atuação do Ministério Público se justifica, principalmente, quando se sabe que na prática ocorrem abusos nestas conciliações.

O ponto nodal, entretanto, é saber o limite da atuação do conciliador no âmbito dos Juizados Especiais Criminais. Esta é a questão que interessa ao Ministério Público, posto que a atuação de quem quer que seja além dos limites estabelecidos pela lei pode até mesmo ter implicações no campo penal, ante a figura típica do crime de usurpação de função pública, previsto no art. 328, do Código Penal.

Tendo em vista as repercussões que a questão suscita, assevera-

se de forma muito clara que a atuação do conciliador não é presidir a audiência preliminar, pois este papel é de competência do juiz togado, como se depreende da leitura do art. 72, da LJE.

A função do conciliador, quando autorizado, é conduzir a conciliação, sob a orientação do juiz togado. Logo, cabe a ele tentar conciliar autor do fato e vítima, encerrando-se a sua atuação, caso alcance um acordo, na redução a escrito dos termos deste ajuste para posterior homologação por sentença pelo juiz togado.

Se não houver acordo civil, será possível ainda a tentativa da transação penal, que ocorre, contudo, entre autor do fato e Ministério Público.

Abre-se, assim, nova fase de conciliação. Daí porque não é errado se entender que também neste segundo momento poderá atuar o conciliador, aí bem entendido também o juiz leigo.

O enunciado nº 70 do FONAJE chegou a dispor sobre o tema, nos seguintes termos:

> *O Conciliador ou o Juiz Leigo podem presidir audiências preliminares nos Juizados Especiais Criminais, propondo conciliação e encaminhamento das propostas de transação.*

É fundamental, no entanto, para que não haja equívocos, que se faça a correta interpretação do enunciado, mesmo sabendo que tal verbete não tem força de lei. Como já se pontuou no início deste estudo, porém, os enunciados do FONAJE têm servido de orientação interpretativa e, por isso, é importante a sua análise até para que se possa atacar as decisões judiciais fundamentadas nesses enunciados que estejam contrárias ao ordenamento jurídico.

A afirmação contida no verbete de que o conciliador ou o juiz leigo pode presidir audiências preliminares nos Juizados Especiais Criminais deve ser compreendida *cum grano salis*.

Assim, o conciliador ou o juiz leigo não preside jamais a audiência preliminar, pois a lei confere tal função apenas ao juiz togado, como se infere da simples leitura do art. 72, da LJE.

O juiz togado, como ficou assentado linhas atrás, pode na audiência preliminar passar ao conciliador – aí compreendido o juiz leigo – as funções de conciliação (art. 73), que seriam, então, realizadas por este sob a orientação do magistrado.

O enunciado, portanto, foi além do que a lei autoriza e deve ser interpretado de forma restritiva para que fique bem entendido que não é o conciliador ou o juiz leigo que preside a audiência preliminar, pois tal função é do juiz.

Isto não quer dizer que o momento da conciliação não possa ser feito pelo conciliador ou pelo juiz leigo. Isto não quer dizer, também, que o representante do Ministério Público não deve se fazer presente à conciliação, sobretudo quando lhe cabe fiscalizar o fiel cumprimento da lei.

Outro aspecto que merece atenção, ainda em relação ao verbete citado, está na alocução "propondo conciliação e encaminhamento da proposta de transação".

Ora, é sabido que a proposta de transação penal é de atribuição exclusiva do Ministério Público. Este entendimento está até sufragado, ainda que por analogia, no enunciado nº 696, da Súmula de Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal, que explica que nem mesmo o juiz está autorizado a fazer a proposta de suspensão condicional do processo no lugar do Ministério Público, cabendo, no caso de recusa do *Parquet*, aplicar o art. 28, do Código de Processo Penal, para que a palavra final seja dada pelo Chefe da Instituição. Trata-se de uma modalidade de transação penal. Logo, não se concebem ingerências nesta atribuição do Ministério Público.

A doutrina sempre rechaçou de forma incisiva que a proposta de transação fosse feita pelo conciliador, como se pode notar dos excertos a seguir, que foram colhidos do artigo de Ana Raquel Colares dos Santos, intitulado *O papel do conciliador no Juizado Especial Criminal:*[5]

> *[...] O Conciliador tem como função apenas presidir, sob orientação do juiz, a tentativa de conciliação entre as partes, como auxiliar da Justiça que é, nos limites exatos da lei. Não há possibilidade que interfira, por exemplo, na tentativa de transação, já que esta implica imposição de pena, matéria exclusivamente de ordem pública a cargo do Ministério Público e do juiz. Violar-se-ia com a sua interferência preceito constitucional (art. 5º., LIII da CF) (...) A função do conciliador, portanto, é meramente administrativa, embora se insira no quadro da política judiciária e de racionalização da justiça, com a participação comunitária desejável em uma sociedade democrática e pluralista. (MIRABETE, Júlio Fabbrini. Juizados Especiais Criminais. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 76).*
>
> *A participação dos conciliadores na audiência prevista pelo art. 72 da lei cessa com o encerramento da fase de reparação civil dos danos entre ofensor e ofendido, qual-*

[5] LINARD, Ana Raquel Colares dos Santos. O papel do conciliador no Juizado Especial Criminal. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 186, 8 jan. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4704>. Acesso em: 30 jan. 2007.

quer que seja o seu resultado. (Confederação Nacional do Ministério Público, conclusão nº 11).
Tanto o Juiz como o Conciliador poderão conduzir a conciliação. Ressalte-se, porém que este não tem a função jurisdicional e, portanto, não poderá homologar acordo e nem transação penal, tarefa exclusiva daquele. (TEÓFILO NETO, Mário Parente e MELO, José Maria. Lei dos juizados especiais comentada. 1. ed. Editora Juruá, 1997, p. 102).
[...] Concluímos que, de jure constituto, o conciliador atuará apenas na área de satisfação do dano. Se o legislador criou dois institutos, conciliação (para a satisfação dos danos) e transação (para a aplicação da pena não privativa de liberdade), e se conferiu ao juiz ou conciliador a tarefa de conduzir a conciliação, por óbvio ficará ele arredado da transação, mesmo porque, nesta, formulada a proposta, cumpre ao autor do fato dizer se a aceita ou não, podemos, conforme vimos, formular uma contraproposta. Por certo que deve ser assessorado pelo Advogado que tiver, ou lhe for nomeado, não devendo ter o conciliador, nessa fase, qualquer participação. (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Comentários à lei dos juizados especiais criminais. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 81).

Logo, quando o enunciado nº 70 do FONAJE se refere a possibilidade do conciliador encaminhar a proposta de transação, deve ficar bem entendido que a proposta de transação jamais será formulada pelo conciliador, pois esta só pode ser feita pelo representante do Ministério Público.

O papel do conciliador, mais uma vez e por mais redundante que possa parecer, só é de conciliar, sendo que na hipótese de não ser possível a composição civil, caberá ao auxiliar da justiça propor a nova conciliação, agora para fins do art. 76, nos limites que a proposta de acordo penal foi apresentada pelo Ministério Público.

Encaminhar a proposta de transação penal não é fazer a proposta no lugar do representante do Ministério Público, mas na acepção clara do verbo "encaminhar", com o significado de "mostrar", "dirigir", "guiar" ou "intermediar". O autor do fato será guiado pelo conciliador à nova proposta que está lhe sendo apresentada, desta vez pelo Ministério Público.

Caso ocorra a aceitação da proposta, somente o juiz togado poderá homologá-la.[6]

Neste sentido é o posicionamento esposado pelo Desembargador Rêmulo Letteriello, Presidente do Conselho de Supervisão dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Estado de Mato Grosso do Sul, que no artigo *O Juiz Leigo e os Juizados Especiais*[7], esclarece o seguinte:

> *"Recentemente, o Conselho de Supervisão dos Juizados Especiais de Mato Grosso do Sul, respondeu a uma Consulta da MM. Juíza do Juizado Especial Adjunto da Comarca de Miranda, Dra. Vânia de Paula Arantes, sobre se os Juizes Leigos poderiam realizar as audiências preliminares criminais. A relatora, Juíza Sandra Regina da Silva Ribeiro Artioli, fez consignar, na sua judiciosa manifestação, os ensinamentos de Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance* Fernandes e Luiz Flávio Gomes, contidos na obra 'Juizados Especiais Criminais - Comentári-

---

[6] O Conselho de Supervisão dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Estado de Mato Grosso do Sul disciplinou a atuação do juiz leigo perante os Juizados Especiais Criminais, através da Instrução nº 4/04, de 2 de abril de 2004, a seguir reproduzida: Instrução nº 4/04, de 2 de abril de 2004

Contém normas sobre a atuação dos Juizes Leigos e Conciliadores nos Juizados Especiais Criminais.

O CONSELHO DE SUPERVISÃO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E CRIMINAIS DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL, no uso das atribuições que lhe conferem o inciso VIII, do parágrafo único, do art. 5º da Lei nº 1.071, de 11 de julho de 1990,

CONSIDERANDO a decisão emanada do E. Conselho de Supervisão dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, na sessão do dia 20 de fevereiro de 2004, respondendo a Consulta sobre a possibilidade de realização, por Juiz Leigo, de audiência preliminar no Juizado Especial Criminal, CONSIDERANDO a necessidade de se dissipar qualquer dúvida sobre a inteligência do parágrafo único do art. 68 e do parágrafo 3º, do art.74 da Lei nº 1.071, de 11 de julho de 1990, bem como dos artigos 72 e 73 da Lei n 9.099, de 26 de setembro de 1.995.

RESOLVE

Art. 1º - O Juiz Leigo ou Juiz não togado e o Conciliador auxiliares da Justiça e agentes multiplicadores da capacidade laborativa do Juiz togado, podem realizar, presidindo e conduzindo, sob a orientação deste, a audiência preliminar de esclarecimento sobre a possibilidade da composição dos danos e da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.

Art. 2º - Havendo a composição dos danos civis e reduzida a escrito o Juiz Leigo ou o Conciliador a encaminhará ao Juiz togado para homologação. Não obtida a composição, segue-se como determinado pelos artigos 75, parágrafo 2º da Lei nº 1.071/90 e 75, caput, da Lei nº 9.099/95.

Art. 3º - O Juiz Leigo ou o Conciliador que conduzir a audiência preliminar poderá encaminhar a proposta formulada pelo Ministério Público, de transação penal, aceita pelo autor da infração, ao Juiz togado para o seu pronunciamento judicial.

Art. 4º - A atividade jurisdicional do Juiz Leigo nos Juizados Criminais restringe-se à prática dos atos mencionados nos artigos anteriores sendo-lhe vedado emitir sentenças, decretar prisão, resolver incidentes, executar penas ou qualquer outra atividade privativa do Juiz togado.

Art. 5º - O Juiz Leigo ou o Conciliador que conduzir a audiência preliminar mencionada no art. 1º, fará jus à gratificação por conciliação negativa ou positiva, nos termos dos artigos 1º e 2º, da Resolução n. 292, de 16.03.2000, do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul.

Art. 6º - Esta instrução aplica-se em todos os Juizados Especiais do Estado a partir da data de sua publicação.

Campo Grande, MS, 02 de abril de 2004

Des. Rêmolo Letteriello

Pres. do Conselho de Supervisão.

[7] LETTERIELLO, Rêmulo. O juiz leigo e os juizados especiais. Disponível em http://www.tj.ms.gov.br/juizados/doutrina/DTR_20050607181228.pdf. Acesso em 2 de maio de 2007).

os à Lei 9.099/95', de que 'melhor seria que as Justiças abrissem a oportunidade para a atuação de juízes leigos em matéria criminal, o que já é admitido nas Justiças Militares (federal e estadual) e na Justiça comum para os crimes de competência do júri' e que 'com isso, seria ampliada, com inegáveis vantagens para o sistema criminal, a participação popular Além da colaboração recebida, que multiplica a capacidade de trabalho do juiz, contribuindo para o desafogo dos órgãos judiciários, ainda haveria a vantagem de maior proximidade entre o povo e a Justiça, ganhando esta em transparência (p. 56. Ed. RT 1997)'.

Escorada nessa doutrina e na sua coincidente opinião pessoal, a ilustre relatora, no que foi acompanhada pelos demais integrantes do Conselho, respondeu afirmativamente à consulta no sentido de ser possível a realização daquelas audiências por juízes leigos que, orientados pelo juiz togado, 'podem promover a composição de danos e intermediar a transação penal, após a proposta elaborada pelo Ministério Público, ressalvando que não estarão, os mesmos investidos da função jurisdicional para homologar acordos e proferir atos decisórios'.

No nosso pensar essa proclamação está absolutamente correta.

Os juízes leigos integram o órgão de conciliação dos Juizados, ao lado dos conciliadores. Na audiência preliminar a que alude o art. 72 da Lei 9.099/95, instalada com o objetivo de se obter a reparação de danos sofridos pela vítima, o esclarecimento sobre a possibilidade da composição dos danos e da aplicação de pena não privativa de liberdade, pode ser feito tanto pelo juiz togado como pelo leigo. Se o conciliador pode, sob orientação do juiz togado, conduzir a conciliação, elemento integrante da denominada fase preliminar (art. 73) por que estaria impedido de assim atuar o juiz leigo, que é tecnicamente superior ao conciliador, uma vez que a lei exige, para o exercício dessa função, advogado com mais de cinco anos de experiência profissional?

Em vista da resposta àquela Consulta, o Conselho de Supervisão dos Juizados Especiais fez expedir a Instrução nº 4/04, de 2 de abril de 2004, que cuida da atuação dos juízes leigos e conciliadores nos Juizados Especiais Criminais, estabelecendo que esses auxiliares da Justiça e agentes multiplicadores da capacidade laborativa do juiz togado estão autorizados a realizar, presidindo e conduzindo, sob a orientação deste, a audiência preliminar de esclarecimento sobre a possibilidade de composição dos danos, bem como encaminhar ao juiz togado, para o seu pronunciamento, a proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade. Essa Instrução estabelece, ainda, que a atividade jurisdicional do juiz leigo fica limitada à participação na audiência preliminar sendo-lhe vedado emitir sentenças, decretar prisão, resolver incidentes, executar penas ou qualquer outra atividade privativa do juiz togado".

Talvez em uma visão mais rígida se poderia exigir a presença do juiz togado no momento da proposta de transação penal, porém não parece afrontar os princípios que norteiam os Juizados Especiais, que a proposta de transação penal, devidamente apresentada pelo representante do Ministério Público, seja encaminhada ao autor do fato pelo conciliador, imprimindo simplicidade ao ato e conferindo, evidentemente, maior celeridade e informalidade à audiência.

Não se pode deixar de registrar, entretanto, que não é de todo incorreto o entendimento que limita à conciliação para a reparação do dano civil a atuação do conciliador. Orientação esta, aliás, que já foi defendida pela CONAMP, conforme enunciado a seguir:

A participação dos conciliadores na audiência prevista pelo art. 72 da lei cessa com o encerramento da fase de reparação civil dos danos entre ofensor e ofendido, qualquer que seja o seu resultado. (Associação Nacional do Ministério Público, conclusão n. 11).

Este posicionamento, porém, está arrimado na interpretação literal do art. 76, da Lei nº 9.099/95 e não resiste à interpretação sistemática, bem como à aplicação da lei segundo os princípios norteadores dos Juizados.

A própria colocação topológica do art. 73, da Lei nº 9.099/95, que autoriza ao juiz permitir que a conciliação seja conduzida por um conciliador se deu, acredita-se, propositadamente, antes dos arts. 74 e 76. Aquele prevendo a composição civil e este o acordo penal. Sendo assim, o art. 73, que está diretamente relacionado ao art. 72, é aplicável a qualquer conciliação que ocorra na audiência preliminar.

A audiência preliminar, por sua vez, é o ato judicial (e não jurisdicional) onde se oportuniza tanto a reparação dos danos civis (art. 74), quanto a transação penal (art. 76).

Daí concluir-se que havendo conciliação esta pode ser conduzida pelo conciliador ou juiz leigo, desde que o juiz assim determine e esta se dê sob a sua orientação. A atuação do conciliador ou juiz leigo, entretanto, deve ficar restrita ao ato de conciliação, podendo apenas encaminhar a proposta ofertada pelo representante do Ministério Público, porém jamais se substituir a este, fazendo a proposta em seu lugar.

III - A questão da destinação da transação penal

Outro tema objeto de preocupação nas correições ordinárias reside na constatação que diversas transações penais foram realizadas mediante proposta de prestação pecuniária, cujos valores foram destinados ao Poder Judiciário, ao Ministério Público, à Polícia e a outros órgãos detentores de orçamento próprio, em detrimento das entidades assistenciais e sociais.

A matéria não é nova e já foi discutida, tanto no Conselho Nacional de Justiça, quanto no Conselho Nacional do Ministério Público.

No âmbito do órgão de controle do Ministério Público foi apresentada proposta de resolução[8] que dispunha sobre a destinação de recursos, objetos, numerários ou doações advindas de transação penal proposta pelo Ministério Público nos casos cabíveis, nas esferas da União e dos Estados.[9]

O Relator originário do processo foi o Conselheiro Sérgio Alberto Frazão do Couto, porém o Conselho, por maioria, entendeu que não era cabível a edição de uma resolução sobre o assunto.

[8]Processo CNMP nº 0.00.000.000199/2006-70. Relator: Cons. Sérgio Alberto Frazão do Couto. Requerente: Conselho Nacional do Ministério Público. Assunto: Resolução acerca da destinação de recursos, objetos, numerários ou doações advindas de transação penal proposta pelo Ministério Público nos casos cabíveis, nas esferas da União e dos Estados. Sessão de julgamento: 11ª Sessão Ordinária. Data do julgamento: 3/11/2008.

[9]Para conhecimento, a proposta de Resolução foi apresentada ao Conselho Nacional do Ministério Público nos moldes abaixo:

RESOLUÇÃO Nº , DE... DE... JUNHO DE 2006.

Dispõe sobre a destinação de recursos, objetos, numerários ou doações advindas da transação penal, suspensão condicional do processo, propostas pelo Ministério Público nos casos cabíveis, nas esferas da União e dos Estados.

CONSIDERANDO o disposto no art. 130-A, § 2º, II da Constituição Federal, acrescido pela Emenda Constitucional

A divergência foi inaugurada pelo Conselheiro Diaulas Costa Ribeiro, que passou a ser o Relator para o acórdão.

Os fundamentos da decisão colegiada foram a impossibilidade de edição de resolução sobre matéria reservada à competência da União e a proibição ao Conselho de estabelecer controle sobre a atividade fim dos membros do Ministério Público.

Em que pese o posicionamento do Conselho, a verdade é que a questão ficou em aberto e a ausência de regulamentação no mínimo exigirá empenho e esforço das Corregedorias para que os valores oriundos de transações penais, suspensão condicional do processo ou termos de ajustamento sejam bem empregados.

É compreensível que tanto o Ministério Público, quanto o Judiciário, vejam nos acordos penais uma oportunidade para suprir deficiências administrativas e carências orçamentárias, utilizando esses recursos "extras" de forma até útil e com destinação pública.

---

nº 45, de 8 de dezembro de 2004 e com arrimo no art. 19 do seu regimento interno;
CONSIDERANDO o desvio de finalidade que vem sendo dado aos recursos, objetos materiais, instrumentos e doações obtidas em virtude da proposta de transação penal, suspensão condicional do processo e termo de ajustamento de conduta ofertados pelo Ministério Público, cujo destino, muitas vezes, consubstancia-se na compra de materiais e/ou objetos destinados ao próprio órgão proponente, ao Judiciário e às Polícias, em flagrante substituição da responsabilidade-dever do Estado para com os poderes e órgãos;
CONSIDERANDO que aludida prática fere a legalidade e o propósito do instituto, deixando carentes e desamparadas as instituições assistenciais e sociais, públicas ou privadas, que necessitam de recursos e doações;
CONSIDERANDO que a pena alternativa sobre a qual recai esses desvios obedece ao esquema de estipulação em favor de terceiros, cujo modelo não admite a reversão da atribuição em favor do promissário, nem mesmo em caso de caducidade da designação, sob pena de desvirtuamento da finalidade dos institutos;
RESOLVE:
Art. 1º. Fica vedada a destinação de recursos, objetos materiais e doações em gênero decorrentes da proposta de transação penal, suspensão condicional do processo, a quaisquer dos órgãos ou Poderes responsáveis pela persecução criminal, tais como: Polícia Federal, Polícia Civil, Polícia Militar, Ministério Público e Poder Judiciário, ainda que por intermediação dos Conselhos de Segurança.
Art. 2º. A destinação daquilo que foi estipulado na proposta de transação penal, suspensão condicional do processo e termos de ajustamento de conduta formalizados pelo Ministério Público, atenderá, exclusivamente, às entidades sociais e assistenciais, públicas ou privadas, seguindo-se os critérios da alternância e da necessidade/prioridade da entidade beneficiada.
Art. 3º. Não são passíveis de cadastramento como entidades, ainda que se dediquem de qualquer forma à tutela dos interesses ou direitos difusos, coletivos, individuais homogêneos e individuais indisponíveis:
I - as sociedades comerciais;
II - os sindicatos, as associações de classe ou de representação de categoria profissional;
III - os clubes de serviço;
IV - as instituições religiosas ou voltadas para a disseminação de credos e cultos;
V - as organizações partidárias e assemelhadas, inclusive suas fundações;
VI - as entidades de benefício mútuo destinadas a proporcionar bens ou serviços a um círculo restrito de associados ou sócios;
VII - as entidades e empresas que comercializam planos de saúde e assemelhados;
VIII - as instituições hospitalares privadas não gratuitas e suas mantenedoras;
IX - as escolas privadas dedicadas ao ensino formal não gratuito e suas mantenedoras;
X - as cooperativas;
XI - as organizações creditícias que tenham qualquer tipo de vinculação com o sistema financeiro nacional a que se refere o art. 192 da Constituição Federal;
XIII - aquelas formadas por conjunto de pessoas que, em sua maioria, tenham vínculo societário e/ou empregatício com a mesma organização pública ou privada;
XIV - as fundações que, em sua direção ou conselho deliberativo, apresentem maioria de componentes que tenham vínculo societário e/ou empregatício com a mesma organização ou conglomerado, seja pública ou privada.
Art. 4º. Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Ocorre, contudo, que para viabilizar esta prática se impõe uma distorção interpretativa, pois o texto legal não deixa dúvida que a prestação pecuniária deve ser endereçada a vítima ou a entidades assistenciais.

O Poder Judiciário, o Ministério Público, a Defensoria Pública, as Polícias e os órgãos da Administração possuem orçamento próprio e na sua essência não têm como atribuição precípua uma atividade de destinação social. Ainda que todos esses órgãos de alguma forma tenham fins sociais, não é sua função primordial prestar assistência à população carente.

Não se vislumbra, por conseguinte, possibilidade jurídica para se permitir transações nesses moldes, já que o art. 45, § 1°, do Código Penal, é bem claro no sentido de que a prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes, ou a entidade pública ou privada com destinação social.

Além disso, quem fiscalizaria o devido emprego deste numerário? O Ministério Público seria capaz de exercer com isenção a sua função fiscalizatória, se é o próprio beneficiário? O Judiciário seria ao mesmo tempo o órgão que impõe a medida e que se beneficia? Parece que existe uma incompatibilidade, pelo menos ética, em se permitir que esses órgãos se beneficiem com as transações.

Some-se a isto o fato de que a atribuição a esses agentes do poder da gestão de recursos os torna também responsáveis pela correta utilização desses recursos.

Todo agente público, principalmente quando se torna um administrador e ordenador de despesas, fica sujeito a regras rígidas de controle, justamente para se evitar a malversação de recursos.

Apenas para argumentar, mesmo que estas prestações pecuniárias se revertam como doações para as instituições citadas, tal mecanismo não está previsto na lei, não havendo previsão de reversão de prestação pecuniária em doação. Assim, mesmo que isso fosse possível, só quem poderia receber tais doações seriam os Chefes dessas instituições.

É curioso, também, que na maioria dos casos de transações penais, sendo o representante do Ministério Público apenas um pouco diligente, acabará exigindo a comprovação da destinação e o correto emprego da prestação pecuniária.

A questão que surge é que esse mesmo rigor não ocorrerá quando os beneficiários da transação forem, principalmente, o Ministério Público ou o Judiciário.

Por essas razões, discordando-se respeitosamente da decisão do Conselho Nacional do Ministério Público, acredita-se que se perdeu uma

boa oportunidade para se regulamentar o assunto ou pelo menos se definir orientações.

O entendimento de que o disciplinamento da matéria iria invadir competência privativa não parece estar bem posto, já que o Código Penal é muito claro quanto à destinação da prestação pecuniária.

O art. 45, § 1°, do Código Penal, não deixa dúvida que a prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes, ou à entidade pública ou privada com destinação social.

Dessa forma, a proposta de resolução se cingia ao poder regulamentar, não desbordando os limites da lei.

O outro argumento, segundo o qual a resolução corresponderia a um controle da atividade fim dos membros do Ministério Público, também poderia ter sido afastado, pois a proposta de resolução não fazia qualquer ingerência neste campo. Não se retira do representante do Ministério Público a liberdade, segundo a prudência e o exame criterioso do caso concreto, para escolher a melhor pena restritiva de direito a ser proposta no acordo penal. A avaliação é do Ministério Público e sempre nos insurgiremos veementemente contra qualquer investida que possa atacar a independência funcional.

O limite do regramento era uma tentativa de disciplinar uma questão que na prática pode dar margem a abusos. Não se interfere na atividade fim quando se exige o cumprimento da lei. Logo, a destinação dos recursos oriundos de prestações pecuniárias tem endereço certo na norma e, por isso, a outorga desses recursos a beneficiários diversos daqueles estabelecidos legalmente constitui inobservância aos preceitos legais ou alternativa perigosa, ensejadora de possibilidades de malversação desses valores por parte de quem caberia fiscalizar o seu correto emprego.

IV - Das Conclusões

Quanto ao primeiro aspecto abordado, referente à atuação dos juízes leigos e conciliadores nos Juizados Especiais Criminais, concluiu-se pela legalidade da intervenção desses órgãos na audiência preliminar, desde que limitada ao exclusivo fim de conduzir a conciliação naqueles casos em que for autorizado pelo juiz togado.

Fica a sua atuação restrita a tentar conciliar o autor do fato e a vítima para a composição dos danos civis, ou não sendo possível o acordo civil, prosseguir na conciliação para encaminhar (intermediar) a proposta de transação penal ofertada, exclusivamente, pelo representante do Ministério Público, não se admitindo jamais a realização de propos-

ta para esse fim, pelo conciliador ou juiz leigo, no lugar do agente ministerial, sob pena até de responsabilização penal.

No que concerne ao segundo tema abordado, referente à destinação das transações penais, notadamente aquelas consistentes em prestação pecuniária, é preciso muita cautela e zelo na fiscalização dos valores destinados. Ou se exige a comprovação nos autos de como foi gasto o dinheiro, ou se exige que o valor referente à prestação pecuniária seja convertido pelo transacionado em gêneros alimentícios ou bens de utilidade para os fins do programa social, impondo-se ao transacionado que, uma vez realizada a prestação, junte aos autos as notas fiscais referentes aos objetos ou alimentos adquiridos e destinados ao programa com os recibos atestando o recebimento pela entidade.

Considera-se, também, pelos motivos invocados, que as transações não devam ser direcionadas à Promotoria de Justiça, ao Fórum ou a órgãos que possuem orçamento próprio e não tenham como finalidade precípua a assistência social.

Em caso de discordância quanto a este posicionamento, deve a Corregedoria estabelecer rigoroso mecanismo de controle e sempre fiscalizar a correta destinação desses valores, evitando-se abusos e malversações.

É de bom alvitre, também, que o representante do Ministério Público estabeleça um cadastro de entidades, direcionando as transações àquelas entidades devidamente cadastradas, das quais se tenha pelo menos os atos constitutivos e dados dos responsáveis, bem como local de funcionamento, recomendando-se ao agente ministerial que rotineiramente fiscalize tais entidades para verificar a correta destinação das transações.

Referências Bibliográficas

LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal**: fundamentos da instrumentalidade garantista. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LINARD, Ana Raquel Colares dos Santos. **O papel do conciliador no Juizado Especial Criminal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 186, 8 jan. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4704>. Acesso em: 30 jan. 2007.

LETTERIELLO, Rêmulo. **O juiz leigo e os juizados especiais**. Disponível em http://www.tj.ms.gov.br/juizados/doutrina/DTR_20050607181228.pdf. Acesso em 2 de maio de 2007.



EXECUÇÃO FISCAL - IPTU - LIMITES MUNICÍPIO ARACAJU

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS

CONTRA-RAZÕES EM AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE REGISTRO DE CANDIDATURA

ALEGAÇÕES FINAIS. NEGLIGÊNCIA MÉDICA. ABANDONO DE PLANTÃO.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA PARA ANULAÇÃO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - LICENCIAMENTOS AMBIENTAL E URBANÍSTICO - INSTALAÇÃO DE ESTAÇÃO RÁDIO BASE

Peças JURÍDICAS

EXECUÇÃO FISCAL – IPTU – LIMITES MUNICÍPIO ARACAJU

Rodomarques Nascimento*

Constitucional – Arguição de nulidade da sentença – Superação mediante aplicação do art. 249, do CPC – Execução fiscal – Competência tributária para a cobrança de IPTU relativo aos imóveis localizados no povoado do Mosqueiro – Modificação dos limites territoriais entre os Municípios de Aracaju e São Cristóvão operada pelo art. 37, e parágrafos, do ADCT, da Constituição Estadual – Incidente de Inconstitucionalidade nº 0001/2000, do TJSE – Inconstitucionalidade superada com a edição da Emenda Constitucional federal nº 57, de 18 de dezembro de 2008 – Convalidação – Sucessivamente, na hipótese de se confirmar a inconstitucionalidade do dispositivo, que se modulem os efeitos da declaração – Precedentes do STF. Recurso que merece ser conhecido e provido.

Colenda Câmara Cível,
Excelentíssimo Senhor Desembargador-Relator,

O Município de Aracaju interpõe a presente Apelação Cível contra sentença exarada pelo Juízo da 19ª Vara Cível de Aracaju - Sergipe (fls. 08 usque 11) que, baseado no julgamento do Incidente de Inconstitucionalidade nº 0001/2000, no qual restou declarada a inconstitucionalidade do art. 37, do ADCT, da Constituição Estadual, extinguiu a Execução Fiscal nº 200911901104 ante à ausência de competência tributária de o Município de Aracaju cobrar o IPTU dos imóveis situados na região do Mosqueiro.

Não-conformado, em apelo de fls. 13/22, o município Recorrente, preambularmente, argui a nulidade da sentença combatida em razão

*Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de Sergipe

de não haver sido realizada perícia técnica que esclarecesse compor a região do Mosqueiro a zona de expansão do Município de Aracaju. No mérito, reafirma sua competência tributária para instituição e cobrança do IPTU na área abrangente do povoado do Mosqueiro. Requer a aplicação da Teoria da Continuidade do Estado com fundamento nos investimentos realizados pelo Município de Aracaju em favor do povoado Mosqueiro e pela identificação da população da mencionada região como munícipes de Aracaju.

Finalmente, aduz que o Incidente de Inconstitucionalidade nº 0001/2000, ao reconhecer a pecha de inconstitucionalidade do art. 37, dos ADCT, CF/89, não logrou enfrentar e esclarecer os atuais limites territoriais dos municípios em referência, afirmando ainda não haver inconstitucionalidade nesse artigo.

Não houve apresentação de contrarrazões.

Vieram os autos para o parecer, sendo este, em resumo, o relatório.

O Recurso é adequado e oportuno, dispensando-se o preparo por força do art. 511, § 1º, do CPC, pelo que se mostram preenchidos seus requisitos objetivos de admissibilidade.

1. Da nulidade da sentença.

A análise da irresignação do Município de Aracaju, em sua inteireza, recomenda seja aplicada, em relação à arguição de nulidade, a regra do §2º, do art. 249, do CPC, que reza:

> "Art. 249. [...]
> § 2º Quando puder decidir do mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato, ou suprir-lhe a falta."

Daí porque a nulidade suscitada no apelo deve ceder lugar à apreciação de seu mérito que se mostra, a nosso ver, procedimento mais favorável aos interesses do Recorrente.

Avançamos, portanto, ao mérito da irresignação.

2. A Emenda Constitucional nº 57, de 18 de dezembro de 2008.

Dispunha o artigo 37, dos ADCT, da Constituição Estadual, em sua redação original:

"Art. 37. Fica alterada a delimitação do Município de Aracaju com o Município de São Cristóvão a partir do Pontal N da barra do rio Vaza-Barris, que passa a ter a seguinte descrição: inicia na foz do rio Vaza-Barris seguindo seu curso até o talvegue do mesmo rio no fundo da Capela Bom Jesus dos Navegantes no povoado Areia Branca; daí em linha reta até o marco do Mondé da Onça na estrada da Cabrita; daí em linha reta ao marco nas cabeceiras do riacho Palame, somente até o ponto em que esta reta corta o rio Poxim.

Parágrafo Único - Ficam em consequência alterados os limites do Município São Cristóvão com o Município de Aracaju a partir do Mondé da Onça, que passa a ter a seguinte redação: linha reta a partir do Mondé da Onça até o talvegue do rio Vaza-Barris no fundo da Capela Bom Jesus dos Navegantes no povoado Areia Branca; rio Vaza-Barris até sua foz no oceano Atlântico "

O aludido dispositivo veio a ser modificado pela Emenda Constitucional nº 16/99, que lhe deu a seguinte redação:

"Art. 37. Fica alterada a delimitação do Município de Aracaju com o Município de São Cristóvão a partir do Pontal N da barra do rio Vaza-Barris, que passa a ter a seguinte descrição: inicia na foz do rio Vaza-Barris seguindo seu curso até o talvegue até o encontro das águas do seu afluente Santa Maria, seguindo pelo talvegue deste até o ponto em frente à Capela Bom Jesus dos Navegantes no povoado Areia Branca; daí em linha reta até o marco do Mondé da Onça na estrada da Cabrita; daí em linha reta ao marco nas cabeceiras do riacho Palame, somente até o ponto em que esta reta corta o rio Poxim. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 16 de 1999)

§ 1º Ficam, em conseqüência, alterados os limites do Município de Aracaju com o Município de São Cristóvão a partir do Mondé da Onça, que passa a ter a seguinte descrição: linha reta a partir do Mondé da Onça até o talvegue do rio Santa Maria em frente à Capela Bom Jesus dos Navegantes no povoado Areia Branca; rio Santa Maria até o encontro das águas do rio Vaza-Barris, seguindo pelo talvegue desde até sua foz no oceano Atlântico. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 16 de 1999)

§ 2º Com a alteração estabelecida neste artigo, ficam situados no território do Município de Aracaju as localidades denominadas povoado Mosqueiro, povoado Areia Branca, povoado São José, povoado Robalo e povoado Terra Dura, neste compreendendo as localidades Lixeira da Terra Dura e núcleos habitacionais Santa Maria, Maria do Carmo Alves e Antônio Carlos Valadares. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 16 de 1999)"

Chamado a analisar a redação original do mencionado art. 37, dos ADCT/CE, esse Egrégio Tribunal de Justiça posicionou-se no Incidente de Inconstitucionalidade nº 0001/2000, cuja ementa fazemos reproduzir:

"CONSTITUCIONAL. EMENDA CONSTITUCIONAL. REDAÇÃO ORIGINÁRIA DE 89. MUNICÍPIOS. LIMITES. ALTERAÇÃO. PLEBISCITO.

I - A nova redação dada pela Emenda Constitucional nº 16/99 ao art. 37, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado de Sergipe, acrescentando o § 2º , não alterou os limites entre os municípios de São Cristóvão e Aracaju, mas apenas enumerou alguns povoados que pertencem a Aracaju, dentro dos limites já traçados pela redação originária do dispositivo questionado;

II - A redação originária do art. 37, e do seu parágrafo único, do ADCT da Constituição Estadual de 89 também deve ter sua constitucionalidade analisada, tendo em vista que alterou os limites do sul do município de Aracaju;

III - A alteração dos limites efetuada pela redação originária de 89 deve obedecer os requisitos essenciais impostos pelo art. 18, § 4º da Constituição Federal, sendo imprescindível a realização de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações diretamente interessadas;

IV - Diante da inconstitucionalidade dos limites fixados pela redação originária, do art. 37 e seu parágrafo único, prejudicado está o § 2º acrescentado pela Emenda 16/99, porque não há como esclarecer aqueles limites;

V - Incidente conhecido, para declarar a inconstitucionalidade da redação originária do art. 37, e de seu parágrafo único, do ADCT, da Constituição Estadual."

(INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 0001/2000, ARACAJU, Tribunal de Justiça do Estado de

Sergipe, Relator: DESA. MARILZA MAYNARD SALGADO DE CARVALHO, Julgado em 06/12/2000)

Com base nesse precedente e de olho na letra do §2° do Art. 37, dos ADCT, da CE/89, é que a sentença profligada reconheceu a ausência de competência tributária do Município de Aracaju para a instituição e cobrança do IPTU dos imóveis situados no povoado do Mosqueiro.

A posição abraçada no precedente citado, a nosso sentir, merece reavaliação por essa Corte de Justiça desde quando houve a edição da Emenda Constitucional n° 57/2008.

A Emenda Constitucional n° 57, de 18/12/2008, adicionou o art. 96 ao Ato de Disposições Transitórias da Constituição Federal, cujo teor é o que se segue:

> "Art. 1° O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar acrescido do seguinte art. 96:
> 'Art. 96. Ficam convalidados os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios, cuja lei tenha sido publicada até 31 de dezembro de 2006, atendidos os requisitos estabelecidos na legislação do respectivo Estado à época de sua criação.' "

Aludida norma constitui-se esforço legislativo no sentido de dar solução a inúmeras irregularidades referentes a procedimentos de criação, fusão e modificações de limites de municípios brasileiros, muitas das quais derivadas da própria inércia do Congresso Nacional que, ainda em tempo atuais, não se desincumbiu de sua tarefa de editar a Lei Complementar exigida pelo § 4°, do art. 18, da CF, na redação da EC n° 15/1996.

Tal situação de coisas, inclusive, foi alvo de expressa manifestação do Supremo Tribunal Federal, como se tem, a título de exemplo, os julgamentos da ADI n° 3682 e da ADI n° 2240, em que examinou a irregular criação de municípios, apontando-se a apatia legislativa :

> "EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. INATIVIDADE DO LEGISLADOR QUANTO AO DEVER DE ELABORAR A LEI COMPLEMENTAR A QUE SE REFERE O § 4O DO ART. 18 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, NA REDAÇÃO DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL NO 15/1996. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE.
> 1. A Emenda Constitucional n° 15, que alterou a redação do § 4° do art. 18 da Constituição, foi publicada no dia 13 de setembro de 1996. Passados mais de 10 (dez) anos, não foi editada a lei complementar federal definidora do perío-

do dentro do qual poderão tramitar os procedimentos tendentes à criação, incorporação, desmembramento e fusão de municípios. Existência de notório lapso temporal a demonstrar a inatividade do legislador em relação ao cumprimento de inequívoco dever constitucional de legislar, decorrente do comando do art. 18, § 4o, da Constituição.

2. Apesar de existirem no Congresso Nacional diversos projetos de lei apresentados visando à regulamentação do art. 18, § 4°, da Constituição, é possível constatar a omissão inconstitucional quanto à efetiva deliberação e aprovação da lei complementar em referência. As peculiaridades da atividade parlamentar que afetam, inexoravelmente, o processo legislativo, não justificam uma conduta manifestamente negligente ou desidiosa das Casas Legislativas, conduta esta que pode pôr em risco a própria ordem constitucional. A inertia deliberandi das Casas Legislativas pode ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

3. A omissão legislativa em relação à regulamentação do art. 18, § 4°, da Constituição, acabou dando ensejo à conformação e à consolidação de estados de inconstitucionalidade que não podem ser ignorados pelo legislador na elaboração da lei complementar federal.

4. Ação julgada procedente para declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, em prazo razoável de 18 (dezoito) meses, adote ele todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, § 4°, da Constituição, devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerado pela omissão. Não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável, tendo em vista o prazo de 24 meses determinado pelo Tribunal nas ADI n°s 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689 para que as leis estaduais que criam municípios ou alteram seus limites territoriais continuem vigendo, até que a lei complementar federal seja promulgada contemplando as realidades desses municípios."

(ADI 3682, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 09/05/2007, DJe-096 DIVULG 05-09-2007 PUBLIC 06-09-2007 DJ 06-09-2007 PP-00037 EMENT VOL-02288-02 PP-00277)

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 7.619/00, DO ESTADO DA BAHIA, QUE CRIOU O MUNICÍPIO DE LUÍS EDUARDO MAGALHÃES. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI ESTADUAL POSTERIOR À EC 15/96. AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR FEDERAL PREVISTA NO TEXTO CONSTITUCIONAL. AFRONTA AO DISPOSTO NO ARTIGO 18, § 4°, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. OMISSÃO DO PODER LEGISLATIVO. EXISTÊNCIA DE FATO. SITUAÇÃO CONSOLIDADA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA DA JURÍDICA. SITUAÇÃO DE EXCEÇÃO, ESTADO DE EXCEÇÃO. A EXCEÇÃO NÃO SE SUBTRAI À NORMA, MAS ESTA, SUSPENDENDO-SE, DÁ LUGAR À EXCEÇÃO — APENAS ASSIM ELA SE CONSTITUI COMO REGRA, MANTENDO-SE EM RELAÇÃO COM A EXCEÇÃO.

1. O Município foi efetivamente criado e assumiu existência de fato, há mais de seis anos, como ente federativo.

2. Existência de fato do Município, decorrente da decisão política que importou na sua instalação como ente federativo dotado de autonomia. Situação excepcional consolidada, de caráter institucional, político. Hipótese que consubstancia reconhecimento e acolhimento da força normativa dos fatos.

3. Esta Corte não pode limitar-se à prática de mero exercício de subsunção. A situação de exceção, situação consolidada — embora ainda não jurídica — não pode ser desconsiderada.

4. A exceção resulta de omissão do Poder Legislativo, visto que o impedimento de criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios, desde a promulgação da Emenda Constitucional n. 15, em 12 de setembro de 1.996, deve-se à ausência de lei complementar federal.

5. Omissão do Congresso Nacional que inviabiliza o que a Constituição autoriza: a criação de Município. A não edição da lei complementar dentro de um prazo razoável consubstancia autêntica violação da ordem constitucional.

6. A criação do Município de Luís Eduardo Magalhães importa, tal como se deu, uma situação excepcional não prevista pelo direito positivo.

7. O estado de exceção é uma zona de indiferença entre o caos e o estado da normalidade. Não é a exceção que se subtrai à norma, mas a norma que, suspendendo-se, dá lugar à exceção — apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção.
8. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Não se afasta do ordenamento, ao fazê-lo, eis que aplica a norma à exceção desaplicando-a, isto é, retirando-a da exceção.
9. Cumpre verificar o que menos compromete a força normativa futura da Constituição e sua função de estabilização. No aparente conflito de inconstitucionalidades impor-se-ia o reconhecimento da existência válida do Município, a fim de que se afaste a agressão à federação.
10. O princípio da segurança jurídica prospera em benefício da preservação do Município.
11. Princípio da continuidade do Estado.
12. Julgamento no qual foi considerada a decisão desta Corte no MI n. 725, quando determinado que o Congresso Nacional, no prazo de dezoito meses, ao editar a lei complementar federal referida no § 4º do artigo 18 da Constituição do Brasil, considere, reconhecendo-a, a existência consolidada do Município de Luís Eduardo Magalhães. Declaração de inconstitucionalidade da lei estadual sem pronúncia de sua nulidade.
13. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade, mas não pronunciar a nulidade pelo prazo de 24 meses, da Lei n. 7.619, de 30 de março de 2000, do Estado da Bahia."
(ADI 2240, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 09/05/2007, DJe-072 DIVULG 02-08-2007 PUBLIC 03-08-2007 DJ 03-08-2007 PP-00029 EMENT VOL-02283-02 PP-00279)

A resposta a essa lacuna legislativa, embora não apropriada - posto restar faltante a Lei Complementar exigida pelo art. 18, §4º, da CF -, foi a edição da EC nº 57, com o que buscou o legislador, diante da irreversibilidade fática das situações ligadas à criação ou à modificação de municípios, salvar as hipóteses ocorridas à revelia das exigências constitucionais.

Como visto, o texto da aludida emenda objetiva "convalidar os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios, cuja lei tenha sido publicada até 31 de dezembro de 2006, atendidos os

requisitos estabelecidos na legislação do respectivo Estado à época de sua criação." Com isso, excepcionou-se a observância dos requisitos constitucionais, convalidando-se tudo aquilo quanto realizado até 31/12/2006, desde que respeitadas, ao mínimo, as condições estabelecidas na legislação estadual.

Repensando questão atinente à virtual inconstitucionalidade do texto da EC nº 57/2009, retrocedemos em nossa posição anterior para admitir sua constitucionalidade, calcado na força da percepção que a norma já vem sendo aplicada no âmbito do próprio Supremo Tribunal Federal que, muito recentemente, na análise da ADI 3.097-3/SC, em decisão publicada em 28/08/2009, concluiu pela perda de objeto dessa ação justamente dada à superveniência da EC nº 57/2008, o que fez estribado, inclusive, em parecer do Ministério Público Federal. Disse Sua Excelência, o ilustre Ministro-relator, litteris:

> "2. Conforme ressaltado pelo próprio requerente, foi promulgada, em 18 de dezembro de 2008, a Emenda Constitucional nº 57, com a seguinte redação:
> [...]
> Assim, acabou regularizada a situação jurídica referente à criação dos Municípios catarinenses de Balneário Rincão e Pescaria Brava. Em síntese, modificou-se substancialmente a norma constitucional que o Procurador-Geral da República, na inicial desta ação, apontou como inobservada. O quadro autoriza a atuação individual tendo em conta, até mesmo, a sobrecarga do Plenário consideradas as pautas publicadas no Diário da Justiça e no sítio eletrônico do Tribunal.
> 3. Nego seguimento ao pedido formulado, fazendo-o, repito, ante a nova situação jurídica que surgiu com a Emenda Constitucional nº 57/2008."

No caso em testilha, temos para nós que a EC nº 57/2008 exerce influência capital sobre o problema jurídico relativo à modificação das fronteiras territoriais entre os Municípios de Aracaju e São Cristóvão, operada pela Constituição Estadual, conforme passamos a explicar.

Antes, porém, há se se sublinhar o fato de que a inconstitucionalidade do art. 37, do ADCT, da Carta Estadual, foi declarada no Incidente de Inconstitucionalidade nº 0001/2000, suscitado nos autos da Apelação Cível nº 0986/1998, de modo que, realizada em controle difuso, tem efeitos inter partes. A norma atacada não veio a ser retirada do ordenamento e os efeitos

daquela decisão não exorbitam o ordinário de mero precedente, havendo espaço para reavaliação da orientação nos demais julgados posteriores.

De efeito, desde que o controle de inconstitucionalidade não se deu no meio concentrado, tecnicamente, o art. 37 e parágrafos do ADCT, da CE, permanece no ordenamento jurídico, apto a surtir efeitos. E assim deve ocorrer.

Pois bem, como dito antes, cremos que a causa de inconstitucionalidade outrora diagnosticada em ocasião do julgamento do Incidente de Inconstitucionalidade nº 0001/2000 não mais subsiste, convalidada que foi pela EC nº 57/2008. Naquele julgado se anotou:

> "A ALTERAÇÃO DOS LIMITES EFETUADA PELA REDAÇÃO ORIGINÁRIA DE 89 DEVE OBEDECER OS REQUISITOS ESSENCIAIS IMPOSTOS PELO ART. 18, § 4º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, SENDO IMPRESCINDÍVEL A REALIZAÇÃO DE CONSULTA PRÉVIA, MEDIANTEPLEBISCITO, ÀS POPULAÇÕES DIRETAMENTE INTERESSADAS"

Ora, o problema referente à ofensa aos termos do art. 18, §4º, da CF, perdeu relevância desde quando houve a edição da mencionada emenda constitucional que superou tal espécie de vício, exigindo para a convalidação dos atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios apenas o respeito aos "requisitos estabelecidos na legislação do respectivo Estado à época de sua criação". Repetimos o conteúdo da EC nº 57/08:

"Art. 1º O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar acrescido do seguinte art. 96:

> 'Art. 96. Ficam convalidados os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios, cuja lei tenha sido publicada até 31 de dezembro de 2006, atendidos os requisitos estabelecidos na legislação do respectivo Estado à época de sua criação.' "

Ocorre que a situação presente guarda certa peculiaridade, por isso que a modificação dos limites municipais não veio a se realizar por meio de lei estadual, porém no bojo da própria Constituição Estadual.

A relevância disso reside na constatação de que, se por um lado a convalidação dos atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento

de Municípios exige a observância da legislação estadual pertinente, por outro, não estava o Constituinte Decorrente submetido a norma outra que não, e unicamente, a Constituição Federal.

No âmbito estadual, inexistia qualquer texto normativo que submetesse ou condicionasse o Constituinte Decorrente, pela evidente razão de postar-se a Constituição Estadual no ápice piramidal que representa o ordenamento legislativo da unidade federada.

É bem verdade que a própria Constituição Estadual, ao reproduzir obrigatoriamente os princípios da Carta Federal, fez constar em seu corpo, no §2°, do art. 12, determinação de que:

> "§2° A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios preservarão a continuidade e a unidade histórico-cultural do ambiente urbano, far-se-ão por lei estadual, obedecidos os requisitos previstos em lei complementar estadual, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações diretamente interessadas."

Ocorre que, não escapa a percepção de que à Constituição (ou Poder Constituinte) é facultada a possibilidade de excepcionar seus próprios termos, sem que se reconheça nisso vício algum. Contraria o sistema jurídico-constitucional nacional a tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais, conforme já assentado pelo próprio STF, a exemplo do julgado na ADI 815/DF:

> "Ação direta de inconstitucionalidade. Parágrafos 1° e 2° do artigo 45 da Constituição Federal. - A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras e incompossível com o sistema de Constituição rígida. - Na atual Carta Magna "compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição" (artigo 102, "caput"), o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição. - Por outro lado, as cláusulas pétreas não podem ser

> invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário, e não como abarcando normas cuja observância se impôs ao próprio Poder Constituinte originário com relação as outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas. Ação não conhecida por impossibilidade jurídica do pedido."
> (ADI 815, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 28/03/1996, DJ 10-05-1996 PP-15131 EMENT VOL-01827-02 PP-00312)

Essa teoria, ligada ao Poder Constituinte Originário, deve ser transportada também ao caso do Poder Constituinte Decorrente naquilo em que se relaciona à produção de Constituição Estadual, espaço de atribuição em que atua, conforme as balizas traçadas pela Constituição Federal, investido na qualidade de principialidade, instituindo jurídica e administrativamente o Estado federado.

Assim, muito embora se possa afirmar que a Constituição Estadual exigia, ela mesma, para criação de município, requisitos específicos, dentre os quais, especialmente, o plebiscito, nenhuma irregularidade ocorre no fato de o texto constitucional haver procedido motu proprio à modificação dos limites territoriais dos municípios de Aracaju e São Cristóvão, em seu Ato das Disposições Transitórias, sem respeitar tais requisitos, uma vez que a eles não estava o Poder Constituinte Decorrente condicionado.

Por força de tais considerações, concluímos que a superveniência da Emenda Constitucional nº 57/2008 veio a convalidar o vício de inconstitucionalidade diagnosticado no art. 37, do ADCT, da Constituição Estadual, por esse Egrégio Tribunal de Justiça, no julgamento do Incidente de Inconstitucionalidade nº 0001/2000.

Somos, assim, inicialmente, pela constitucionalidade do art. 37 e parágrafos, do ADCT, da Constituição Estadual, na redação dada pela Emenda Constitucional Estadual nº 16/1999, de modo que, em tais termos, resta reconhecido integrar o povoado do Mosqueiro o Município de Aracaju, donde se colher sua competência tributária para instituição e cobrança do IPTU relativos aos imóveis aí localizados, PROVENDO-SE a irresignação e reformando-se a sentença vergastada de fls. 08 a 11.

Todavia, para a hipótese de ser divergente o entendimento dessa Colenda Corte, avançamos em nossas considerações, o que fazemos com base no princípio de eventualidade.

3. A modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

Descartada que seja a aplicação da Emenda Constitucional nº 57/08 ao caso presente, há de se retornar à análise do tema conforme situação em que se encontrava até então, quando veio a ser declarada inconstitucional a modificação dos limites territoriais dos Municípios de Aracaju e São Cristóvão, pelo art. 37, do ADCT, da Constituição Estadual.

Sobre as conclusões alcançadas no Incidente de Inconstitucionalidade nº 0001/2000, cremos não haver o que se agregar ao quanto ali expendido.

Na esteira da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, qualquer alteração das fronteiras de municípios deve ser considerada hipótese de desmembramento, ainda que para a correção de seus limites:

> "CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA. LIMINAR. ALTERAÇÃO DE LIMITES TERRITORIAIS DE MUNICÍPIOS. FALTA DE PLEBISCITO. ART. 18, 4., DA CARTA DA REPUBLICA. A alteração de limites entre os territórios de dois municípios vizinhos encerra a hipótese de desmembramento, cuja efetivação depende de lei estadual, observados os requisitos da legislação complementar respectiva, sem prejuízo de prévia consulta plebiscitária junto as populações diretamente interessadas (...)."
> (ADI 1143 MC / AP – AMAPÁ. MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Relator: Min. Ilmar Galvão. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento: 21/10/1994)

Daí porque, à luz do entendimento do STF, a norma do art. 37, do ADCT, da Constituição Estadual - seja em sua redação original, como a derivada da Emenda Constitucional estadual nº 16/1999 -, ao modificar os limites dos Municípios de Aracaju e São Cristóvão, equiparou-se a desmembramento municipal, exigindo, ipso facto, a observância dos específicos requisitos constitucionais contidos no art. 18, §4º, da CF - em sua redação original e, posteriormente, naquela conferida pela EC nº 15/96.

Isso não veio ocorrer, como averiguado no incidente de Inconstitucionalidade nº 0001/2000, a que nos reportamos, consoante restou firmado em sua ementa, a qual transcrevemos em sua inteireza:

> "CONSTITUCIONAL. EMENDA CONSTITUCIONAL. REDAÇÃO ORIGINÁRIA DE 89. MUNICÍPIOS. LIMITES. ALTERAÇÃO. PLEBISCITO.
> I - A NOVA REDAÇÃO DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 16/99 AO ART. 37, DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SERGIPE, ACRESCENTANDO O § 2º, NÃO ALTEROU OS LIMITES ENTRE OS MUNICÍPIOS DE SÃO CRISTÓVÃO E ARACAJU, MAS APENAS ENUMEROU ALGUNS POVOADOS QUE PERTENCEM A ARACAJU, DENTRO DOS LIMITES JÁ TRAÇADOS PELA REDAÇÃO ORIGINÁRIA DO DISPOSITIVO QUESTIONADO;
> II - A REDAÇÃO ORIGINÁRIA DO ART. 37, E DO SEU PARÁGRAFO ÚNICO, DO ADCT DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL DE 89 TAMBÉM DEVE TER SUA CONSTITUCIONALIDADE ANALISADA, TENDO EM VISTA QUE ALTEROU OS LIMITES DO SUL DO MUNICÍPIO DE ARACAJU;
> III - A ALTERAÇÃO DOS LIMITES EFETUADA PELA REDAÇÃO ORIGINÁRIA DE 89 DEVE OBEDECER OS REQUISITOS ESSENCIAIS IMPOSTOS PELO ART. 18, § 4º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, SENDO IMPRESCINDÍVEL A REALIZAÇÃO DE CONSULTA PRÉVIA, MEDIANTE PLEBISCITO, ÀS POPULAÇÕES DIRETAMENTE INTERESSADAS;
> IV - DIANTE DA INCONSTITUCIONALIDADE DOS LIMITES FIXADOS PELA REDAÇÃO ORIGINÁRIA, DO ART. 37 E SEU PARÁGRAFO ÚNICO, PREJUDICADO ESTÁ O § 2º ACRESCENTADO PELA EMENDA 16/99, PORQUE NÃO HÁ COMO ESCLARECER AQUELES LIMITES;
> V - INCIDENTE CONHECIDO, PARA DECLARAR A INCONSTITUCIONALIDADE DA REDAÇÃO ORIGINÁRIA DO ART. 37, E DE SEU PARÁGRAFO ÚNICO, DO ADCT, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL."

Para além da ausência de plebiscito, conforme verificado naquele julgado, cumpre assinalar, igualmente, que a modificação dos limites municipais operou-se à mingua da existência da Lei Complementar necessária,

consoante exigida na Constituição da República, a qual, mesmo em tempos atuais, não veio a ser produzida pelo Congresso Nacional.

Assim, ainda se pretendesse regularizar a demarcação das fronteiras entre Aracaju e São Cristóvão – mediante realização de plebiscito -, essa iniciativa restaria obstada, tendo em vista a inexistência da aludida norma complementar, fruto da omissão de o Congresso Nacional regulamentar o §4°, do art. 18, da Constituição Federal.

O Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n° 3682, teve ocasião de declarar o estado de mora em que se encontrava o Congresso Nacional, estabelecendo um limite razoável de 18 (dezoito) meses para adoção das providências legislativas necessárias, conforme transcrição:

> "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. INATIVIDADE DO LEGISLADOR QUANTO AO DEVER DE ELABORAR A LEI COMPLEMENTAR A QUE SE REFERE O § 4° DO ART. 18 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, NA REDAÇÃO DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL NO 15/ 1996. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE.
> 1. A Emenda Constitucional n° 15, que alterou a redação do § 4° do art. 18 da Constituição, foi publicada no dia 13 de setembro de 1996. Passados mais de 10 (dez) anos, não foi editada a lei complementar federal definidora do período dentro do qual poderão tramitar os procedimentos tendentes à criação, incorporação, desmembramento e fusão de municípios. Existência de notório lapso temporal a demonstrar a inatividade do legislador em relação ao cumprimento de inequívoco dever constitucional de legislar, decorrente do comando do art. 18, § 4°, da Constituição. 2. Apesar de existirem no Congresso Nacional diversos projetos de lei apresentados visando à regulamentação do art. 18, § 4°, da Constituição, é possível constatar a omissão inconstitucional quanto à efetiva deliberação e aprovação da lei complementar em referência. As peculiaridades da atividade parlamentar que afetam, inexoravelmente, o processo legislativo, não justificam uma conduta manifestamente negligente ou desidiosa das Casas Legislativas, conduta esta que pode pôr em risco a própria ordem constitucional. A inertia deliberandi das Casas Legislativas pode ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

3. A omissão legislativa em relação à regulamentação do art. 18, § 4°, da Constituição, acabou dando ensejo à conformação e à consolidação de estados de inconstitucionalidade que não podem ser ignorados pelo legislador na elaboração da lei complementar federal.
4. Ação julgada procedente para declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, em prazo razoável de 18 (dezoito) meses, adote ele todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, § 4°, da Constituição, devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerado pela omissão. Não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável, tendo em vista o prazo de 24 meses determinado pelo Tribunal nas ADI n°s 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689 para que as leis estaduais que criam municípios ou alteram seus limites territoriais continuem vigendo, até que a lei complementar federal seja promulgada contemplando as realidades desses municípios."
(ADI 3682 / MT - MATO GROSSO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Relator: Min. Gilmar Mendes. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento: 09/05/2007)

Por tudo isso, e desde que seja afastada a aplicação da EC n° 57/08 ao caso, não nos parece restar dúvida séria acerca do vício de inconstitucionalidade praticado pelo Constituinte Sergipano ao proceder à modificação de limites municipais sem se atentar às regras do §4°, do art. 18 da Constituição Federal.

Neste ponto da análise, todavia, parece-nos fundamental, para a solução da presente demanda, chamar atenção às implicações práticas que podem ser extraídas da declaração de inconstitucionalidade da norma estadual impugnada.

Não é admissível fechar os olhos à realidade de que as populações residentes nos logradouros atingidos pela disputa territorial encontram-se intimamente ligadas ao Município de Aracaju. Desde há muito, as áreas dos Povoados do Mosqueiro, Areia Branca, São José, Robalo e Terra Dura são consideradas prolongamentos da cidade de Aracaju, estando seus habitantes ligados à vida social, cultural e econômica desta capital.

São tidas como zonas de expansão e, como tal, vêm recebendo grandes investimentos da Administração municipal aracajuana. De efeito, a olhos vistos e de conhecimento geral, que a área em referência veio a ser urbanizada mediante atuação da Prefeitura de Aracaju que, só na gestão de 2004/2008, cifra investimentos em torno de 100.000.000,00 (cem milhões de reais) em infra-estrutura, serviços de limpeza, urbanização, saúde, educação, segurança, saneamento e combate a endemias.

Sobre o aspecto político, os residentes desses logradouros votam nas eleições para prefeitos e vereadores desta capital. O próprio Tribunal Regional Eleitoral de Sergipe também considera tais locais como pertencentes ao Município de Aracaju, de forma que estabeleceu, por meio da Resolução nº 167, de 22 de setembro de 1999, que o cidadão que possui domicílio eleitoral nesses povoados deixa de pertencer ao cadastro da 21ª Zona Eleitoral (São Cristóvão) e passa a fazer parte da 27ª Zona Eleitoral (Aracaju).

Em termos de organização judiciária, o Pleno do Tribunal de Justiça, ao disciplinar a competência territorial administrativa dos Juizados Especiais Cíveis, Juizados Especiais Criminais, Varas Privativas de Assistência Judiciária e Juizado Especial Cível e Criminal da Comarca de Aracaju, por meio da Resolução nº 56/2006, considera os Povoados do Mosqueiro, Areia Branca, São José, Robalo e Terra Dura (Santa Maria) como da competência da 7ª Vara Privativa de Assistência Judiciária e do 1º Juizado Especial Cível e Criminal da Comarca de Aracaju, localizados nos Fóruns Integrados IV.

O que se percebe desta moldura delineada é que, permeando as abstrações jurídicas que envolvem o caso, existe uma dimensão fática poderosa que não pode ser obscurecida, posto não facilmente reversível ainda que pela força de uma decisão formal do Judiciário acerca da inconstitucionalidade do modo pelo qual se procedeu à retirada da área litigiosa do território do Município de São Cristóvão.

São graves e muito sérias as consequências advindas de uma decisão dessa natureza, posto induzir a que se faça um rompimento traumático dos inúmeros liames que foram criados entre a população residentes nessas áreas e o ente municipal ao qual sempre creram pertencer.

Esse tipo de ponderação, longe de pretender justificar o rompimento da ordem jurídica vigente, serve apenas a que se flexibilize, em prol do interesse público, os meios pelos quais a anomalia detectada deva ser reparada. Aliás, trata-se de preocupação compartilhada pelo próprio Supremo Tribunal Federal, conforme análise de casos ligados à

criação, incorporação, fusão e desmembramento de municípios por leis estaduais à revelia do disposto na Constituição Federal.

Em tais hipótese, o STF, ao declarar a inconstitucionalidade dessas leis, vem deixando de pronunciar sua nulidade por determinado prazo, de modo a permitir que as leis estaduais permaneçam válidas até a promulgação da lei complementar federal exigida no §4°, do art. 18/CF, num esforço claro de dar azo à retificação constitucional posterior de situações consolidadas.

Certamente, ao sustentar esse posicionamento, principalmente por considerar a realidade fática já constituída, o Supremo Tribunal Federal tomou em consideração o reconhecimento de um estado de exceção político-institucional consolidado, face ao qual, contrapondo os princípios da segurança jurídica e da continuidade do Estado, além da função de estabilização social da Constituição Federal, ponderou o prejuízo maior que decorreria à sociedade, além da agressão ao federalismo constitucional, impedir-se ou desconstituir a criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de municípios.

Para ilustrar esse posicionamento, citamos o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 2240:

> "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 7.619/00, DO ESTADO DA BAHIA, QUE CRIOU O MUNICÍPIO DE LUÍS EDUARDO MAGALHÃES. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI ESTADUAL POSTERIOR À EC 15/96. AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR FEDERAL PREVISTA NO TEXTO CONSTITUCIONAL. AFRONTA AO DISPOSTO NO ARTIGO 18, § 4°, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. OMISSÃO DO PODER LEGISLATIVO. EXISTÊNCIA DE FATO. SITUAÇÃO CONSOLIDADA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA DA JURÍDICA. SITUAÇÃO DE EXCEÇÃO, ESTADO DE EXCEÇÃO. A EXCEÇÃO NÃO SE SUBTRAI À NORMA, MAS ESTA, SUSPENDENDO-SE, DÁ LUGAR À EXCEÇÃO — APENAS ASSIM ELA SE CONSTITUI COMO REGRA, MANTENDO-SE EM RELAÇÃO COM A EXCEÇÃO.
>
> 1. O Município foi efetivamente criado e assumiu existência de fato, há mais de seis anos, como ente federativo.
>
> 2. Existência de fato do Município, decorrente da deci-

são política que importou na sua instalação como ente federativo dotado de autonomia. Situação excepcional consolidada, de caráter institucional, político. Hipótese que consubstancia reconhecimento e acolhimento da força normativa dos fatos.

3. Esta Corte não pode limitar-se à prática de mero exercício de subsunção. A situação de exceção, situação consolidada — embora ainda não jurídica — não pode ser desconsiderada.

4. A exceção resulta de omissão do Poder Legislativo, visto que o impedimento de criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios, desde a promulgação da Emenda Constitucional n. 15, em 12 de setembro de 1.996, deve-se à ausência de lei complementar federal.

5. Omissão do Congresso Nacional que inviabiliza o que a Constituição autoriza: a criação de Município. A não edição da lei complementar dentro de um prazo razoável consubstancia autêntica violação da ordem constitucional.

6. A criação do Município de Luís Eduardo Magalhães importa, tal como se deu, uma situação excepcional não prevista pelo direito positivo.

7. O estado de exceção é uma zona de indiferença entre o caos e o estado da normalidade. Não é a exceção que se subtrai à norma, mas a norma que, suspendendo-se, dá lugar à exceção — apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção.

8. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Não se afasta do ordenamento, ao fazê-lo, eis que aplica a norma à exceção desaplicando-a, isto é, retirando-a da exceção.

9. Cumpre verificar o que menos compromete a força normativa futura da Constituição e sua função de estabilização. No aparente conflito de inconstitucionalidades impor-se-ia o reconhecimento da existência válida do Município, a fim de que se afaste a agressão à federação.

10. O princípio da segurança jurídica prospera em benefício da preservação do Município.

11. Princípio da continuidade do Estado.

12. Julgamento no qual foi considerada a decisão desta Corte no MI n. 725, quando determinado que o Congresso Nacional, no prazo de dezoito meses, ao editar a

> lei complementar federal referida no § 4° do artigo 18 da Constituição do Brasil, considere, reconhecendo-a, a existência consolidada do Município de Luís Eduardo Magalhães. Declaração de inconstitucionalidade da lei estadual sem pronúncia de sua nulidade
> 13. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade, mas não pronunciar a nulidade pelo prazo de 24 meses, da Lei n. 7.619, de 30 de março de 2000, do Estado da Bahia."
> (ADI 2240 / BA – BAHIA. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Relator: Min. Eros Grau. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento: 09/05/2007)

Em idêntico sentido, foram os julgamentos das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n°s 3.316, 3.489 e 3.689.

O que se constata é que, vencidos os prazos estipulados pelo STF em tais feitos, para elaboração pelo Congresso Nacional da lei complementar federal, sem que ela tenha sido produzida, permanecem existindo as alterações dos limites territoriais municipais nesses casos examinados até ulterior pronunciamento pela Excelsa Corte.

Trilhando a vereda aberta pela Suprema Corte, entendemos que, dada à apontada omissão do Congresso Nacional a impedir a regularização dos limites territoriais entre os Municípios de Aracaju e São Cristóvão, deva o Pleno desse Tribunal de Justiça declarar, em incidente próprio, a inconstitucionalidade da redação original do art. 37 e parágrafo único e, por consequência, das modificações advindas com a Emenda Constitucional n° 16/1999, mas, em caráter excepcional, não pronunciar sua nulidade, de modo que permaneçam em vigor o art. 37 e parágrafos do ADCT, da Carta Estadual, até a edição de lei complementar federal.

Para tanto, passamos a demonstrar a possibilidade de modulação de efeitos pelo Tribunal de Justiça, em sede de controle difuso de constitucionalidade.

A Lei n° 9.868/99, que dispõe sobre o processo e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, prevê, em seu art. 27, a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade.

Por essa técnica, a Corte Maior, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, pode restringir os efeitos da declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado, levando em conta as razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

O Supremo Tribunal Federal, todavia, também em controle difuso, vem dando à declaração de inconstitucionalidade efeito ex nunc ou pro futuro, consoante se tem dos seguintes precedentes, in verbis:

> "RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MUNICÍPIOS. CÂMARA DE VEREADORES. COMPOSIÇÃO. AUTONOMIA MUNICIPAL. LIMITES CONSTITUCIONAIS. NÚMERO DE VEREADORES PROPORCIONAL À POPULAÇÃO. CF, ARTIGO 29, IV. APLICAÇÃO DE CRITÉRIO ARITMÉTICO RÍGIDO. INVOCAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA RAZOABILIDADE. INCOMPATIBILIDADE ENTRE A POPULAÇÃO E O NÚMERO DE VEREADORES. INCONSTITUCIONALIDADE, INCIDENTER TANTUM, DA NORMA MUNICIPAL. EFEITOS PARA O FUTURO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL.
> 1. O artigo 29, inciso IV da Constituição Federal, exige que o número de Vereadores seja proporcional à população dos Municípios, observados os limites mínimos e máximos fixados pelas alíneas a, b e c.
> 2. Deixar a critério do legislador municipal o estabelecimento da composição das Câmaras Municipais, com observância apenas dos limites máximos e mínimos do preceito (CF, artigo 29) é tornar sem sentido a previsão constitucional expressa da proporcionalidade.
> 3. Situação real e contemporânea em que Municípios menos populosos têm mais Vereadores do que outros com um número de habitantes várias vezes maior. Casos em que a falta de um parâmetro matemático rígido que delimite a ação dos legislativos Municipais implica evidente afronta ao postulado da isonomia.
> 4. Princípio da razoabilidade. Restrição legislativa. A aprovação de norma municipal que estabelece a composição da Câmara de Vereadores sem observância da relação cogente de proporção com a respectiva população configura excesso do poder de legislar, não encontrando eco no sistema constitucional vigente.
> 5. Parâmetro aritmético que atende ao comando expresso na Constituição Federal, sem que a proporcionalidade reclamada traduza qualquer afronta aos demais princípios constitucionais e nem resulte formas estranhas e distantes da realidade dos Municípios brasileiros. Atendimento aos postulados da moralidade, impessoalidade e

economicidade dos atos administrativos (CF, artigo 37).
6. Fronteiras da autonomia municipal impostas pela própria Carta da República, que admite a proporcionalidade da representação política em face do número de habitantes. Orientação que se confirma e se reitera segundo o modelo de composição da Câmara dos Deputados e das Assembléias Legislativas (CF, artigos 27 e 45, § 1°).
7. Inconstitucionalidade, incidenter tantun, da lei local que fixou em 11 (onze) o número de Vereadores, dado que sua população de pouco mais de 2600 habitantes somente comporta 09 representantes.
8. Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos ex tunc, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos pro futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade. Recurso extraordinário conhecido e em parte provido."
(RE 197917 / SP - SÃO PAULO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator: Min. Maurício Corrêa. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento: 06/06/2002)

"TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE PROPRIEDADE TERRITORIAL URBANA (IPTU). MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO. PROGRESSIVIDADE. CONSTITUCIONAL. CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE. MODULAÇÃO TEMPORAL DA DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE.
A orientação do Supremo Tribunal Federal admite, em situações extremas, o reconhecimento de efeitos meramente prospectivos à declaração incidental de inconstitucionalidade. Requisitos ausentes na hipótese. Precedentes da Segunda Turma. Agravo regimental conhecido, mas ao qual se nega provimento."
(AI 560305 AgR / RJ - RIO DE JANEIRO. AG. REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Órgão Julgador: Segunda Turma. Julgamento: 21/11/2006)

O Eminente Ministro CELSO DE MELLO, no julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n° 582.280-3, expõe entendimento no sentido da plena compatibilidade da técnica da modulação de efeitos também com a declaração de não-recepção da lei pré-constitucio-

nal pela norma constitucional superveniente, por razões de segurança jurídica ou interesse social.

Assim, o Supremo Tribunal Federal vem modulando os efeitos, principalmente pelo risco extremo à segurança jurídica, princípio constitucional que motiva o afastamento da aplicação do princípio da nulidade (regra).

Conquanto não se encontre pacificada a possibilidade de modulação dos efeitos por outros órgãos jurisdicionais, seja em controle concentrado ou difuso de constitucionalidade, seguimos o posicionamento que permite a aplicação de tal técnica, visto que as razões de segurança jurídica devem ser consideradas não somente nos julgamentos da Corte Maior, mas perante todos os órgãos do Poder Judiciário.

Exemplo da aplicação da técnica de modulação dos efeitos na declaração de inconstitucionalidade colhe-se junto ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 045.352.0/5-00, da relatoria do Desembargador HERMES PINOTTI. Enfrentando os Embargos de Declaração nº 045.352.0/8-07 contra acórdão em que se julgou a inconstitucionalidade da Lei municipal nº 11.773/95, justificou-se a modulação dos efeitos naquele julgado, nos seguintes termos, litteris:

> "Entretanto, são tais e tantos os efeitos concretos que podem ter sido produzidos na vigência da lei declarada inconstitucional que se entende hoje deva o Tribunal, quando necessário, deixar expresso o momento em que o julgamento produz efeitos anulatórios ou quais os atos que devam ficar protegidos do decreto de nulidade. Isto porque entram em jogo outros e relevantes princípios que norteiam toda a ordem jurídica, entre os quais se sobressaem o da segurança das relações jurídicas, que se estabeleceram sob o direito positivo considerado escorreito, bem como o da boa-fé e o que veda o enriquecimento sem causa.
>
> No caso dos autos, e seguindo a sugestão constante do voto do Des. Flávio Pinheiro, observa-se que a situação contratual entre os interessados e a Administração Pública consolida-se, de forma definitiva, no momento em que é assinado o "Termo de Compromisso", a que se refere o § 2º do art. 3º da indigitada Lei n. 11.773/95, de cujo instrumento devem constar, segundo o texto legal, todos os direitos e obrigações referentes à aprovação da operação interligada.

> Ante o exposto, rejeitam-se os embargos da Câmara Municipal e recebem-se parcialmente os da Municipalidade para declarar que, de forma geral, os efeitos do julgamento operam ex tunc, porém com as ressalvas de que as nulidades não são reconhecidas automaticamente; e de que são salvaguardados os direitos e obrigações decorrentes da assinatura do termo de compromisso supra referido."

Tem-se, assim, que, no caso supra citado, o Tribunal Paulista concedeu a modulação dos efeitos com vistas a resguardar o direito de terceiros de boa-fé, com o que evitou abalo à segurança jurídica.

Também em sede de controle difuso, entendemos possível a aplicação dessa técnica. Desta conclusão defendida pelo Juiz Federal CARLOS WAGNER DIAS FERREIRA, em artigo intitulado "Modulação dos Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade no Controle Difuso"[1]:

"

[1] In http://www.jfpe.gov.br/biblioteca/juizes/carlos_wagner_esmafe12_p155-178.pdf

Na mesma linha, o Advogado LUÍS FERNANDO BARBOSA PASQUINI, em artigo intitulado "A Modulação dos Efeitos Temporais no Controle Difuso-Incidental de Constitucionalidade"[2], expõe:

"Excepcionalmente, tem se admitido a modulação dos efeitos temporais da norma, já que diante de algumas situações, atribuir efeitos retroativos, poderia ocasionar um caos jurídico, social e econômico. Passou-se, pois, a admitir efeito ex nunc ou pro futuro no controle difuso-incidental de constitucionalidade.

Embora não haja disposição expressa permitindo a modulação dos efeitos, tal como ocorre no controle abstrato de constitucionalidade, sua aplicação é totalmente possível, invocando-se para tanto a aplicação de princípios constitucionais como o da segurança jurídica e do excepcional interesse público.

De qualquer sorte, a aplicação desses princípios deverá ser analisada caso a caso, ponderando-se os efeitos que serão produzidos, através de um juízo de proporcionalidade e razoabilidade."

Assim, sendo possível e pertinente a modulação dos efeitos por esse Tribunal de Justiça, em sede de controle difuso de constitucionalidade, entendemos que o Pleno, em incidente próprio, deva declarar a inconstitucionalidade do art. 37 e parágrafo único, bem como das alterações feitas pela Emenda Constitucional nº 16/1999, mas sem pronunciar a nulidade até a edição de lei complementar federal, permanecendo válidos o art. 37 e parágrafos do ADCT, da Carta Estadual. Tudo, tendo em vista a situação fática já consolidada, o princípio da segurança jurídica, o prejuízo que decorrerá para a sociedade, entre outros aspectos já citados.

Sendo, então, válidas às disposições dos retrocitados artigo e seus parágrafos, as áreas dos Povoados do Mosqueiro, como também Areia Branca, São José, Robalo e Terra Dura devem continuar pertencendo ao Município de Aracaju, possuindo este competência para a cobrança de IPTU dos imóveis localizados nessas áreas, inclusive do imóvel da Apelada, que se localiza no Loteamento Princesa da Praia, Mosqueiro.

[2] In http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12831&p=2

Em conclusão, opina a Procuradoria de Justiça:

1. Preliminarmente, para que seja declarada a constitucionalidade do art. 37 e seus parágrafos, do ADCT da Constituição do Estado de Sergipe, com base na letra do art. 96, do ADCT da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 57, de 18 de dezembro de 2008, prosseguindo-se no julgamento, para o fim de CONHECER e PROVER o recurso, reformando-se a sentença profligada de fls. 08 a 11, reconhecendo-se a competência tributária do Município de Aracaju para instituição e cobrança do IPTU relativo ao imóvel sub judice.

2. Sucessivamente, para hipótese de rejeitar-se o entendimento anterior, que seja declarada, em sede preliminar, a inconstitucionalidade do art. 37 e seus parágrafos, mas sem pronunciar sua nulidade até a edição da lei complementar federal, por força do que, permanecendo a competência tributária do Município de Aracaju para instituição e cobrança do IPTU relativo ao imóvel objeto do litígio, prossiga-se no julgamento do apelo, a fim de que seja CONHECIDO e PROVIDO, reformando-se a sentença profligada de fls. 08 a 11.

É o parecer, sub censura.

Aracaju(SE), 13 de novembro de 2009.

Rodomarques Nascimento
Procurador de Justiça

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS

José Carlos de Oliveira Filho*

Ação de Indenização por Danos Morais e Materiais. Improcedência do pedido. Indemonstrado dolo, culpa, recusa ou retardamento jurisdicional. Não comprovada existência de irregularidade na persecução criminal sofrida pelo recorrido. O STF já decidiu que mesmo quando a decisão judicial for morosa, o Estado não será civilmente responsabilizado quando essa demora for plenamente justificada, caso destes autos. Mesmo que o acusado tenha sido absolvido, caso do pedido, não se mostra abusiva a movimentação da máquina jurisdicional, com prisão cautelar e preventiva, se existiam fortes indícios que convenceram o Ministério Público a requerer-lhe a prisão. Não se comprovou qualquer participação dos agentes do Estado na divulgação dos fatos pela imprensa. Pelo desprovimento do apelo.

Parecer

R.O.A., devidamente identificado, através de advogado legalmente habilitado, interpôs Recurso de Apelação contra decisão que julgou improcedente Ação de Indenização por Danos Morais e Materiais que intentou contra o Estado de Sergipe, tendo aduzido as seguintes razões:

Que a denúncia ministerial contra o recorrente, foi fulcrada no fato de que, "o Apelante supostamente tivesse dado cobertura aos executores diretos do crime", fls. 237, e "a repercussão do crime alcançou nível nacional, chegando, inclusive, a ser objeto de cobertura do programa "Linha Direta", da Rede Globo de Televisão", fls. 238, e "instruído aquele feito, o ora Apelante restou pronunciado e não tendo logrado êxito no julgamento do seu Recurso em Sentido Estrito, acabou tendo de ser submetido a julgamento pelo Egrégio Tribunal do Júri", onde foi absolvido por 4 votos a 3", fls. 238.

Que consoante a votação obtida na sessão de julgamento do apelante, pelo Tribunal do Júri, "se infere com clareza meridiana que o autor foi absolvido da acusação pela prática tanto do crime de homicídio qua-

* Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de Sergipe

lificado, quanto do delito de ocultação de cadáver", fls. 239, daí que promoveu esta ação para se ver ressarcido da grave ofensa que sofreu.

Que "a situação vexatória e aviltante a que foi submetido o Apelante, dada a gravidade e repercussão a nível nacional da acusação, a sua prisão injusta e arbitrária, por quase 04 (quatro) anos, culminaram por enxovalhar sua honra, sua imagem e sua dignidade, eis que findou sendo injustamente e absurdamente rotulado a um assassino de alta periculosidade, a um marginal sem escrúpulos, situações esta, que nem mesmo com o passar do tempo foram apagadas da sua memória e dos seus familiares", fls. 239.

Que todas as angústias suportadas pelo Apelante foram provocadas, "exclusivamente pelos representantes do Estado de Sergipe, na pessoa daqueles que proferiram sua segregação cautelar ou que indeferiram a sua liberdade provisória, e por isso, são plenamente passíveis de indenização, máxime quando perduraram desde o início das investigações policiais, somente tendo fim com o trânsito em julgado da sentença absolutória", fls. 240.

Que, "ao contrário da conclusão a que chegou o nobre sentenciante a quo, a obrigação de indenizar embora inexistindo dolo ou má-fé do agente público, decorre do erro judiciário consubstanciado na inobservância do princípio constitucional da eficiência do serviço público", fls. 241.

Que, em efetivo, "não houve sentença condenatória vez que o Recorrente foi absolvido pelo Tribunal do Júri em face à recepção de sua tese de negativa de autoria, a sua prisão, conforme dito na vestibular, decorreu de segregação cautelar, iniciada pela prisão temporária e depois convertida em preventiva. Dita prisão, conforme visto, perdurou por exatos 03 (três) anos e 07 (sete) dias, uma vez que foi preso no dia 21 de março de 1988 e somente foi libertado em 27 de novembro de 2001, quando da sua absolvição pelo Júri", fls. 243.

Que, "assim, resta claro que **in casu** a prisão cautelar fugiu dos parâmetros legais na medida em que o Recorrente restou segregado por 1.315 dias, lapso temporal estratosfericamente superior aos 81 dias estabelecidos em lei. Flagrante, portanto, a ilegalidade da prisão, que não observou o periculum in mora inverso quando ao final da quizila o Apelante restou absolvido de todas as acusações que lhe foram irrogadas na ação penal", fls. 244.

Por último, o Apelante traz a lume algumas decisões a respeito da responsabilidade objetiva do Estado e a indenização devida a quem sofra constrangimento indevido por parte dos agentes públicos.

Requer o provimento do apelo.

Em contra-razões de fls. 277, 287, diz o Estado de Sergipe que, preliminarmente é inafastável a tese de aceitação da incidência da prescrição, posto que o entendimento do Magistrado do Primeiro Grau "merece ser, de pronto, rechaçado, haja vista não atentar para o fato de que, à exceção do artigo 1°, existe o artigo 10 do mesmo Decreto n°20.910/32, além das regras de validade e prevalências das normas jurídicas especiais", fls. 279.

Que "o prazo de prescrição quinzenal para as ações pessoais, previsto no art. 1° do Decreto n° 20.910/32, no art. 2° do Decreto-Lei n° 4.597/42 e no art. 1°-C, Lei n° 9.494/97, continua existente em nossa ordem jurídica, entretanto, somente possui aplicação naquelas hipóteses em que o mesmo prazo for igual ou superior para os particulares", fls. 280, posição que é a mesma já sustentada no Tribunal de Justiça de Sergipe, como o afirma às fls. 281.

Que, satisfeita a tese arguida da prescrição, entende que fica atingido "inegavelmente o alegado direito do autor pela prescrição, não restando ao Requerente qualquer fundamento para pleitear qualquer indenização quanto a danos sofridos há mais de três anos", fls. 284.

Que no que diz respeito ao processo original do homicídio, "o autor foi preso provisoriamente, sob a forma de prisão preventiva, como forma de garantir a ordem pública e a sua própria segurança, pois, como bem afirmado por ele na peça vestibular, o crime cometido foi contra um ilustre membro do Ministério Público Estadual, causando grande comoção pública, sendo abordada como matéria principal em vários meios de comunicação", fls. 285.

Transcreve texto de Sérgio Cavalieri, ao afirmar que "decretada a medida nos termos e nos limites da lei, não há como responsabilizar o Estado, ainda que gravosa ao seu destinatário, porque não há nenhuma ilicitude no ato", fls. 285.

Por derradeiro postula pelo desprovimento do apelo.

É o relatório.

Opino.

Neste caso, prefiro ficar com as judiciosas razões trazidas pela ínclita Representante do Ministério Público no Primeiro Grau, Dra. Maria Eugênia Deda que disse às fls. 223 e seguintes, verbis:

"(...)

A questão da responsabilidade do Estado pela prática de atos

jurisdicionais é objeto de controvérsia na Doutrina, não sendo também pacífica a Jurisprudência acerca do tema.

Há os que sustentem a irresponsabilidade, exceto na hipótese do art. 630, CPP, ao argumento de que decisões judiciais são atos de soberania interna do Estado e a liberdade decisória dos Magistrados, sujeitos à falibilidade humana dos julgamentos, seria afetada no caso de ficar submetia à responsabilizações patrimoniais.

Ora, estes argumentos serviriam também para excluir, em tese, a responsabilidade do Estado por atos administrativos em geral.

Se o Administrador, que exerce parcela da soberania estatal, atua sob a sombra da responsabilidade civil quando age com dolo ou culpa, não há razão para a ela não se submeter o Juiz, também Agente Público. O Estado, por sua vez, assume o risco de indenizar por ter ele monopolizado a tarefa de dirimir conflitos.

Assim, em tese, não haveria óbice à responsabilização do Estado por atos judiciais, pelo que estes atos seriam indenizáveis quando injustamente causarem danos a terceiros, inclusive em razão da morosidade da justiça, já que é modalidade de serviço público imperfeito, não podendo o jurisdicionado ser lesado pelo deficiente aparelhamento da Justiça.

No entanto, forçoso reconhecer que esta não foi a orientação adotada pela Carta de 1988. Certo que o art. 36, §6°, ao prever a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito público, não exonerou qualquer atividade do Estado.

No entanto fez constar do art. 5°, LXXV, regra liminativa da anterior, no sentido de que "o Estado indenizará o condenado por erra judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença".

Assim, afora estas hipóteses, o Estado só é civilmente responsável pelos atos do Poder Judiciário nos casos expressos em lei, como o art. 133 do CPC e 630 do CPP.

No caso sub judice, não restou provado dolo, culpa, recusa ou retardamento injustificado na prestação jurisdicional. É válido ressaltar ainda que a jurisdição é a função delegada pelo Estado ao Poder Judiciário, de aplicar as normas de direito objetivo da ordem jurídica em relação a uma pretensão, bem como de tutelar os mandamentos da ordem jurídica. Daí dizer-se que é a causa final específica da atividade do Poder Judiciário.

Como não houve demonstração da existência de irregularidade na persecução criminal, do que poderia ter decorrido um dano injusto ao

autor da ação indenizatória, não há falar em nexo causal, tampouco em responsabilidade civil do Estado decorrente de prisão, indiciamento e denúncia pela prática do crime de homicídio doloso.

O fato de ter sido absolvido no Juízo Criminal, por si só, não tem o condão de transformar a prisão procedida em ilegal".

Transcreve, ainda, a ilustre Promotora de Justiça arestos de decisões sobre a matéria proferidas pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, fls. 224.

Em efetivo, o pedido de indenização formulado pelo autor/apelante, não merece prosperar, eis que as razões por ele apresentadas, embora tentadoras, não possibilitam a mudança de rumo na manutenção da decisão que disse ser improcedente a inaugural.

Diz ele e repete no recurso, que esteve preso por três longos anos e sete dias, quando foi absolvido pelo Tribunal do Júri e que a demora ou retardamento no andamento do processo criminal, a repercussão do fato e as sequelas do seu aprisionamento, são responsabilidades que o Estado deve assumir e lhe indenizar.

O aqui apelante foi preso temporariamente e após preventivamente, foi pronunciado e absolvido no Tribunal do Júri por quatro votos a três, quando questionado, o Corpo de Sentença respondeu ao quesito 3°, formulado adiante, assim, **verbis**:

" 3°. O réu R.O.A., concorreu de qualquer forma pra a execução do crime?".

Três dos jurados disseram que SIM, ou seja, R. O. A. concorreu, de alguma forma para a prática ou execução do crime. Quatro, no entanto, disseram que NÃO, ou seja, de que ele não participou da execução do crime.

Significa dizer, em outras palavras, que a alardeada inocência do aqui apelante esteve sob intensa suspeição da polícia e do Ministério Público que o denunciou, e até mesmo na interpretação do Corpo de Jurados que o absolveu pela diferença de um único voto.

Como então, argumentar, **permissa máxima venia**, que a segregação do apelante foi longa ou demasiada, ele que foi pronunciado para ir a julgamento e ali foi absolvido pela dúvida de um único jurado?

Penso até que o tempo de segregação do aqui apelante, considerado por ele longo, foi o tempo de que necessitou a autoridade policial para investigar o rumoroso assassinato do valoroso Promotor de Justiça Valdir de Freitas Dantas, abatido na juventude dos seus anos de vida, pela intrepidez com o qual enfrentou aqueles que quiseram praticar atos de improbidade na jurisdição de sua Promotoria de Justiça.

Logo não se pode dizer que houve morosidade no andamento do feito criminal, nem que a prisão preventiva determinada contra sua liberdade foi excessiva, até porque naquele rumoroso caso foram várias as investigações procedidas e, por fim, houve pronúncia até o julgamento dos incriminados pelo Tribunal do Júri.

Como também foi muito bem delineado na decisão, aqui atacada, a partir de fls. 225, que transcrevo em alguns dos seus trechos, **verbis**:

"(...)

Subsiste, inicialmente, a necessidade de apreciação da prejudicial de mérito suscitado.

...

A Fazenda Pública, nesse sentido, possui regimento prescricional próprio, não comportando, em regra, prazo prescricional inferior ao de 05 (cinco) anos estabelecido no citado Decreto.

Não se aplica, desta forma, para as ações ajuizadas em face do Estado, o prazo prescricional trienal estabelecido no art. 206 § 3° do Código Civil para as ações que tenham por objeto a pretensão de reparação civil, restringindo-se, este prazo, às relações de direito privado.

...

Rechaça-se, por isso, a prejudicial de mérito suscitado pelo requerido.

Para imputar-se ao Estado a obrigação indenizatória, deve restar provado o excesso no serviço prestado e na postura dos agentes envolvidos. Mesmo que o acusado tenha sido absolvido, não se mostra abusiva a movimentação da máquina jurisdicional, com prisão cautelar e preventiva, se existiam fortes indícios que convenceram o Ministério Público a requerer-lhe a prisão.

Ademais, a prisão preventiva não visa punir o indiciado, mas preservar a efetividade do processo, visto seu caráter cautelar.

A absolvição superveniente do Requerente não significa que tenha havido erro de parte do Poder Judiciário ou das autoridades policiais, que justifique a indenização por dano moral pretendida no presente feito.

...

Não restou demonstrado, desta forma, qualquer excesso ou ilegalidade na conduta dos agentes públicos que atuaram na persecução penal e prisão do requerente".

Verifica-se, pois, que o raciocínio desenvolvido pelo Magistrado do Primeiro Grau, nesta parte inicial da sentença, guarda coerência com o que foi apreciado não só na instrução do feito, considerando-se a tese desenvolvida pelo nobre causídico subscritor da peça apelatória.

A prisão do autor/apelante deu-se pela necessidade imprescindível de averiguação policial e a forma preventiva dela revelou que o recorrente, de alguma forma, está ou esteve ou poderia estar ligado ao terrível ato delituoso praticado contra a pessoa do Promotor de Justiça Valdir de Freitas Dantas.

Quero crer, e a prudência revela isto, que uma investigação policial, como a que se deu no caso que redundou na apuração do crime praticado, não poderia ser concluída imediatamente, não se podendo considerar a expressão imediatamente, em dias, meses ou algo que o valha.

Quando a autoridade policial do feito criminal postulou pela decretação da prisão preventiva do aqui apelante, naquele momento de apuração do grave delito, certamente que não o fez apenas por se tratar do homicídio tendo como vítima um Promotor de Justiça, mas um ser humano como tantos que morrem, todos os dias, pelos mais variados motivos.

A segregação do então paciente naquele momento, pareceu ao Juiz da causa, como ao Promotor da causa, uma necessidade. E essa necessidade veio a se refletir no momento da realização do Júri, valendo repisar, por absolutamente oportuno, que o então réu e aqui apelante foi absolvido por quatro votos contra três, quando os jurados responderam à seguinte questão, verbis:

"3°. O réu R.O.A., concorreu de qualquer forma para a execução do crime?".

Foi perguntado ao Corpo de Jurados se o então réu no processo ali criminal e aqui apelante neste processo cível, tinha, de alguma forma ou maneira, participado ou concorrido para a execução do crime, e três dos jurados responderam que SIM, ou seja, que ele R. tinha concorrido, de alguma forma, para que os autores materiais assassinassem o Promotor Valdir de Dantas Freitas, enquanto outros quatro jurados disseram que NÃO (fiz os grifos).

Significa dizer e aqui repito o que escrevi em linhas anteriores, que houve razoável dúvida quanto à participação do ora recorrente naquele feito criminal e sua absolvição se deu por apertado voto a ele favorável, e que sua pronúncia, pois e anterior consequente prisão, não foram terríveis ou irregulares ou injustas como o quer que o seja e aqui apelante, ao ponto de lhe trazer incômodo ou indenização pelo dano sofrido.

Como bem o disse o douto juiz processante que não houve, pois, excesso ou ilegalidade na conduta dos agentes públicos que atuaram na persecução penal e prisão do requerente.

Outro ponto destacado na sentença, aqui atacada, está assim dirimido, **verbis**:

"Outrossim, no que se refere à divulgação dos fatos pela imprensa, verifico tratar-se de exercício do direito de acesso à informação de interesse coletivo ou geral, consagrado na Constituição Federal (art. 5°, XXXIII), sobre o qual não houve qualquer participação dos agentes do Estado.

Oportuno registrar, ainda, que cabe ao Estado no exercício do Poder Público, em especial, na investigação e persecução penal, agir de forma transparente e a permitir a ampla publicidade dos fatos e atos oficiais (art. 20, do Código de Processo Penal), até como garantia do cidadão/investigado contra possíveis abusos ou arbitrariedades".

Ora, um fato gravíssimo da natureza como o foi envolvendo o assassinato de um Promotor de Justiça naturalmente que terá enorme repercussão na mídia. No entanto, e como foi ressalvado na sentença, agora atacada, sendo lícito o dever de informar, e desde que não haja nenhuma participação na divulgação de órgãos ou agentes públicos, não há como impedir que tais fatos venham a público.

Se houve, até e como o disse o apelante, um programa nacional da Rede Globo em relação ao assassinato do Promotor, é de se imaginar o interesse da mídia em levá-lo ao grande público, não só por dever de informar, como pelo próprio interesse em manter a audiência no referido canal e em determinado horário.

Por conseguinte, penso que não há como amparar a pretensão do apelante, eis que não ficou configurada qualquer responsabilidade objetiva ou não do Estado ou de seus agentes, seja na persecução criminal, na pretendida demora no processo, na segregação do paciente ou na divulgação dos fatos.

Isto posto, opina o órgão do Ministério Público, no sentido de que se conheça do apelo, por tempestivo, descaracterizada a preliminar sustentada nas contra-razões do Estado de Sergipe, e, no mérito que seja desprovido o apelo, inteiramente.

É como penso.

Aracaju, 15 de outubro de 2009.

José Carlos de Oliveira Filho
Procurador de Justiça

CONTRA-RAZÕES EM AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE REGISTRO DE CANDIDATURA*

Alex Maia E. de Oliveira**

Contra-razões em ação de impugnação de registro de candidatura. Proteção da probidade administrativa e a moralidade para o exercício do mandato em vista da experiência pregressa do candidato como agente político. Improvimento do recurso. Manutenção do indeferimento do registro de candidatura.

O MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL, através de seu Representante Legal em exercício na 17ª Zona Eleitoral, no uso de suas atribuições Constitucionais, Infra-Constitucionais e Institucionais, *ex vi* do artigo 127 e seguintes da Constituição Federal, artigo 32, inciso III, da Lei 8.625/93, com fundamento no artigo 8º, § 1º, da Lei Complementar nº 64/90, vem perante Vossa Excelência apresentar, tempestivamente, as CONTRA-RAZÕES RECURSAIS nos autos em epígrafe, tendo em vista interposição de Recurso Inominado movido pelo Sr. SOS às fls. 235 *usque* 248 deste *in folio*, requerendo o seu processamento na forma da Lei, encaminhando-se ao Egrégio Tribunal Regional Eleitoral de Sergipe para julgamento.

Outrossim, tocante ao pedido de reconsideração (fls. 235), este além de não contar com previsão na LC 64/90 ou haver dito juízo de retratação na Resolução 22.717/08, deve, portanto, ser rechaçado por impossibilidade jurídica, e ainda que este juízo de 1º grau o admita, ante as razões recursais apresentadas pelo impugnado, este Membro Ministerial não vislumbrou fundamento relevante capaz de autorizar a reforma da sentença objurgada.

Nestes termos,
Pede deferimento.

Glória/SE, 13 de agosto de 2008.

ALEX MAIA E. DE OLIVEIRA
Promotor de Justiça Eleitoral

*Esta lide eleitoral resultou na cassação do mandato eletivo do candidato vencedor, do pleito de 2008, ao cargo de Prefeito, por decisão do Tribunal Superior Eleitoral.

**Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Sergipe.

EGRÉGIO TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL

ÍNCLITO PROCURADOR REGIONAL ELEITORAL

> "Não se pode afirmar que o nosso sistema jurídico não se ache equipado com normas aptas a repelir o acesso aos cargos públicos de pessoas comprovadamente sem probidade. Em absoluto. Há até excesso dessas normas, falta apenas colocá-las em prática com a determinação e firmeza [...]. Basta, simplesmente, emprestar eficácia aos princípios constitucionais que repudiam a improbidade." (PINTO, Djalma. A vida pregressa no contexto da elegibilidade. Tribunal Regional Eleitoral da Bahia, Salvador. Disponível em: http://www2.tre-ba.gov.br/servicos/doutrina.)
>
> "Entre o Poder Legislativo e a Constituição existem os tribunais; e é para eles que os interesses feridos hão de apelar, sempre que o legislador se esqueça na sua obra de que neste regime não é soberano, isto é, que a sua função de fazer leis está limitada pelo seu dever de obedecer à Constituição" (RUI BARBOSA, in Obras Completas, vol. XXIV, tomo I, pg. 247)

O MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL, através de seu Representante Legal em exercício na 17ª Zona Eleitoral, no uso de suas atribuições Constitucionais, Infra-Constitucionais e Institucionais, ex vi do artigo 127 e seguintes da Constituição Federal, artigo 32, inciso III, da Lei 8.625/93, com fundamento no artigo 8°, § 1°, da Lei Complementar n° 64/90, vem perante Vossa Excelência apresentar, tempestivamente, as CONTRA-RAZÕES RECURSAIS em contraposição ao Recurso do Sr. SOS, o qual interpôs Recurso Eleitoral às fls. 235 *usque* 248 dos autos, pelas razões de fato e de direito a seguir declinadas:

I – Breve relato da causa.

O Ministério Público Eleitoral ingressou com ação de impugnação de registro (doc. fls. 1/11), em desfavor do recorrente em epígrafe, escorando-se na causa de inelegibilidade potenciada prevista no art. 1°, I, "g" da chamada Lei das Inelegibilidades, a qual possui como fundamento de validade o art. 14, § 9° da Carta Magna.

Este *Custos Iuris*[2] carreou como prova pré-constituída julgados emanados do TCE nos seguintes processos:

1) ACÓRDÃO TC – 1970/2006 – Segunda Câmara – PROCESSO TC – 001775/2005, Relator Conselheiro Heráclito Guimarães Rollemberg, julgado em 30.11.2006;

2) ACÓRDÃO TC – 1998 – Segunda Câmara – PROCESSO TC – 001324/2003, Relator Conselheiro Heráclito Guimarães Rollemberg, julgado em 22.02.2007, o qual manteve a quase totalidade do Acórdão TC no. 19008, proferido no Processo TC no. 088718/98

No TC – 001324/2003 foram elencadas diversas práticas administrativas divorciadas dos mais comezinhos princípios norteadores dos atos administrativos, todas com nefasta repercussão sobre o erário municipal, *verbis*:

1) Pagamento de medicamentos adquiridos em uma só farmácia, sem procedimento licitatório;

2) Pagamento de refeições sem identificação dos beneficiários;

3) Pagamento de horas extras a ocupantes de cargos em comissão e funções gratificadas;

4) Ocupação de 70 servidores de cargos em comissão a mais do que o permitido em Lei.

O caso apreciado pelo Tribunal de Contas do Estado de Sergipe nos autos do TC – 001775/2005, revelou malversação de verbas públicas oriundas de repasses para a formação do FUNDEF, no exercício financeiro de 1999, consistindo na prática de ilícitos administrativos, dano ao erário e infração à normas municipais e de natureza contábil e financeira, a saber:

1) Controle de execução orçamentária de forma indevida em desacordo com a Lei Municipal 537/1998;

2) Despesas pagas irregularmente com recursos do FUNDEF no valor de R$ 194.446,64;

3) Despesas com aquisição de combustíveis, lubrificantes e peças no montante de R$ 61.206,08, sem especificação dos veículos a demandarem tais gastos públicos;

4) Ausência de retenção do IRPF referente a serviços prestados;

5) Despesas sem especificação no montante de R$ 26.547,21.

No TC 088718/98 (fls. 44), confirmado pelo TC – 001324/2003 (fls.

[2]A Carta Magna de 1988 conferiu ao Ministério Público um novo perfil institucional, que o coloca como guardião de bens e interesses constitucionalmente albergados, envergadura normativa que inspirou o Min. Carlos Ayres Britto, do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Inquérito 1968, a lapidar a atuação ministerial como de verdadeiro *CUSTOS IURIS*.

41), foram elencadas práticas administrativas divorciadas dos mais comezinhos princípios norteadores dos atos administrativos, com nefasta repercussão sobre o erário municipal, *verbis*:

> "EMENTA 1. (..) Irregulares despesas realizadas sem efetiva comprovação, imputando-se o gestor em alcance e MULTA. 2. Comete crime de responsabilidade o gestor que assim procede ou com tal situação anui." (Inovei com grifos).

Por sua vez o TC – 001775/2005 (fls. 25 e 40), que confirmou o TC – 93.382/2004 impingiu-lhe obrigação de repor o dano ao erário, além de condenação a pagar multa, *ipsis litteris*:

> "QUE SEJA DEVOLVIDO À CONTA CORRENTE DO CITADO FUNDO, O MONTANTE DAS DESPESAS PAGAS IRREGULARMENTE." (Trecho sublinhado extraído do relatório de inspeção, doc. de fls. 40)

Outrossim, a própria liminar concedida no processo cautelar acostada às fls. 68 deste *in folio*, analisando a prova carreada pelo recorrente confirma a existência de condenação por desvio de verbas do FUNDEF:

> "(..) O QUAL RESULTOU NO PROCESSO NO. 93.382/2004 (..) SENDO CONSIDERADO IRREGULAR O PERÍODO AUDITADO SOB SUA RESPONSABILIDADE E LHE IMPOSTA PENALIDADE PECUNIÁRIA DE 10% (DEZ POR CENTO) SOBRE O VALOR A SER DEVOLVIDO, REPRESENTAÇÃO NO MINISTÉRIO PÚBLICO E MULTA DE R$ 500,00 (QUINHENTOS REAIS)." (Trecho destacado da liminar concedida na Justiça Comum encartado às fls. 68)

Foi apresentada contestação às fls. 55/63, onde o *ex adverso*, alegou, em suma, que ditos julgados não eclodem a causa de inelegibilidade suscitada, pois carente o TCE de competência para proceder a julgamento de Chefe do Poder Executivo, suscitando que tal mister seria exclusivo da Câmara Municipal de Feira.

Aduz, igualmente, que os acórdãos emanados do TCE Sergipano seriam apreciação de conta anual (contestação fls. 58), por conseguinte, incumbiria ao Parlamento local decidir sobre a inelegibilidade, e sustenta tal posição no fato de que, a rigor, inexistiu julgamento por meio de acórdão, taxando aqueles decisórios de meras inspeções ordinárias periódicas (fls. 60). Finalmente, quis ver afastada tal causa impeditiva do

seu direito eleitoral passivo por conduto de liminares deferidas pela Justiça Comum, em ações cautelares perante a 18ª e 2ª Varas Cíveis de Aracaju.

Pelo juízo eleitoral foi ordenada expedição de ofício (fls. 106/107) à Câmara Municipal e ao TCE a fim de averiguar se os desvios constatados pelo Órgão Técnico foram objeto de apreciação específica pelo Legislativo, e em caso negativo a razão, bem como foi solicitada informação do TCE no sentido de se questionar o envio de tais julgamentos para apreciação do aludido Parlamento local.

Dito órgão técnico explicitou (fls. 114) em sua resposta que não foram enviados os respectivos acórdãos, pois se tratam de julgamentos, vale dizer, são matérias de competência exclusiva do TCE, por inferência da regra estatuída no art. 71, II da CF. conforme bem esclareceu esta Corte, textualmente:

> "(..) informo que os Processos TC-001775/2005 e TC-001324/2003(...) os quais não são submetidos ao crivo da Câmara de Vereadores, sendo as Decisões deste Tribunal definitivas." (Cf. fls. 114).

Tal informação foi corroborada por ofício oriundo da Câmara Municipal de Glória (fls. 116), a qual esclareceu que ditas despesas específicas, bem como os convênios, não são objeto de deliberação política pelo Poder Legislativo, porquanto somente a esta compete analisar os pareceres prévios, vale dizer, as condenações do TCE a lastrear esta ação não veiculam pareceres prévios, mas autêntica decisão de contas de gestão.

Houve apresentação de alegações finais pelo *ex adverso* às fls. 120/124, que em linhas gerais reproduziu o teor da contestação, juntando docs. de fls. 125/140.

O Ministério Público Eleitoral ofertou memoriais às fls. 142/180, acostando docs. às fls. 181/204, os quais consistiram em acórdão proferido por este Egrégio TRE nos autos no. 1067/2000, neste havendo reconhecimento da competência julgadora do TCE para decidir sobre as contas de gestão de Prefeito, além de demonstrativos de repasses, mês a mês, para o FUNDEF de Glória no exercício financeiro de 1999.

Sobreveio laboriosa sentença (fls. 207/231, verso e anverso), a qual acatou *in totum* a impugnação movida pelo Ministério Público, ali chancelando as teses esgrimidas em matéria de inelegibilidade: contas de gestão do Chefe do Executivo, na função de ordenador de despesa (CF, art. 71, II, VIII e § 3°), são submetidas ao controle técnico, por meio de julgamento perante o TCE, ao tempo em que reconheceu que o FUNDEF em Sergipe, aí incluído o Município de Nossa Senhora da Glória, conta

com repasse de recursos do Estado, através do FPE, portanto, verba orçamentária deste ente federativo, atraindo a competência julgadora do TCE correlato, e por não haver complementação da União descabido invocar atribuição do TCU, sem descurar a defesa do patrimônio público (*res publica*), concretizado pelos vetores constitucionais da probidade e moralidade administrativa com assento no art. 14, § 9° da CF.

Inconformado com o comando sentencial interpôs recurso eleitoral (fls. 235/248), aduzindo, em linhas gerais, os mesmos argumentos, fazendo uma verdadeira argumentação *per relacionem*, pois que praticamente reproduziu a totalidade da sua peça contestatória, apenas acrescendo que a Juíza Eleitoral no seu percuciente *decisum* incorreu em "outro equívoco, de algum modo grosseiro "(fls. 244 do recurso eleitoral), ali afirmando que dita sentença havia reconhecido o FUNDEF como convênio para rechaçar a candidatura postulada pelo irresignante.

Vieram os autos para apresentação de razões recursais.

É o que tínhamos a relatar dando cumprimento ao art. 43, III da Lei 8625/93.

II – Do mérito recursal. Documentos acostados pela parte adversa no primeiro grau e no recurso. Julgamento pelo TCE condenação a devolver dinheiro o público. Aplicação de multa. Decisão política da Câmara. Irrelevância e impertinência. Divergência de datas e processos nos decretos legislativos e nos acórdãos a embasar esta airc. Objetos distintos.

O impugnado no intróito (fls. 238) de sua peça recursal aduz que as decisões a embasar dita ação eleitoral sequer seriam verdadeiros julgamentos, limitando-se a " (..) aferir irregularidade dos atos administrativos para que o Administrador Público corrija oportunamente, eventuais falhas. "

Ledo engano. Conforme se verá no tópico IV deste arrazoado, as manifestações do TCE a amparar esta lide foram o ponto culminante de processos administrativos, com ampla defesa, resultando em acórdãos condenatórios. Nestes realizaram-se verdadeiros julgamentos técnicos, diga-se de passagem, autorizados pela Carta Magna nos CF, art. 71, II, VIII e § 3°, sendo despropositado, para dizer o mínimo, falar em recomendação ou indicação de falha no trato com dinheiro público – desviado,

lesado, malferido – para simplesmente redundar em sugestão tendente a corrigir estas "falhas" (expressão usada no recurso fls. 238).

Seguindo esta linha de raciocínio do contrastante, o gestor corrupto, cuja demonstração técnica de ofensa ao erário se deu pelo TCE numa inspeção ordinária, teria como única consequência ser-lhe apontada sua "falha" para devida correção. E aí pergundo aos conspícuos Julgadores qual seria a consequência prática de tal proceder??? No pensar do recorrente limitaria-se a alertá-lo: peculatário se locuplete, sangre a coisa pública, mas da próxima vez tenha mais cuidado, procure maquear suas fraudes.

Ora, por óbvio que tal solução imaginada pelo recorrente faz tabula rasa de relevantíssima função fiscalizatóira e decisória do TCE, cuja previsão constitucional tem sede no CF, art. 71, II, VIII e § 3°, aplicável às Cortes Estaduais por força do princípio da simetria.

Com efeito, os processos oriundos do TCE veiculam condenações, multas, constitui título executivo extrajudicial, tanto que aquele sodalício remeteu as peças à Procuradoria de Justiça para adoção das medidas cabíveis, dentre elas a presente impugnação ao registro.

Consoante dito acima no TC 088718/98 (fls. 44), confirmado pelo TC – 001324/2003 (fls. 41), foram elencadas práticas administrativas divorciadas dos mais comezinhos princípios norteadores dos atos administrativos, com nefasta repercussão sobre o erário municipal, *verbis:*

> "EMENTA 1. (..) Irregulares despesas realizadas sem efetiva comprovação, imputando-se o gestor em alcance e MULTA. 2. Comete crime de responsabilidade o gestor que assim procede ou com tal situação anui." (Inovei com grifos).

Por sua vez o TC – 001775/2005 (fls. 25 e 40), que confirmou o TC – 93.382/2004 impingiu-lhe obrigação de repor o dano ao erário, além de condenação a pagar multa, *ipsis litteris:*

> " QUE SEJA DEVOLVIDO À CONTA CORRENTE DO CITADO FUNDO, O MONTANTE DAS DESPESAS PAGAS IRREGULARMENTE." (Trecho sublinhado extraído do relatório de inspeção, doc. de fls. 40)

Outrossim, a própria liminar concedida no processo cautelar acostada às fls. 68 deste *in folio*, analisando a prova carreada pelo recorrente confirma a existência de condenação por desvio de verbas do FUNDEF:

> "(..) O QUAL RESULTOU NO PROCESSO NO.

> 93.382/2004 (..) SENDO CONSIDERADO IRREGULAR O PERÍODO AUDITADO SOB SUA RESPONSABILIDADE E LHE IMPOSTA PENALIDADE PECUNIÁRIA DE 10% (DEZ POR CENTO) SOBRE O VALOR A SER DEVOLVIDO, REPRESENTAÇÃO NO MINISTÉRIO PÚBLICO E MULTA DE R$ 500,00 (QUINHENTOS REAIS)." (Trecho destacado da liminar concedida na Justiça Comum encartado às fls. 68)

A presente impugnação funda-se em JULGAMENTOS DE DESPESAS ESPECÍFICAS, realizados pela Corte de Contas do Estado de Sergipe, que em DUAS DECISÕES COLEGIADAS reconheceu que houve malversação de dinheiro público durante a gestão da parte adversa, à época Prefeito de Glória, despesas estas realizadas diretamente pelo ex-gestor/impugnado.

Neste passo reconheceu o próprio irresignante tal natureza destacada e individualizada dos gastos públicos sindicados nos multicitados processos, por conseguinte, admitindo a distinção com a atribuição consistente na análise global a ser realizada na emissão de um opinativo sobre as atividades financeira e orçamentárias como um todo dentro de um exercício financeiro, tendo acertadamente asseverado:

> "In casu, os processos que determinaram a procedência da demanda impugnatória referem-se a análise isoladas (sic) de períodos fiscalizados (..)." (Grifos de passagem extraída das fls. 238 do recurso).

Pois bem, as hipóteses versaram gastos ilícitos com verbas do FUNDEF, assim também relativo a ilegalidade na consecução de despesas com medicamentos adquiridos sem licitação, pagamento indevido de horas extras a comissionados e criação de cargos em comissão acima do permitido por lei municipal.

No entanto, insurge-se o valoroso Procurador do impugnado, aduzindo a incompetência do TCE para tais julgamentos, sugerindo que aquela Corte, decana na aplicação de normas de direito financeiro e contabilidade pública, teria incorrido em um erro crasso ao se arvorar na função política da Câmara Municipal de julgar as contas anuais do Chefe do Executivo.

Em abono à sua tese carreia documentos às fls. 65/104, os quais demonstram, dentre outras coisas, que o acionado teve suas contas anuais devidamente aprovadas pelo legislativo local.

O Ministério Público de modo algum deseja contrariar a autentici-

dade ou validade jurídica dos decretos emanados da Câmara de Glória, no entanto vem impugnar sua relevância ao deslinde desta causa eleitoral.

Com efeito, os pronunciamentos políticos trazidos pela defesa não possuem pertinência com a causa de inelegibilidade invocada pelo Ministério Público, ali conforme pode ser lido dos docs. de fls. 72/74 e 81 dos autos, objetivou-se aprovar contas do exercício financeiro.

Diante destas considerações, é força convir que os documentos produzidos pelo demandado são imprestáveis ao convencimento judicial pois se está a discutir a eficácia de julgamento do TCE concernente a aplicação de verba específica do FUNDEF, além de outros gastos individualizados, realizados pelo impugnado enquanto executor de despesa, ao invés de parecer prévio das contas anuais do Prefeito, às quais aludem a prova documental trazida à cognição judicial pelo *ex adverso*.

Tanto mais é verdade nobres Julgadores, que os Decretos Legislativos de aprovação de contas de 3 (três) anos seguidos são datados de 10 de novembro de 2006 e 27 de junho de 2003, quando ambas as decisões do TCE a amparar esta AIRC foram exaradas somente em 30/11/2006 e 22/02/2007.

Ora, era caso de se questionar a própria validade jurídica dos decretos absolutórios da contas do Prefeito, editados sem envio da decisão do TCE, o que constituiria vício incorrigível da Câmara, sem nenhuma eficácia o crivo político.

Entretanto, vê-se que não é o caso, pois que os respectivos decretos, além de consignarem julgamento de contas anuais de 1999 e 1998, igualmente remetem aos seguintes TCs: 2336/2006, deliberado em 08 de junho de 2006 e TC 2146/2003, deliberado em 05 de junho de 2003

Neste diapasão, restou demonstrado que os decretos aprovando as contas anuais do demandado versam objeto diverso daqueloutros julgamentos desfavoráveis emitidos pelo TCE, quais sejam:

1) ACÓRDÃO TC – 1970/2006 – Segunda Câmara – PROCESSO TC – 001775/2005, Relator Conselheiro Heráclito Guimarães Rollemberg, julgado em 30.11.2006;

2) ACÓRDÃO TC – 1998 – Segunda Câmara – PROCESSO TC – 001324/2003, Relator Conselheiro Heráclito Guimarães Rollemberg, julgado em 22.02.2007, o qual manteve a quase totalidade do Acórdão TC no. 19008, proferido no Processo TC no. 088718/98

Como se verá mais adiante no tópico seguinte, o TCE julgou gasto público realizado por um ordenador de despesa, tanto é assim que imputou multa, condenando o *improbus agenti* a repor o dano causado ao erário.

Em momento algum colhe-se dos pronunciamentos do TCE a expressão parecer prévio, contendo recomendações ou sugestões para sanar práticas administrativas viciadas.

Acaso fosse um parecer prévio, certamente o TCE, com anos de tirocínio, não se desviaria a ponto de impor, constituindo título executivo extrajudicial, obrigação certa, líquida consistente em ressarcimento ao erário, cumulada com multa.

O objeto desta AIRC é o cometimento de diversos ilícitos praticados pelo ex-Prefeito de Glória, reconhecido por um órgão técnico que realizou inspeção nesta e verificou desvio de recursos, gastos sem comprovação, violação a princípios constitucionais, dentre outros desmandados flagrantes a causar dano ao erário.

III – Relatório de inspeção. Mero instrumento contábil. Irrelevância. Julgamentos do TCE. Acórdão. Objetos destacados. Imposição de reparação dano e multa. Exegese do art. 71, VIII e § 3° da CF. do caráter insanável.

O impugnado, a exemplo do que já feito na peça de defesa, sustenta que o gestor municipal submete-se, unicamente, ao crivo político pelo Poder Legislativo.

Partindo deste pressuposto enganoso, propugna no recurso inominado (fls. 240) que a tarefa constitucional do TCE quando rejeita contas do Poder Executivo somente pode ocorrer em processo correlato de prestação de contas " e não de relatório de inspeção."

Isto não bastando, a ilustre Defesa chegou a sustentar nas alegações derradeiras, de forma surpreendente, que os julgados não rejeitaram as contas do *improbus agenti.*

Em verdade, aquela acaba por se trair afirmando que a irregularidade é sanável, ou seja, nos dá a entender que houve um julgamento técnico, ao invés do parecer sustentado pelo requerido, e que dito julgamento reconheceu que o ordenador de despesa praticou um ato sanável. Senão vejamos:

> "Vislumbra-se que o Impugnado não teve contas rejeitadas. Fora apenas reconhecida mera IRREGULARIDADE SANÁVEL no processamento de uma despesa, ação desencadeada pela Corte de Contas e decorrente de inspeção ordinária periódica." (Contestação fls. 60).

Mais adiante o impugnado dá destaque a expressão inspeção ordinária periódica (fls. 60, 238 e 240), como se esta tivesse o condão de legitimar suas alegações no sentido de desqualificar as condenações do TCE.

Em Direito Financeiro tanto o parecer prévio quanto o julgamento técnico de um gestor podem resultar de tal inspeção, o que efetivamente os difere, conforme será debatido no tópico seguinte, é o seu objeto, a matéria a ser sindicada, a natureza jurídica da verba utilizada pelo administrador.

Deveras, o inconformado/impugnado quis confundir (fls. 240) este respeitado Colegiado Eleitoral apropriando-se de um termo técnico, um instituto próprio do direito financeiro, relacionando tal inspeção como instrumento inaquedado à emissão de um parecer prévio, olvidando que os acórdãos a embasar esta AIRC versam condenações e não opinativos.

O Ministério Público, neste ponto, destaca o total descompromisso do recorrente com a verdade processual, ou quiça desespero diante da sustentação de sua tese, pois que a afirmação lançada às fls. 240, cujo trecho foi transcrito linhas atrás, contrasta com outra afirmação feita na contestação (fls. 60) quando busca vincular a inspeção ordinária com a emissão de um parecer prévio.

Como dito à exaustão nestas razões recursais, o zeloso e percuciente operador do direito deve se curvar a conceitos técnicos de cada ramo da ciência jurídica, e *in casu*, faz-se necessário esclarecer o que vem a ser dita inspeção à luz dos preceitos hauridos do direito financeiro.

Para tanto citamos a definição colhida da obra Direito Financeiro e Controle Externo, do eminente financista Valdecir Pascoal, ao comentar o art. 71, IV da Carta Magna[3]:

> "As INSPEÇÕES, por sua vez, visam a suprir omissões e lacunas de informações, esclarecer dúvidas ou apurar denúncias acerca de atos e fatos administrativos praticados por responsáveis sujeitos à sua jurisdição." (Destacamos).

Ao reverso, em verdade o instrumento contábil utilizado, comumente, para a confecção de um parecer prévio é exatamente a auditoria[4]:

> "As auditorias obedecem a um planejamento específico e objetivam coletar dados pertinentes aos aspectos contábil, financeiro, orçamentário e patrimonial; conhecer a organização e o funcionamento dos órgãos e entidade; avaliar, do ponto de vista do desempenho operacional, suas atividades e sistemas, e aferir os resultados alcançados pelos programas de governo." (Grifos nossos).

[3]Ed. Elsevier/Campus Concursos, 6ª ed., 2008, pág. 158.
[4]Op. cit. à pág. 158.

Não discrepa deste ensinamento o ilustre Conselheiro do TCE/RS, o professor Helio Saul Mileski[5] ao discorrer sobre os processos de auditoria e inspeção:

> "Embora o PROCESSO DE AUDITORIA E INSPEÇÃO, como coleta de dados, VISE ASSEGURAR A EFICÁCIA DO CONTROLE E A INSTRUIR O JULGAMENTO DAS CONTAS, QUANDO CONSTATAR ATO OU FATO QUE POSSA CAUSAR DANO AO ERÁRIO OU IRREGULARIDADE GRAVE, NO PRÓPRIO PROCESSO DE AUDITORIA OU INSPEÇÃO, O TRIBUNAL DE CONTAS PODE ADOTAR MEDIDAS PARA A SUSTAÇÃO DO ATO E PENALIZAÇÃO DO RESPONSÁVEL, EM PRESERVAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO." (Inovou-se com grifos).

O que se acabou de narrar no excerto acima, nada mais é do que dar aplicabilidade às competências de julgamento conferidas aos Tribunais de Contas previstas nos incisos II, VIII e § 3° do art. 71, da Lei Maior. Numa palavra, a inspeção é instrumento contábil a amparar o julgamento de contas, entendido este como o procedimento administrativo em curso perante o TCE de que resulte aplicação de multa, fixação de dano ao erário com respectiva imposição de ressarcimento, com eficácia de título executivo extrajudicial.

Ante as lições colhidas destas consagradas obras de direito financeiro, é de rigor afirmar que os julgados colacionados pelo Ministério Público Eleitoral, hauridos do TCE, podem sim resultar em condenação – ressarcimento ao erário, multa – com valor de título executivo extrajudicial, repercutindo sobre as condições de elegibilidade do ora recorrente, que se apropria de conceitos de contabilidade pública e direito financeiro, *data maxima venia*, de forma equivocada, em nada se prestando a esclarecer a controvérsia desta ação eleitoral.

Cumpre informar a esta Corte Eleitoral que o recorrente vem tentando descaracterizar tais decisões do TCE, inclusive invocando julgado colacionado às fls. 60 da contestação, o qual fez emprego de conceitos de contabilidade pública e direito financeiro, *data maxima venia*, igualmente de forma atécnica.

A conclusão inarredável é que o TCE, detectando que o ex-Prefeito cometeu atos de ordenação de despesa, pessoalmente, cuidou de exercer sua atribuição específica de julgar tais práticas administrativas à luz do direito financeiro e das normas de contabilidade pública, aferindo-

[5] In O Controle da Gestão Pública, Ed. RT, 2003, pág. 361.

as sob o prisma da economicidade, legalidade e legalidade (art. 70, *caput*, da Carta Política).

É dizer, frente a gastos públicos destacados desenvolveu sua função julgadora em aplicar multa, fixar a extensão do dano ao erário, com força de título executivo extrajudicial, sancionando o ordenador de despesa, *in casu* o próprio Chefe do Poder Executivo, tudo sob o pálio do permissivo constitucional lançado no art. 71, II e VIII da CF c/c seu § 3°.

Esta competência constitucional (art. 71, II, VIII e 3°) é independente daqueloutra relativa à emissão do parecer prévio, sendo natural que ocorra de forma mais célere e anteriormente à confecção do parecer previsto no art. 71, I da CF, porquanto as matérias do parecer – conforme se verá no tópico seguinte – são amplas, ou mais precisamente, são todas as despesas de um exercício financeiro, mediante análise contábil do cumprimento do orçamento, cotejo das despesas com a receita do período, sem descurar que todo esse manancial deve se alinhar aos planos de governo onde se traça as metas fiscais, cujos limites necessitam ser escrupulosamente observados pelos gestores a teor da Lei de Responsabilidade Fiscal, pena de incidir em improbidade e crime contra as finanças públicas, sem prejuízo de outras sanções dispostas no ordenamento em defesa do patrimônio público.

Como se verá mais adiante, o TCE julgou gastos públicos realizados por um ordenador de despesa, tanto é assim que imputou multa, condenando o *improbus agenti* a repor o dano causado ao erário.

Em momento algum colhe-se dos pronunciamentos do TCE a expressão parecer prévio, contendo recomendações ou sugestões para sanar práticas administrativas viciadas.

Ressalte-se, ao contrário do invocado pelo irresignante, o STF reconhece a competência dos Tribunais de Contas em julgar, aplicar multas, com força de título executivo, tendo como destinatários Chefe do Executivo, no exercício de função típica prevista no (art. 71, II, VIII e 3°), textualmente:

> "Tribunal de Contas do Estado de Sergipe. Competência para executar suas próprias decisões: Impossibilidade. norma permissiva contida na carta estadual. Inconstitucionalidade. AS DECISÕES DAS CORTES DE CONTAS QUE IMPÕEM CONDENAÇÃO PATRIMONIAL AOS RESPONSÁVEIS POR IRREGULARIDADES NO USO DE BENS PÚBLICOS TÊM EFICÁCIA DE TÍTULO EXECUTIVO (CF, ARTIGO 71, § 3°).

(..)
O SENHOR MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA: O Tribunal de Contas do Estado de Sergipe propôs ação de execução, tendo como fundamento título extrajudicial consubstanciada na decisão proferida no processo TC-53.270/89, QUE IMPUTOU DÍVIDA no valor de Cr$ 7. 375.712,04 (sete milhões, trezentos e setenta e cinco mil, setecentos e doze cruzeiros e quatro centavos) AO EX-PREFEITO MUNICIPAL DE CARIRA (fls.6/7), ora recorrido, que devidamente citado, não quitou o débito reclamado." (Recurso Extraordinário 223.037-1/Sergipe – Relator Ministro Maurício Corrêa).

Tal posicionamento jurisprudencial é fartamente compartilhado pelo STJ:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO PROMOVIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA PARAÍBA. ESTADO DA PARAÍBA. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL CONSISTENTE EM DECISÃO PROFERIDA PELO TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL. DÉBITOS IMPUTADOS EM RAZÃO DA PRÁTICA DE ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA QUE RESULTARAM EM PREJUÍZO AO ERÁRIO PÚBLICO MUNICIPAL. CONDENAÇÃO DO PARQUET EM HONORÁRIOS. ARTIGO 18, DA LEI 7.437/85. IMPOSSIBILIDADE.
1. Controvérsia que gravita em torno da possibilidade de condenação do Ministério Público em honorários advocatícios que, observando orientação jurisprudencial local, ajuizou execução extrajudicial, amparada em decisão do Tribunal de Contas Estadual, que, nos termos do artigo 71, § 3°, da Constituição Federal de 1988, tem eficácia de título executivo, quando resulta em imputação de débito ou multa.
2. É que o Tribunal de Contas Estadual não aprovou a prestação de contas de EX-PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SANTA TEREZINHA, em virtude de irregularidades que ocasionaram prejuízos aos cofres públicos, condenando-o ao devido ressarcimento ao erário municipal, sendo certo que o mesmo fora comprovado em vista posterior à remessa dos autos à Procuradoria de Justiça, fato que, por si só, afasta indícios de má-fé. (RESP 678969/PB, DJ de 13.02.2006, STJ, 1ª Turma)

No que pertine a sanabilidade das irregularidades, que a bem da palavra, conforme consignou o TCE nos julgados acostados, são mais que meros vícios, são verdadeiros ilícitos que resvalam para improbidade, delitos contra a administração, dentre outras repercussões penais, dita questão foi discutida à exaustão na peça de ingresso.

Ali defendeu-se que a pedra de toque para se avaliar a insanabilidade da despesa assenta-se em dois aspectos:

1) A impossibilidade de convalidação do ato administrativo, que seria renovado com a devida correção, retomando-se os rumos da legalidade no exercício da função administrativa, e

2) Quando o cometimento do gasto público revela um ato de improbidade administrativa.

Dos julgados carreados, não resta a menor dúvida de que foram impostos aos cofres municipais prejuízos de monta, portanto, insuscetíveis de retroação, cabendo apenas a reparação ao erário, providência judicial já tomada por este subscritor. Isto sem mencionar a improbidade por ofensa aos princípios regentes da administração pública.

Outrossim, as despesas ali sindicadas apontam para a prática de diversos crimes, desde a indevida dispensa de licitação, peculato, delito contra as finanças públicas, dentre outros.

Para findar este ponto controvertido, trazemos à cognição judicial preciosa observação do publicista José Jairo Gomes[6]:

> "Assim, pequenos erros formais, deficiências inexpressivas ou que não cheguem a ferir princípios regentes da atividade administrativa, evidentemente, não atendem ao requisito legal. (...) Insanáveis, frise-se, são as irregularidades graves, decorrentes de condutas perpetradas com dolo ou má-fé, contrárias ao interesse público; podem causar dano ao erário, enriquecimento ilícito, ou ferir princípios constitucionais reitores da Administração Pública. Por isso, podem configurar improbidade administrativa."

IV – Contas de gestão e contas de governo. Distinção. Art. 71, I e II da CF. Ordenador de despesa. Conceito jurídico firmado pelo direito financeiro. Prefeito. Julgamento técnico pelo TCE. Precedentes jurisprudênciais. Condenação e aplicação de multa ao chefe do executivo municipal. Competência prevista no art. 71, VIII e § 3º da CF.

O pano de fundo da discussão sobre o tema que envolve as atribuições dos Tribunais de Contas, em sua dicotomia opinativa e decisó-

[6]Direito Eleitoral, ed. Del Rey, 2007, pág. 150.

ria, quais seus limites, os destinatários de ambas os controles, a função atípica fiscalizatória do Poder Legislativo traçada na Carta Federal, tudo requer investigação que desemboca em normas e conceitos de direito financeiro.

O equívoco exegético praticado pelo valoroso Advogado do impugnado, igualmente comum a outros operadores do direito e até alguns Tribunais, decorre da dificuldade de extremar os conceitos e contornos legais das chamadas contas de governo e gestão, que ora se passará a discorrer.

Os Tribunais de Contas dos Estados, cujo delineamento normativo se extrai da Constituição na seção destinada ao TCU, por aplicação ao princípio da simetria, possuem duas funções típicas: uma de natureza meramente opinativa – emissão de parecer prévio das contas anuais do Chefe do Executivo – e outra de caráter decisório voltada a tomada de contas dos ordenadores de despesas.

Ambas têm sua raiz constitucional no art. 71, I e II da *Lex Legum*. É questão indiscutível que a primeira toca com as chamadas contas de governo, enquanto às últimas cuidam das contas de gestão.

Vejamos o que preceitua o texto constitucional:

> "Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:
> I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;
> II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;" (Inovamos)

Tocante à primeira é despiciendo discorrer sobre sua sistemática, sendo incontroverso que o TCE exerce função auxiliar, atuando por meio de parecer prévio sobre as contas do exercício financeiro, remanescendo ao Legislativo o julgamento político das mesmas, sem estar jungido a análise técnica do TCE.

Já em relação à segunda competência, de feição exclusivamente julgadora, onde imputa débito, fixa obrigação líquida e certa de reparar o erário, sanciona o mau gestor por meio de multa, esta sim, sustenta-se aqui possa voltar-se a atos administrativos dirigidos à realização de uma despesa pública por parte do Chefe do Poder Executivo, notadamente do Prefeito.

Na esteira desta função julgadora típica do TCE, a LEX LEGUM outorga às Cortes de Contas instrumentos para dar efetividade à competência do inciso II do art. 71,, autorizando aquelas a aplicar multa, reparação do dano e outras sanções, conforme dicção constitucional inscrita no art. 71, VIII e § 3° textualmente:

> "Art. 71. (...)
> VIII – aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário; (...)
> § 3° As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo."

Para se compreender o conceito jurídico do que sejam "administradores e demais responsáveis por dinheiro, bens e valores públicos da administração" (art. 71, II da CF), cuja escopo do legislador constituinte foi ser o mais abrangente possível conforme a dicção legal, é imperioso perscrutar num ramo especializadíssimo, o direito financeiro, para se encontrar a amplitude na norma constitucional. Conceito este, cuja revelação será secundada por noções de contabilidade pública que ora veremos.

Tais expressões de conteúdo aberto - "administradores e demais responsáveis por dinheiro, bens e valores públicos da administração" – se condensam na consagrada locução: ordenador de despesa.

Há uma definição clássica para tal designativo dada pelo Decreto-Lei 200/67, art. 80, § 1°, diploma este responsável, dentre outras coisas, pela implantação do sistema de fiscalização financeira e orçamentária iniciada pela Constituição Federal de 1967, posteriormente seguida pela CF/88, estruturando legalmente o processo de tomada de contas. Eis a conceituação legal:

> "art. 80. (..) § 1° Ordenador de despesa é toda e qualquer autoridade de cujos atos resultarem emissão de empenho, autorização de pagamento, suprimento ou dispêndio de recursos da União ou pela qual esta responda."

Neste particular trazemos à colação trecho de clássica obra[7] sobre o tema, intitulada "A Lei 4320/64 e Lei de Responsabilidade Fiscal", de autoria de J. Teixeira Machado Jr. e Heraldo da Costa Reis, ao comentarem o art. 64 da denominada lei federal das finanças públicas assim nos ensinam o que se entende por ordenador de despesa:

> "A ordem de pagamento é exatamente a última fase do estágio da despesa, de que trata a lei. Ela deverá ser exarada no processo da despesa pela pessoa legalmente investida na autoridade de ordenar pagamentos. Originariamente, por exemplo no Município, são o Prefeito e o Presidente da Câmara as autoridades para ordenarem os pagamentos. Entretanto, essa autoridade poderá ser delegada: Pelo Prefeito, aos seus auxiliares imediatos, como o Secretário ou Chefe de Finanças, e a outros, com indicação formal de quem recebe a delegação. Essa delegação deve ser feita em decreto, em que se estabelecerá o limite dos pagamentos a serem efetuados." (Inovamos com grifos).

Não é de outra coisa que se trata nos autos senão de atos praticados pelo impugnado, realizando despesas públicas específicas, e não contas globais, genéricas, de um exercício financeiro.

Pois bem, a matéria objeto do julgamento das contas de gestão é individuado, e envolve uma despesa pública em particular, em oposição ao chamado parecer prévio que faz apreciação das contas do chefe do Executivo, ocorrendo uma análise global do orçamento, planos de governo, balancetes, demonstrativos contábeis e financeiros, enfim fazendo um cotejo da despesa e receita, desempenho do orçamento, manifestando-se a Corte por meio de parecer prévio.

É a lição haurida de Valdecir Pascoal[8], renomado Conselheiro do TCE de Pernambuco, em monografia específica sobre o tema, "Direito Financeiro e Controle Externo – Teoria, Jurisprudência e Questões", que enfatiza a distinção pelo objeto entre emissão de parecer prévio e julgamento do ordenador de despesa, textualmente:

> "(...) se o Chefe do Executivo participar efetivamente do processamento da despesa pública – ora autorizando despesas, ora assinando empenhos e contratos, ora liquidando despesas e autorizando pagamentos – essa participação ativa e direta do Chefe do Executivo faz com que ele fique sujeito não só ao julgamento político do Legis-

[7]Citação da pág. 151, 31ª ed., 2003, ed. IBAM (Instituto Brasileiro de Administração Municipal). .
[8]Ed. Elsevier/Campus Concursos, 6ª ed., 2008, pág.151.

> lativo, mas também ao julgamento técnico pelo Tribunal de Contas, nos termos do artigo 71, II, da Lei Maior. Nesse caso, além de emitir parecer prévio, julgaria as contas do Chefe do Executivo definitivamente. Esta tese é encampada pela maioria dos Tribunais de Contas do Brasil (...)." (Destaques nossos).

Neste diapasão, conclui-se que o Prefeito, ou qualquer dos dirigentes máximos do Executivo Estadual e Federal, se submetem, invariavelmente, ao controle externo político – Legislativo – realizado com colaboração inafastável dos Tribunais de Contas da União e Estados mediante parecer prévio, sem prejuízo de serem fiscalizados, e ai haveria um julgamento técnico sem a intervenção da Câmara ou Assembléia, quando se enquadrarem no conceito de ordenadores de despesa.

Para serem reputados como tal urge tenham participado de quaisquer das fases necessárias à realização de uma despesa pública, passando pelo empenho, liquidação, ordenação e pagamento.

Comumente esta situação é de rara ocorrência na esfera federal, esporádica no âmbito dos Estados, porém são corriqueiras entre os Municípios, especialmente aqueles com reduzida estrutura administrativa, onde o Prefeito finda por participar diretamente das fases de realização da despesa pública, por não contar com um organograma adequado, lhe faltar recursos e servidores capacitados, em sua maioria sequer possuem uma controladoria interna para tal mister.

Neste sentido recorremos a outra passagem de Valdecir Pascoal[9]

> "Esse julgamento (técnico pelo TCE envolvendo contas de gestão) se dá em relação às contas de Prefeitos, os quais, na maior parte dos Municípios, participam ativamente do processamento da despesa. Na União e nos Estado, os Chefes do Executivo não participam ativamente desse processo, que cabe aos ministros, secretários e diretores." (Grifamos).

Sobre o cabimento do julgamento técnico pelo TCE, lastreado no art. 71, II da CF, tendo como responsável o Prefeito na condição de ordenador de despesa pontifica Hélio Saul Mileski, ilustre Conselheiro do TCE/RS[10]:

> "A grande maioria, a quase totalidade dos municípios brasileiros, é de médio, pequeno e pequeníssimo porte,

[9]Op. cit. à pág. 151.

[10]In O Controle da Gestão Pública: (..) Tribunal de Contas: natureza, funções e perspectivas, ed. RT, 2003, pág. 273 e 274.

> cuja administração é conduzida de maneira unipessoal pelo Prefeito, sendo este o responsável direto pela execução orçamentária municipal, inclusive no que diz respeito à ordenação, liberação e pagamento de despesas. Em tal circunstância, a toda evidência, deve o Prefeito Municipal ficar adstrito a um sistema de controle em que a avaliação técnico-jurídica possua uma valoração decisória compatível com o seu grau de responsabilidade, independentemente da avaliação de cunho político. Dessa forma, o Prefeito Municipal é mais que o condutor político do Município, ele também é o administrador, o gestor dos bens e dinheiros públicos, assumindo uma dupla função – política e administrativa. Justamente por isso, o Poder Judiciário, quando examina o tema, tem decidido reiteradamente, sob o argumento de que, sendo responsável por uma dupla função, o Prefeito Municipal também se submete a um duplo julgamento: um político, perante o Parlamento, precedido de parecer prévio, e outro técnico, a cargo do Tribunal de Contas." (Destacamos).

É fato público e notório (art. 334, I do CPC) que nos pequenos e carente Municípios – hipótese desta AIRC – do país há uma concentração muito grande de poder na figura do Prefeito, de modo que quase todos os contratos, licitações, ordens de pagamento, emissão de nota de empenho, enfim, cometimento de gastos, são ultimados pela prática de atos administrativos diretamente daquele.

Inexiste, no caso *sub examinem*, delegação de atribuição para um Secretário Municipal, Assessor, Chefe de órgão, Diretor de Departamento ou outro servidor de alto escalão para efetivar, dar concreção à despesa pública glosada, como sói acontecer na esfera federal, a teor do exemplificado acima.

É esta exatamente a situação trazida à lume, o gestor do Município participou ativamente do cometimento de gastos com a educação, mais precisamente verba do FUNDEF, autorizando, diretamente, os gastos públicos, além de ter praticado violações a diversas normas do ordenamento, subsumindo-se, inclusive, em tipos penais como o peculato, ilícito contra a ordem tributária, crimes de responsabilidade, crimes contra o procedimento licitatório, sem prejuízo de tais vícios insanáveis caracterizarem todas as espécies de improbidade previstas na Lei 8429/92, quer por configurar dano ao erário, enriquecimento ilícito e patente ofensa aos princípios constitucionais a reger a função administrativa.

A causa de inelegibilidade dos autos versa a atuação do Chefe de um Poder atuando na função administrativa, não se cuida na espécie de avaliar a atuação política daquele dirigente máximo, sua aptidão como governante, seu programa de governo, sua qualificação para gerir e bem aplicar os recursos do Município, aqui ele se iguala a um outro servidor público, detentor de parcela do *jus imperii*, e desempenhará uma função através da prática de um ato administrativo, ao invés de um ato político – discricinário por natureza – portanto, será avaliado seu ato que gerou despesa do ponto de vista técnico.

Cumpre-nos citar lapidar ensinamento do mestre Hely Lopes Meirelles ao distinguir atos de governo e atos de gestão ou administração[11]:

> "Comparativamente, podemos dizer que governo é a atividade política discricionária; administração é a atividade neutra, normalmente vinculada à lei ou à norma técnica. Governo é conduta independente; administração é conduta hierarquizada. O governo comanda responsabilidade constitucional e política, mas sem responsabilidade profissional pela execução; a Administração com responsabilidade técnica e legal pela execução. A Administração é o instrumental de que dispõe o Estado para pôr em prática as opções políticas do Governo. Em razão desta confluente aproximação, originária da evolução do Estado, a nossa estrutura constitucional reuniu numa só pessoa a personificação de chefe de governo e chefe da administração - o chefe do executivo, salientando, que no âmbito da União, o Presidente da República é ainda, chefe de Estado"

Em face desta dualidade de funções, possíveis na Administração Pública, afirma o renomado especialista na matéria, profº. Jorge Ulisses Jacoby Fernandes[12]:

> "Diferentemente do que ocorre em relação às contas anuais do Presidente da República, o Tribunal de Contas tem competência, também privativa, para julgar as contas dos demais administradores e gestores em geral. Aqui, a única exclusão refere-se às contas da unidade federada, ou da União como um todo, representada pelo chefe do poder executivo. Mas, se esse praticar atos de ordenador de despesas, descendo de seu pedestal para assumir a

[11]Autor citado in **Direito Administrativo Brasileiro**, 25ª edição, editora Malheiros, 2000.
[12]In **Tribunais de Contas do Brasil - Jurisdição e Competência**, Ed. Fórum, 2003, p. 310).

> condição de simples gestor, passará a responder como tal, ficando sujeito ao julgamento nas mesmas condições do agente cuja função avocou"

Neste *in folio* observa-se que o Prefeito é julgado, e condenado a ressarcir o erário, sofre multa e atribui-se-lhe prática de atos administrativos de grave violação à legalidade e probidade administrativa. Se se tratasse de parecer prévio o objeto seria prestação de contas dos gastos públicos realizados nos anos de 1999 e 1998, de todas as pastas, secretarias, programas, análise da lei orçamentária, em síntese, apreciação global das finanças do Município.

Ademais, a imposição de sanção, por meio dos julgamentos exarados através de acórdãos revelam que tais decisões são infensas ao crivo da Câmara Municipal, diversamente do parecer onde haveria apontamento de falhas de ordem contábil, financeira, orçamentária, genericamente, indicando-se soluções nas diversas áreas, recomendações, com fins de prevenir futuros desmandos.

Para aclarar a cognição deste juízo, distinguindo o objeto e conteúdo de um parecer prévio do julgamento técnico de um ordenador de despesa, lançamos mão, mais uma vez, do magistério de Valdecir Pascoal[13]

> "As matérias tratadas no parecer prévio não se confundem com as matérias que são objeto das contas dos responsáveis pela ordenação das despesas. O parecer prévio leva em conta os demonstrativos contábeis e financeiros do ente estatal (Estado ou Município) por meio do qual se procura demonstrar o que foi gasto (despesas) e o que foi arrecadado (receita) no exercício encerrado, enfatizando o desempenho do orçamento público e dos programas e realizações do Governo. Apenas para exemplificar, cumpre-nos citar o conteúdo das contas referentes ao parecer prévio do Presidente da República, regulamentado pela Lei nº 8.443/1992, artigo 36, parágrafo único: as contas consistirão nos balanços gerais da União e no Relatório do órgão central do sistema de controle interno do Poder Executivo sobre a execução dos orçamentos de que trata o § 5º do artigo 165 da Constituição Federal."

Comunga o posicionamento destes especialistas em Direito Financeiro, José Jairo Gomes, em respeitada obra sobre Direito Eleitoral:

[13]Op. cit. pág. 147.

"É certo não se cuidar de responsabilidade política pela execução orçamentária em seu conjunto, mas, sim, de responsabilidade técnica pela ordenação especifica de despesas, pela gestão de recursos públicos. Neste caso, as contas devem ser prestadas diretamente ao Tribunal, sendo sua, igualmente, a competência para julgá-los. Daí o dever inscrito no parágrafo único do artigo 70 da Constituição Federal (...). Outro aspecto a ser considerado reside no fato de que o Prefeito, mormente nos pequenos e médios Municípios, acumula as funções de executor do orçamento e ordenador de despesas. Isso não ocorre nas esferas estadual e federal, em que os chefes do Executivo não ordenam despesas, zelando apenas pela execução geral do orçamento. Destarte, o prefeito pode ser julgado diretamente pelo Tribunal de Contas como ordenador de despesas e, ainda, pela Câmara Municipal, como executor do orçamento. Em resumo, o órgão competente para julgar as contas para Prefeito será: 1) a Câmara Municipal, quanto às contas anualmente prestadas relativamente à execução orçamentária; 2) O Tribunal de Contas nas seguintes hipóteses: a) se o parecer desfavorável (i.e.,pela rejeição) emitido por ele não for afastado por dois terços dos membros da Câmara Municipal; b) se o parecer não for apreciado no prazo legal; c) se a despesa questionada tiver sido ordenada diretamente pelo Prefeito; d) no caso de convênio firmado com outro ente da Federação." (Grifamos).

É oportuno, igualmente, citar o magistério de Edson de Rezende, outro estudioso do Direito Eleitoral:

"Em conclusão, o órgão competente, de cuja decisão irrecorrível de rejeição das contas resulta a inelegibilidade aqui examinada, é a Casa Legislativa correspondente (quanto à execução orçamentária) e o Tribunal de Contas (quanto à realização das despesas). Bom lembrar que a execução de convênios é atividade de realização de despesas, daí que o Tribunal julga o ordenador, e essa decisão não se submete ao Congresso Nacional, ou à Assembléia Legislativa, ou à Câmara Municipal."[14] (Inovou-se com grifos).

[14]CASTRO. Edson de Resende. Teoria e Prática do Direito Eleitoral. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2008.

Não destoa deste pensar nossos Tribunais Superiores:

"REGISTRO DE CANDIDATURA INDEFERIDO. CANDIDATO A DEPUTADO FEDERAL. CONTAS REJEITADAS NO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO. FUNDEF. INSANABILIDADE CONFIGURADA. AÇÃO ANULATÓRIA AJUIZADA APÓS A IMPUGNAÇÃO AO REGISTRO. 1. Este Superior Eleitoral assentou que a mera propositura da ação anulatória - mesmo antes da impugnação ao registro - que visa a desconstituir decisão do Tribunal de Contas não suspende, por si só, a cláusula de inelegibilidade da alínea g do inciso I do art. 1o da Lei Complementar no 64/90. No caso, a ação foi ajuizada após a impugnação do registro.2. Recurso a que se nega provimento." (TSE, RO 930, Rel. Carlos Ayres Britto, julg. Em 14/09/2006).

"Embargos de declaração. Registro de candidatura. Prefeito. Rejeição de contas. Competência. Julgamento. CONTAS DE GESTÃO E ANUAIS. PODER LEGISLATIVO. DISTINÇÃO. Contas de convênio. 1. No art. 1° , inciso I, alínea g, da Lei Complementar n. 64/90, consta a expressão 'órgão competente' porque a competência é fixada de acordo com o status jurídico ostentado pelo gestor público. 2. A competência para o julgamento das contas de gestão ou anuais do Chefe do Poder Executivo é do Poder Legislativo correspondente, segundo entendimento firmado pelo STF. 3. A competência das Cortes de Contas na apreciação das contas de convênio é de julgamento, e não opinativa, o que significa dizer que o agente público não é julgado pelo Tribunal de Contas na qualidade de chefe do Poder Executivo, mas tão-somente na condição de gestor público, uma vez que os recursos não pertencem a sua órbita federativa. Embargos de declaração rejeitados." (TSE – Respe no. 24.848 – DJ 08/04/2005, p. 149)

"ADMINISTRATIVO - TRIBUNAL DE CONTAS: FUNÇÕES (ARTS. 49, IX, C/C 71 DA CF/88).

1. O Tribunal de Contas tem como atribuição apreciar e emitir pareceres sobre as contas públicas (inciso I do art. 71 da CF/88), ou julgar as contas (inciso II do mesmo artigo). 2. As contas dos agentes políticos - Prefeito, Governador e Presidente da República - são julgados pelo Executivo, mas as contas dos ordenadores de despesas são julgados pela Corte de Contas. 3. PREFEITO

MUNICIPAL QUE, COMO ORDENADOR DE DESPESAS, COMETE ATO DE IMPROBIDADE, SENDO JULGADO PELO TRIBUNAL DE CONTAS. 4. Recurso ordinário improvido." (RMS nº 13499/CE, Relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 14.10.2002, p. 198).

"AÇÃO DECLARATÓRIA. DECISÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS. PREFEITO MUNICIPAL. LEGITIMIDADE. CONTRATAÇÃO DE SEGURO DE VIDA PARA OS SERVIDORES. PAGAMENTO DE ALIMENTAÇÃO PARA OS BOMBEIROS. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO LEGAL. GLOSA. ILEGALIDADE. RESPONSABILIDADE. PREFEITO. SUJETIVA. DOLO OU CULPA. PRÁTICA REITERADA. APARÊNCIA DE LICITUDE. ERRO INVENCIVEL.

1. É de ser conhecido o recurso que ataca os fundamentos da sentença.

2. Os tribunais de contas têm competência para imputar débitos aos administradores de dinheiro público, que têm eficácia de título extrajudicial. art. 71, § 3º, da constituição da república.

3. O Prefeito que, a par da função de governo, assume a função de ordenador de despesas, está sujeito à fiscalização a que se refere o inciso II do artigo 71 da Constituição da República, podendo, em razão disto, responder pelos danos causados ao erário. PRECEDENTES DO STJ." (TJRS, Apelação Cível, 22ª Câmara Cível, no. 70016495806, Rel. Desa. Maria Isabel de Azevedo Souza, julg. Em 30/11/2006)

"CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONTROLE EXTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ATOS PRATICADOS POR PREFEITO, NO EXERCÍCIO DE FUNÇÃO ADMINISTRATIVA E GESTORA DE RECURSOS PÚBLICOS. JULGAMENTO PELO TRIBUNAL DE CONTAS. NÃO SUJEIÇÃO AO DECISUM DA CÂMARA MUNICIPAL. COMPETÊNCIAS DIVERSAS. EXEGESE DOS ARTS. 31 E 71 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL." (Recurso Ordinário em MS nº 11.060 - Go (1999/0069194-6, Relatora : Ministra Laurita Vaz, R.P/Acórdão : Ministro Paulo Medina).

No tocante ao último precedente invocado, cumpre-nos transcrever excertos do voto do Relator dado seu caráter elucidativo para a matéria em discussão, *in vebis*:

"(...)O conteúdo das contas globais prestadas pelo Chefe do Executivo é diverso do conteúdo das contas dos administradores e gestores de recurso público. As primeiras demonstram o retrato da situação das finanças da unidade federativa (União, Estados, DF e Municípios). Revelam o cumprir do orçamento, dos planos de governo, dos programas governamentais, demonstram os níveis de endividamento, o atender aos limites de gasto mínimo e máximo previstos no ordenamento para saúde, educação, gastos com pessoal. Consubstanciam-se, enfim, nos Balanços Gerais prescritos pela Lei 4.320/64. Por isso, é que se submetem ao parecer prévio do Tribunal de Contas e ao julgamento pelo Parlamento (art. 71, I c./c. 49, IX da CF/88). As segundas – contas de administradores e gestores públicos, dizem respeito ao dever de prestar (contas) de todos aqueles que lidam com recursos públicos, captam receitas, ordenam despesas (art. 70, parágrafo único da CF/88). Submetem-se a julgamento direto pelos Tribunais de Contas, podendo gerar imputação de débito e multa (art. 71, II e § 3° da CF/88). Destarte, se o Prefeito Municipal assume a dupla função, política e administrativa, respectivamente, a tarefa de executar orçamento e o encargo de captar receitas e ordenar despesas, submete-se a duplo julgamento. Um político perante o Parlamento precedido de parecer prévio; o outro técnico a cargo da Corte de Contas(...)."(Grifamos)

Noutra passagem deste brilhante e percuciente voto sobre matéria tão árdua, percebe-se que o ilustre Ministro do STJ, como zeloso operador do direito, debruçou-se à exaustão sobre estudos de direito financeiro, rendendo-se a institutos deste ramo do saber jurídico para solver a controvérsia, é o que se extrai da seguinte passagem merecedora de transcrição:

"Sobre o tema, no intuito de dirimir controvérsias, invoco o magistério do professor Luciano Ferraz, ad litteris:"Em princípio, é mister apontar que o Tribunal de Contas desempenha sua função de exame, mediante parecer prévio e julgamento de contas. O primeiro consiste na avaliação das contas globais e anuais dos chefes do Poder Executivo; a outra, consiste na análise dos atos de captação de receitas e ordenamentos de despesas, ou seja, atos com repercussão imediata para o erário respec-

tivo. Noutras palavras, a Administração Pública presta contas, como um todo, por intermédio do Chefe do Poder Executivo, agregando as contas dos demais Poderes e entidades da Administração Indireta, que se submete ao julgamento perante os representantes do povo que compõem o Parlamento. Não obstante, cada unidade da Administração Direta ou entidade da Administração Indireta presta contas da sua restrita gestão diretamente ao Tribunal de Contas, que se incumbirá de julgá-las independentemente do pronunciamento do Legislativo. A dualidade entre o que sejam contas globais anuais, sujeitas ao sistema do parecer prévio, e contas de cada unidade administrativa, submetidas ao sistema de julgamento perante as Cortes de Contas é tênue. Todavia, apartar o conteúdo de ambas é imprescindível, e sua repercussão prática é relevante, eis que os fatos em apuração obedecem a procedimentos diferentes e juízos diversos. (...) A diversidade entre as duas competências, além de manifesta, é tradicional, sempre restrita a competência do Poder Legislativo para o julgamento às contas gerais da responsabilidade do Chefe do Poder Executivo, precedidas de parecer prévio do Tribunal de Contas: cuida-se de sistema especial adstrito às contas dos Poderes, mas como responsável geral pela execução orçamentária: tanto assim que a aprovação política das contas presidenciais não libera do julgamento de suas contas específicas os responsáveis pela gestão financeira das inúmeras unidades orçamentárias do próprio Poder Executivo, entregue à decisão definitiva do Tribunal de Contas." Relativamente às órbitas federal e estadual, bem assim aos municípios de grande porte, nos quais a arrecadação das receitas e os ordenamentos de despesas não são realizados pelo Chefe do Executivo, senão pelas unidades orçamentárias da Administração Direta (Ministérios, Secretarias) ou Indireta (autarquias, fundações e empresas estatais), a distinção não acarreta maiores dificuldades. As contas do Chefe do Executivo se submetem ao regime do parecer prévio, os atos dos ordenadores serão objeto de julgamento por parte do Tribunal de Contas (art. 71, II). 'Este julgamento se faz autonomamente das contas do chefe do executivo, porque os responsáveis são individualizados e eventual julgamento desfavorável das contas destes não alcança as contas do Governador, do Presidente ou do Prefeito.' O problema se instala nos muni-

cípios de pequeno porte onde o Chefe do Executivo assume também as funções de ordenador de despesas. Nesta hipótese, teria o Tribunal de Contas competência para julgá-los ou não? [...] A distinção entre as contas anuais do Chefe do Executivo, enquanto responsável direto pela execução do orçamento e dos planos de governo, e as contas restritas dos administradores de cada unidade administrativa é necessária e indispensável. [...] No primeiro caso, o Chefe do Executivo age como agente político, dando pleno cumprimento aos ditames orçamentários, e, por isso, seu julgamento é político, perante o Parlamento. No segundo caso, o administrador é mero gestor de recursos públicos e como tal se submete ao julgamento perante a Corte de Contas, a exemplo dos administradores e responsáveis por bens, dinheiros e valores públicos (art. 71, II). A conjugação de dois dispositivos da Carta Maior reforça a assertiva. O § 2º do art. 31 dispõe que: "O parecer prévio, emitido pelo órgão competente sobre as contas que o Prefeito deve anualmente prestar, só deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal." A utilização do advérbio 'anualmente' deixa claro tratar-se das contas globais, anuais, que assim como as do Presidente da República e dos Governadores, se submetem ao regime do parecer prévio. O art. 71, II da CF/88, por sua vez, reza que as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, bem assim daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário, serão julgadas pelo Tribunal de Contas. O constituinte não distinguiu quais administradores serão submetidos ao julgamento das Cortes de Contas, levando-nos à conclusão de que sejam todos, incluídos os Chefes do Executivo, quando agem nessa qualidade. [...] Do contrário, a competência para o julgamento das contas de todos os gestores, deferida pela Constituição ao Tribunal de Contas, poderia ser mitigada mediante simples ato administrativo de avocação da responsabilidade sobre determinado ordenamento de despesa, baixado pelo Chefe do Executivo, pois assim sua conduta somente poderia ser verificada na análise das suas contas anuais, verdadeiro absurdo. Os Chefes do Executivo, quando agem na qualidade de agente político, executor do orçamento, têm

> prerrogativas especiais e, portanto, submetem-se ao crivo do Legislativo. Se descem do pedestal e praticam meros atos de gestão, igualam-se aos demais administradores de recursos públicos, sendo julgados pelo Tribunal de Contas – o ato final do julgamento é a constituição do título executivo." (Ferraz, Luciano. Controle da Administração Pública: elementos para a compreensão dos Tribunais de Contas, Belo Horizonte: Mandamentos, 1999, cit. p. 143-152).

Finalmente, cumpre rechaçar a alegação feita pelo combatente/impugnado, ao asseverar na peça recursal (fls. 240) que o TCE não possui competência de julgamento para os gastos específicos – contas de gestão – cometidos pelo Prefeito, contando tal posição com o aplauso inconteste de nossos Tribunais.

Ali o recorrente, no afã de nublar o entendimento deste Tribunal, chega a afirmar que tal tese – julgamento de contas do Prefeito é exclusivo do Poder Legislativo – é " sedimentada na jurisprudência eleitoralista, e decorre de decisão oriunda do Supremo Tribunal Federal (..)." (fls. 240)

Em verdade Colenda Corte, ali só se avista um julgado do STF e outro do TSE da decantada "jurisprudência sedimentada" afastando o posicionamento aqui defendido, ao contrário do que demonstramos acima onde se colacionou inúmeros julgados em abono à tese do cabimento do julgamento técnico do Prefeito pelo TCE quando for ordenador de despesa.

Aliás, o pseudo precedente do STF não se volta, diretamente, a análise de julgamento das contas de gestão pelo TCE, pois que ali o objeto em exame é conta de governo, verificando-se no corpo do acórdão menção a "julgamento às contas gerais de responsabilidade do Chefe do Poder Executivo (..) cuida-se de sistema especial adstrito às contas do Chefe de Governo (..)." (fls. 241)

Ao contrário do que afirmado pelo recorrente, a questão não é pacífica no STF, perfilhando o entendimento de que o Prefeito ordenador de despesa é julgado pelo TCE, nas chamadas contas de gestão, o ilustre Min. Carlos Velloso, como se colhe do seu brilhante voto proferido no RE 132.747-2 / DF:

> "É nessa hipótese que o Tribunal de Contas exerce jurisdição privativa de julgar, administrativamente, as contas dos responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos, vale dizer, as contas dos ordenadores de despesas (Dec. Lei 200/67 e Lei 4320/64), ensina, a propósito, Régis

Fernandes de Oliveira, que trata, no caso, de julgamento administrativo e de cunho técnico, de forma a alcançar todos que detenham, de alguma forma, dinheiro público, em seu sentido mais amplo. Não há exceção e a interpretação deve ser a mais abrangente possível diante do princípio republicano, que fixa a responsabilidade do agente público. Em tal hipótese, o Tribunal de Contas aprecia atos pessoais do administrador. É nessa hipótese, portanto, que o Tribunal de Contas poderá verificar se o administrador praticou ato lesivo aos cofres públicos, em benefício próprio ou de terceiro. Nessa hipótese, o julgamento do Tribunal de Contas não é submetido à apreciação do Poder Legislativo. Quer dizer, a decisão é definitiva.

Senhor Presidente, V. Exa. Tem se reunido patrioticamente, nesta Casa, com Chefes do Poder Legislativo, os Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o Sr. Min. da Justiça e o Proc. Geral da República,, buscando encontrar um forma de combate eficaz da corrupção administrativa, essa desgraça que infelicita a Nação.

Penso, Sr. Presidente, que, se emprestarmos interpretação literal e liberalizante a dispositivos que, na Constituição, visam a defesa dos dinheiros, bens e valores públicos, está-se, anulando muito do que se pretende fazer contra a corrupção que lavra, infelizmente,, na administração pública, principalmente nas milhares de administrações municipais deste País.

Aqui, repete-se, houve rejeição de contas do Prefeito agindo como ordenador de despesa, hipótese inscrita no art. 71, II da CF, caso em que a decisão do Tribunal de Contas independe da apreciação política da Câmara Municipal." (Destacou-se).

V – Fundef. Transferência constitucional. Verba estadual. Julgamento do TCE. Recursos oriundos do estado-membro. Art. 212, § 1° da CF c/c art. 1°, 3°, § 1° da Lei Federal n° 9424/96. Controles: social através dos conselhos estaduais e municipais sucedido do controle técnico do TCE.

Outro ponto que mereceu censura, manifestamente improcedente, por parte do recorrente diz respeito ao FUNDEF, suscitando erro grosseiro do juízo de 1° grau em acatar a inelegibilidade ao reputar tal fundo como sendo de natureza de convênio.

A parte inconformada com o provimento judicial desfavorável, à mingua de argumentos jurídicos capazes de infirmar os judiciosos e consistentes fundamentos lançados naquele, principiou a atacar o discernimento intelectual da zelosa Magistrada sentenciante.

Deveras, a primeira frase alusiva à discussão sobre o FUNDEF abordada na peça recursal fere a dignidade e honra profissional da Juíza Eleitoral, ao reputar " OUTRO EQUÍVOCO, DE ALGUM MODO GROSSEIRO, COMETIDO PELO JUÍZO ELEITORAL (..)."(Destacou-se excerto das fls. 244).

A par de ser deselegante e mostrar desapreço pela dialética ínsita ao Direito, ciência humana a comportar múltiplas exegeses sobre dado tema, incorre, ai sím, em equívoco marcante, pois que em momento nenhum da bem lançada tutela jurisdicional, notadamente às fls. 222 e verso, há afirmação ou interpretação capaz de se extrair do comando sentencial no sentido de reconhecer ao FUNDEF a natureza de convênio.

No corpo da sentença, especialmente no item 2.3.2.2 às fls. 219-verso *usque* 224-verso, há nítido esforço intelectivo em sentido oposto ao alegado pelo recorrente, apresentando-se didaticamente a origem normativa do FUNDEF, esmiuçando-se seu fundamento de validade constitucional, realçando-se a natureza de um fundo constitucional.

O que a sentença gizou, em compasso com sustentação do Ministério Público Eleitoral, foi a similitude interpretativa que levaria o TSE a admitir o julgamento de convênio – verba de outro ente federativo – e a situação das despesas com FUNDEF, ou seja, é a aplicação do brocardo jurídico, de tradição romana, usado como recurso hermenêutico: *Ubi eadem ratio ibi idem jus*.

Nas duas hipóteses o Órgão Técnico é conclamado a fiscalizar e julgar gasto público individualizado, cuja origem orçamentária advém de outro ente federativo diverso daquele que recebe o repasse, e na hipótese *sub oculi*, como já demonstrado pela documentação adunada (fls. 185/204), o FUNDEF no âmbito dos Municípios de Sergipe era composto, na sua mor parte, com recursos oriundos deste último ente federativo, justificando a competência julgadora do TCE.

O que a aludida sentença fez foi acolher a tese do Ministério Público, fartamente escorada nas lições doutrinárias e precedentes jurisprudênciais lançados nas alegações finais de fls. 142/180, de que FUNDEF é verba, predominantemente estadual, fundo de matriz constitucional, onde o Chefe do Poder Executivo local, ao desatender, dolosamente, parâmetros postos na Lei Maior e na legislação ordinária efetuando

gastos ilegais, sofre fiscalização, e por via transversa, será julgado e condenado pelo TCE.

Outrossim, o que se percebe pelo contorno legal deste extinto fundo, é que o controle dos gastos é eminentemente social – Conselhos Estaduais e Municipais – como bem ressaltou a Magistrada *a quo* às fls. 224-verso, sucedido pelo controle técnico do TCE, como se constatará da legislação citada neste tópico.

Dada a sua feição de fundo composto por verbas oriundas de vários entes federativos, embora no caso em análise prepondere o fomento do Estado de Sergipe, é força convir que dita despesa pública jamais poderia ficar sob o controle político da Câmara Municipal, dando primazia justamente a quem menos contribui para sua formação, levando ao absurso exegético de que o Parlamento Municipal irá analisar o cometimento de gasto público do Prefeito cuja origem orçamentária vem do Estado da federação, sendo notório a falta de interesse em tal fiscalização, para dizer o mínimo, além de subverter o modelo federativo, invadindo-se esfera de controle das finanças estaduais a ser feita por órgão de controle do mesmo nível federativo.

Igualmente, o irresignante invoca como sustentáculo da sua tese de que as contas do FUNDEF se submetem ao crivo político, resoluções do TCE que, supostamente, incluiriam o FUNDEF dentro das contas anuais do Prefeito.

Este ponto sequer merece maiores divagações, pois as resoluções colacionadas em momento algum afirmam textualmente que as verbas do FUNDEF integram as contas anuais, limitando-se a dizer que sua remessa se fará juntamente com a remessa das contas anuais. Em nenhum momento ditas resoluções admitem o julgamento simultâneo de ambas, como se aquele integra-se, fosse um capítulo das contas anuas, e nem poderia fazê-lo pelos motivos já expendidos, especialmente porque se assim o fizessem infringiriam o próprio modelo federativo, sem olvidar as normas a seguir citadas que definem o controle social – conselhos estaduais – e o controle técnico do TCE.

Consoante a prova dos autos, o TCE no ACÓRDÃO TC – 1970/2006 – Segunda Câmara – PROCESSO TC – 001775/2005, Relator Conselheiro Heráclito Guimarães Rollemberg, julgado em 30.11.2006; concluiu pela ilegalidade na execução de despesas relativas ao FUNDEF de Nossa Senhora da Glória do exercício financeiro de 1999, como se colhe dos docs. de fls. 23, 28, 29, 31, 32, 33, 35, 39 e 40 dos autos.

Nesta última, fls. 40 dos autos, constata-se que a conclusão da

Equipe Técnica do TCE foi no sentido de " QUE SEJA DEVOLVIDO À CONTA CORRENTE DO CITADO FUNDO, O MONTANTE DAS DESPESAS PAGAS IRREGULARMENTE." Quantia esta que alcança o importe de R$ 282.199,93 (duzentos e oitenta e dois cento e noventa e nove mil reais e noventa e três centavos, sem mencionar os juros e correção monetária de mais de uma década.

Desde logo cumpre asseverar que o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino e de Valorização do Magistério - FUNDEF é constituído, predominantemente, por recursos estaduais. Assim afirma-se, pois infere-se do parágrafo 1°, do artigo 1°, da Lei n° 9.424, de 24 de dezembro de 1996, que o Fundo é formado no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, através de 15% (quinze por cento) dos seguintes impostos: ICMS, Fundo de Participação dos Estados e dos Municípios e do Imposto sobre Produtos Industrializados devidos àqueles entes da federação.

Com efeito, a União, segundo o parágrafo 3° do citado artigo, apenas participa a título de complementação, caso, ainda na seara de cada Estado e do Distrito Federal, seu valor por aluno não atinja o mínimo definido nacionalmente. Dessa forma, a União pode ou não contribuir para a constituição do Fundo e, mesmo nessa hipótese, o Tribunal de Contas da União, na decisão plenária n° 834/1998, tendo como Relator Ministro Humberto Souto declarou o seguinte:

> "Consulta acerca da possibilidade de utilização dos valores do FUNDEF recebidos pelo Município, para cálculo do limite da despesa com remuneração de vereadores, previsto na Constituição Federal, artigo 29, VII. Não conhecimento da consulta, por não versar sobre matéria de competência deste Tribunal e não ter sido formulada por nenhuma das autoridades elencadas no artigo 216 do Regimento Interno do TCU. Envio de cópia da decisão, com Relatório e Voto, ao interessado. Arquivamento do processo." [...] os recursos que compõem o FUNDEF são originários de receitas pertencentes aos Estados e Municípios, em quase sua totalidade, descaracterizando assim a natureza federal dos mesmos. Por conseqüência, cabem aos Tribunais de Contas dos Estados e dos Municípios, no âmbito de suas competências, a fiscalização das despesas decorrentes da aplicação desses recursos, disciplinando inclusive a forma de organização, controle e apresentação das contas". (Inovamos com grifos)

Por conseguinte, os recursos repassados ao FUNDEF, mesmo na

hipótese de complementação por parte da União, devem ser compreendidos como verbas próprias, na medida em que se incorporam ao patrimônio do Estado e do Município. Além do mais, o prejuízo originário da má aplicação desses recursos recai diretamente sobre o Município, atraindo a atribuição do Tribunal de Contas de Sergipe para decidir sobre sua gestão e decorrentes vícios no uso desta relevante verba constitucional.

Para melhor aclarar este ponto, urge buscarmos a origem orçamentária do FUNDEF. Seguindo a melhor hermenêutica, o ponto primeiro a ser visto é, sem sombra de dúvidas, a Carta Magna, que assim se reza:

> "Art. 212 - A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino."

Do texto supra logo se vê a verdadeira origem do FUNDO DE DESENVOLVIMENTO DO ENSINO FUNDAMENTAL E VALORIZAÇÃO DO MAGISTÉRIO - FUNDEF: para os Estados, "vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino".

Não fosse apenas isso suficiente para já se ver que o FUNDEF nada mais é que a vinculação das receitas pertencentes aos Entes estatais, a Carta Política ainda explicita muito mais ao afirmar que:

> "Art. 212 – (...)
> § 1° - A parcela da arrecadação de impostos transferida pela União aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, ou pelos Estados aos respectivos Municípios, não é considerada, para efeito do cálculo previsto neste artigo, receita do governo que a transferir."

Como se vê, a Constituição Federal é de extrema clareza em dizer que até mesmo os recursos transferidos nunca foram da União. Ou seja: a União apenas serve de agente arrecadador, as receitas integram o patrimônio do Estado-Membro que a recebe.

Não divergindo uma só letra, até porque não poderia deixar de ser, a Lei n° 9.424/96 que instituiu o FUNDEF vem na mesma esteira e diz:

> "Art. 1°. É instituído, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério, o qual terá natureza contábil e será implantado, automaticamente, a partir de 1° de janeiro de 1998."

Mesmo já estando claro que o FUNDEF é de âmbito Estadual, a Lei nº 9.424/96 ainda alumia:

"Art. 1º

Omissis

§ 1º. O Fundo referido neste artigo será composto por 15% (quinze por cento) dos recursos:

I - da parcela do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação - ICMS, devida ao Distrito Federal, aos Estados e aos Municípios, conforme dispõe o artigo 155, inciso II, combinado com o artigo 158, inciso IV, da Constituição Federal;

II - do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal - FPE e dos Municípios - FPM, previstos no artigo 159, inciso I, alíneas "a" e "b", da Constituição Federal, e no Sistema Tributário Nacional de que trata a Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966; e

III - da parcela do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI devida aos Estados e ao Distrito Federal, na forma do artigo 159, inciso II, da Constituição Federal e da Lei Complementar nº 61, de 26 de dezembro de 1989.

§ 2º. Inclui-se na base de cálculo do valor a que se refere o inciso I do parágrafo anterior o montante de recursos financeiros transferidos, em moeda, pela União aos Estados, Distrito Federal e Municípios a título de compensação financeira pela perda de receitas decorrentes da desoneração das exportações, nos termos da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, bem como de outras compensações da mesma natureza que vierem a ser instituídas.

§ 3º. Integra os recursos do Fundo a que se refere este artigo a complementação da União, quando for o caso, na forma prevista no artigo 6º."

Omissis

"Art. 6º. A União complementará os recursos do Fundo a que se refere o artigo 1º sempre que, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, seu valor por aluno não alcançar o mínimo definido nacionalmente.

§ 1º. O valor mínimo anual por aluno, ressalvado o disposto no § 4º, será fixado por ato do Presidente da República e nunca será inferior à razão entre a previsão da receita total para o Fundo e a matrícula total do ensino

fundamental no ano anterior, acrescida do total estimado de novas matrículas, observado o disposto no artigo 2°, § 1°, incisos I e II."

Para nós de Sergipe, bom que se frise, a União não aloca qualquer complementação no FUNDEF, já que o *quantum* resultante da composição dos impostos do Estado *per capta*, é bem maior que o valor referência nacionalmente fixado por ato do Presidente da República.

Deixando bem claro, nos anos de 1999 e 1998 – exercícios financeiros a que se referem os TCs. 001775/2005 e 001324/2003 – o valor per *capta*[15] de Sergipe foi de R$ 394,55 (trezentos e noventa e quatro reais e cinqüenta e cinco centavos) e R$ 412,89 (quatrocentos e doze reais e oitenta e nove centavos), respectivamente, ao passo que o valor-referência nacional para a complementação foi de R$ 315,00 (trezentos e quinze reais) nos dois anos.

Assim, com base em informações de natureza pública (princípio da transparência insculpido no art. 1°, § 1° c/c art. 48, caput da Lei de Responsabilidade Fiscal) lançadas na *homepage*[16] do Ministério da Fazenda vê-se que o Município de Nossa Senhora da Glória não recebeu complementação da União Federal desde que instituído o FUNDEF, tendo este subscritor anexado tabelas (doc. fls. 185/186) dos anos de 1998 e 1999 extraídas daquele endereço eletrônico, tendo em vista que o ACÓRDÃO TC – 1970/2006 – Segunda Câmara – PROCESSO TC – 001775/2005, Relator Conselheiro Heráclito Guimarães Rollemberg, julgou ilegais as despesas do FUNDEF de Glória no ano de 1999.

A rigor, de acordo com dados públicos disponibilizados por aquele órgão federal, nenhum Município de Sergipe recebeu dita complementação por parte da União Federal no ano de 1999, conforme se vê da tabela (doc. fls. 187/196) acostada pelo Ministério Público Eleitoral, extraída do sítio do Ministério da Fazenda, alhures citado, alusiva a todos os Municípios sergipanos.

Para que não reste qualquer dúvida decorrente duma análise superficial sobre a natureza jurídica desta verba, imperativo é notarmos que a Lei n° 9.424/96 vai muito mais além, chegando mesmo a traçar todo o

[15]Dados públicos extraídos do site do Ministério da Fazenda, no endereço eletrônico www.stn.fazenda.gov.br/estados_municipios/municipios.asp, onde consta o recebimento do valores depositados pelos Estados, FPE, FPM e União a comporem o FUNDEF de todos os Municípios e Estados da federação.

[16]De bom alvitre relembrar que o princípio da transparência a nortear os dados da gestão fiscal tem sido implementado pela publicação em diversos sítios dos órgãos federais, e no caso do FUNDEF encontra-se no endereço eletrônico www.stn.fazenda.gov.br/estados_municipios/municipios.asp. Com efeito, o art. 48 da Lei de Responsabilidade Fiscal prevê ampla divulgação " inclusive em meios eletrônicos de acesso público."

panorama orçamentário do FUNDEF, sempre dizendo que os recursos do FUNDO fazem parte do orçamento do Estado-membro e dos Municípios; senão vejamos:

> "Art 3°. Os recursos do Fundo previstos no artigo 1° serão repassados, automaticamente, para contas únicas e específicas dos Governos Estaduais, do Distrito Federal e dos Municípios, vinculadas ao Fundo, instituídas para esse fim e mantidas na instituição financeira de que trata o artigo 93 da Lei n° 5.172, de 25 de outubro de 1966."

Não estancando aí, enfatiza a norma:

> "Art. 3° ...
> *Omissis*
> § 1°. Os repasses ao Fundo, provenientes das participações a que se refere o artigo 159, inciso I, alíneas a e b, e inciso II, da Constituição Federal, constarão dos orçamentos da União, dos Estados e do Distrito Federal, e serão creditados pela União em favor dos Governos Estaduais, do Distrito Federal e dos Municípios, nas contas específicas a que se refere este artigo, respeitados os critérios e as finalidades estabelecidas no artigo 2°, observados os mesmos prazos, procedimentos e forma de divulgação adotados para o repasse do restante destas transferências constitucionais em favor desses governos.

Como vemos, de uma leitura um pouco mais sistemática e judiciosa salta aos olhos que o FUNDO DE DESENVOLVIMENTO DO ENSINO FUNDAMENTAL E VALORIZAÇÃO DO MAGISTÉRIO - FUNDEF integra o patrimônio Estadual e Municipal. Por conseguinte, todas as receitas que compõem o FUNDO são Estaduais e Municipais, falecendo qualquer interesse da União, e por via transversa exclui atribuição fiscalizatória do TCU prevista no art. 71, VI da CF.

Em arremate, vê-se que conduziu-se bem o TCE ao proferir condenação no TC 1775/2005, pois ali quantificou o tamanho do rombo as cofres públicos na malversação de dinheiro destinado à educação alocado pelo sobredito fundo constitucional.

Esta posição é firmemente compartilhada pelo TSE, o qual no particular entende que o TCE ao julgar contas do FUNDEF exerce a competência constitucional prevista no art. 71, II, VIII e § 3°, noutras palavras, possui atribuição para julgar conta de gestão de Prefeito como

se colhe dos seguintes julgados:

"RECURSO ESPECIAL. REGISTRO DE CANDIDATURA. EX-PREFEITO. APLICAÇÃO DE RECURSOS. FUNDEF. CONDENAÇÃO. CORTE DE CONTAS. ÓRGÃO COMPETENTE.

(..) Decorrendo a prestação de contas da aplicação de recursos oriundos do FUNDEF, competente para proceder seu julgamento é a Corte de Contas, embora o gestor se identifique como chefe do Poder Executivo Municipal, ensejando eventual rejeição a inelegibilidade disposta na alínea "g" do inc. I do art. 1 ° da LC n° 64/90."(...) Consta dos autos que José Pedro da Silva interpôs Embargos de Declaração e, em seguida, Recurso Especial contra acórdão do TRE-MG que, negando provimento a Recurso Eleitoral, manteve a decisão monocrática que indeferiu o seu registro de candidatura ao cargo de vereador do Município de São João do Paraíso, sob a assertiva de que não apresentou a documentação necessária em tempo e modo hábeis, além de TER SIDO CONDENADO PELO TCE PELA NÃO COMPROVAÇÃO DA APLICAÇÃO DE RECURSOS ORIUNDOS DO FUNDEF, NOS AUTOS DE PROCESSO ADMINISTRATIVO N° 645.236. Alega que o acórdão recorrido violou a alínea "g" do inc. I do art. 1° da Lei Complementar n° 64/90, pois manifesta que consta dos autos certidão da Câmara de Vereadores do Município de São João do Paraíso (fls. 33) informando que não teve contas rejeitadas por referido órgão, o qual afirma ser competente para apreciá-las, razão por que diz não poder prevalecer a decisão do TCE rejeitando suas contas relativas à aplicação de recursos oriundo do FUNDEF, pertinente ao período quando exercia o cargo de prefeito de mencionado município.(...) DECIDO. É irrepreensível a conclusão do douto parecer quando assinala que (fls. 185-186): "(...) Conclui-se, assim, que os recursos do FUNDEF não integram a conta única dos Municípios, pois depositados em conta específica e vinculada ao Fundo. Dispõe a Constituição Federal: 'Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União, mediante convênio, acordo, ajuste ou outros'. DEPREENDE-SE, ASSIM, QUE OS PRINCÍPIOS ESTABELECIDOS NA CONSTITUIÇÃO FEDE-

RAL, QUANTO À FISCALIZAÇÃO E O CONTROLE EXTERNO DA APLICAÇÃO DE RECURSO, SÃO APLICÁVEIS AOS ESTADOS, EVIDENCIANDO QUE COMPETE AOS TCE'S O JULGAMENTO DAS CONTAS RELATIVAS À APLICAÇÃO DE RECURSOS ORIUNDOS DO FUNDEF, OS QUAIS, ALÉM DE SEREM DEPOSITADOS EM CONTA ESPECÍFICA E VINCULADA AO FUNDO, CONSTAM DE PROGRAMAÇÃO ESPECÍFICA DOS RESPECTIVOS ORÇAMENTOS DOS ENTES QUE O PERCEBEM, NÃO INTEGRANDO, DESSA FORMA, A CONTA ÚNICA DO MUNICÍPIO, CUJOS RECURSOS UTILIZADOS TEM AS RESPECTIVAS PRESTAÇÕES DE CONTAS JULGADAS PELO PODER LEGISLATIVO. PORTANTO, EMBORA ASSISTA RAZÃO AO RECORRENTE AO AFIRMAR QUE TEVE SUAS CONTAS APROVADAS PELA CÂMARA MUNICIPAL, TAL FATO NÃO IMPLICA NA APROVAÇÃO DAS CONTAS RELATIVAS À APLICAÇÃO DOS RECURSOS ORIUNDOS DO FUNDEF, CUJO JULGAMENTO CABE À CORTE DE CONTAS.(...) Anoto, ainda, que a v. sentença de primeiro grau, mantida pelo egrégio Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais, bem delineou a controvérsia (fls.101-102): "(...) NO CASO, PERCEBE-SE, PELA PRÓPRIA REDAÇÃO DO DOCUMENTO DE FL. 29, QUE O TRIBUNAL DE CONTAS AGIU NO EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA ATRIBUÍDA PELO INCISO II DO ART. 71 DA CONSTITUIÇÃO, POIS A DELIBERAÇÃO POR ELE TOMADA NÃO TEM NATUREZA JURÍDICA DE PARECER PRÉVIO, SUJEITO A APRECIAÇÃO PELA CÂMARA MUNICIPAL, MAS EQUIVALE À DECISÃO DE REJEIÇÃO DE CONTAS, JÁ QUE, PELO QUE SE DEPREENDE O REFERIDO DOCUMENTO, O ORA REQUERENTE, ENTÃO PREFEITO MUNICIPAL NO ANO DE 2000, COMO ORDENADOR DE DESPESAS, DEIXOU DE COMPROVAR A APLICAÇÃO DE RECURSOS PÚBLICOS TRANSFERIDOS A MUNICÍPIO PELO FUNDEF - FUNDO DE MANUTENÇÃO E DESENVOLVIMENTO DO ENSINO FUNDAMENTAL E DE VALORIZAÇÃO DO MAGISTÉRIO, naquele exercício, razão pela qual foi responsabilizado pelo débito da ordem de R$ 67.337,74 (sessenta e sete mil, trezentos e

trinta e sete reais e setenta e quatro centavos), os quais deveriam ser recolhidos aos cofres municipais, no prazo de 30 dias, após o trânsito em julgado. (...)." (RESPE-24591, Rel. Carlos Eduardo Caputo Bastos, publicado em 06/10/2004). (Destacamos).

"REGISTRO DE CANDIDATURA INDEFERIDO. CANDIDATO A DEPUTADO FEDERAL. CONTAS REJEITADAS NO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO. FUNDEF. INSANABILIDADE CONFIGURADA. AÇÃO ANULATÓRIA AJUIZADA APÓS A IMPUGNAÇÃO AO REGISTRO. (..) Senhor Presidente, bem vistas as coisas o recurso não merece prosperar. O recorrente – candidato a Deputado Estadual – teve sua prestação de contas rejeitada por Tribunal de Contas de Roraima, alusivamente ao FUNDEF – exercício de 2001, quando ainda era prefeito do Município de Pacaraima/RR. (..) 9. De outra banda, anoto que a insanabilidade das contas decorre do fato de que a conduta do recorrente – ao omitir a prestação de contas e desviar a finalidade na aplicação dos recursos do FUNDEF – caracterizou desrespeito à lei e acarretou sérios prejuízos ao Erário. DAÍ PORQUE SE LHE IMPUTOU DÉBITO COM QUANTIA CERTA E MULTA, AMBOS COM FORÇA DE TÍTULO EXECUTIVO - § 3° DO ART. 71 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL." (RO no.930/RO, Rel. Carlos Ayres Britto, julgado em 14/09/2006). (Destacamos).

"RECURSO ORDINÁRIO. ELEIÇÃO 2006. IMPUGNAÇÃO. CANDIDATO. DEPUTADO ESTADUAL. REJEIÇÃO DE CONTAS. AÇÃO ANULATÓRIA. BURLA. INAPLICABILIDADE DO ENUNCIADO N° 1 DA SÚMULA DO TSE. RECURSO DESPROVIDO. Senhor Presidente o Ministério Público Eleitoral ajuizou ação de impugnação ao registro de candidatura do candidato à reeleição, Eliseu Alves, ao cargo de Deputado Estadual, o qual teve suas contas – prestadas enquanto exercia o cargo de prefeito do Município de Anauá/RR – julgadas irregulares pelo Tribunal de Contas do Estado por duas vezes, ambas decisões irrecorríveis no âmbito administrativo. (...) Os presentes autos apresentam, ao se avaliar as irregularidades apontadas e a defesa carreada pelo responsável, fato sui generis, posto ter-se detectado por esta Corte de Contas a inexistência de alunos de ensino fundamental na rede de ensino daquele município, o que, vislumbrando-se todas as conseqüên-

> cias, este fato macularia quaisquer avaliações sobre a forma de utilização dos recursos do FUNDEF pela Prefeitura Municipal de São Luis do Anauá, que, aliás, foram eivados de irregularidades como já citado em relatório onde constam as proficientes observações da Equipe Técnica. (..)" (RO no. 912/RR, Rel. Cesar Asfor Rocha, julgado em 24/08/06). (Destacamos).

Em arremate, cumpre alertar a este sodalício eleitoral que o FUNDEF é fundo de matriz constitucional, formado de repasses de fundos constitucionais e repartições constitucionais de tributos, conforme visto acima, em nada se confundindo com convênio, apesar de alguns julgados do próprio TSE, *concessa venia*, incorrerem nesta impropriedade técnica.

Em sendo um fundo constitucional, por evidente, a verba integra o orçamento dos entes federativos contemplados, dentre eles Estado e Município, não se confundindo com verba proveniente de ato bilateral (convênio) entre organismos estatais.

Portanto, a verba do FUNDEF destinada ao Município de Glória, no exercício financeiro de 1999, não pode ser confundida com convênio federal, muito menos na situação em apreço há aporte financeiro da União, sendo despropositado falar em convênio federal. Ademais, é fato público e notório que até o ano de 2006[17] a União Federal não efetuou qualquer complemento para o Estado de Sergipe a título de desenvolvimento do ensino fundamental, de conseguinte, descabido suscitar a competência do TCU para julgar referida verba.

Clareando mais ainda o tópico, a Lei 11.494/2007 reguladora do FUNDEB, reproduzindo igual dispositivo da legislação atinente ao FUNDEF – Lei 9424/96 – disciplina a matéria atinente aos atos de fiscalização deste fundo constitucional, reconhecendo a competência dos TCE's para tal mister quando não há complementação da União, *in verbis:*

> "Art. 26. A fiscalização e o controle referentes ao cumprimento do disposto no art. 212 da Constituição Federal e do disposto nesta Lei, especialmente em relação à aplicação da totalidade dos recursos dos Fundos, serão exercidos:
> I - pelo órgão de controle interno no âmbito da União e pelos órgãos de controle interno no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;
> II - pelos Tribunais de Contas dos Estados, do Distrito

[17]Dados públicos extraídos do site do Ministério da Fazenda, no endereço eletrônico www.stn.fazenda.gov.br/estados_municipios/municipios.asp

Federal e dos Municípios, junto aos respectivos entes governamentais sob suas jurisdições;
III - pelo Tribunal de Contas da União, no que tange às atribuições a cargo dos órgãos federais, especialmente em relação à complementação da União." (Destacamos).

Era como disciplinava a Lei 9424/96, em seu art. 11, literalmente:

"Os órgãos responsáveis pelos sistemas de ensino, assim como os Tribunais de Contas da União, dos Estados e Municípios, criarão mecanismos adequados à fiscalização do cumprimento pleno do disposto no art. 212 da Constituição Federal e desta Lei, sujeitando-se os Estados e o Distrito Federal à intervenção da União, e os Municípios à intervenção dos respectivos Estados, nos termos do art. 34, VII, alínea e, e do art. 35, III, da Constituição Federal."

VI – Das liminares em ação ordinária. Justiça comum. Ajuizamento após prazo de registro. Nítida má-fé. Precedentes jurisprudenciais e entendimento doutrinário. Colisão de direitos fundamentais. Acesso à jurisdição X probidade e moralidade administrativas. Prevalência destas como vetores a regular direitos políticos. Soberania popular. Interesse coletivo.

Da leitura das decisões interlocutórias acostadas às fls. 65/68 avista-se que ambas foram ajuizadas quando encerrado o prazo para registro das candidaturas, mais precisamente em 10 de julho de 2008 e 17 de julho de 2008.

A par disto, a segunda protocolada perante a 18ª Vara Cível ousou mais, com ajuizamento cerca de 5 (cinco) dias após o prazo de interposição desta ação de impugnação ao registro de candidatura, obtendo provimento favorável no dia seguinte à sua distribuição.

Pois bem, é induvidosa que tal postura processual revela menoscabo pela legislação eleitoral, e por via transversa, aos princípios constitucionais norteadores das inelegibilidades: probidade e moralidade administrativa.

O TSE nos julgados a seguir transcritos, nomeia tal conduta como de má-fé dos respectivos candidatos.

Sim, pois no caso dos autos além das cautelares terem sido interpostas após prazo de registro, último marco legal para a demonstração das condições de elegibilidade, foram igualmente intentadas quase dois anos após as respectivas decisões do TCE.

É no mínimo curioso, para não dizer que houve tentativa de fraudar este impedimento eleitoral pela rejeição das contas de gestão, ter o impugnado esperado este tempo, já sabedor de uma ação de impugnação contra si, para valer-se do mesmo expediente, reprovável, usado com o permissivo da Súmula 1 do TSE, atualmente mitigada, de às vésperas do pleito, e no curso desta AIRC, ajuizar ação para elidir decisões escorreitas da Corte de Contas.

Foi percebendo o abuso no exercício do direito constitucional de ação ou do acesso à jurisdição, que o Eg. TSE vem rejeitando decisões desta natureza, onde há o manejo de um direito constitucional de forma deturpada[18], buscando blindar os gestores condenados pelos Tribunais de Contas, com nítida vulneração à probidade e moralidade administrativas.

A manifesta má-fé extrai-se da própria natureza das despesas captuladas como ilegais, que no caso dos autos, configuram atos de improbidade por ofensa ao erário e violação a comandos constitucionais, além de constituírem ilícitos penais, pois em tais circunstâncias é evidente que um ajuizamento de ação anulatória não tem por fito discutir as condenações administrativas. Aliás, as liminares sequer tocaram no mérito dos acórdãos cuja eficácia foi suspensa pela 20ª e 18ª Varas.

Conclui-se, portanto, que o propósito das cautelares foi única e exclusivamente obstar esta causa de inelegibilidade, ou seja, de modo algum foi discutir de forma séria algum vício de fundo a respeito dos atos ilegais imputados pela Corte de Contas de Sergipe.

Vejamos com vem se manifestando a Corte Máxima diante destes expedientes utilizados pelos pré-candidatos:

> "Eleições 2006. Recurso Ordinário. Registro. Candidato. Deputado estadual. Prestação de contas. Ação anulatória. Idoneidade. Não-comprovação. Ajuizamento posterior à impugnação. (...) Hipótese em que se verifica a insanabilidade dos vícios averiguados nas prestações de contas, em face da ausência de boa-fé do ex-prefeito e da imputação de débito ao responsável." (TSE, AgReg no RO 1016/RS, publicado em 29/11/2006, rel. Min. Marcelo Ribeiro).
>
> "Agravo Regimental. Recurso ordinário. Registro de candidatura. Eleições 2006. contas Rejeitadas pelo Tribunal

[18]O ilustre Ministro Carlos Velloso condenou esta prática desleal no Respe no. 21.760/GO, manifestando-se em seu voto de forma enfática a necessidade de exercer " CONTROLE SOBRE O ABUSO DO DIREITO DE UMA AÇÃO CIVIL, NÃO NELA MESMA, MAS EM RELAÇÃO AOS EFEITOS ELEITORAIS". Citação extraída do precedente RO no. 912/RO que mitigou o rigorismo da Súmula 1 do TSE.

de Contas da União. Ação Judicial proposta após o pedido de registro. (..) Ato de vontade do recorrido de natureza processual não se sobrepõe aos objetivos de aplicação do princípio da moralidade pública, ínsito na legislação específica. (...) Observo, inicialmente, que embora os acórdãos de rejeição de contas sejam de 1998 e 2003, o recorrido somente ingressou com ação judicial para desconstituir as decisões do Tribunal de Contas da União em 10.7.2007 (fls. 47 e 56) e às vésperas da impugnação ao registro de candidatura, em claro intuito de se valer do permissivo posto na Súmula 1 do TSE e não de rever as contas rejeitadas ou a condenação imposta." (AgRgRO no. 1.109/MA, rel. Min. José Delgado, publicado em 29 de setembro de 2006).

Outrossim, o TSE também vem sedimentando o entendimento de que as condições de elegibilidade devem ser aferidas e demonstradas no momento do registro, não sofrendo interferência de quaisquer medidas judiciais em sentido contrário, se posterior àquele momento, molde a manter a estabilidade do pleito, conferir segurança jurídica, sem olvidar a preservação da probidade e moralidade administrativa, textualmente:

"Recurso Ordinário. Eleições 2006. Registro de candidatura. Rejeição de contas. Propositura de ação na justiça comum. Ausência de liminar ou antecipação de tutela. Provimento. (...) O PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO OU DE REVISÃO DE CONTAS, BEM COMO AS AÇÕES AJUIZADAS NA JUSTIÇA COMUM, DEVEM ESTAR ACOMPANHADAS DE LIMINAR OU DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA, COM DEFERIMENTO ANTERIOR À SOLICITAÇÃO DO REGISTRO DE CANDIDATURA, PARA QUE SE AFASTE A INELEGIBILIDADE. (...) A ALEGADA EXCLUSÃO POSTERIOR DO NOME DO RECORRIDO DA LISTA DO TCE NÃO AFASTA A INELEGIBILIDADE DECLARADA, HAJA VISTA QUE, NA ESTEIRA DA JURISPRUDÊNCIA DO TSE, AS CONDIÇÕES DE ELEGIBILIDADE E AS CAUSAS DE INELEGIBILIDADE SÃO AFERIDAS POR OCASIÃO DO REQUERIMENTO DO REGISTRO DE CANDIDATURA." (TSE, RO 1.207/MT, julg. em 20/09/2006, rel. Min. José Delgado).

"Inelegibilidade. Rejeição de contas. Momento. Aferição. Conforme jurisprudência desta Corte Superior, as

inelegibilidades e as condições de elegibilidade são aferidas ao tempo do registro da candidatura. NE: O prazo de inelegibilidade se encerrara após o prazo para pedido de registro de candidatura. (Ac. de 22.9.2004 no REspe no 22.676, rel. Min. Caputo Bastos.)

"Condenação transitada em julgado. Crime contra a administração pública. Prescrição da pretensão executória. Extinção da pena. Inelegibilidade por três anos. LC no 64/90, art. 1o, I, e. CPC, art. 462. 1. As condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade devem ser aferidas ao tempo do registro de candidatura (Ac. no 22.676, rel. Min. Caputo Bastos). 2. Aplicabilidade do art. 462 do CPC nas instâncias ordinárias. "(Ac. de 17.3.2005 no REspe no 23.851, rel. Min. Caputo Bastos, red. Designado Min. Carlos Velloso.) Inelegibilidade.

"RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. REGISTRO DE CANDIDATURA. ELEIÇÕES 2006. ART. 11, § 1°, VI, DA LEI N° 9.504/97. QUITAÇÃO ELEITORAL. CONDIÇÕES DE ELEGIBILIDADE E INELEGIBILIDADE. AFERIÇÃO NO MOMENTO DA APRESENTAÇÃO DO PEDIDO DE REGISTRO DE CANDIDATURA. PROVIMENTO DO RECURSO". (RESPE-26387 26387, Relator(a) JOSÉ AUGUSTO DELGADO - Publicado em Sessão, Data 13/09/2006.)

Neste particular adota igual posição José Jairo Gomes[19] *in verbis:*

"Deveras, é de se repudiar o ajuizamento oportunista da ação em tela, ou seja, aquele que tenha por único propósito elidir a incidência da inelegibilidade, e não propriamente discutir seriamente os fundamentos em que a rejeição das contas se assenta. Se o interessado deixa escoar tempo relevante e só às vésperas do pedido de registro de candidatura cuidar de ajuizar a demanda em apreço, afigura-se de todo oportunista a providência, não sendo, por isso mesmo, eficaz para elidir a incidência da inelegibilidade. A ressalva constante do final da presente letra "g" tem em mira evitar que o homem púbico imbuído da certeza de ter trilhado o bom caminho na gestão estatal não seja prejudicado por interpretação equivocada dos dados constantes das contas que prestou. Por óbvio, não pode servir de expediente para driblar as restrições impostas pela legislação

[19]Op. cit. à pág. 155.

eleitoral em nome do interesse público e da lisura da representação popular." (Destacamos).

Não destoa deste pensar Marcos Ramayana[20]:

> "As ações cabíveis são do tipo declaratórias ou anulatórias e seguem o rito ordinário. A doutrina entende que as ações cautelares não servem para a causa de suspensão da inelegibilidade. Nesse sentido, Joel José Cândido. Como se vê, é necessário que o interessado proponha ação, visando ao conhecimento de mérito da causa. A ação de desconstituição das contas rejeitadas por irregularidade insanável deve ser proposta antes da ação de impugnação ao pedido de registro de candidato, pois, ultrapassado o prazo, não há que se falar em causa de suspensão da inelegibilidade, mais sim na incidência da própria inelegibilidade. (Destacamos).

É inegável que o impugnado possa recorrer às raias da justiça para discutir os julgamentos do TCE.

O Ministério Público, incumbido constitucionalmente de defender a ordem jurídica e o regime democrático, de modo algum está a sustentar que o demandado fique impedido de discutir decisões adversas do TCE na justiça comum.

Mas o que se vê nos autos é que há um abuso no exercício ao direito fundamental de acesso à jurisdição, valendo recordar lição dos constitucionalistas que inexiste direito fundamental absoluto – conhecido também como princípio hermenêutico da convivência das liberdades públicas – como bem assinalaram os Ministros Celso de Mello no ADPF 45 MC/DF e Mauricío Correia no HC 82215/RJ.

De fato, as liminares alcançadas pelo **ex adverso**, a par das iniciais nas cautelares respectivas, em momento algum colimam discutir o mérito dos atos administrativos que geraram despesas consideradas ilícitas pelo TCE.

Novamente invocamos o magistério de José Jairo Gomes[21]:

> "A questão a respeito das contas, ou melhor, da rejeição delas, pode sempre ser submetida à apreciação do Poder Judiciário. Isso é feito via ação desconstitutiva ou anulatória do ato. (...) Para que a inelegibilidade fique afastada, será necessário que, na petição inicial, sejam questionadas todas as irregularidades apontadas, sob pena de não se afastá-las quanto às que não se questionarem."

[20] **Direito Eleitoral**, ed. Impetus, 2008, pág. 363 e 364.
[21] Op. cit. à pág. 155.

No particular há uma clara colisão entre direitos fundamentais, e como defendido pelo Min. Carlos Ayres Britto, em memorável voto exarado no RO 1069/RJ, como se está diante de situação a regular o exercício de um direito político, essencialmente coletivo, aquela garantia fundamental de nítida feição individual (direito de ação), na tensão com os postulados do art. 14, § 9°. deverá ceder à preservação da probidade e moralidade administrativa, estes sim prevalentes em matéria de direitos políticos, devendo-se realçar tais balizas constitucionais pois cuida-se na espécie de situações reguladoras da soberania popular, valor nitidamente coletivo.

VII – Fundamento constitucional da Airc. Contas de gestão. Julgamento técnico TCE. Defesa do patrimônio público, probidade e moralidade administrativa. Art. 14, § 9° da CF.

A exegese defendida nesta AIRC vai ao encontro da defesa do patrimônio público, interesse difuso merecedor de especial tutela do legislador constituinte, que em diversas passagens de nossa Lei Maior se incumbiu de revesti-lo de instrumentos jurídicos à sua proteção.

Eis aí o fundamento dogmático de se considerar como causa de inelegibilidade do Prefeito julgamento desfavorável, feito pelo TCE por vício insanável, quando ostente a condição de ordenador de despesa, prescindido da nefasta deliberação política do Legislativo.

A par desta especial deferência a este valor constitucional, destacado no capítulo dos direitos políticos por meio da probidade administrativa, moralidade e defesa contra abuso do poder político (art. 14, § 9° da CF), este entendimento prestigia a relevante função julgadora do TCE, cujo revigoramento como órgão vocacionado à fiscalização do uso do dinheiro público *lato sensu* iniciou-se com decisão histórica do TSE no RO 912, mitigando a Súmula 1 daquele Tribunal, conferindo maior credibilidade e eficácia aos julgamentos das Cortes de Contas quando pune os maus gestores, de que é exemplo eloqüente este processo sob análise.

Sublinhando a importância da Corte de Contas na defesa do patrimônio público, efetuando julgamento técnico do Prefeito ordenador de despesa, cita-se a abalizada doutrina de Jose Jairo Gomes[22] *ipsis litteris:*

> "Em primeiro lugar, dado seu perfil constitucional, o Tribunal de Contas não é mero órgão auxiliar, mas, sim, uma das mais relevantes instituições vocacionadas à fisca-

[22]Op. cit. pág. 153 e 154.

> lização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da Administração Pública. Seus membros gozam de iguais garantias, prerrogativas, impedimentos e vantagens da Magistratura (CF, art. 73 § 3º). Demais, ao ordenar pagamentos e praticar atos concretos de gestão administrativa, o Prefeito não atua como agente político, mas como técnico, administrador de despesas públicas. Não haveria, portanto, razão para que, por tais atos, fosse julgado politicamente pelo Poder Legislativo. Na verdade, a conduta técnica reclama métodos e critérios técnicos de julgamento, o que – em tese, ressalve-se! -Só pode ser feito pelo Tribunal de Contas. (Inovamos com grifos).

A vingar tese contrária, o patrimônio público, já tão combalido em nosso país recheado de fatos reveladores do descaso com o erário, açoitado diuturnamente com escândalos envolvendo gestores corruptos, estaria mais exposto a violações, dada a histórica e forte ascendência do Executivo sobre o Parlamento, assaz maléfica, especialmente nos paupérrimos Municípios, caso dos autos, onde o primeiro detêm poder sobre finanças, receita, gastos, alcançando a rejeição de uma decisão do TCE que conclui pela ilegalidade de uma despesa, com efeitos sempre desastrosos sobre os cofres.

Igualmente realçando a natureza coletiva dos princípios basilares a reger as inelegibilidades, dentre eles o patrimônio público, a probidade administrativa e moralidade administrativa, consultemos o memorável voto do Ministro Carlos Ayres Britto exarado no RO 1069:

> "Insista-se na diferenciação para ficar bem claro que os magnos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho existem para se concretizar, imediatamente, no individualizado espaço de movimentação dos seus titulares. Logo, os dois estruturantes e só depois a se servir, por gravidade ou – princípios a servir primeiro do particularizado gozo dos respectivos direitos subjetivos – arrastamento Estes a primeiro luzir, para somente depois se ter por concretamente imperantes aqueles dois proto-princípios constitucionais. Ao contrário (renove-se o juízo) do que sucede com os estruturantes princípios da soberania popular e da democracia representativa, pois, aqui, quem primeiro resplende são valores ou princípios. O eleitor não exerce direito para primeiramente se beneficiar. Seu primeiro dever, no instante mesmo em que exerce o direi-

> to de votar, é para com a afirmação da soberania popular (valor coletivo) e a autenticidade do regime representativo (também valor de índole coletiva). O mesmo acontecendo com o candidato a cargo político-eletivo, que só está juridicamente autorizado a disputar a preferência do eleitorado para representar uma coletividade territorial por inteiro. Jamais para presentar (Pontes de Miranda) ou servir a si próprio. Mais ainda, esta a razão por que a nossa Constituição forceja por fazer do processo eleitoral um exercício da mais depurada ética e da mais firme autenticidade democrática. Deixando clarissimamente posto, pelo § 9° do seu art. 14, que todo seu empenho é garantir a pureza do regime representativo, traduzida na idéia de "normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso de exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta". Isso de parelha com a proteção da "probidade administrativa e a moralidade para o exercício do cargo, considerada a vida pregressa do candidato" (Destacamos).

Estes vetores constitucionais a serem observados nas hipóteses de inelegibilidade são reconhecidos pelo Eg. TSE, como se verifica da seguinte passagem:

> "(..) a análise da idoneidade da ação anulatória é complementar e integrativa à aplicação da ressalva contida no Enunciado no. 1 da Súmula do TSE, pois a Justiça Eleitoral tem o poder-dever de velar pela aplicação dos preceitos constitucionais de proteção à probidade administrativa e à moralidade para o exercício do mandato (art. 14, § 9°, CF/88). Recurso desprovido." (TSE – RO no. 912/ RR, publ. na sessão de 24/08/2006)

A ação de impugnação de registro de candidatura é, conforme posicionamento doutrinário e disciplina legal (LC 64/90, art. 3° e seg.) incontrastável, uma lide processual, de natureza contenciosa porquanto sua eficácia está entrelaçada à preservar direitos fundamentais (art. 14, § 9°) de natureza difusa[23] a reger o processo eleitoral *latu sensu*, tais como probidade administrativa, moralidade para o exercício do mandato, vida pregressa do candidato, normalidade e legitimidade do pleito blindado-o de abusos de ordem econômica e política, ao tempo em que afeta patrimô-

[23] É o que sustenta o brilhante Min. Carlos Ayres Britto em monumental voto no RO no. 1069, proferido no TSE por ocasião do julgamento do processo envolvendo Eurico Miranda, no qual se discutiu a relevância da vida pregressa para fins de condição de elegibilidade.

nio jurídico do candidato e da própria coligação a que pertence, impedindo o exercício de um direito eleitoral passivo.

É o que nos lega o eleitoralisata José Jairo Gomes ao discorrer sobre a causa de inelegibilidade insculpida no art. 1°, I, "g" da LC 64/90[24]:

> "O dispositivo tem em mira a proteção da probidade administrativa e a moralidade para o exercício do mandato em vista da experiência pregressa do candidato como agente político (executor de orçamento) e gestor público (ordenador de despesas). (Inovou-se com grifos).

Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho[25] quando discorre acerca dessa inelegibilidade, destaca que:

> "A intenção é clara e louvável: trata-se de impedir que disputem eleições – e por estas se elejam – pessoas cujo passado – a vida pregressa – sugira que ameacem a probidade administrativa e a moralidade."

Considerando o nível de escolaridade e de pobreza dos eleitores no Brasil que, muitas vezes não têm como resistir a um cesta básica, a um par de sapatos, ou a uma nota de R$ 50,00 (cinqüenta reais), seria ilusão supor que o povo, por si só, seja capaz de repelir do cenário político governantes descomprometidos com os anseios sociais.

Nesse contexto, indispensável a aplicação das normas existentes capazes de afastar das disputas eleitorais aqueles que atentam contra o princípio da moralidade e da probidade administrativa.

O que se protege com mais veemência, *in casu*, é, portanto, a moralidade e probidade administrativa e o direito de todos a ter membros do Poder Executivo e do Legislativo sem qualquer mácula em sua vida pregressa.

Na lição do jurista eleitoral mineiro EDSON DE RESENDE CASTRO[26]:

> "Se de um lado é possível dizer, como da transcrita lição do Min. Ayres Britto, que a "idoneidade moral" é uma condição de elegibilidade presente no art. 14, § 3°, porque perpassando suas demais condições, com mais razão a invocação da moralidade e da probidade para o exercício de qualquer função pública como valores constitucionais irrenunciá-

[24] Op. cit. à pág. 150.
[25] Curso de Direito Constitucional. 31. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 119.
[26] Artigo "A vida pregressa como impedimento constitucional à candidatura".

veis e impostergáveis ao regime republicano. Tais valores, é bom lembrar, estão expressamente mencionados no art. 37, da CF, como princípios norteadores da administração pública em geral, vinculantes da conduta dos agentes públicos e, mormente, dos agentes políticos. E mais: o § 4°, do mesmo art. 37, eleva a moralidade e a probidade a verdadeiras condições de permanência na titularidade do cargo e no exercício da função, na medida em que recomenda a perda do cargo como conseqüência da prática de improbidade administrativa, infração que se caracteriza, dentre outros, pela inobservância dos ditos princípios (arts. 9°, 10 e 11, da Lei n° 8.429/92).

Neste diapasão – moralidade e probidade como pressupostos de permanência no cargo público – inevitável concluir, a partir de uma construção sistêmica do raciocínio constitucional, que tais valores/princípios são também, e com mais razão, condições – ou pressupostos – de acesso ao mandato eletivo.

VIII – Requerimentos finais

EX VI POSITIS, e à luz dos fundamentos jurídicos lançados na inicial este Membro Ministerial pugna pelo recebimento recurso, porque tempestivo, além de atender às condições de admissibilidade, e no mérito, combate pelo seu improvimento, com conseqüente manutenção do indeferimento do registro de candidatura de SOS.

PREQUESTIONO[27], expressamente, apesar de já estar farta e sobejamente discutida e delimitada a matéria no bojo dessas razões de apelo, o art. 1°, I, "g" da LC 64/90, bem assim os arts. 14, § 9° e 71, II, VIII e seu §3o ambos da Constituição Federal, para fins de recurso especial ou ordinário (CF, art. 121, §4°, I, II e III) dirigido ao TSE e extraordinário (art. 121, § 3°) ao STF, se necessário.

Nossa Senhora da Glória, 13 de agosto de 2008.

ALEX MAIA E. DE OLIVEIRA
Promotor de Justiça Eleitoral

[27]O prequestionamento tem sido exigido, como verdadeira condição de admissibilidade de recursos dirigidos ao TSE, como se infere do quanto decidido no AERESPE no. 25.594/RS e AERESPE no. 27.518/SP, publicados nos informativos no. 5 e 8 respectivamente.

ALEGAÇÕES FINAIS. NEGLIGÊNCIA MÉDICA. ABANDONO DE PLANTÃO.

Alonso Gomes Campos Filho*

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE, representado pelo Promotor de Justiça que esta subscreve, no uso de uma suas atribuições institucionais, vem oferecer suas ALEGAÇÕES FINAIS no processo que move em face de A (proc. 00/0000), já qualificado nos autos e denunciado como incurso no artigo 121, parágrafo 3°, do Código Penal Pátrio, tendo como vítima um recém nascido que necessitava de atendimento médico no Hospital onde o acusado deveria estar de plantão, aduzindo o que se segue:

Consta da peça pórtico que na noite do dia 03 de novembro de 2001, a jovem X precisou levar seu filho recém-nascido ao Pronto-Socorro desta cidade, uma vez que o infante chorava incessantemente. Ao chegar na referida unidade de saúde, a qual era mantida pelo Município de Propriá, foi atendida pelo médico plantonista de nome B, cujo profissional a orientou a dirigir-se ao Hospital São Vicente de Paulo, instituição privada que, conforme o médico, tinha condição de dar o atendimento que a criança merecia e que era presidida pelo acusado, também localizada nesta cidade, a fim de que a citada criança fosse colocada no "balão de oxigênio", pois o quadro inspirava cuidado urgente.

Assim foi feito pela diligente mãe. X se dirigiu, à pé, ao Hospital São Vicente de Paulo com seu pequeno filho nos braços, uma vez que não tinha recursos para se socorrer de um veículo, cuja criança, como foi dito pelo médico, apresentava quadro clínico delicado, porém ao chegar no hospital mencionado foi informada pelos atendentes que o médico plantonista não se encontrava. Ante a informação, X indagou dos atendentes se poderia esperá-lo, no entanto foi aconselhada por aqueles a procurar a mãe do prefeito da cidade, a fim de ela lhe arranjasse um carro para levá-los para atendimento em um dos hospitais de Aracaju, pois o médico plantonista não voltaria tão cedo. Mais uma vez, e com o recém nascido nos braços, X percorreu, à pé, algumas ruas desta cidade, até chegar à casa da mãe do prefeito, contudo esta lhe informou que não tinha nenhum veículo disponível.

* Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Sergipe

Desesperada, como ficaria qualquer ser humano e principalmente uma pobre mãe, X telefonou para o seu patrão, com o intuito de conseguir um transporte para Aracaju, entretanto quando este chegou para atender aos seus apelos, a criança já estava morta.

Objetivando esquivar-se da responsabilidade penal, o acusado declarou que teria trocado o plantão com o médico C, mas este informou que não houve tal permuta.

Já era do conhecimento da sociedade propriaense a negligência no atendimento por parte de alguns profissionais do referido hospital, notadamente em relação aos plantões do acusado, daí ter sofrido e está sofrendo intervenção em sua administração, em razão de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público local, conforme demonstram os documentos constantes dos autos, trazendo, como conseqüência, inclusive, a morte de pacientes.

A materialidade do delito comprova-se pelo documento encartado às fls. 26, como também pelos diversos depoimentos constantes destes autos.

A autoria do fato delitógeno restou cabalmente comprovada pelo que consta dos uníssonos depoimentos e declarações prestadas tanto na fase inquisitorial como em Juízo, além das declarações fornecidas pelo próprio réu, não obstante tenham sido no sentido de furtar-se da responsabilidade penal.

Antes mesmo de abordar o que foi dito por algumas das pessoas que prestaram depoimentos neste feito, é de extrema importância que seja analisado o documento de fls. 08/09, que é o BOLETIM DE OCORRÊNCIA lavrado na Delegacia de Polícia local 04 dias após o fatídico dia. Trata-se de um documento impessoal, que retrata e simplifica tudo o que ocorreu. Ele noticia que o parto que tivera anteriormente (no dia 31.10.2001) foi feito exclusivamente por parteiras, embora o acusado tenha dito que o fizera; narra a peregrinação a que foi obrigada a fazer a mãe da vítima pelas duas unidades de saúde que existiam à época (hoje não mais existe o Pronto Socorro onde atendia o médico Agnaldo Anselmo) e na casa do Prefeito do município e diz que o Dr. A era o médico que deveria estar de plantão no Hospital São Vicente de Paulo.

A culpabilidade do acusado está comprovada nos depoimentos das várias pessoas que compareceram ao Fórum da cidade para narrar o que sabiam. Para não enfadar e não correr o risco de ser redundante, transcreve-se, então, trechos de alguns desses depoimentos:

X, mãe da vítima, fls. 41 e 75:

"no dia 31 de outubro de 2001 internou-se na maternidade desta cidade para dar a luz a um filho. Na maternidade, como não havia médico no momento do parto, este foi feito por uma parteira que a declarante não sabe o nome. ..... Quando a declarante pegou seu filho nos braços percebeu que havia um hematoma ou caroço na cabeça e arranhões no seu pescoço. Indagou da parteira sobre aquele hematoma e arranhões tendo ela respondido que o parto tinha sido difícil, por isso a criança estava daquele jeito. ..... Dois dias após a alta o neném teve uma crise de choro e a declarante já desesperada o levou até o pronto socorro desta cidade. Lá, o médico que atendeu a criança, ao levantar a roupa do neném informou imediatamente que havia um problema no umbigo dele e que deveria ser encaminhado imediatamente ao Hospital desta cidade para ser medicado e ir para o balão de oxigênio. Assim a declarante fez. Ao chegar no hospital, no entanto, foi informada que não havia médico naquele momento e que o plantonista tinha ido tomar café em casa. ..... Os enfermeiros estavam assistindo televisão, mais precisamente a novela "O clone", e sequer levantaram-se para atender a declarante. Um único deles, que estava de pé e mais próximo a declarante, aconselhou a mãe desta, que acompanhava a declarante e a criança, a procurar a mãe do prefeito da cidade a fim de que ela conseguisse um veículo para transportar a criança para um hospital em Aracaju onde poderia receber o oxigênio que necessitava. ..... No hospital a enfermeira amiga de seu patrão e que se chama ZZ, muito indignada, dirigiu-se aos enfermeiros do hospital dizendo a eles que a criança que eles haviam recusado atendimento havia falecido. ..... Naquele momento a esposa do patrão da declarante chegou ao hospital e passou a fotografar tudo, inclusive o corpo sem vida do filho da declarante. ..... Que o percurso que foi feito pela declarante, por sua mãe e pelo seu filho que faleceu, do hospital para o pronto socorro e para a sua residência foi feito todo à pé, já que não possuía,com não possui, carro. ..... Que posteriormente procurou olhar as fotografias que foram tiradas no hospital, porém seu patrão lhe informou que as mesmas tinham sumido. ..... Que quem deveria estar de plantão no hospital era o diretor do mesmo, o Dr A..."

SS, ex-patrão de X a, mãe da vítima, fls. 28 e 101:

"Que conhece o Dr. A apenas de vista e de ouvir falar pois ele é médico da cidade e é bastante conhecido. Não sabe dizer porque foi arrolado como testemunha da defesa dele. ..... A esposa do depoente es-

tava com uma máquina fotográfica na bolsa mas a máquina estava sem filme, mas mesmo assim tanto o depoente quanto a sua esposa ficaram fingindo que estavam batendo fotografias com o intuito de pressionar o pessoal do hospital para que alguma atitude fosse tomada com relação a criança, ao menos no que se refere ao atestado de óbito. ..... Que afirma com convicção que não havia nenhum filme na máquina. ...Segundo o depoente soube a "via crucis" de Tatiana e seu filho teria se iniciado por volta das dezenove horas daquela noite. ... Que tem convicção de que não havia filme na máquina porque é o depoente quem compra os filmes quando algum evento tipo casamento, batizado, aniversário, ocorrem e naquela época não comprou o filme. Que não sabe dizer se no momento em que fingiam bater as fotografias a sua esposa tinha conhecimento da inexistência de filme na máquina. Porém logo após o evento os dois conversaram sobre o fato e ela se não sabia ficou sabendo que na máquina não havia filme. ..... Que ouviu as duas mulheres conversando baixinho uma com a outra e diziam que era bem feito que aquilo estivesse ocorrendo pois eles, os médicos, eram muito negligentes. No dia seguinte o depoente ouviu comentários na rua dando conta de que quem deveria estar de plantão naquela noite no hospital era o Dr. A e que o Dr. YY estava em casa quando foi chamado para "cobrir o buraco" deixado pelo médico que saiu do plantão. Que ZZ ligou algumas vezes para o depoente e sua esposa pedindo cópia das fotografias, muito embora tenha sido dito a ela que não havia filme na máquina. Aparentemente ZZ não acreditou e ligou várias vezes insistindo em receber cópias das fotografias. ..."

CC, esposa de SS (ver acima), fls. 30 e 104:

"(...) A depoente nem seu marido possuíam carro na época, mas um cliente que estava jantando, percebendo a situação, prontificou-se a transportar X e o filho para o hospital desta cidade. ..... A depoente, por sua vez, como se encontrava com a câmara fotográfica na bolsa, começou a bater fotografias, principalmente do médico que estava no local e da criança em cima do balcão. Que batia fotografias do médico porque ele estava de bermuda e chinelos. ..... mesmo assim ouviu a depoente ouviu um deles dizer que aquele médico não era o plantonista e que estava ali apenas para pegar umas fichas ou uns papéis. .... Também soube que X foi ao hospital duas vezes naquela noite e que da primeira vez foi recebida apenas por enfermeiros. .... Que a câmara fotográfica estava com filme mas havia entrado luz e o filme "velou". Que chegou a bater no máximo seis fotografias no hospital, muito embora fosse de trinta e seis poses.

Que havia batido outras fotografias antes daquelas do hospital, inclusive de uma cachorra que chegou a falecer, mas o filme velou totalmente e nenhuma das fotos prestou. Que uma das três pessoas que se encontravam na recepção do hospital onde os fatos ocorreram e que comentavam que o médico que estava de bermuda não era o plantonista e que estava ali apenas para pegar uns papéis, encontra-se no recinto deste Fórum e foi apontado pela testemunha, sendo ele o Sr. XXX. Que a depoente trabalhou mais ou menos um ano com fotografias e pela sua experiência acha que o filme velou por ter sido mal colocado na máquina ou por esta ter sido aberta antes de rebobinar o filme. Que foi a própria depoente quem colocou o filme na máquina e esta foi aberta na loja em que deveria ser revelado o filme, pois a depoente mandou a máquina com o filme para a loja..... Que não tem motivo especial para ter mandado a máquina com o filme para a loja, ao invés de retirar o filme e mandá-lo para revelar, que era o seu costume. .... Que mais ou menos em fevereiro de 2002 a depoente e seu marido ganharam uma concorrência para fornecer quentinhas e necessitaram comprar um carro, tendo então adquirido um veículo Gol. ..... "

RRR (auxiliar de enfermagem), fls. 20 e 185:

"(...) O médico plantonista daquela noite era o Dr. A mas não se encontrava no hospital naquele momento. ..... Que não sabe dizer o que o Dr. YY estava fazendo no hospital naquela noite pois, como já disse, o plantonista era o Dr. A .....Todos eles às vezes faltavam ou se ausentavam dos seus respectivo plantões. ....."

YY (médico), fls. 22, 39, 72 e 99:

"Que no dia 03.11.01, pela noite, por volta das 22:15h, o declarante teve que ir ao hospital São Vicente de Paulo, pegar umas papeletas dos seus clientes para refazê-las devido a caligrafia não estava legível, dito pelos auditores da Secretaria da Saúde; que o declarante quando já estava com as ditas papeletas, foi chamado pela enfermeira FF, da ala da maternidade, dizendo que para o mesmo comparecer na recepção do hospital, pois lá havia várias pessoas exigindo a presença de um médico; que o declarante não estava de plantão e que o plantão era do Dr. A , que naquele momento não se encontrava no hospital. ..... que o Dr. A, naquela noite, não teve qualquer contato com o declarante, e muito menos foi solicitado que substituísse o Dr. A no plantão daquela noite. ..... Ainda recorda que a tal enfermeira que o agrediu portava um celular de onde fazia várias ligações para a TV Sergipe e o programa de "Ratinho",

chamando os repórteres sob a alegação de que naquele momento estava acontecendo um caso de negligência médica. ....."

JJ (auxiliar de enfermagem), fls. 18, 89, 99 e 127, no entanto transcreve apenas trechos de sua retratação às fls. 127:

"O depoente diz que compareceu espontaneamente a esta sala de audiência no dia de hoje pois pretende retratar-se dos dois últimos depoimentos que prestou neste processo em audiências realizadas anteriormente. Que pretende essa retratação porque a sua consciência pesou, principalmente na última audiência em que foi acareado o seu depoimento com o depoimento de Dr. YY, ouviu quando o Promotor de Justiça disse que a responsabilidade pelos fatos podiam reverter-se contra o Dr. YY. Sabendo disso ficou pensando que um inocente poderia ser condenado e não querendo mais compactuar com isso, resolveu vir contar a verdade do que sabe realmente a respeito dos fatos de que tratam estes autos. ..... Foi então que o depoente disse a ela (à mãe da vítima) que não havia nenhum médico no hospital naquele momento e que o melhor que ela faria era procurar um veículo para conduzir a criança a um hospital de Aracaju. ..... O pessoal que ali chegara queria saber de qualquer jeito porque não havia médico de plantão no hospital, dizendo que a criança morreu por falta de atendimento e querendo saber a todo custo o nome do médico que deveria estar de plantão. ..... Naquele momento o depoente viu que o Dr. YY chegou ao local acompanhado da atendente FF. ..... Foi ela, a esposa de Augusto que, sem qualquer identificação ou explicação, começou a bater fotografias de todos que ali estavam. ..... Dias depois o depoente foi procurado pelo Dr. A e pelo Dr. YY que lhe pediram para fazer um "acerto". O acerto era no sentido de o depoente, quando fosse prestar declarações na delegacia, dissesse que o Dr. A estava de plantão e que ao precisar ausentar-se teria deixado o Dr. YY em seu lugar. Acertaram todos os detalhes, inclusive aquele da existência de um suposto telefonema dado pela esposa de A e atendido por FF. Feito o acerto, o depoente realmente depôs na delegacia e contou a versão inventada. Depois disso encontrou-se com o Dr. YY e este disse ao depoente que não ia mais depor do jeito que haviam acertado pois os comentários diziam que o caso estava indo para o Ministério Público e se ele sustentasse aquela versão poderia ser responsabilizado. O depoente, no entanto, não entendendo de questões jurídicas, pensou, mesmo porque foi o que lhe disseram, que se contasse na Justiça uma versão diferente da que havia contado na delegacia, poderia ser preso. Assim, por essa razão, quando veio depor não contou a verdade mas sim a versão que havia sido criada pelo Dr. A e pelo Dr. YY esteve no

hospital. Nem durante o dia nem durante a noite. ..... Que aceitou participar dessa farsa por medo de perder o emprego..... "

A , acusado, fls. 31 e 57:

"Que no dia 03.11.01, em torno de 21:00 horas, contactou com o Dr. YY, que se encontrava no hospital e pediu que este ficasse em seu lugar pois tinha surgido um problema familiar e que só retornaria no dia 04.11.01 pela manhã. Que o Dr. YY disse que estava tudo OK e que o mesmo poderia ir despreocupado. Que o declarante relatou ao enfermeiro plantonista, o Sr. JJ, que o Dr. YY iria ficar em seu lugar. Que ao retornar ao hospital no dia 04.11.01, por volta das 09:00 horas da manhã, soube através dos enfermeiros que entraram no plantão do dia 04.11.01, do ocorrido na noite anterior. ..... Que quem realizou o parto de X foi o declarante juntamente com uma parteira no dia 31.10.01. ..... Somente no dia seguinte, por volta das doze horas, ao encontrar com Dr. YY em um restaurante desta cidade, tomou conhecimento porque lhe relatado por ele, dos fatos que ocorreram na noite anterior no hospital desta cidade. (...)"

FF (auxiliar de enfermagem), fls. 131:

" no dia dos fatos da denúncia a depoente encontrava-se de plantão na maternidade do hospital São Vicente de Paulo quando, por volta das dezenove horas e trinta minutos ouviu o orelhão que fica em frente a maternidade tocar. Como normalmente faz, foi atender ao chamado e era a esposa do Dr. A quem estava ligando. Ela então pediu a depoente para chamar o seu esposo pois queria falar com ele. A depoente assim o fez e minutos depois foi procurado pelo Dr. A que lhe informou estar precisando ausentar-se do hospital. O dr. A assim pediu a depoente que se fosse necessário, entrasse em contato com o Dr. YY durante o período em que ele, Dr. A, estivesse ausente. ....."

MM (auxiliar de enfermagem), fls. 187:

"(...) naquela noite o Dr. YY chegou na maternidade, trajando bermuda e de sandálias, dizendo que precisava refazer algumas AIH's que haviam sido glosadas tendo, inclusive, solicitado que a depoente lhe trouxesse as AIH's. Quando já estava entregando as AIH's ao Dr. YY a parteira conhecida por XXXX chegou na maternidade pedindo ao Dr. YY que fosse até o pronto socorro pois uma senhora com uma criança insistia na presença de um médico. Inicialmente o Dr. YY disse que não iria pois estava de bermuda, mas XXXX insistiu e ele findou por atendê-

la. ..... A depoente soube que o médico que estava de plantão no pronto socorro naquela noite era o Dr. A , mas no momento da confusão ele não se encontrava no hospital. ..... Na noite dos fatos a depoente não viu o Dr. A na maternidade. Que seu plantão iniciou-se às sete horas da manhã daquele dia e estendeu-se até as sete horas do dia seguinte. Naquelas vinte e quatro horas a depoente não viu o Dr. A na maternidade em nenhum momento. (...)"

Mesmo fazendo uma superficial análise dos depoimentos e declarações das pessoas acima indicadas, bem como dos demais documentos acostados aos autos, verifica-se facilmente o seguinte: que X deu a luz a um menino no Hospital São Vicente de Paulo e que o correlato parto não foi feito pelo plantonista DR. A e sim por uma parteira, embora fosse o médico plantonista; que 03 dias após o nascimento de seu filho e já de alta médica, X teve que retornar ao mencionado hospital a fim de submeter seu filho a exames médicos, porém o acusado, que deveria estar de plantão, tinha abandonado seu posto, o que provocou o falecimento da criança por falta de assistência médica; que não somente o acusado mas diversos outros médicos que trabalhavam no hospital tinham o costume de abandonar o plantão para o qual estavam escalados; que o médico YY não se comprometeu com o acusado de substituí-lo em seu plantão e esteve no hospital no dia dos fatos por mera coincidência, visto que lá estava para retificar umas AIH's (Autorização de Internação Médica); que JJ foi coagido a mentir para proteger o acusado, contudo depois se retratou; e que o próprio acusado mentiu acerca do momento do conhecimento dos fatos, pois na Delegacia de Polícia disse que soube do evento através dos enfermeiros, no dia seguinte, às 09:00 horas da manhã, enquanto em Juízo informou que soube às 12:00 horas do dia seguinte, em um restaurante da cidade e que lhe fora dito pelo próprio Dr. YY. Aqui, o Ministério Público aproveita para esclarecer que todas as vezes que as pessoas se referem a enfermeiros, na realidade estão se referindo a auxiliares de enfermagem, pois naquela época não existiam enfermeiros no hospital.

Não é possível esquecer o teor do depoimento de FF , uma vez que aqui esteve apenas com a intenção de mentir e ajudar o acusado (aliás como fizera nos autos do processo número 697/2003 - cuja cópia de depoimento ora aduna), pois diz que atendeu a um telefonema para o Dr. A no dia dos fatos e que este lhe dissera que o Dr. YY estaria lhe substituindo naquele dia, enquanto a testemunha JJ informa que não teve nenhum telefonema para Dr. A e que isso foi "inventado" com o intuito de protegê-lo.

Da mesma forma, embora não aparentem, merecem destaque os depoimentos do casal CC (fls. 28 e 101) e SS (fls. 30 e 104), notadamente quando se referem às fotografias que foram tiradas no hospital. Enquanto o primeiro relata que sua esposa apenas simulou que estava fotografando, pois na câmara não tinha filme (e afirma com convicção), esta noticia que realmente bateu os retratos, mas que, embora tivesse filme na máquina, as fotografias queimaram. Diz também a esposa de CC que foi ela quem colocou o filme na máquina fotográfica, porém não os retirou, pois encaminhou a máquina com o filme dentro, para o estúdio de revelação, daí ter sido queimado quando foi retirado da câmara. O interessante é que a testemunha SS informa que tem experiência na arte de fotografar, pois trabalhou cerca de um ano no ramo, porém, mesmo assim, não teve a coragem ou mesmo a idéia de retirar o filme da máquina, preferindo se sujeitar à inexperiência das balconistas da loja de revelação. Daí ter dado no que deu. Muito esquisito. Tão esquisito que a enfermeira RRR, pessoa esclarecida e que talvez tenha sido a grande responsável pelo fato ter vindo à tona, não acreditou que as fotografias não existissem e telefonou diversas vezes para CC e para SS pedindo as mesmas (ver fls. 102/3 e 106/7). Espera não parecer leviano com a conclusão que retira desse contratempo, mas é voz corrente na cidade, embora não esteja demonstrado nos autos, que o acusado deu um carro às testemunhas em troca das fotografias. E, coincidência ou não, no mês de fevereiro de 2002, três meses depois do evento criminoso, os depoentes conseguiram adquirir um veículo tipo "Gol"(fls. 107). Isso não é leviandade. É lógica, a melhor das provas. Inclusive, não é bom esquecer que, mesmo sem se conhecerem, conforme diz a testemunha CC, esta foi arrolada pelo acusado.

Merecem destaque, ainda, outros documentos que existem nos autos, tais como o malicioso ofício nº 020/2001 (fls. 16), emanado do diretor do hospital São Vicente de Paulo, no caso o acusado, no qual, em resposta a documento da autoridade policial que solicita a relação dos funcionários do mencionado hospital que se encontravam de plantão no dia dos fatos (fls. 11), o Dr. A informa que o Dr. YY era o médico plantonista nesse dia.

É de chamar a atenção também os relatórios feitos por uma das Conselheiras Tutelares deste município nos dias 22 e 24 de outubro de 2001 (fls. 48/50), portanto poucos dias antes do dia da negligência apurada nestes autos, quando narra que tentou proporcionar atendimento médico a uma criança, mas o médico plantonista – Dr. A – não se encon-

trava no hospital. Adianta, talvez como uma premonição do que aconteceria poucos dias depois: "como explicar um dia inteiro sem um médico numa instituição que tem como objetivo salvar vidas. Notei que qualquer paciente que chegasse pra urgência poderia vir a óbito". E veio: no dia 03 de novembro de 2001. Veio a óbito o filho de X.

Conforme se observa dos autos (fls. 108/23), este não é o único caso de negligência ou abandono de plantão por parte do acusado, inclusive provocando a morte dos respectivos pacientes, pois está respondendo a processo pela morte do recém nascido DSC, já respondeu a outro processo criminal por omissão de socorro em face da criança MMS e está tramitando na Delegacia de Polícia deste município Inquérito Policial para apurar sua negligência médica e que provocou a morte de Damião Valério dos Santos.

Portanto, devidamente comprovados os elementos consubstanciadores da conduta ilícita do imputado, na sua modalidade culposa, bem como a imposição fulcrada no Ordenamento Jurídico Pátrio no sentido de responsabilizá-lo pelo resultado lesivo exposto, uma vez que presentes a conduta do réu, arrimada na falta de cuidado objetivo, porquanto é elementar e instintivo que o abandono do plantão por parte de um médico em hospital pode acarretar fatos como o dos autos, sendo um resultado lesivo claramente previsível e, uma vez que ocorre a tipicidade desse resultado, urge sua responsabilização penal.

Todos são obrigados a realizar condutas de forma a não provocar danos a terceiros. É o denominado cuidado objetivo. Portanto, a conduta se torna típica a partir do instante em que a pessoa não tenha tomado o cuidado necessário nas relações com outrem, ou seja, a partir do momento em que não corresponda ao comportamento que teria adotado uma pessoa dotada de discernimento e prudência, colocada nas mesmas circunstâncias que o agente. Para saber se uma pessoa deixou de observar o cuidado objetivo necessário é necessário comparar sua conduta com o comportamento que teria uma outra pessoa colocada na mesma situação daquela. O cuidado objetivo será a conduta que teria essa pessoa-modelo nas mesmas circunstâncias em que se viu o agente. Além da previsibilidade objetiva, que é a possibilidade de antever o resultado, há de se cuidar também da previsibilidade subjetiva, que é possibilidade de o sujeito, segundo duas aptidões pessoais, prever o resultado. Quando o resultado for previsível para o sujeito, tem-se a reprovabilidade de sua conduta. É bom que se diga que é exigível apenas que o sujeito preveja o que normalmente pode acontecer, e não que preveja o extraordinário.

Exemplos: quando se dirige um carro é previsível a existência de acidentes. Em qualquer acidente o sujeito é culpável? Claro que não. Por outro lado, se o sujeito dirige na contramão de direção há possibilidade de ser antevista a vinda de outro carro em sentido contrário e a ocorrência de um acidente com vítimas. O resultado era perfeitamente previsível. O médico que abandona um plantão pode ou não antever o resultado morte de um paciente que procura se socorrer de um hospital onde aquele deveria estar de plantão? Pode, sim. Falta-lhe precaução ou é indiferente em relação ao ato realizado: é negligente.

Em suma, a conduta voluntária do acusado foi desprovida do cuidado objetivo, pois faltou com o dever de diligência exigido pela norma e, com isso, produziu ou impediu um resultado, cujo resultado antijurídico era perfeitamente previsível. Ou seja, existiu relação de causalidade entre a conduta do acusado e a morte da vítima. Enfim, o acusado não atuou como devia e podia atuar para impedir o resultado e este decorreu de uma abstenção daquele (do acusado). Certamente sem a omissão do acusado o resultado não teria ocorrido.

Nesse sentido tem se posicionado a Jurisprudência Pátria:

"(...) HOMICÍDIO CULPOSO. Age com manifesta negligência o médico plantonista que abandona o hospital, no período de plantão, por várias horas (...). Condenação mantida." (Apelação Criminal nº 297019275, 3ª Câmara Criminal do TARS, Porto Alegre, Rel. Constantino Lisboa de Azevedo. j. 25.09.1997).

"Responde por homicídio culposo o médico pediatra que, em seu dia de plantão, permanece distante do hospital e a ele não comparece, apesar de chamado por diversas vezes, deixando de atender a um recém-nascido que vem a falecer por falta de atendimento profissional adequado" (Apelação Criminal nº 1.074.499/0, 1ª Câmara do TaCrim/SP, Rel. Luís Ganzeria. J.18.06.1998).

Em vista disso, requer o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE que seja reconhecida integralmente a procedência da denúncia e, com isso, seja o acusado condenado na reprimenda insculpida no artigo 121, parágrafo 3º (combinado com o artigo 13, "caput" e § 2º), do Código Penal.

Propriá (SE), 07 de abril de 2004.

ALONSO GOMES CAMPOS FILHO
Promotor de Justiça

AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA PARA ANULAÇÃO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO

Peterson Almeida Barbosa*

O Ministério Público Estadual, por intermédio de seu Promotor de Justiça que a esta subscreve, nos termos dos artigos 127, caput c/c 129, inciso III, da Constituição da República, nas Leis nºs. 7.347/85 e 8.429/92, no artigo 6º, inciso VII, da Lei Complementar nº 75/93, e no Código de Processo Civil, vem perante Vossa Excelência propor a presente AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA em face de:

01) Município de Propriá-SE, pessoa jurídica de direito público interno, CNPJ nº. 13.117.320/0001-78, com sede na Rua Elmiro Costa, s/nº, CEP 49.900-000, nesta cidade, o qual deverá ser citado na pessoa de seu Prefeito Municipal, o Exmo. Sr. Dr. PAULO ROBERTO AYRES DE FREITAS BRITTO e/ou seu bastante Procurador, e

02) CEF – Caixa Econômica Federal, empresa pública federal, com sede à Av. José Conrado de Araújo, nº 202, Centro, Propriá-SE (Agência Propriá-SE – nº 0866) , a qual deverá ser citada na pessoa de seu Gerente Geral e/ou bastante procurador, pelas razões de fato e de direito a seguir expostas:

I – Da competência da Justiça Federal

Dada circunstância de ser parte a Caixa Econômica Federal (pólo passivo), indiscutível a competência da Justiça Federal, estribada no artigo 109, inciso I, da Constituição da República: " aos juízes federais compete processar e julgar (.. .) as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho" (sem os grifos no original).

Ademais, a competência da União é fixada na medida em que o ajuizamento da presente ação civil pública objetiva a anulação de contra-

* Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Sergipe

to administrativo celebrado entre o Município de Propriá-SE e a Caixa Econômica Federal, através do qual referida empresa pública federal repassou à municipalidade vultosa quantia em dinheiro, a título de contrapartida pela exclusividade da centralização e processamento de 100% (cem por cento) da folha de pagamento, da receita e da movimentação financeira, pagamento a credores e fornecedores, movimentação dos fundos do Poder Executivo Municipal, depósitos judiciais, arrecadação de todos os tributos cobrados pelo Município e concessão de créditos aos servidores ativos e inativos, pensionistas e estagiários da Prefeitura Municipal de Propriá-SE e órgãos da administração direta e indireta

II–Da ação civil pública e da legitimidade das partes

A ação civil pública, prevista no art. 129, III, da Constituição Federal e no art. 1° da Lei n° 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) é a via processual adequada para reprimir danos ao patrimônio público, ao meio ambiente, ao consumidor, a bens de valor histórico, turístico, paisagístico, dentre outros direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos da sociedade.

Hodiernamente, é induvidoso que a gestão escorreita do patrimônio público e dos princípios constitucionais da administração pública constituem interesses transindividuais, cuja defesa excede ao âmbito individual. Os danos causados pelo administrador público têm natureza indivisível e atingem grupo indeterminável de pessoas. Tais peculiaridades caracterizam a defesa do patrimônio público como interesse difuso da coletividade, apta a ser exercida via ação civil pública.

A Constituição da República e a Lei n° 7.347/85, esta complementada pela Lei n° 8.078/90, legitimaram o Ministério Público a aforar ação civil pública com a finalidade de obter anulação de atos e negócios jurídicos praticados pela Administração Pública, em caso de violação das regras referentes ao patrimônio público. Vejamos:

> "Constituição Federal, Art. 129: São funções institucionais do Ministério Público: (...)
> III- promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos"
> " Lei n° 7.347/85. Art. 1° - Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: (...)
> V- a qualquer outro interesse difuso ou coletivo;
> (...)

Art. 3° - A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.
(...)
Art. 5° - A ação principal e a ação cautelar poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios. Poderão ser propostas por autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista ou por associação que:(...)

Nesse sentido, é uníssona a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, in verbis:

"AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE. MINISTÉRIO PÚBLICO.LESÃO À MORALIDADE PÚBLICA.
1. O Ministério Público, por força do art. 129, III, da CF/88, é legitimado a promover qualquer espécie de ação na defesa do patrimônio público social, não se limitando à ação de reparação de danos. Destarte, nas hipóteses em que não atua na condição de autor, deve intervir como custos legis (LACP, art. 5°,§ 1°; CDC, art. 92; ECA, art. 202 e LAP,art. 9°).
2. A carta de 1988, ao evidenciar a importância da cidadania no controle dos atos da administração, com a eleição dos valores imateriais do art.37 da CF como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou um microsistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade da administração pública, nele encartando-se a Ação Popular, a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas.
3. Em conseqüência, legitima-se o Ministério Público a toda e qualquer demanda que vise à defesa do patrimônio público sob o ângulo material (perdas e danos) ou imaterial (lesão à moralidade).
4. A nova ordem constitucional erigiu um autêntico ' concurso de ações ' entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais e, a fortiori, legitimou o Ministério Público para o manejo dos mesmos. (...) " (STJ,

REsp 427140/RO, Primeira Turma, Rel. para acórdão Ministro Luiz Fux, julgado em 20/05/03, DJ 25/08/03).
" Processual Civil. Ação Civil Pública. Defesa do Patrimônio Público. Ministério Público. Legitimidade Ativa. Inteligência do art. 129, III, da CF/88 c/c o art. 1°, da Lei n.° 7.347/85. Precedente. Recurso especial não conhecido.
I – O campo de atuação do MP foi ampliado pela Constituição de 1988, cabendo ao Parquet a promoção do inquérito civil e da ação civil pública para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, sem a limitação imposta pelo art. 1° da Lei 7.347/85 (Resp. n.° 31.547-9/ SP).
II – Recurso especial não conhecido " (Resp n.° 67.148/SP, Sexta Turma, Relator Ministro Adhemar Maciel, julgado em 25/09/95, DJ 04/12/95) ".

A remansosa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça culminou na edição da Súmula 329, assim redigida:

"Súmula 329: O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público "

Portanto, patente está a legitimidade do Ministério Público para propor toda e qualquer ação civil pública em defesa dos princípios constitucionais da administração pública e da correta destinação dos recursos públicos.

No que pertine à legitimidade passiva da ação civil pública, é evidente que qualquer pessoa, seja ela física ou jurídica, pode ser parte passiva, bastando que realize ou ameace a realizar alguma conduta que cause lesão aos interesses transindividuais. A doutrina admite a aplicação de litisconsórcio, assistência e intervenção de terceiros nas ações civis públicas, em conformidade com a relação jurídica que lhe justifique o ingresso nos autos, com exceção da denunciação da lide nos casos em que houver responsabilidade objetiva do réu.

A presente ação tem como réus o Município de Propriá-SE e a Caixa Econômica Federal, pessoas jurídicas que assinaram um contrato ora vergastado pelo Ministério Público Estadual. Os réus figuram como litisconsortes, nos termos do art. 47 do Código de Processo Civil, in verbis:

"Art. 47: Há litisconsórcio necessário, quando, por dis-

posição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo".

O litisconsórcio é necessário e unitário. Necessário porque os integrantes do convênio devem obrigatoriamente figurar no pólo passivo da ação civil pública; unitário porque a relação jurídica deduzida em Juízo exige que o provimento jurisdicional seja idêntico para os dois réus.

III- Dos fatos

Tendo em vista denúncia recebida pela Procuradoria de Justiça de Sergipe apresentada pelo Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários no Estado de Sergipe e encaminhada a esta Curadoria do Patrimônio Público, noticiando que o Prefeito do Município de Propriá-SE teria negociado a folha de pagamento dos servidores a banco diverso do BANESE - Banco do Estado de Sergipe em manifesta afronta à Constituição Estadual, este órgão ministerial, com o desideratum de esclarecer os fatos levados a seu conhecimento, instaurou Procedimento Administrativo, cuja cópia instrui a presente ação, determinando a requisição de informações junto à Administração Pública Municipal, a fim de instrumentalizar seu poder-dever de fiscalização do patrimônio público.

Em resposta, a Prefeitura Municipal encaminhou ao Parquet o Ofício de n. 52/2008, acompanhado de diversos documentos, dentre eles cópia do Termo de Contrato n° 41/2008, celebrado entre a Prefeitura Municipal de Propriá-SE e a Caixa Econômica Federal e cópia da dispensa de licitação para a contratação da Caixa daquela, apoiando-se, para tanto, no art. 24, inciso VIII, da Lei n° 8.666/93.

Da acurada análise dos termos e cláusulas do aludido contrato dessume-se que, no dia 14 de abril do ano andante, os requeridos celebraram um contrato de prestação de serviços financeiros no qual o Município de Propriá-SE obrigou-se a centralizar na Caixa Econômica Federal, com exclusividade, 100% (cem por cento) da folha de pagamento, da receita e da movimentação financeira, pagamento a credores e fornecedores, movimentação dos fundos do Poder Executivo Municipal, depósitos judiciais, arrecadação de todos os tributos cobrados pelo Município e concessão de crédito aos servidores ativos e inativos, pensionistas e estagiários da Prefeitura Municipal e órgãos da administração direta e indireta.

Em contrapartida, a Caixa Econômica Federal, segunda requerida, desembolsou o equivalente a R$ 650.000,00 (seiscentos e cinqüenta mil

reais) a ser creditado ao Município de Propriá-SE, mediante crédito em conta de livre movimentação do ente público.

Da análise do material cognitivo carreado pelo Município verificamos evidentes indícios de atos inegavelmente lesivos ao erário municipal, bem como ofensivos aos princípios constitucionais da Administração Pública, estabelecidos na Constituição Federal, na Constituição Estadual e na Lei n. 8.666/93.

Assim, objetivando uma solução para a altercação firmada, este Órgão ministerial encaminhou ao Município, em 07 de agosto do ano em curso, " Recomendação " solicitando a anulação do contrato celebrado bem como a realização de procedimento licitatório (e não dispensa como outrora ilegalmente realizado) voltado a negociar a prestação de serviços bancários para pagamento de salários, garantindo a participação igualitária de todas as instituições bancárias.

Ocorre que, apesar dos esforços empreendidos por este representante promotorial no sentido de regularizar a situação enfocada, referido Município quedou-se silente, preferindo percorrer os meandros da ilicitude.

Impulsionando o Procedimento Administrativo instaurado, remeteu-se ofício ao Secretário Municipal de Administração requisitando-lhe relação nominal dos servidores públicos municipais e suas respectivas contas para créditos de vencimento recebendo este órgão promotorial novamente o silencio como resposta.

Foram ainda ouvidos informalmente nesta Promotoria de Justiça servidores municipais, tendo todos eles afirmado que, em decorrência do contrato de prestação de serviços bancários realizado, foram forçados a abrir contas na Caixa Econômica Federal como condição para perceber vencimentos do Município, gerando-lhes prejuízos posto que as taxas utilizadas pelo BANESE para a concessão de empréstimos consignados, créditos pessoais, carteira de crédito imobiliário, etc., são bastante atrativas comparadas às ofertadas pelas demais instituições bancárias, além de terem aqueles de pagar vultosas taxas caso desejem realizar transferências bancárias.

Com efeito, diante da recusa do Município em atender à Recomendação (comprovando o dolo), e considerando, outrossim, as justificativas apresentadas pela municipalidade, restando verificado que a contratação direta da Caixa Econômica Federal, sem a realização de licitação, para a prestação dos serviços de centralização e processamento de 100% (cem por cento) da folha de pagamento gerada pelo Município de Propriá-SE,

não encontra fundamento no ordenamento jurídico vigente, consoante se demonstrará a seguir, o Ministério Público deu por encerrada a fase de negociações e concluiu pela propositura da presente Ação Civil Pública.[1]

IV – Do pagamento dos vencimentos dos servidores públicos municipais e da necessidade do procedimento licitatório.

De acordo com as informações acostadas ao procedimento que instrui a presente ação civil pública, a dispensa de licitação promovida pelo Município de Propriá-SE, que teve por objetivo, dentre outros, a contratação da CEF para prestação dos serviços de centralização e processamento de 100% (cem por cento) da folha de pagamento dos servidores municipais da administração direta e indireta, foi justificada com amparo no art. 164, § 3°, da Constituição Federal e art. 24, inciso VIII, da Lei n°. 8.666/93.

O art. 164, § 3°, da Constituição Federal preconiza o seguinte:

> "Art. 164. A competência da União para emitir moeda será exercida exclusivamente pelo Banco Central"
>
> (...)
>
> § 3° - As disponibilidades de caixa da União serão depositadas no banco central; as dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos órgãos ou entidades do Poder Público e das empresas por ele controladas, em instituições financeiras oficiais, ressalvados os casos previstos em lei " (grifos não originais).

As disponibilidades de caixa da União, Estados, Distrito Federal e Municípios abrangem os ativos financeiros correspondentes, recursos públicos em dinheiro que, em razão do princípio da unidade de tesouraria[2], deverão ser depositados em conta única titularizada pela pessoa jurídica de direito público, conforme o caso, no Banco Central ou em instituições financeiras oficiais, ressalvados os casos previstos em lei (art. 164, § 3°, da CF – in fine).

Corroborando o preceito constitucional mencionado, veio a lume a Lei Complementar n°. 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), que, no seu artigo 43, caput, dispôs que as disponibilidades de caixa dos entes da Federação serão depositadas conforme estabelece o § 3° do art. 164 da Constituição Federal.

[1]As conclusões explicitadas na seqüência estão baseadas em artigo publicado por Pedro Leonardo Summers Caymmi, Professor de Direito Financeiro e Tributário da Faculdade Baiana de Direito (SSA/BA), Mestre em Direito Público pela UFBA, Procurador do Município do Salvador e Advogado, assim intitulado: "Depósito das disponibilidades de caixa e prestação de serviços bancários a entes públicos".

[2]Art. 56 da Lei n°. 4.320/64.

Portanto, repetindo-se na legislação complementar o mesmo teor da norma constitucional, observa-se que a ressalva prevista no §3° do art. 164 da CF não foi contemplada pelo legislador infraconstitucional, impossibilitando, dessa forma, que os demais entes políticos, por meio de leis estaduais, distritais ou municipais, fixassem exceções à obrigação de depositarem as respectivas disponibilidades de caixa em instituições financeiras oficiais.

A propósito, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento das Medidas Cautelares nas ADI's 3075, 2600 e 2661, reconheceu que a lei que poderia estabelecer exceção ao §3° do art. 164 da CF seria de caráter federal, ressalva esta que, entretanto, não foi abrangida pela Lei Complementar n°. 101/2000 (art. 43, caput). Naqueles julgamentos, a Suprema Corte deixou claro, ainda, que as disponibilidades de caixa dos entes políticos não poderiam ser direcionadas para os bancos privados, incluindo-se os privatizados, sob pena de violação ao princípio da moralidade administrativa, litteris:

> EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Lei estadual n° 14.235/03, do Estado do Paraná, que (I) proíbe o Poder Executivo estadual de iniciar, renovar, manter, em regime de exclusividade a qualquer instituição bancária privada, as contas dos depósitos do sistema de arrecadação dos tributos estaduais, sistema de movimentação de valores e pagamentos SIAF - Sistema Integrado de Administração Financeira e Conta do Tesouro Geral do Estado/conta receita, conta única, contas dos fundos e programas, contas dos depósitos e movimentação das entidades da administração indireta e fundações públicas, bem como as disponibilidades dos fundos estaduais e pagamentos do funcionalismo público, sem a realização de respectivo processo licitatório (art. 1° da Lei impugnada); (II) obriga o Poder Executivo estadual a manter toda a movimentação financeira descrita no art. 1° da Lei impugnada em instituição financeira oficial, nos termos dos arts. 164 e 240, das Constituições Federal e Estadual, respectivamente; (III) determina caber ao Poder Executivo estadual revogar, imediatamente, todos os atos e contratos firmados nas condições previstas no artigo 1° desta Lei. 3. Potencial ofensa ao princípio da reserva da Administração. Precedentes: ADI 2364, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 14.12.2001; ADI n° 1901, Rel. Min. Ilmar Gal-

vão, DJ de 9.5.2003; ADI 1846, Rel. Min. Carlos Velloso(Informativo STF nº 116). 4. Plausibilidade da tese segundo a qual a lei impugnada estaria a incidir sobre espaço reservado à lei nacional (art. 164, § 3º, da Constituição). Precedentes: ADI 2600, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 25.10.2002; ADI 2661, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 23.8.2002. 5. Potencial ofensa ao princípio da segurança jurídica. 6. Cautelar deferida. (ADI-MC 3075 / PR – PARANÁ, MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Julgamento: 19/12/2003, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação DJ 18-06-2004 PP-00044 EMENT VOL-02156-01 PP-00104 RTJ VOL-00191-01 PP-00129) " (grifos não originais).

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Medida cautelar. Artigo 3º da Emenda Constitucional nº 37, do Estado do Espírito Santo. Nova redação conferida ao art. 148 da Constituição Estadual, determinando que as disponibilidades de caixa do Estado, bem como as dos órgãos ou entidades do Poder Público Estadual e das empresas por ele controladas, sejam depositadas na instituição financeira que vier a possuir a maioria do capital social do BANESTES, decorrente de sua privatização, na forma definida em lei. Aparente ofensa ao disposto no art. 164, § 3º da Constituição, segundo o qual as disponibilidades financeiras de Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como as dos órgãos ou entidades do Poder Público e das empresas por ele controladas, devem ser depositadas em instituições financeiras oficiais, ressalvados os casos previstos em lei. Tal lei exceptiva há que ser a lei ordinária federal, de caráter nacional. Existência, na Lei Complementar federal nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), de previsão segundo a qual as disponibilidades de caixa dos entes da Federação serão depositadas conforme estabelece o § 3º do art. 164 da Constituição (art. 43, caput). Ofensa, ademais, ao princípio da moralidade previsto no artigo 37, caput da Carta Política. Medida cautelar deferida. (ADI-MC 2600 / ES - ESPÍRITO SANTO, MEDIDA CAUTELAR NA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Julgamento: 24/04/2002, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação, DJ 25-10-2002 PP-00024, EMENT VOL-02088-01 PP-00197) " (grifos não originais).

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI ESTADUAL QUE AUTORIZA A INCLUSÃO, NO EDITAL DE VENDA DO BANCO DO ESTADO DO MARANHÃO S/A, DA OFERTA DO DEPÓSITO DAS DISPONIBILIDADES DE CAIXA DO TESOURO ESTADUAL - IMPOSSIBILIDADE - CONTRARIEDADE AO ART. 164, § 3° DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - AUSÊNCIA DE COMPETÊNCIA NORMATIVA DO ESTADO-MEMBRO - ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA - PLAUSIBILIDADE JURÍDICA - EXISTÊNCIA DE PRECEDENTE ESPECÍFICO FIRMADO PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - DEFERIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR, COM EFICÁCIA EX TUNC. AS DISPONIBILIDADES DE CAIXA DOS ESTADOS-MEMBROS SERÃO DEPOSITADAS EM INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS OFICIAIS, RESSALVADAS AS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI NACIONAL. - As disponibilidades de caixa dos Estados-membros, dos órgãos ou entidades que os integram e das empresas por eles controladas deverão ser depositadas em instituições financeiras oficiais, cabendo, unicamente, à União Federal, mediante lei de caráter nacional, definir as exceções autorizadas pelo art. 164, § 3° da Constituição da República. - O Estado-membro não possui competência normativa, para, mediante ato legislativo próprio, estabelecer ressalvas à incidência da cláusula geral que lhe impõe a compulsória utilização de instituições financeiras oficiais, para os fins referidos no art. 164, § 3° da Carta Política. O desrespeito, pelo Estado-membro, dessa reserva de competência legislativa, instituída em favor da União Federal, faz instaurar situação de inconstitucionalidade formal, que compromete a validade e a eficácia jurídicas da lei local, que, desviando-se do modelo normativo inscrito no art. 164, § 3° da Lei Fundamental, vem a permitir que as dis-

ponibilidades de caixa do Poder Público estadual sejam depositadas em entidades privadas integrantes do Sistema Financeiro Nacional. Precedente: ADI 2.600-ES, Rel. Min. ELLEN GRACIE. O PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA - ENQUANTO VALOR CONSTITUCIONAL REVESTIDO DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO - CONDICIONA A LEGITIMIDADE E A VALIDADE DOS ATOS ESTATAIS. - A atividade estatal, qualquer que seja o domínio institucional de sua incidência, está necessariamente subordinada à observância de parâmetros ético-jurídicos que se refletem na consagração constitucional do princípio da moralidade administrativa. Esse postulado fundamental, que rege a atuação do Poder Público, confere substância e dá expressão a uma pauta de valores éticos sobre os quais se funda a ordem positiva do Estado. O princípio constitucional da moralidade administrativa, ao impor limitações ao exercício do poder estatal, legitima o controle jurisdicional de todos os atos do Poder Público que transgridam os valores éticos que devem pautar o comportamento dos agentes e órgãos governamentais. A ratio subjacente à cláusula de depósito compulsório, em instituições financeiras oficiais, das disponibilidades de caixa do Poder Público em geral (CF, art. 164, § 3°) reflete, na concreção do seu alcance, uma exigência fundada no valor essencial da moralidade administrativa, que representa verdadeiro pressuposto de legitimação constitucional dos atos emanados do Estado. Precedente: ADI 2.600-ES, Rel. Min. ELLEN GRACIE. As exceções à regra geral constante do art. 164, § 3° da Carta Política - apenas definíveis pela União Federal - hão de respeitar, igualmente, esse postulado básico, em ordem a impedir que eventuais desvios ético-jurídicos possam instituir situação de inaceitável privilégio, das quais resulte indevido favorecimento, destituído de causa legítima,

outorgado a determinadas instituições financeiras de caráter privado. Precedente: ADI 2.600-ES, Rel. Min. ELLEN GRACIE. A EFICÁCIA EX TUNC DA MEDIDA CAUTELAR NÃO SE PRESUME, POIS DEPENDE DE EXPRESSA DETERMINAÇÃO CONSTANTE DA DECISÃO QUE A DEFERE, EM SEDE DE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. - A medida cautelar, em ação direta de inconstitucionalidade, reveste-se, ordinariamente, de eficácia ex nunc, " operando, portanto, a partir do momento em que o Supremo Tribunal Federal a defere " (RTJ 124/80). Excepcionalmente, no entanto, e para que não se frustrem os seus objetivos, a medida cautelar poderá projetar-se com eficácia ex tunc, em caráter retroativo, com repercussão sobre situações pretéritas (RTJ 138/86). Para que se outorgue eficácia ex tunc ao provimento cautelar, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, impõe-se que o Supremo Tribunal Federal assim o determine, expressamente, na decisão que conceder essa medida extraordinária (RTJ 164/506-509, 508, Rel. Min. CELSO DE MELLO). Situação excepcional que se verifica no caso ora em exame, apta a justificar a outorga de provimento cautelar com eficácia ex tunc. (ADI-MC 2661 / MA - MARANHÃO, MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Julgamento: 05/06/2002, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação, DJ 23-08-2002 PP-00070 , EMENT VOL-02079-01 PP-00091) " (grifos não originais).

Portanto, a utilização de instituição financeira oficial para abrigar os depósitos das disponibilidades de caixa dos Municípios é medida compulsória estabelecida na Constituição Federal e na legislação complementar (LRF), não existindo, a princípio, nestes casos, a possibilidade de concorrência, circunstância que, portanto, justificaria a inexigibilidade de licitação.

Ocorre, todavia, que as disponibilidades de caixa do Poder Público não se confundem com os serviços bancários de que se valem os entes

políticos para realizar os pagamentos dos respectivos servidores. Aqui, a administração pública apenas realiza sua atividade financeira regular, a qual, modernamente, é efetivada através da rede bancária, e não mais com pagamento em espécie.

Seguindo o raciocínio de Pedro Leonardo Summers Caymmi[3], " a utilização, pelos entes públicos, destes serviços bancários (abertura, manutenção e crédito de conta-salário para pagamento de vencimento a servidores, por exemplo), nada tem a ver com o depósito de suas disponibilidades de caixa, sujeito ao monopólio de instituições financeiras oficiais, como acima exposto "

Nesse sentido, foi o voto do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Velloso, ao negar seguimento ao Recurso Extraordinário nº. 444.056-MG, verbis:

> "O Supremo Tribunal Federal tem decidido, reiteradamente, que as disponibilidades de caixa dos Estados-membros serão depositadas em instituições financeiras oficiais, ressalvadas as hipóteses previstas em lei ordinária de feição nacional (CF, art. 164, § 3°). Assim decidiu o Supremo, por exemplo, nas ADIs 2.661-MC/MA, Ministro Celso de Mello, Plenário, 05.6.2002; 2.600-MC/ES, Ministra Ellen Gracie, Plenário, 24.4.2002; 3.578-MC/DF, Ministro Sepúlveda Pertence, Plenário, 14.9.2005, Informativo nº 401.
>
> Aqui, entretanto, o caso é outro: trata-se de " depósito líquido da folha de pagamento em Banco particular, sem custo para o Município, eis que tal crédito fica disponibilizado aos servidores, não ao Município ". É o que consta do acórdão recorrido, fl. 324, da lavra do eminente Desembargador Orlando Carvalho.
>
> (...)
>
> O RE, está-se a ver, é inviável, motivo por que lhe nego seguimento (DJ Nr. 199 do dia 17/10/2005) " (grifos não originais)

Portanto, nos termos do voto do Ministro do STF, verifica-se que os serviços utilizados pelo Município por intermédio da rede bancária, em caso de pagamento dos servidores públicos municipais, constituem-se, na realidade, em despesas liquidadas, ou seja, pagamentos realizados e colocados à disposição dos servidores, credores particulares, e não do Município.

[3]Op. cit.

No mesmo sentido, decidiu a Suprema Corte no julgamento do Agravo Regimental na Reclamação 3.872-6/DF, que foi assim noticiado no Informativo de Jurisprudência nº. 413, literalmente:

> "Em conclusão de julgamento, o Tribunal proveu agravo regimental interposto pela União e o Banco Central do Brasil - BACEN contra decisão concessiva de liminar em reclamação na qual se impugnava, sob alegação de ofensa à autoridade da decisão do Supremo na ADI 3578 MC/DF (acórdão pendente de publicação), ato do Diretor do Banco Central do Brasil, consubstanciado no "Comunicado Relevante nº 04/2005/BC ", que alterou o item 6.7.1.1 do Edital de Venda do Banco do Estado do Ceará S/A - BEC, estabelecendo exclusividade, em favor deste, na prestação de serviços bancários referentes ao pagamento de fornecedores, remuneração dos servidores públicos estaduais e a administração e custódia dos títulos públicos federais adquiridos pelo mencionado Estado-membro para eventual recompra das operações de crédito securitizadas — v. Informativo 411. Na linha do que decidido no RE 444056/MG (decisão pendente de publicação), entendeu-se que os valores destinados aos serviços contemplados no item 6.7.1.1 do Edital não constituem as disponibilidades de caixa de que trata o art. 164, § 3º, da CF, mas depósitos que, tendo por finalidade a satisfação da folha de pagamento e de outras despesas estatais, não estão à disposição do Estado-membro. Vencidos os Ministros Marco Aurélio, Carlos Britto e Sepúlveda Pertence que negavam provimento ao recurso. Rcl 3872 AgR/DF, rel. orig. Min. Marco Aurélio, rel. p/ acórdão Min. Carlos Velloso, 14.12.2005. (Rcl-3872) " (grifos não originais)

A doutrina caminha na mesma direção. De acordo com o magistério de José Eduardo Soares de Melo, " as instituições bancárias e financeiras desenvolvem complexas e diversificadas atividades, tendo por escopo básico a concessão de créditos (empréstimos, financiamentos, descontos etc.) ", e, além disso, " como natureza suplementar, ou acessória, também realizam inúmeros negócios que não se enquadram, rigorosamente, no âmbito eminentemente financeiro ".[4] Os serviços bancários, pois, cuidam-se de atividade mais ampla do que o depósito dos ativos

financeiros do Estado, com o qual não se confunde.

As distinções estabelecidas entre serviços bancários regulares e disponibilidades de caixa do Poder Público são de extrema relevância, na medida em que o § 3° do artigo 164 da CF-88 exige a utilização de instituição financeira oficial para o depósito das disponibilidades de caixa, exigência que, entretanto, não compreende a prestação de todo e qualquer serviço bancário aos entes públicos.

A norma constitucional em epígrafe contempla regra de exceção ao princípio da isonomia e ao artigo 173 da CF, que impõe a necessidade de igualdade entre os particulares e a atuação do Estado no domínio econômico privado, merecendo, por isso mesmo, interpretação restritiva que não abarque a contração de serviços bancários regulares pelo Poder Público.

Desse modo, conclui-se que o processamento da folha de pagamento de serviços públicos municipais, através da rede bancária, são serviços bancários regulares, não abrangidos nas disponibilidades de caixa a que alude o art. 164, § 3°, da Constituição Federal. Em conseqüência, se, por um lado, é obrigatório que as disponibilidades de caixa dos Municípios sejam depositadas em instituição financeira oficial, por outro, a prestação de serviços bancários à municipalidade pode ser contratada junto a qualquer banco, oficial ou não, haja vista que estes serviços são passíveis de fornecimento por uma série de instituições financeiras em igualdade de condições no mercado, havendo possibilidade de concorrência (pressuposto da licitação).

Nesse contexto, existindo pluralidade de objetos e de ofertantes, está presente o pressuposto lógico da realização de licitação, nos termos do art. 37, inciso XXI, Constituição Federal, não se justificando, assim, estabelecer qualquer tipo de privilégios a empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividades econômica, a exemplo da CEF, as quais se sujeitam ao regime jurídico próprio das empresas privadas, nos termos do art. 173, §1°, inciso II, da Constituição Federal.

Ademais, a dispensa de licitação para a celebração de contrato entre a CEF e o Município de Propriá-SE não se justificaria, da mesma forma, na previsão do art. 24, inciso VIII, da Lei n°. 8.666/93, que prevê hipótese de dispensa de licitação " para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido

[4]MELO, José Eduardo Soares de. **Aspectos teóricos e práticos do ISS**. São Paulo: Dialética, 2000, pp.53.

criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado ".

Isto porque, a norma não contempla a celebração de contrato com pessoas jurídicas de direito privado exploradoras de atividade econômica, como é o caso da Caixa Econômica Federal, que atuam como agentes sujeitos à lógica do mercado, sob pena de ofensa ao disposto no art. 173, § 1°, da CF, bem como aos princípios da isonomia e da busca da proposta mais vantajosa à administração.

Nesse sentido é a lição do Professor Marçal Justen Filho[5], in verbis:

> "A regra não dá guarida a contratações da administração Pública com entidades administrativas que desempenhem atividade econômica em sentido estrito. Se o inc. VIII pretendesse autorizar contratação direta no âmbito de atividades econômicas, estaria caracterizada inconstitucionalidade. É que as entidades exercentes de atividade econômica estão subordinadas ao disposto no art. 173, § 1°, da CF/88. Daí decorre a submissão ao mesmo regime reservado para os particulares. Não é permitido qualquer privilégio nas contratações dessas entidades. Logo, não poderiam ter a garantia de contratar direta e preferencialmente com as pessoas de direito público. Isso seria assegurar-lhes regime incompatível com o princípio da isonomia "

Portanto, diante das considerações externadas nesta oportunidade, vislumbra-se que o contrato celebrado entre o Município de Propriá-SE e a Caixa Econômica Federal, que teve por objeto, dentre outros, o processamento de 100% da folha de pagamento dos servidores municipais, está inquinado de nulidade, por ofensa à Lei n°. 8.666/93.

V. Da nulidade do contrato firmado e da correta alocação dos recursos municipais à luz da Constituição do Estado de Sergipe

A supremacia da Constituição, enquanto pressuposto de existência e validade de todas as normas e de todos os atos emanados do Poder Público, é fundamento imprescindível para a sustentação do Estado Democrático de Direito, pois ergue como um de seus princípios a limitação da atuação do governo, base indispensável à própria efetivação dos valores sociais por ele próprio consignados.

Portanto, toda produção administrativa ou legislativa deve obedecer aos princípios e normas constitucionais, sob pena de nulidade. Tal

[5] in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 247.

é a conclusão do insigne doutrinador José Afonso da Silva:

> "A doutrina distingue supremacia material e supremacia formal da Constituição.
> Reconhece a primeira até nas constituições costumeiras e nas flexíveis. Isso é certo do ponto de vista sociológico, tal como também se lhes admite rigidez sócio-política. Mas, do ponto de vista jurídico, só é concebido a supremacia formal, que se apóia na regra da rigidez, de que é o primeiro e principal corolário.
> (...)
> Nossa Constituição é rígida, em conseqüência, é a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro. Toda autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competência governamentais. Nem o governo federal, nem os governos do Estado, nem os dos Municípios ou do Distrito Federal são soberanos, porque todos são limitados, expressa ou implicitamente, pelas normas positivas daquela lei fundamental. Exercem suas atribuições nos termos nela estabelecidos (...) "[6]

No sistema jurídico estadual, a Constituição Estadual é o diploma normativo de nível hierárquico mais elevado, de tal sorte que todos os comentários feitos em relação à supremacia da Constituição Federal são aplicados à Constituição Estadual, guardada suas devidas proporções.

Isso importa dizer que as leis estaduais, sejam elas ordinárias ou leis complementares, bem como os atos administrativos em confronto com qualquer dispositivo da Constituição Estadual serão considerados inconstitucionais.

Nesse contexto, é de assaz relevância destacar, por pertinente, que a Administração Pública, por força de sua natureza e função, observado o *due process of law*, tem o dever-poder de anular seus próprios atos, quando ilegítimos ou ilegais, assim prelecionando Hely Lopes Meirelles:

> "Anulação é a declaração de invalidade de um ato administrativo ilegítimo ou ilegal, feita pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário. Baseia-se, portanto, em razões de legitimidade ou legalidade, diversamente da revogação, que se funda em motivos de conveniência ou de oportunidade e, por isso mesmo, é privativa da Adminis-

[6]SILVA, José Afonso da . Curso de Direito Constitucional Positivo.23 ed.São Paulo: Malheiros, 2004.p. 46-47.

tração. Desde que a Administração reconheça que praticou um ato contrário ao Direito vigente, cumpre-lhe anulá-lo, e quanto antes, para restabelecer a legalidade administrativa (...) "[7]

Não é outra a jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal, positivada nos enunciados nº 346 e 473 da sua Súmula, ouçamo-la: " A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos " (Enunciado nº 346). " A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial "(Enunciado nº 473).

Dos excertos acima colacionados, depreende-se que tanto a revogação quanto a invalidação são modalidades de extinção dos atos administrativos, porém com bases e fundamentos diferentes. Enquanto a revogação traz em si a noção de conveniência e oportunidade do administrador público, por entender que um dado ato ou relação jurídica não atendem ao interesse público, a invalidação traz consigo a idéia de ilegalidade de um ato administrativo. A noção de invalidade é, portanto, antiética à de conformidade com o Direito, a exemplo do que acontece no caso " sub judice ", e, por assim o ser, compete ao Judiciário a aferição de todo aspecto formal do ato administrativo que ora se discute, a teor do que dispõe o inciso XXXV, do art. 5° da Constituição Federal.[8]

No que pertine ao controle judicial dos atos administrativos, mister trazer à colação um excerto jurisprudencial originário do E. Supremo Tribunal Federal, " ipsis verbis ":

" (...) a legalidade do ato administrativo, cujo controle cabe ao Poder Judiciário, compreende não só a competência para a prática do ato e de suas formalidades extrínsecas, como também os seus requisitos substanciais, os seus motivos, os seus pressupostos de direito e de fato, desde que tais elementos sejam definidos em lei como vinculadores do ato administrativo ".[9]

À guisa de tais ponderações, vemos que para se considerar válido um ato jurídico emanado da Administração pública, deve ele atender a três

[7]MEIRELLES, Hely Lopes.**Direito Administrativo Brasileiro**, 26ª edição, Editora Malheiros, págs. 193/194.
[8]Art. 5º, inciso XXXV: "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".
[9]STF, RDA 42/227.

planos sucessivos de projeção, quais sejam: existência, validade e eficácia.

A validade deve ser analisada tanto da ótica de fundo, ou objetiva, - conformidade e compatibilidade do conteúdo do ato ou mesmo da lei com as normas superiores – como também sob a ótica de forma – a observância do trâmite legal e constitucional na elaboração do ato ou da lei e da competência do agente que deflagrou o ato.

Partindo da premissa que o sistema jurídico é um todo homogêneo e concatenado construído num sistema hierárquico de normas e de competências, fundado na coesão e unidade das normas, assim deve ser considerado e interpretado. Logo, a estrutura normativa sempre requer a coesão dos atos às normas superiores para se manter a unidade do sistema, sob pena desses atos serem maculados pela invalidade e, por conseqüência, expurgados do sistema.

Adscreva-se ainda que, em se tratando da ausência de pressupostos de validade do ato infraconstitucional, tem-se por absoluta a inconstitucionalidade, insanável por meio da convalidação, retificação ou ratificação. Por não deter compatibilidade com a Constituição Federal ou a Constituição Estadual, o contrato, ato administrativo ou normativo ou qualquer outra espécie jurídica cuja inconstitucionalidade seja impugnada é reputada como inexistente frente ao ordenamento jurídico.

Por decorrência lógica, a declaração judicial de nulidade de ato ou norma por inconstitucionalidade deve obedecer a esses ditames, o que traz supedâneo ao entendimento pacificado nos tribunais de que a declaração de nulidade de norma ou ato por mácula de inconstitucionalidade deve, quando incidental, ser feita com efeitos retroativos[10].

Nesse azo, traz-se à ribalta o escólio do ilustre doutrinador Dirley da Cunha Júnior[11], para quem " A invalidação consiste na supressão do ato inválido e dos seus efeitos invalidamente produzidos. Os efeitos da invalidação, portanto, são ex tunc, retroagindo para apagar todos os efeitos pretéritos ".

No esteio das enunciações retro expendidas, tem-se que o contrato firmado entre a Prefeitura Municipal de Propriá-SE e a Caixa Econômica Federal é flagrantemente inconstitucional, haja vista sua dissonância com os postulados da Constituição do Estado de Sergipe, estabelecidos no parágrafo único do art. 148. Senão vejamos:

---

[10]"[...] A decisão é de ser mantida, por seus fundamentos, porque apoiada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal , conforme nela demonstrado[...] é que a norma inconstitucional nasce morta . Assim ocorre, pelo menos no controle difuso. Já no controle concentrado os efeitos da decisão que decreta a inconstitucionalidade podem ser ex tunc , ex nunc e até pró-futuro"(RE –AgR394010, Segunda Turma, Rel. Min. Carlos Veloso, Julgamento: 05/10/2004, Publicação DJ 28/10/2004).

[11]JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Administrativo**. 6ª ed. Ed. Podivm. p. 115.

"Constituição Estadual
Art. 148. As disponibilidades de caixa do Estado e dos Municípios, bem como dos órgãos ou entidades do Poder Público e das empresas por ele controladas serão depositadas em instituições financeiras oficiais, ressalvados os casos previstos em lei.
Parágrafo único. Tratando-se de recursos financeiros originários do próprio Estado e dos seus Municípios, o banco oficial de depósito será o Banco do Estado de Sergipe S/A - BANESE, ressalvados os casos em que, na localidade, não exista agência deste Banco"

Nesse mesmo segmento, adscreva-se que o Tribunal de Contas do Estado de Sergipe, órgão legitimado pela Constituição do Estado de Sergipe para auxiliar a Assembléia Legislativa no controle externo das contas prestadas anualmente pelos Prefeitos dos Municípios Sergipanos, " ex vi " do estatuído no inciso XII do art. 68 da Carta Estadual, expediu, em 21 de julho de 2005, a Resolução n.235, estabelecendo no parágrafo único do Art. 1° que:

" Art. 1° As disponibilidades de caixa dos Órgãos pertencentes à Administração Direta e Indireta jurisdicionados a este Tribunal deverão ser depositadas e mantidas em instituições financeiras oficiais, vedando-se a manutenção dos recursos financeiros em tesourarias ou departamento congêneres.
Parágrafo único. Tratando-se de recursos financeiros originários do próprio Estado e de seus Municípios, o banco oficial de depósito será o Banco do Estado de Sergipe S/A –BANESE, ressalvados os casos em que, na localidade, não exista agência deste Banco, quando poderá ser substituído por outro também oficial"

Assevere-se que a resolução emana de Órgão legitimado pela Constituição do Estado de Sergipe e constitui referência fundamental para a presente ação civil pública do Ministério Público, e, certamente, para a decisão judicial a ser proferida.

De gizar-se que a hipótese tratada no parágrafo único, " in fine ", do art. 148 da Constituição Estadual e no parágrafo único, do Art. 1° da Resolução n.235 do Tribunal de Constas Estadual não se aplica ao Município de Propriá-SE, pois neste há agência do Banco do Estado de Sergipe- BANESE, devendo, pois, que os recursos financeiros originári-

os do Município fossem nela depositados.

Entrementes, não obstante as enunciações acima deduzidas, os requeridos firmaram entre si o contrato que ora se atribui a pecha de inconstitucional, tendo estabelecido em sua cláusula primeira, alíneas " c " e " i " que a Caixa Econômica Federal centralizaria a movimentação financeira do Município, relativa aos recursos provenientes de transferências legais e constitucionais e de convênios a serem assinados com quaisquer órgãos do governo federal e estadual (alínea " c ") bem com a arrecadação de todos os tributos cobrados pelo Município mediante utilização de guias de recebimento ou cobrança integrada da CAIXA (alínea "i"), transgredindo, assim, os parâmetros jurídicos constitucionais estabelecidos na Constituição Estadual e na Resolução do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe que estabelecem a manutenção das contas das Prefeituras no Banco do Estado de Sergipe quanto aos recursos que se originarem no Estado ou no próprio Município.

Ora, certo é o esplendor do nosso vernáculo. Entretanto, o aspecto formal da nossa Constituição Estadual não pode ser visto como algo lírico e desprovido de concretude maior, onde a sutileza das palavras sirva ao menoscabo dos princípios nela estabelecidos, pelo contrário; tratando-se de norma que, no Estado, situa-se no nível hierárquico mais elevado, suas disposições hão de ser estritamente observadas, rechaçando-se, por conseguinte, todos os atos que estejam desconformes com suas enunciações.

VI – Da tutela antecipada

A redação do artigo 273 do Código de Processo Civil possibilita a antecipação dos efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, litteris:

> "Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:
> I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; " (grifos não originais)

Trata-se, como se vê, de realização imediata do direito, pois dá ao autor o bem da vida por ele pretendido, possibilitando a efetividade da prestação jurisdicional. Com a possibilidade de antecipação da tutela, presente prova inequívoca e convencido o Juiz da verossimilhança do alegado, a prestação jurisdicional poderá ser adiantada sempre que haja

fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou, ainda, quando fiqüe caracterizado abuso no direito de defesa, de regra mediante expedientes meramente protelatórios à conclusão do processo.

Os dois critérios gerais eleitos pelo legislador para a antecipação de tutela são, portanto, como dispõe a lei processual: prova inequívoca e verossimilhança do alegado. No caso ora posto sub judice, ambos os requisitos encontram-se reunidos.

De fato, não há que se questionar sobre a efetiva realidade dos fatos, fartamente comprovados através de provas documentais acostadas no procedimento administrativo que instrui a presente ação civil pública.

A verossimilhança da alegação, por sua vez, decorre da argumentação acima exposta e da documentação juntada aos autos, que, demonstram, à evidência, a nulidade do contrato celebrado entre o Município de Propriá-SE e a Caixa Econômica Federal, que não obedeceu aos termos da Constituição Estadual e da Lei nº. 8.666/93.

O perigo do dano irreparável também existe. A inconstitucionalidade do contrato firmado entre os requeridos é flagrante, de modo que a harmonia dessa desvirtuação deve ser prontamente corrigida a fim de garantir a ordem jurídica determinando a compatibilidade dos atos administrativos com os princípios e regras adotados pela Constituição Estadual, além disso, a manutenção do convênio afronta os princípios constitucionais da administração pública estabelecidos da Constituição Federal de 1988 – moralidade, impessoalidade e legalidade- e a regra que impõe o processo de licitação para a escolha da proposta que mais atenda ao interesse público.

A suspensão imediata da avença celebrada entre a CEF, o Município de Propriá-SE é medida indispensável para a cessação da situação de ilegalidade e a preservação dos recursos públicos federais repassados ao município.

VII – Dos pedidos

VII.1 - Da liminar

Assim, em face de todo o exposto nesta exordial, e com supedâneo no artigo 273 e §§ 1° e 2° c/c artigo 461 e §§ 3° e 4° do Código de Processo Civil, c/cs os artigos 12 e 19 da Lei n. 7.347/85 e art. 2° da Lei nº. 8.437/92, o MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL requer se digne Vossa Excelência a conceder decisão liminar determinando:

a) a suspensão da vigência do contrato de prestação de serviços

financeiros celebrado, em 14 de abril do ano corrente, entre o Município de Propriá-SE e a CEF;

b) que os recursos financeiros originários do município de Propriá-SE, sejam depositados no Banco do Estado de Sergipe S/A - BANESE, sob o pálio do cânone do parágrafo único do art. 148 da Constituição Estadual;

c) ao Município de Propriá-SE a obrigação de realizar, dentro do prazo máximo ora sugerido de 90 (noventa) dias, procedimento licitatório destinado à contratação de serviços bancários relativos à centralização e ao processamento de 100% (cem por cento) da folha de pagamento dos servidores municipais ativos e inativos, sob pena de multa diária de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), ressalvados os valores relacionados às disponibilidades de caixa do Poder Público Municipal, que deverão ser depositados em instituições financeiras oficiais, conforme determina o art. 164, § 3°, da Constituição Federal, art. 148, caput, da Constituição Estadual e art. 43, caput, da Lei Complementar n°. 101/2000;

d) ao Município de Propriá-SE a obrigação de restituir, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, proporcionalmente ao tempo de contrato já transcorrido, os valores desembolsados pela empresa pública federal, a título de remuneração do contrato de prestação de serviços financeiros celebrado com a Caixa Econômica Federal, sob pena de multa diária de R$ 5.000,00 (cinco mil reais).

VII.2 - Dos Pedidos Principais

Face ao exposto, o Ministério Público Estadual requer:

VII.2.1. a citação dos requeridos para, querendo, ofertarem contestação, sob pena de revelia e confissão ficta;

VII.2.2. a procedência dos pedidos para:

a) que sejam confirmados os pedidos requeridos em sede de liminar;

b) que seja declarado nulo o contrato de prestação de serviços financeiros celebrado, em 14 de abril do ano andante, entre o Município de Propriá-SE e a Caixa Econômica Federal;

c) a condenação dos requeridos aos ônus da sucumbência.

Por fim, protesta o MPE provar por todos os meios de prova admitidos em direito, notadamente documentos, depoimento pessoal do representante legal da empresa requerida, realização de perícias e inspeções judiciais, oitiva de testemunhas, dentre outros a serem oportunamente especificados.

Dá-se à causa o valor de R$ 650.000,00 (seiscentos e cinqüenta mil reais).

Nestes termos.
Pede e espera deferimento.

De Propriá-SE para Aracaju-SE, em 11 de dezembro de 2008.

Peterson Almeida Barbosa
Promotor de Justiça
Curador do Patrimônio Público

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - LICENCIAMENTOS AMBIENTAL E URBANÍSTICO - INSTALAÇÃO DE ESTAÇÃO RÁDIO BASE

Ana Paula Machado Costa Meneses*

Os interesses coletivos tutelados pelo Parquet encontram guarida no cumprimento da ordem urbanística e no zelo pela função social da propriedade. Os licenciamentos ambiental e urbanístico traduzem-se em condição "sine qua non" para salvaguardar tais direitos, que grassam naturalmente na sociedade.

O MINISTÉRIO PÚBLICO DE SERGIPE, através da Promotoria de Justiça do Meio Ambiente e Urbanismo, vem, perante Vossa Excelência, promover a presente AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PEDIDO LIMINAR, em face da STEMAR TELECOMUNICAÇÕES LTDA - CLARO, pessoa jurídica de direito privado, devidamente representada por seu Administrador, C. H. M., brasileiro, casado, engenheiro eletrônico, domiciliado na rua Mena Barreto, nº 42, 7º andar, na cidade do Rio de Janeiro/RJ, com sede na Rua Voluntários da Pátria, nº 143, 7º andar, Botafogo, Rio de Janeiro-RJ, inscrita no CNPJ nº 05.341.951/0001-48,(contrato social de fls. 140 a 148), que outorgou procuração ao Bel. P. A. S. C., brasileiro, solteiro, advogado, com escritório na rua Aurora, nº1675, Bairro Santo Amaro, Recife/PE (doc.de fls. 175), para receber citação inicial, intimações, notificações, etc., com fundamento nos arts. 129, inc. III, e 225 da Constituição Federal, art. 224 e 230 da Lei Orgânica do Município de Aracaju, 14, § 1º, da Lei 6938/81 e 1º, inc. III, da Lei 7.347/85, da Resolução Municipal 030/2003(fls.169/171), pelos motivos de fato e de direito adiante alinhados.

1-Dos fatos

1.1-Consta de Procedimento Administrativo, tombado sob o nº 004/2004, instaurado para apurar a regularidade da instalação de ERB's-Estações de Rádio Base pertencentes à empresa-ré, denominada CLARO para serviço telefonia celular, no solo urbano da cidade de Aracaju, com base em reclamações formuladas por diversos moradores da rua

*Promotora de Justiça da 5ª Promotoria de Justiça dos Direitos do Cidadão com funções afetas ao Meio Ambiente e Urbanismo. A presente ação tramitou na 11ª Vara Cível da Comarca de Aracaju. Proc. 200411100834

Júlio Santana, nº83, Praia 13 de Julho, nesta Capital, que apresentaram abaixo-assinado(doc. de fls. 03 a 12).

1.2- O motivo da irresignação da comunidade local consiste na instalação de uma estação rádio base (ERB) de telefonia celular pela Empresa Claro, na rua Júlio Santana, nº83, Praia 13 de Julho, nesta Capital, em área residencial, o que estaria a causar temor aos habitantes do entorno, receosos de possíveis malefícios provenientes da própria estrutura de tais estações de rádio base, que podem ocasionar danos à integridade física e à saúde, com inevitável desvalorização imobiliária.

1.3-Registre-se que a proximidade da ERB dos imóveis lindeiros gera riscos ocasionados pelo despreendimento de peças, como ocorreu com os proprietários do imóvel situado à rua Júlio Santana, nº 103, Praia 13 de Julho, nesta Capital, sobre o qual caíram peças da referida estação de rádio base durante sua edificação, conforme depoimento de fls. 15 a 17, tendo sido embargada a obra (fls.13/14).

1.4-A obra da estação rádio base, localizada na rua Júlio Santana, nº83, Praia 13 de Julho, foi alvo de notificação e embargo administrativo durante sua edificação, no dia 12 de dezembro de 2003, registrado sob o nº 09020, mas a empresa-ré deu continuidade às obras e ultimou a instalação da estação de rádio-base da rua Júlio Santana, nº83, nesta Capital.

1.5-Registre-se ainda que em 16 de dezembro de 2004, em audiência pública perante a Promotoria do Meio Ambiente e Urbanismo(fls.19), o representante da Claro S. A. S. S. acordou paralisar as obras da estação de rádio base, localizada na rua Júlio Santana, nº 83, Praia 13 de Julho, nesta Capital, aceitando a interdição a ser efetivada pela ADEMA, agora, em face da legislação ambiental.

1.6- Todavia, com fundamento no relatório de fiscalização nº73/03, elaborado pela Adema (doc. de fls.23), a interdição não foi concretizada pelo funcionário da Stemar Telecomunicações – Claro, S. A. S. S., que não estava presente para receber o auto de infração, tombado sob o nº08/03, lavrado pela Adema, doc. de fls.26.

1.7- Com fundamento no Parecer nº 81/2003, emitido pela Procuradora da ADEMA, Viviane Bomfim Leite (doc.de fls.40), as obras não foram paralisadas, nem houve formal e efetiva interdição, pelo que restou configurada a infração administrativa tipificada no art.44, do Decreto-Lei 3.179/99, acarretando a aplicação de multa no valor de R$ 50.000,00, paga somente em 04 de maio de 2004(doc. de fls.161).

1.8- Segundo informações prestadas pela Anatel, em 18 de março

de 2004(doc de fls.58), a ERB da rua Júlio Santana, apesar de não ter sido formalmente interditada, estava desativada e não totalmente instalada.

1.9-Todavia, apesar da licença da Anatel, a empresa-ré não obteve sequer alvará municipal de construção ou instalação. As licenças urbanísticas não estão dispensadas, conforme determina o art. 74, da Lei Geral de Telecomunicações-LGT nº 9.472/97 e o art.90 §3º, da Resolução nº 316, de 27 .09.2002, do CONAMA. Nesse diapasão, assim se manifestou o Sr. E. J. B. X. (doc. de fls.60): "a ERB nº SITAR 684142864, localizada na rua Júlio Santana, nº83, foi licenciada pela Anatel em 30.01.2004. (...) mas não está isenta a empresa prestadora de serviço de telefonia celular de atender as normas de engenharia e às leis municipais, estaduais ou do Distrito Federal relativas à construção civil e à instalação de cabos e equipamentos em logradouros públicos".

1.10-Note-se que sob a forma de termo de responsabilidade o Engº P. C. de A. B. (doc. de fls. 062) declarou perante Anatel, o seguinte: "Que sob minha responsabilidade, foi efetuada a instalação das estações de radiocomunicação a seguir relacionadas, nos locais e com as características técnicas aprovadas pelo Ministério das Comunicações, constantes de relatório emitido e entregue à detentora da outorga STEMAR TELECOMUNICAÇÕES LTDA; declaro, ainda, que foram observadas as determinações do Código de Posturas Municipais".

1.11- Embora não seja idônea, a declaração do citado engenheiro serviu de base para a Anatel autorizar a instalação de várias estações de rádio-base, inclusive da ERB da rua Júlio Santana, nº83, Praia 13 de Julho, nesta Capital, que está embargada pela Emurb, conforme já dito várias vezes. Portanto, a empresa-ré não cumpriu a legislação municipal, agindo no afã de implantar seus equipamentos, sem qualquer preocupação com as licenças urbanísticas e ambientais.

1.12-Ora, a Anatel não exigiu fotocópia das licenças ambientais e autorizações municipais, mas que a legislação municipal fosse cumprida. Portanto, dessume-se que a licença emitida pela Anatel também está eivada de vício, pois baseou-se em informação inverídica, haja vista que não houve autorização municipal e ambiental.

1.13- As empresas que prestam serviço de telefonia celular executam, clandestinamente, suas instalações e num fim- de- semana implantam tais estações de rádio-base. Assim sendo, esta Promotoria de Justiça instaurou diversos procedimentos administrativos para investigar as situações de cada empresa, que presta serviço de telefonia celular e deu um prazo, com escopo de sanar o vício original caracterizado pela ausência de licenciamento urbanístico e ambiental.

1.14- Anote-se que a ERB da rua Júlio Santana nº 83, Praia 13 de Julho, nesta Capital, registrada sob o número SITAR 684142864 está envolta por um véu de obstáculos, cuja regularização urbanística perante o Município de Aracaju não será possível.

2-Da situação atual da estação de rádio base localizada na rua Júlio Santana

2.1-No caso, em tela, a ERB localizada na rua Júlio Santana, nº 83, Praia 13 de Julho, nesta Capital, teve sua obra embargada pela Emurb, mas as obras não foram paralisadas; aliás, encontra-se com toda estrutura edificada.

2.2- Como a Adema não conseguiu interditá-la, a empresa- ré desativou a estação. Entretanto, não há segurança de tal medida, pois sorrateiramente ela pode ser ligada e operar, sem que se tenha conhecimento, em face da natureza de seus equipamentos. Desta forma, registre-se que paira certa insegurança quanto a possibilidade da estação de rádio base, em tela, voltar a funcionar camufladamente.

2.3-Atualmente, obteve a certidão de uso do solo em (fls.0125), mas continua irregular, pois não possui alvará municipal de construção municipal. De acordo com a referida certidão, a regularização urbanística da obra somente pode ser obtida, após a anuência da Defesa Civil, Corpo de Bombeiros e Energipe, que se baseia na Resolução nº 030/2003, proveniente do Conselho Municipal do Meio Ambiente e Urbanismo(fls. 169/ 171)

2.4-Averbe-se que foi consignada ao procedimento administrativo certidão expedida pela Emurb (doc. de fls. 123 a 128), dando conta do não licenciamento da obra da ERB pela municipalidade, estando a obra embargada; assim também, existem informações advindas da Adema no sentido de que a emissão de licença não é recomendada, conforme documentos de fls.159 a 160.

2.5- O engenheiro do Ministério Público João Bosco Franco também se pronunciou contra a manutenção da estação de rádio-base naquela localidade, na forma a seguir transcrita:

"O Poder Público Municipal, em face da ausência de uma legislação específica para as torres ou Estações de Rádio Base, adota procedimentos e parâmetros urbanísticos para as construções normais, em face disto emite Certidão do Uso do Solo, estipulando os parâmetros urbanísticos para a implantação de Estações de Rádio Base. O Conselho Municipal de Desenvolvimento Urbanístico, entendendo que o licenciamento

das Estações de Rádio Base somente pode ser analisado como uma construção especial, emitiu Decisão, formalizada na Resolução 030/2004, para Regularização e Construção de Estações de Rádio base de Telefonia de Celular, onde observa que a autorização para funcionamento depende do atendimento das exigências das legislações municipais pertinentes, da Licença da ADEMA, Defesa Civil, do Corpo dos Bombeiros, do COMAR (Ministério da Aeronáutica) e da Energipe, não desobrigando do cumprimento das legislações estaduais e federais. Além disso, as torres de estrutura metálica, em função da grande altura, cria uma situação de pânico, pois está localizada a aproximadamente 2,00m da unidade vizinha, que são depreciados, dificultando uma comercialização em função do risco de desabamento e de objetos que se desprende das torres.

Desta forma, em função da irregularidade da referida Estação de Rádio Base, proponho que seja determinado de imediato o desmonte da estrutura por representar risco para os imóveis circunvizinhos, além de não ter sido atendida a legislação pertinente, para o seu funcionamento, encaminho o presente PARECER TÉCNICO, para apreciação, análise que julgar procedente"(fls. 190/193).

2.6-Além disso, a Defesa Civil se manifestou mediante relatório técnico negativamente à manutenção da Estação da Rádio-Base naquele local. Vejamos, parte do documento:

"Baseados nos fatos acima, concluímos que a instalação da torre está irregular, existindo o risco de despreendimento de peças da aludida torre, devido a sua altura com relação a unidade habitacional vizinha, como também é notório o impacto visual e urbanístico no local.

Diante do exposto, sugerimos que a mesma seja relocada para o outro local, com a segurança devida para os moradores e transeuntes."

3-Do Direito

3.1- A obra e a potência das antenas devem estar adequadas à Resolução 303, de 10 de julho de 2002, baixada pela Anatel e Resolução 030/2003, da lavra do Conselho Municipal do Meio Ambiente e Urbanismo, uma vez que ausente uma legislação municipal específica para disciplinar a edificação das estações de rádio base.

3.2-Importa, nesta oportunidade, fazer referência a polêmica instalada sobre os parâmetros utilizados pela Anatel, quanto a medida de potência das torres, que sustentam as antenas transmissoras para rádio, televisão, telefonia celular, telecomunicações em geral e outras radiações eletromagnéticas.

3.3-Estudos e Pesquisas sobre irradiações não ionizantes somente serão concluídos e publicados em 2005 pela OMS- Organização Mundial de Saúde e pelo ICNIRP(sigla em inglês de Comissão Internacional para Proteção contra Irradiações não Ionizantes). Portanto, os parâmetros seguidos pela Anatel podem sofrer alteração, conforme informativo extraído da internet.

3.4-Na seara da saúde pública e meio ambiente: existem estudos científicos demonstrando que a exposição a radiação não ionizante pode causar elevação da temperatura, choque térmico, exaustão, estresse, queda no desempenho de tarefas.

3.5- Com base no art. 74, da Lei Federal nº9.472/97 e no art. 90§ 3º, da Resolução nº316, do CONAMA, as empresas que prestam serviço de telefonia celular, além das licenças a serem expedidas pela Anatel devem obedecer as normas de engenharia e às leis municipais, estaduais ou do Distrito Federal relativas à construção civil e à instalação de cabos e equipamentos em logradouros públicos. O referido serviço, prestado através das ERB's, é considerado atividade potencialmente poluidora e ocasiona naturalmente impacto urbanístico.

3.6-Anote-se que houve contrariedade aos ditames da Lei Federal nº9.472/97, da Lei Orgânica do Município de Aracaju e do Código de Obras do Município de Aracju, pois no âmbito municipal não foi dada a devida licença da obra. Vejamos, o que reza a citada legislação:

"II.1- Toda e qualquer obra, que se realize no Município de Aracaju, será exigida Licença".

"XV –DISPOSIÇÕES COMPLEMENTARES

b)- O embargo será aplicado, nos seguintes casos: 1º)Toda vez que sem licença, estiver sendo feito qualquer obra ou funcionando qualquer instalação mecânico, industrial, comercial ou particular" (Lei Municipal nº 13/66- Código de Obras, fls. 200 e 201).

3.7-A ação ilícita, inclusive, é tipificada como infração urbanística, nos moldes do art.224, incisos III e IV e art. 230, da Lei Orgânica do Município de Aracaju:

"Constituem infrações às normas urbanísticas:

III- construir ou deixar construir:

b) sem a necessária licença concedida pelo Município ou em desacordo com os termos desta;

IV- parcelar ou deixar parcelar:

b) em desacordo com o Plano de Desenvolvimento Urbano e demais legislações;"

"Incorrem em multas, que devem ser fixadas em lei, as pessoas físicas ou jurídicas e profissionais responsáveis pela execução de projetos ou obras estranhas à administração pública que, de qualquer modo, contribuem para o cometimento das infrações previstas nesta seção, sem prejuízo das outras sanções previstas em legislação especial, cuja ciência aos órgãos competentes para a apuração deve ser dada pelo Poder Público Municipal" (art. 230 da Lei Orgânica do Município de Aracaju).

3.8-Anote-se, que a Resolução nº 03/2003, baixada pelo Conselho Municipal do Meio Ambiente e Urbnanismo exige a anuência da Defesa Civil, Energipe, licenciamento da ADEMA, COMAR (Ministério da Aeronáutica) e do Corpo dos Bombeiros. Na hipótese "sub examine" a Defesa Civil não anuiu à permanência da estação de rádio base na rua Júlio Santana, nº83, Praia 13 de Julho, conforme documento de fls.169 a 171. Desta forma, impossível sua regularização urbanística pelo Município de Aracaju, que exige a aquiescência de tais entidades.

3.9- Quando edificou sem a prévia aquiescência do Município de Aracaju, a ré suprimiu da coletividade o direito de ter segurança quanto à obra e de saber se a edificação estava em consonância com o comando normativo do Plano Diretor. Nessa trilha, a lição do mestre HELY LOPES MEIRELLES, transcrita por José Nilo de Castro in Direito Municipal Positivo, Editora Del Rey, p. 408, 6ª edição, "o controle da construção pelo Município tem o duplo objetivo de garantir a estrutura e a forma da edificação, e de harmonizá-la ao agregado urbano, para maior funcionalidade, segurança, salubridade, conforto e estética da cidade. Daí as exigências estruturais da obra e/ou sua localização e função, diante do zoneamento e das normas de ocupação do solo urbano ou urbanizável, consignadas na regulamentação edilícia".

3.10- Impõe-se necessariamente o respeito à legislação urbanística para o exercício pleno da função social da propriedade. Assim, manifestou-se JOSÉ NILO DE CASTRO in Direito Municipal Positivo, Ed. Del Rey, p. 376, 6ª edição: "O ordenamento jurídico pode e deve impor ao proprietário, para se alcançar a existência digna do homem e a justiça social, obrigações de fazer consistentes na própria utilização da coisa em prol da sociedade".

3.11-Dentre os impedimentos para a regularização urbanística, verifica-se o auto de embargo lavrado pela Emurb e de alguns obstáculos de ordem urbanística, a discordância da Defesa Civil quanto a perma-

nência da Estação de Rádio Base na rua Júlio Santana, nº83, nesta Capital, corroborando retrocitado parecer técnico do Engº João Bosco Franco, com arrimo do teor da Resolução Municipal 030/2003.

3.12-Não se postula simplesmente que a ré deixe de operar com a antena, porquanto essa medida já foi supostamente acatada pela empresa, mas que seja removida o quanto antes, em razão das condições de proximidade entre a torre e os imóveis lindeiros, o que não autoriza sua continuidade no local.

3.13- Afinal, importa dizer que o licenciamento ambiental pode até ser obtido, mas com base na posição da Defesa Civil, exigida pela Resolução Municipal nº 03/2003, e da Divisão de Engenharia do Ministério Público de Sergipe, a Estação de Rádio Base da Rua Júlio Santana, nº83, Praia 13 de Julho, não deve ser regularizada sob o aspecto urbanístico.

4- Legitimidade do Ministério Público

4.1- Revela-se nitidamente o caráter difuso dos interesses atinentes à tutela do meio ambiente natural e artificial, mesmo porque indeterminável seus titulares, atingindo a sociedade de forma indivisível. Tais interesses difusos objetivam sobretudo a qualidade de vida dos citadinos, mormente daqueles que residem nas cercanias das estações de rádio base.

4.2- A legitimação ativa do Ministério Público decorre do texto expresso dos arts. 127 c/c o art. 129, inciso III, da Constituição Federal. Essa norma é reiterada pelos 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 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), que incumbe ao Ministério Público promover a ação civil pública para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem urbanística, dentre outros, de natureza difusa, coletiva e individual homogênea e de repercussão social.

5-Do pedido liminar

5.1-Para a concessão de medida liminar, faz-se necessário demonstrar fundado receio de dano ao pleito principal - "periculum in mora", bem assim a sua provável veracidade, que constitui o "fumus boni iuris".

5.2-A prova inequívoca ou "fumus boni iuris" exsurge das provas colhidas, especialmente porque a edificação da ERB não está regularmente licenciada pelo poder público municipal, nem pelo Órgão Ambiental; aliás, foram postergados os comandos normativos do Código de Obras do Município de Aracaju e da Lei Orgânica do Município, uma vez que embora embargada, a empresa-ré insistiu construir a ERB, não se sabendo ao certo se está funcionando.

5.3-A fumaça do bom direito se encontra patenteada na impossibilidade da STEMAR TELECOMUNICAÇÕES LTDA – CLARO conseguir regularizar perante o Município de Aracaju a estação de rádio base, localizada na rua Júlio Santana, nº83, Praia 13 de Julho, nesta Capital, com base na Resolução 030/2003, expedida pelo Conselho Municipal do Meio Ambiente e Urbanismo, que exige, dentre outros órgãos, a anuência da Defesa Civil, havendo nos autos manifestação dessa entidade, formalizada através de relatório técnico, no sentido da não permanência da Estação de Rádio Base no local.

5.4- O "periculum in mora" se manifesta nos possíveis danos aos moradores do entorno de uma obra sem licenciamento e, de modo especial, no fato de representar risco de desabamento e de desprendimento de objetos sobre os imóveis circunvizinhos, conforme parecer técnico da lavra do Engº João Bosco Franco e relatório técnico da Defesa Civil.

5.5-A ausência de ordem judicial, para coibir essa atividade que gera risco e dano à paisagem urbana, estimula a implantação de tais estações de rádio base à revelia do Município, depreciando também o valor dos imóveis em seu entorno.

5.6- Registre-se que, como há notícias de que a ERB-Estação de Rádio Base foi edificada em apenas um final de semana, por envolver obra pré-fabricada, também a sua retirada não apresentará maiores transtornos à ré.

5.7-Assim, os elementos necessários à antecipação provisória da prestação jurisdicional estão amplamente demonstrados, razão pela qual é imperiosa a expedição de medida liminar, "inaudita altera pars", com base no art. 12, da Lei nº 7.347/85, vindicada nos seguintes termos: "Seja determinada a empresa-ré o desligamento, caso tenha sido reativada, e a demolição total da Estação de Rádio-Base, localizada na rua Júlio Santana nº83, Praia 13 de Julho, nesta Capital, com base no art. 461, do CPC".

5.8- Seja imposto o pagamento de multa diária, na ordem de R$ 10.000,00 (dez mil reais) por dia de descumprimento das determinações judiciais referidas nos item "5.7", importância esta que deverá ser revertida ao Fundo de Defesa do Meio Ambiente, criado pela Constituição do Estado de Sergipe (art. 232, inciso XIX, § 5º) ou no FUNERH - Fundo Estadual de Recursos Hídricos criado pela Lei Estadual nº 3.870/97 e regulamentado pelo art. 4º, parágrafo único, inciso X, Do Decreto nº 19.079/00.

6- Do pedido principal

6.1- Requer o Ministério Público Estadual o seguinte:

a) a condenação da ré em desligar, caso tenha reativado, e demolir totalmente a estação de rádio base, localizada na rua Júlio Santana, nº83, Praia 13 de Julho, nesta Capital, tornando definitiva a obrigação de fazer consignada no pleito liminar.

b)incidência de multa diária, no valor atual de R$ 10.000,00 (dez mil reais), devida somente se, ao término do prazo fixado na sentença, houver descumprimento da obrigação de fazer explicitada. Tal quantia está sujeita a correção monetária pelos índices oficiais, desde a distribuição da petição inicial até o efetivo adimplemento, a ser depositada no Fundo de Defesa do Meio Ambiente, criado pela Constituição do Estado de Sergipe (art. 232, inciso XIX, § 5º) ou no FUNERH - Fundo Estadual de Recursos Hídricos criado pela Lei Estadual nº 3.870/97 e regulamentado pelo art. 4º, parágrafo único, inciso X, de Decreto nº 19.079/00;

c) citação da ré para que possa contestar a presente ação e acompanhá-la até decisão definitiva do processo;

d)condenação do suplicado ao pagamento das despesas e custas processuais relativas a 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 e 87, da Lei nº 8.078/90;

Protestam por todos os meios de prova admitidos em direito, notadamente documental, pericial, inspeção judicial, testemunhal e depoimento pessoal do representante legal da empresa-ré sob pena de revelia e confissão.

Dá-se à causa o valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), para efeitos meramente fiscais.

Nestes Termos,
Pede Deferimento.

Aracaju, 26 de outubro de 2004.

ANA PAULA MACHADO COSTA MENESES
PROMOTORA DE JUSTIÇA DO MEIO AMBIENTE E URBANISMO

REPENTE A JOSÉ LUIZ MELO

DISCURSO DE POSSE NO CARGO
DE PROCURADOR DE JUSTIÇA

ANAMIRA BATALHA
ENTRE A TRISTEZA E A ALEGRIA

PRONUNCIAMENTO NA SOLENIDADE DE
CONCESSÃO DA MEDALHA DO
MÉRITO PARLAMENTAR

PRONUNCIAMENTO NA INAUGURAÇÃO DO
ESPAÇO CULTURAL
"PROMOTORA DE JUSTIÇA MARIA ANAMIRA"

DISCURSO DE SAUDAÇÃO A
CRISTINA MENDONÇA

DISCURSO DA PROCURADORA-GERAL DE
JUSTIÇA NA SOLENIDADE DE POSSE DA
MESA DIRETORA DO TJSE 2009

Discursos

REPENTE A JOSÉ LUIZ MELO

Marcelo Augusto Barreto de Carvalho*

Quando soube do súbito e grave problema de saúde que acometeu Dr. José Luiz Melo, a estupefação tomou conta de mim, e, quando recobrei, em meio às lágrimas que me escorriam na face, vieram-me à tona todos os momentos em que tive o prazer de usufruir de sua companhia.

Inicialmente, no meu estágio, quando, aluno idealista do curso de Direito, passei a laborar no Tribunal do Júri junto ao Juiz, Dr. Ricardo Múcio Abreu Lima.

De logo, assistindo às sessões protagonizadas pelo Promotor de Justiça Luiz Melo, encantava-me com a oratória, timbrada pela erudição, tenacidade, vigor das idéias e da transmissão do pensamento.

Eu, à época, acalentava uma frustração de estudante de Direito de não ter visto Gilberto Vila-Nova (meu tio/padrinho/ídolo), então já Procurador de Justiça, num júri; porém, ao mirar doutor Luiz Melo, que o sucedera, sentia-me confortado; era como se Nosso Senhor quisesse atenuar o meu suplício ressarcindo-me com as aulas de retórica que obtinha do doutor Luiz Melo.

Segui o meu caminho e, em certo entretempo, um hiato entre mim e doutor José Luiz Melo.

Passados dez anos, vi-me novamente diante do Dr. José Luiz Melo, eu na qualidade de Assessor Jurídico no Ministério Público e ele - Promotor de Justiça na iminência da promoção ao cargo de Procurador de Justiça -, pôs-se a substituir justamente no gabinete onde eu exercia os meus ofícios de assessoria.

E, de repente, aquela admiração juvenil se metamorfoseara em preocupação, já que teria eu de esboçar pareceres para aquele a quem eu tanto louvara e que, tinha certeza, era tão íntimo do bom português e do bom Direito.

Os meus receios foram se arrefecendo à medida que o Dr. Luiz Melo, talvez inebriado da admiração que possuía por meu tio Gilberto ou pelo carinho que dedicava ao meu pai, ia encontrando, nos meus tímidos trabalhos, valores muito superlativos aos que mereciam.

*Advogado

Em 30 (trinta) dias, tornamo-nos mais que colegas de trabalho; éramos, agora, admiradores recíprocos, e, ainda mais, cliente e advogado, já que o Dr. Luiz Melo me confiou a defesa de interesses seus, debatidos judicialmente.

Daí por diante, nossos laços se estreitaram, e se espraiaram nas pessoas de sua bela família: Dr.ª Neide, Alice, Malu e Júnior.

A *latere* disso, e contexto que facilitou mais a aproximação, sua filha Alice havia se tornado uma grande companheira de minha esposa Patrícia nos caminhos espinhosos dos concursos públicos.

Visitava com freqüência o gabinete de Dr. Luiz Melo, e, eu na condição de esposo e ele na função de pai, trocávamos confidências acerca dos nossos sonhos em ver as duas galgarem o cargo de Juiz de Direito de Sergipe, com o qual elas tanto ansiavam e para o qual, pressagiávamos, eram ambas vocacionadas.

O futuro próximo certamente confirmará nossas previsões.

De personalidade forte, sem perder a fidalguia, Dr. Luiz Melo não transigia com ajustes que ferissem a moral e a ética; de um caráter imaculado, sempre firmou suas posições com apoio nos dogmas que solidamente sustentara.

Intimorato, nunca se acovardara a defender posições, nem no plano pessoal e nem na atividade profissional.

Humilde, não abrigava vaidades frívolas, apesar de ter acalentado, como não poderia deixar de ser, novas experiências profissionais e desafios, como chefiar o Ministério Público ou integrar o Tribunal de Justiça.

Como bom pai de família, preocupara-se com o futuro de sua prole, não poupando esforços para construir um confortável patrimônio que permitisse segurança financeira em caso de uma contingência inesperada.

Católico praticante e fervoroso, Dr. Luiz Melo não se subsumia a guardar os domingos, mas se mostrara intenso paroquiano, participando ativamente dos acontecimentos religiosos da unidade eclesiástica em que servia.

De estilo de vida regrado, não bebia, não fumava, alimentava-se bem, mas sempre acedia a convites que lhe eram formulados.

Eu tenho nele um grande incentivador da atividade profissional; do pedestal de sua generosidade, e unicamente motivado por isso, dizia, no pouco tempo de substituição em que eu o assessorava, que "isso aqui é muito pequeno para você".

Não foram poucas as pessoas, do ponto de vista pessoal e profissional, do meu convívio ou não, que já me abordaram para afiançar que da boca de Dr. Luiz Melo havia saído referências elogiosas a meu respeito, o que sempre me deixou desvanecido, e que aumenta a minha responsabilidade profissional a cada dia.

Vivenciando aquele homem vívido a lutar contra a subitânea e cruel enfermidade, roguei aos Céus que lhe mantivessem a solidez e a valentia, e que lhe fossem compensados os momentos de privações por que se submetera em prol de sua saúde ao longo de todos esses anos, até como efeito pedagógico, para mostrar a todos nós que acompanhar esse frugal *modus vivendi* vale a pena.

Por obra da providência divina, e ao arrepio dos nossos desejos e expectativas, Dr. Luiz Melo malogrou nessa sua frenética luta; porém, sobejam aos seus filhos, esposa, familiares e amigos que, como eu, tiveram a satisfação de privar do seu convívio, o alento de um exemplo de homem formidável, decoroso, reto, e cujos atributos certamente orientam e servem de modelo para o meu agir como homem, como pai de família, como pessoa e profissional do Direito.

E disso lhe serei grato; eternamente grato.

DISCURSO DE POSSE NO CARGO DE PROCURADOR DE JUSTIÇA*

Maria Conceição de Figueiredo Rolemberg**

Santo Agostinho em "As Confissões", afirmou que, no íntimo do espírito humano, a um só tempo, um tempo único: o Presente do Passado que é memória:

O Presente do Presente que é visão atenta;
E o Presente do Futuro que é expectativa, esperança.

Por esse prisma, CELEBRAR é simultaneamente, COMEMORAR, FESTEJAR e REAVIVAR.

O ser humano é o único ser, cuja vivência do presente possui três dimensões. É testemunho presente do passado "...estrelas hoje admiradas emitiram suas luzes há milhões de anos..."É vivência do hoje, do aqui e agora, e dentro dessa dimensão espacial e temporal, este momento festivo. O presente reaviva, também, os sonhos, as esperanças e expectativas.

Celebrar é assim Comemorar, Festejar e Reavivar!

Celebrar é comemorar, e, do recôndito da memória, recolho recordações de pessoas e de vivências... E que já são tantas!

Desponta dentro de mim, em largas pinceladas, a menina tímida que, na influência paterna, tentava transmudar sentimentos em poesia; a estudante ginasiana e de 2º grau, na sua escola de formação, o colégio Arquidiocesano, fortalecida e confiante nas ternas amizades feitas e que hoje, para minha alegria, se fazem presentes; a edição do jornal Kikuka, o ingresso vitorioso de toda a turma, de uma só e primeira vez, aquinhoando as primeiras colocações nos diversos cursos da Universidade Federal de Sergipe, deixando no jovem grupo, o sabor próprio do êxito e premiação.

Revejo a faculdade, a escolha feita do curso de Direito, novamente fruto da influência paterna, cuja valia de registro, reside, o primeiro, pela lembrança viva e forte de seu contentamento, invocando,

* Discurso proferido em 02 de Outubro de 2009.
** Procuradora de Justiça do Ministério Público do Estado de Sergipe

para si, os méritos dessa escolha; e que lhe são de fato! O segundo me socorre. Rompe o equivocado e insistente entendimento de que quando decido, tudo mais ouço, sem escutar.

Relembro, o tempo inquieto da Universidade, a última turma formada na antiga Faculdade de Direito, o namoro e noivado distantes; o primeiro ensino, até quando, pelas mãos do professor de Direito Penal, Eduardo de Cabral Menezes, à época Procurador Geral de Justiça, fui conduzida ao Ministério Público como estagiária e aqui permaneci, em contratos sempre renovados, até a minha formatura. E, ao que se vê desta, casa não mais saí; vinculada à paixão despertada pela instituição democrática e em essência voltada a defesa e promoção dos interesses indisponíveis da pessoa humana, fundamentada no estado democrático de direito. Paixão esta que, no decurso do tempo, foi consolidada e transmudada em compromisso e responsabilidade.

Desse tempo, aliado ao de Procuradora no município de Aracaju, por sua indicação, com rápida passagem, mas de várias lições e boas amizades, guardo-lhe, dr. Eduardo Cabral, a mais profunda gratidão, pela confiança creditada na moça bem jovem e recém formada, pelos tantos ensinamentos jurídicos e pela marca indelével do seu estilo precioso e elegante, com a devida distância do Mestre, emérito e profundo conhecedor da ciência jurídica. Não bastasse, presenteou-me com a admiração de todos esses anos. Se os fatos almejados não foram convergentes à nossa vontade, maior engrandecimento, então, pela amizade e afeto. Obrigada.

Como se vê, Celebrar é Comemorar!

Revejo, com a memória, a jovem e idealista Promotora de Justiça nas primeiras Comarcas assumidas, a sossegada Campo do Brito e a esquiva Aquidabã, em vista do mais tumultuado dos distritos, à época, Canhoba; a remoção para a concorrida Comarca de Laranjeiras e Nossa Senhora do Socorro, perfazendo tempo de fundamental importância na minha formação de operadora do Direito, pelo contínuo aprendizado técnico exigido nos multiformes pareceres, ações e promoções, enriquecido no contato de seus servidores, no comunitário, com pessoas simples e suas necessidades, muitas delas das mais básicas e com os conflitos decorrentes do humano convívio.

Nesse tempo áureo, longo, largo e generoso, vi, sem, contudo, perceber na inteireza, a ciência do Direito transformar-se em Ciência de Vida, de instrumento de Justiça, pulsante e exigente de resolutividade. E, ali pude compreender o significado de sua grandeza e a relevância de sua existência.

Desses primeiros labores interioranos, guardo com especial zelo

as boas amizades formadas e até hoje mantidas, com o Procurador da República Gilson Gama Monteiro que, na habitual lhaneza, acompanhou a estreante Promotora no primeiro dia de trabalho na Comarca, solidário ao desafio que, a mim, somava a sua substituição. Rememoro, a forma acolhedora do Desembargador Federal, Vladimir de Souza Carvalho, à época Juiz da Comarca de Campo do Brito, que me desvendou os trabalhos forenses com postura ética e serena aliada a sua notória eficiência. Com eles fui aprendiz da altiva esgrimia do Direito, na realização de Justiça.

Os anos mais tarde foram marcados, com as presenças, entre outros, do Desembargador Cláudio Dinart Déda, da Juíza Suely Farias Gonçalves, hoje em sol e mar, ambos na Comarca de Laranjeiras, numa comunhão de ideais e propósitos, em feliz e ampliada convivência com muitos que ali também trabalhavam.

Fazem-se presentes, pela ausência sentida, as colegas e amigas Anamira Batalha, Aparecida Santos e Mirena Góes, a primeira, e por muito tempo ainda, nas lides de Família em Aracaju. Em igual, pelo apoio e estímulo, os Procuradores Gilberto Vila Nova e José Gomes de Andrade.

E, nos refolhos da memória, despontam as intermináveis reuniões e debates do clã associativo e diretivo na sala da ASMP, na Sementeira, na minha casa, congregando tantos que aqui se fazem presentes, todos irmanados no desejo de mudanças, numa época em que os espaços eram bem mais estreitos. Muitos arrefeceram. Outros sobreviveram. Grupo desfeito na colisão de interesses, eterno desafio entre o coletivo e individual, fiz juras de não retorno ao quadro diretivo, até quando, novamente, me vi envolvida nos embates da associação de classe; e, dessa vez, por tantas e variadas razões, em suicídio coletivo de muitas dores e fragmentos; hoje, em tempo novo de superação e paz.

Recolho, desse tempo, em especial de suas Presidências, Procuradora de Justiça Mª Eugênia da Silva Ribeiro, amiga dileta e destacado nome do mundo jurídico sergipano e do Promotor de Justiça Luis Alberto Moura Araújo, atuante e reconhecido profissional, a admiração pela fleuma combativa na defesa de suas crenças e ideais, que nunca deve ser vergada ou calada.

Afinal, como nos assinala, Mahtma Gandhi, "deparar-se com a injustiça e contra ela não protestar é transmudá-la em sua própria injustiça".

Com eles e alguns, também sobrevivi.

Celebrar é Comemorar.

Rememoro a Promotoria de Justiça na Assistência Judiciária, já em Aracaju, promovendo como tantos colegas da época e os atuais, ações de justiça em forma multifária; e, vezes diversas, fazendo o milagre da divisão, sem multiplicação de pães.

É rever a Promotoria de Família e Sucessões em Aracaju, onde, sem inscrição ou matrícula, fiz mestrado e doutorado no enfrentamento dos maiores conflitos do ser humano e que decorrem, inegavelmente, das relações de família, compreendida esta na forma plural, constituída nas relações civis e nas relações de afeto, oportunizando-me, numa junção de esforços e de corações, com a perspicaz e admirada Desembargadora Madeleine Gouveia, Juíza de então, e das valorosas Casas da Defensoria Pública e dos Advogados de Sergipe, esquadrinhar, se possível é, conflitos, interesses e angustiosos sentimentos humanos, na tentativa de escandi-los dentro do valor normativo de princípios e regras, dando respostas aos diversos anseios.

Celebrar é Rememorar, é Festejar! Aproximo-me do presente.

Refolha-me agora no espírito, a atuação de ontem, quase hoje, de direção do Núcleo de Apoio à Infância e Adolescência, que sempre me instigou, afligiu e embeveceu.

Nela encontro, agradecida, a indicação feita pela Procuradora de Justiça, Maria Izabel Santana de Abreu, de conhecida atuação na causa da infância em Sergipe, que ora passo também a substituir no Colegiado, face a sua aposentadoria. Sua contribuição, entre outras, na promoção de adoções nacionais e internacionais, dando sopro de vida nova e digna a tantas crianças sergipanas, em extrema vulnerabilidade, será sempre lembrada; aliada a sensibilidade e presença certa na linha de frente das questões sociais; tenha certeza, que nossas diferenças, resultaram na somação de esforços comuns à causa abraçada.

Toca-me de igual o gesto do Procurador de Justiça, Luís Valter Ribeiro Rosário quando na Chefia da Instituição, materializou o convite para a direção do Núcleo, e promoveu meios estruturais físicos e humanos, dando-me asas e fôlego, mesmo conhecendo o estilo de vôo, para o meu desempenho. Sou-lhe grata, sem alardeio, pela oportunidade que me foi dada de conhecimento e de transformação.

Expresso também meu reconhecimento pela nomeação no cargo que ora me reveste, ao Conselho Superior do Ministério Público, na pessoa de sua Presidenta, Procuradora Geral de Justiça Maria Cristina da

Gama e Silva Foz Mendonça, que tem dado marcas de modernidade e de efetividade de serviços na sua administração.

Celebrar é Comemorar, é Festejar!

Por que Celebrar é Festejar?

Por este momento solene e festivo em que recebo as palavras amigas que me foram dirigidas pelo Procurador de Justiça Celso Luis Dória Leó, representando o Colégio de Procuradores de Justiça do Ministério Público, sabendo que, a par de seu acolhimento, em igual de seus membros, são ditadas pela amizade estreita, plantada há muitos anos e anterior ao concurso do Ministério Público que juntos fizemos; hoje, na sua disponibilidade, constato, mais uma vez, a generosidade que permitiu nosso reencontro. Obrigada.

De igual, ao colega, Promotor de Justiça Deijaniro Jonas, Presidente da Associação do Ministério Público que me saúda em nome de todos os Associados. Agradeço sensibilizada a manifestação, que ressoa, bem sei, nos caminhos da amizade e coleguismo do encontro diário. Em seu nome agradeço, gratificada, aos colegas Promotores de Justiça, pelas calorosas e confiantes manifestações, vivamente expressas durante esses dias que antecederam esse momento.

Senhoras e Senhores:

Celebrar é Festejar, é ter alegrias no momento presente, recolhendo os frutos do semeio, transformando o dia comum em dia de festa.

É, segundo as palavras de inspiração de Tagore, "a noite que abre as flores em silêncio e deixa que o dia receba os agradecimentos".

De forma análoga, o passado edificou tantas coisas, com ajuda de várias mãos e circunstâncias, deixando que o presente receba as alegrias deste momento.

Assumo, aqui e agora, por força da lei, e em conseqüência de carreira cedo iniciada, o honroso cargo de Procuradora de Justiça, após 27 anos de exclusiva atuação no Ministério Público do estado de Sergipe. Chego com desassombro, sem deslumbramento de glórias, poder ou cargo, retomando e renovando, os mesmos compromissos juvenis, hoje temperados com a experiência dos anos, na disponibilidade para crescer na promoção de Justiça, em busca de uma sociedade livre, justa e solidária.

Preocupam-me, pois, as responsabilidades. Pesam-me, sobremaneira, as expectativas de muitos em mim depositada.

Durante o curso de minha história, guardei, com especial zelo, os princípios da dignidade, eficiência, independência e solidariedade, que

me são tão caros, e que devem, sem obsequioso favor, ser o leme norteador do servidor de pessoas, do público ao privado. Desdobrei-me, em plena doação, para melhor servir à sociedade, dando o melhor do meu conhecimento e empenho, noites à dentro, restringindo dias de folga e descanso, subtraindo não só de mim, mas em especial dos meus filhos, momentos de lazer e compartilhamento.

Tive muitas alegrias, êxitos e celebração. Mas também deparei-me com dificuldades e obstáculos de várias faces. Sorvi o gosto amargo das decepções, aprendendo, como nos fala Cecília Meirelles, "a me deixar cortar com as primaveras, para voltar sempre inteira". Desafiei, por várias vezes, o meu espírito, na frase lapidar de Rui Barbosa "é preciso não descoroçoar com as injustiças a que ninguém e nada se evade, neste mundo" e me inspirei, continuadamente, na singularidade de vida de minha mãe, que sempre foi forte e generosa, ensinando-me, como nos fala a carta de São Paulo aos Romanos, "a crer e esperar contra toda a esperança."

E hoje, neste momento, renovo e reafirmo a minha Fé, Naquele que tudo vê, tudo sabe e tudo conhece do coração humano, superando toda aflição. Estou em busca da plenitude na graça de Deus. Estou em Paz. Chego a 2ª Instância na mesma forma assumida quando da 1ª e 2ª Entrâncias. Sou e serei sempre Promotora de Justiça. Chego, assim, para somar e agregar.

E se posso, despida da humana vaidade, deixar algum legado de vida aos jovens Promotores de Justiça e, em particular a meus filhos, Victor, Larissa e Yves, e neles a juventude, afirmo que é possível passar, com a graça de Deus, pela porta estreita, como já feito por tantos, do Ministério Público ou não, aberta a todos, e caminhar nas veredas da Justiça e da Verdade, semeando o Bem, servindo à sociedade, sem abdicar dos valores éticos e humanos, indispensáveis a Vida.

Trago também neste momento, de forma bem clara e sentida, pelo percurso de larga aprendizagem, a firme convicção da incompletude de todas as ciências, de qualquer das ciências, encontrando nessa cogente confluência, a riqueza da interdependência humana, com diversidade de dons, talentos e conhecimento.

Somos seres humanos, seres de luz, seres divinos, seres de energia, que unindo ciência, mentes e corações, temos a grave responsabilidade de solidariedade, em movimento de rede, obedecendo, como nos fala Leonardo Boff, a lei de ação e reação, que não é exclusiva da física, pois "o universo é o eco de nossas ações e nossos pensamentos."

E, paradoxalmente, vivemos, como afirma Saramago, "uma qua-

dra estranha na humanidade, onde as pessoas conquistam espaços siderais, mas não conseguem chegar solidários à porta do vizinho."

Ao que nos responde, a reflexão de Veríssimo: "(....) Precisamos dar um sentido humano às nossas construções. E quando o amor ao dinheiro, ao sucesso, ao poder, nos estiver deixando cegos, saibamos fazer pausas para olhar os lírios do campo e as aves do céu."

É tempo assim de mudanças, para que solidários possamos mudar realidades, concretizar direitos, dar espaços e tratamento distinto às diferenças, na superação da violência, do descaso e da indiferença que roubam a infância, desfiguram a adolescência, abandona os idosos e descaracterizam a vida.

Nesse passo, encontrei no direito da infância, o fio da meada procurado, e que me traz, hoje, na maturidade, inteira e integralmente envolvida na defesa e promoção dos direitos fundamentais da pessoa humana, conclamado em diplomas internacionais e proclamado na Constituição Federal, pedra angular do nosso ordenamento jurídico.

Penso aqui e agora na infância e adolescência que pude conhecer.

Os dados que a revelam, no Brasil, traduzem, o descaso de décadas, e, por si só, revelam o tratamento jurídico, político e social que lhes tem sido dado, resultantes em graves violações de seus direitos, ilustrados pelo alto índice de homicídios juvenis, pelas crianças e adolescentes desamparados, invisíveis, aos milhares, nos abrigos, pelo registro de casos de violência doméstica, de exploração sexual e do trabalho infantil, pelo encarceramento ilegal de adolescentes em cadeias públicas e na precária estrutura física e pedagógica na execução de medidas socioeducativas.

Como se vê, a lei, por si só, não transforma realidades; e já passado, como nos adverte, Bobbio, o tempo de proclamação, é tempo presente de Concretude. De Efetividade. É tempo de Ação. De Prioridade. De Políticas Públicas Afirmativas em favor da Criança, do Adolescente e de sua Família. É tempo de Coragem, com Compromisso, Responsabilidade e Solidariedade. Fórmula única que provida desses ingredientes humanos, possíveis e viáveis, não resgata, nem redime o passado; mas tem o condão de no presente, transformar realidades e a magia de no futuro, realizar sonhos.

Celebrar é Comemorar, é Festejar, é Reavivar.

E se possível não foi a mudança de realidades, como desejado, celebro, festejando todo o esforço e empenho que foram empreendidos, ansiando vê-los, transformados, como nos fala São Marcos, "em pequenos grãos de sementes de mostarda".

Nunca estive só. Caminhei com uma gama de atores do Sistema de Justiça e de Garantias dos Direitos das Crianças e Adolescentes, aos quais sou imensamente grata. Pela aprendizagem. Pelas trocas. Pelo respeito nas divergências Pelo apoio. Por terem enxugado lágrimas. Por me permitirem sonhar e realizar alguns sonhos.

A todos, pois, que fizeram e fazem o Núcleo da Infância do MP, batizado como NAIA, governamentais e não governamentais, através do SALVE, da Proposta Pedagógica para Abrigos, do SIA, do Ciranda de Luz, dos Cursos de Capacitação dos Cuidadores, dos Cursos de Educação Continuada, do projeto "Novos Talentos", da Árvore da Solidariedade, do Ballet Célia Duarte, dos eventos culturais e artísticos, das reuniões de rede, Conselhos de Direitos e Tutelares e tantas outros. Obrigada!

Não podendo nominá-los, como deveria, um a um, nomeio a pessoa de Irmã Diva que, em sua singeleza e coragem, me fez enxergar o trabalho de tantos anônimos, heróis anônimos, que resgatam a vida e a dignidade de nossos meninos e meninas em situação de vulnerabilidade.

Aos colegas do MPE e MPT e Juízes de Direito, que deram validade e eficácia ao direito da infância nas ações civis públicas, recomendações, termos de ajustamento de conduta, e tantas outras intervenções, saúdo e agradeço, honrada, nos bravos Promotores da Infância, Lilian Carvalho e Sílvio Euzébio, amigos das horas certas e incertas.

Aos que fazem e fizeram a Assessoria do NAIA, por todos esses anos de exigência e de trabalho, sempre permeado no respeito e afeto, obrigada, homenageando-os na pessoa da profª Adeilde que se foi tão cedo, fazendo, como fala Fernando Pessoa, "a curva da estrada. Morrer é apenas não ser visto."

Aos Servidores desta Casa, do atual concurso e, em especial, àqueles que já o serviam e serviram, na pessoa amiga de Vera Uchoa, pelo despreendimento e fino trato que sempre me foi dispensado.

É tempo de Celebrar e de Reavivar!

E por que Reavivar?

Para renovar esperanças, expectativas, sonhos e anseios. Somos seres escatológicos, seres de utopia!

E para que nos serve a utopia?

Responde-nos Eduardo Galeano:

"A utopia está no horizonte. Me aproximo dois passos, ela se afasta dois passos. Caminho dez passos e o horizonte corre dez passos. Por mais que eu caminhe, jamais alcançarei.

Para que serve a utopia?

Serve para isso: para nos fazer caminhar".

E na esperança desse novo vir a ser, permanecer andarilha nos caminhos da Justiça que ultrapassa os limites de ser comutativa e distributiva para ser entendida como Justiça Social e Solidária, que vincula, pela qualidade de pertença, todos os seres humanos, tornando-nos, fraternalmente, responsáveis por toda a humanidade.

Celebrar é Comemorar, é Festejar, é Reavivar.

No ontem e no hoje, sempre foram presentes àqueles a quem guardo no lado esquerdo do peito e que dão sentido e sustento a minha vida.

Não sem razão, pela emoção que ora me envolve, dedico-lhes a palavra final desta celebração, reavivando, em forma de oração e prece, a Deus, o Deus de Esperança, vê-los ou senti-los, sempre ao meu lado.

As boas amizades feitas, no passado e no presente, permanentes no amanhã, muito delas aqui, demonstram que não há barreiras de tempo e lugar na fraternidade. As amigas de todas as horas, trocas e compartilhamento. Obrigada.

Aos que são e fazem a minha família, de origem e extensa, dirijo o meu olhar de afeto e gratidão, e a palavra, em nome de todos, a minha irmã Cilinha, pelo amor devotado que me tem, enchendo os meus dias de luz. Obrigada, querida.

A Julius, companheiro nessa minha caminhada, de planície, aclives e declives, pela presença amiga e amorosa, segura e serena.

Aos meus filhos amados, Victor, Larissa e Yves, por serem como são, e assim me tornarem tão feliz; e por me fazerem descobrir, que os limites do amor, é o amor sem limites.

A meu irmão Jackson, que se foi tão cedo, pela falta que sinto de seu apoio e de seu aplauso. A d. Betinha, pelo exemplo de amor que nos deixou.

Aos meus pais, Cecília e Jacintho, que se fazem tão presentes em minha vida; e me recolhem, em suas ausências, num misto de ternura e dor; o meu amor e a minha saudade.

Por derradeiro, no ontem, no hoje e no amanhã, àquele que me fala no mais íntimo do meu íntimo, Deus de toda a Esperança! E que na Graça, deu-me a gratuidade da Vida, renovo e renovarei a minha Fé, em forma de oração, versejando, sem o talento do poeta, meu pai, o meu poeta maior.

A fé é simples como a Natureza;

Gotas de orvalho à luz da madrugada;

Trigo, em forma de pão, suprindo a mesa;
Casa de joão-de-barro modelada.
Canto do gelo; lamparina acesa...
Cheiro do mato verde pela estrada...
Água da terra, isenta de impureza,
Entre lajedos, límpida, filtrada,
A Fé, outra não é senão certeza
De quem não vendo, crê; - sem saber nada...
Que sabe o sábio sobre a Natureza?
Sobre a idéia de Deus n' alma plantada?
Se daquela que vê, vê sem clareza.
Quanto mais sobre Deus, sem vê-lo em nada.

Pelas presenças, o meu muito obrigada!

ANAMIRA BATALHA
ENTRE A TRISTEZA E A ALEGRIA

Gimarcos Evangelista de Alcantara*

"Então tu serás a última palavra, a única que permanece e da qual não se esquece jamais. Então, quando na morte tudo se calar e terminar de aprender e sofrer, começará o grande silêncio, dentro do qual somente tu ressoarás, Verbo de eternidade em eternidade. Conhecerei como sou conhecido, intuirei o que tu já me havias dito desde sempre: tu mesmo. Nenhuma palavra humana e nenhum conceito estará entre mim e Ti. Tu mesmo serás a única palavra de júbilo do amor e da vida, que preenche todos os espaços da alma" (KARL RAHNER, *tu sei silenzio, 6. ed., Brescia, 1988, 34s).*

A vida é por natureza mortal. A morte não ocorre no fim da vida; instala-se no coração mesmo da vida. Vamos morrendo continuamente, quer dizer, vamos nos desgastando, gastando as energias vitais, consumindo cada minuto até acabar de morrer. Morremos não porque alguém pode nos matar, mas porque a morte mesma fizera seu ninho no coração da vida.

E a vida surpreende...!

Remexendo em papéis guardados, esquecidos, dei-me com um dos poemas, em versos livres, escritos e recitados pela Drª. ANAMIRA BATALHA, num daqueles encontros do nosso Ministério Público. E como conhecia sua vitalidade, seu sorriso amplo, seu gesto expressivo, e a vira há

*Promotor de Justiça da 1ª Vara Cível da Comarca de Estância.

alguns meses antes de sua morte, onde conversamos demoradamente, num encontro casual, longe estava de imaginar, que aquele diálogo seria o de nossa despedida. Em fins de dezembro último, tardiamente, viera-me a notícia de sua morte. Através de amigos comuns tomei conhecimento da descrição de seus últimos momentos, e soube, reconfortado, que ela, abraçada à sua fé, mantivera-se alegre até o fim, e, como que numa lenta purificação transfiguradora, serenamente subira, passo por passo, degrau por degrau, as ásperas encostas do seu sofrimento. E, sentindo que seus pés não mais pisariam à planície do nosso pobre chão pecador, com os olhos semicerrados, divisando, já, que a cidade da terra não é senão uma sombra, uma pálida sombra da outra cidade, que se projeta na linha do tempo e se encontra no final do caminho, na fria madrugada do dia 25 de agosto, do ano passado, entoara o seu *nunc dimittis*, o cântico de adeus à vida e num murmúrio mais débil que o roçar de uma asa entregara a Deus o seu espírito: *"Pater in manus tuas commendo spiritum meum". (Lc 23, 26).*

Sei ao certo, que dentre os literatos brasileiros, fora MACHADO DE ASSIS, o primeiro, no seu "MEMORIAL DE AIRES", que procurara sutilmente mostrar à geração do seu tempo, que o sofrimento, a dor, a velhice, a aceitação dos limites humanos não significam derrota - pelo contrário: "Não creio que "MEMORIAL DE AIRES", baixe coisa alguma. É uma ascensão à serenidade – anotou ele, sabendo que essa palavra, de que fazemos uso tão precário continua cada mais vez sendo-me útil e fundamental. Serenidade.".

Curiosamente, ainda entre os papéis, deparei-me, também, com o penúltimo artigo escrito por ALCEU AMOROSO LIMA, sobre a Alegria, para o jornal que semanalmente colaborava. Tive a felicidade de conhecê-lo por ocasião da sagração abacial de Dr. PAULO ROCHA, no Mosteiro de São Sebastião de Bahia, quando era abade resignatário seu primo, Dr. TIMÓTEO AMOROSO ANASTÁCIO. Reli-o, recortei-o, guardei-o, e não resisto à necessidade de transcrever parte do parágrafo final desta página magnífica e exemplar: "A Alegria não é uma negação da Tristeza e nem é apenas a sua superação. É uma composição e transfiguração da Tristeza de nascer, inconscientemente, carregando o pecado original e a disposição original e não cumprida pela vida a fora, juntamente com o dom e a disposição original da Alegria de ser. E de ser imortal. De poder vencer a dureza da vida, o peso do dever, a dor do sofrimento, e, acima de tudo, a saudade dos nossos amores perdidos ou mal vividos. Mas essa gota de Tristeza, que longe de suprimir a Alegria como que lhe dá o poder de sobrenaturalizá-la, a ponto de vencer o horror natural à implacabilidade da morte, é que constitui a gama infinita da fecunda Alegria, em nossa pobre e humana condição (e não as falsas

Alegrias da irresponsabilidade ditadura dos sentidos), até a sublimidade de ser a única vitória possível sobre a morte, na Alegria suprema de se considerar a morte como um princípio de vida e não como seu encerramento".

Não disponho – ai de mim, meu Deus! – do tesouro da fé e da sabedoria dessa grande figura estelar do pensamento brasileiro, que o último século produziu, mas procuro cultivar diariamente, com o húmus da planície desse nosso pobre chão vazio, repetitivo, ambíguo, rastejante, o meu jardim de alegria (com a minúsculo). Devo, portanto encarar o desaparecimento de minha colega ANAMIRA BATALHA, como uma contingência natural das coisas. ANAMIRA, no nome e na vida, ascendeu à serenidade completa, e não posso, não podemos ficar tristes. Seu corpo pequeno, seu sotaque carioquíssimo, seu rosto aberto e sorridente, seu olhar vivíssimo, sua inteligência de privilégio, sua sabedoria despretensiosa, sua fé inabalável no Cristo Ressuscitado, sua capacidade de resistência ao sofrimento, sua lição de continuidade de vida prosseguem conosco: *"Tanto è il bene che m' aspetto/ Che ogni pena m'è dilletto !" (SÃO FRANCISCO DE ASSIS, "in", "I Fioretti").*

Ducit amor patriae: "O amor da pátria primeira me conduz": - dizia SANTO AGOSTINHO, sabiamente. Trazemos no mais profundo de nós mesmos a nostalgia do paraíso perdido e sentimos que não encontramos aqui a nossa pátria permanente. É assim o coração humano um grande exilado. É a peregrinação longe do Senhor na flamejante expressão de São Paulo: *"peregrinamur a Domino"*. E quem não se debruçar sobre sua própria alma, quem não fizer silêncio em seu coração, quem não quiser recolher-se ao santuário interior de sua consciência para ouvir o silêncio ensurdecedor de Deus, que nos sacode e nos interpela, não escutará coisa alguma. Vagueará pelas estradas da vida, meneando a cabeça, ou fará como o nosso TOBIAS BARRETO, que, angustiado, debatendo-se na crista espumante da última vaga, lançara aos céus o grito lancinante e neurotizado, traduzido nos versos do último terceto do seu mais famoso e amargo soneto *"Ignorabimus"*: "Se é sempre o mesmo engodo e falso enleio/ se o homem chora e continua escravo/ De que foi que Jesus salvar-nos veio?"...

Mas, retomando o pensamento anterior, morreu ANAMIRA. E não estamos nem podemos ficar tristes. Dela despeço-me, serenamente, neste escrito, com o sal da perfeita Alegria, que é a presença discreta da Tristeza, através do sabor sutil da saudade e da melancolia.

PRONUNCIAMENTO NA SOLENIDADE DE CONCESSÃO DA MEDALHA DO MÉRITO PARLAMENTAR*

Ana Christina Souza Brandi**

Meu querido Pai, José Campos de Souza, onde quer que o Senhor se encontre, OBRIGADA pelos ensinamentos, pelos conceitos, que transmitiu a mim e aos meus estimados irmãos, de que o trabalho, a honestidade, a humildade, o respeito aos semelhantes de qualquer nível social, e a valorização da família são, sem dúvida, os indicadores que possibilitaram me encontrar neste momento, feliz e agradecida, na Casa do povo sergipano, recebendo um gesto que engrandece a minha vida.

Tomada de incontida emoção e profundamente honrada, compareço a esta solenidade para receber a homenagem materializada na concessão da Medalha do Mérito Parlamentar, por iniciativa da Deputada Suzana Azevedo e aprovada, nos termos regimentais, pelos seus eminentes pares.

Ninguém pode avaliar o sentimento de felicidade que toma conta do meu coração nesta hora. Confesso que jamais poderia sonhar com este momento, que consagra a vida de qualquer cidadão.

As palavras e fatos, aqui mencionados pela ilustre e competente Deputada Suzana Azevedo, fazem com que eu me sinta imensamente realizada e abençoada por Deus.

Embora tenha me submetido a grandes desafios, nunca me faltou a retaguarda necessária para enfrentar e ultrapassar os obstáculos que o Criador colocou no meu caminho.

Agradeço o apoio dos meus familiares, especialmente o do meu esposo Brandi, dos meus filhos, dos verdadeiros amigos e dos meus queridos colegas do Ministério Público, Instituição que me deu a oportunidade de realização como profissional do Direito.

Senhoras e Senhores Deputados. Tenham a certeza que gesto de reconhecimento e distinção, como o que ora Vossas Excelências conferem a minha pessoa, provocam em qualquer homenageado o sentimento do dever que a partir desse momento tenha que dar mais de si em favor da

* Discurso proferido em 27.04.2009.

** Procuradora de Justiça do Ministério Público do Estado de Sergipe

sociedade, dos mais humildes, dos mais injustiçados, e daqueles que possam depender das suas decisões.

Hoje, aqui, sou a mesma Ana Christina, sou o produto de todas as minhas experiências de vida, de alegrias e vitórias, mesclada pelo amor de meus pais e amigos. Aquela, que estudou os primeiros anos no Colégio do Salvador, fez o curso clássico no Colégio de Aplicação no Atheneu, cursou a Faculdade de Direito na Universidade Federal de Sergipe.

Com 16 anos de idade, dei os primeiros passos na seara do Direito, trabalhando como Escrevente Juramentada, no Cartório do 2º ofício de meu genitor.

Seguindo os passos dele, formei-me em Direito. Logo, fui nomeada Escrivã e Tabeliã substituta. Com seus ensinamentos, comecei a advogar.

Com a perda precoce de meu dileto pai, esteio e inspiração de minha formação, minha responsabilidade aumentou: assumi seu lugar.

No cartório, durante quase três anos, tive a felicidade de dar continuidade ao seu trabalho.

Ele também iniciou sua carreira como aprendiz de meu avô, José Euclides de Souza, naquele mesmo Cartório.

O tempo passa e a saudade é grande. Mas as lembranças ficam e a inesquecível figura de Zé Campos, como eu o chamava, continua a iluminar minha vida. Certamente, sua presença espiritual se faz também aqui presente.

Quando deixei o Cartório, cujas razões não valem a pena declinar, os caminhos da carreira jurídica me levaram a ser nomeada como a 1º Defensora Pública Criminal desta Capital.

Depois, com muita perseverança e estudo, consegui ser aprovada em concurso público do Ministério Público.

Mais uma vitória na carreira abraçada.

Iniciei minha caminhada no Ministério Público na Comarca de Tobias Barreto, por seis anos e meio, muitas outras Comarcas percorri, buscando sempre desempenhar corretamente o meu trabalho, numa época em que as viagens para o interior do Estado não eram tão fáceis. O mundo virtual da internet ainda não era uma realidade, como nos dias atuais.

Na Capital, o destino me outorgou a oportunidade de ser útil, para lutar na defesa dos direitos do nosso semelhante em diversas áreas.

Assim, como esquecer a rica experiência vivida como Promotora? Onde plantei e colhi uma infinidade de amigos e colegas. Experiên-

cia esta, que me habilitou a galgar, depois de 26 anos de trabalho, por competência e direito de antiguidade, em julho passado, ao cargo de Procuradora de Justiça.

Atualmente também sou membro do Conselho Superior do Ministério Público, da Comissão de Assuntos Administrativos do Colégio de Procuradores e Coordenadora Administrativa do Projeto Paternidade Responsável do Ministério Público.

A propósito, a lição de Fernando Pessoa: "põe quanto és no mínimo que fazes". Assim procedi. Doei-me por inteiro e ofertei o melhor de mim à carreira que abracei.

Sou, sem dúvida, e com grande orgulho, uma representante de uma das instituições mais sérias que estruturam o meu país, que mais credibilidade possui na sociedade brasileira: o Ministério Público.

Instituição comprometida com o bem estar da sociedade, com o bom funcionamento dos órgãos que, constitucionalmente, são obrigados a exercer a boa administração e aplicação dos recursos públicos.

Senhoras e Senhores:

Convido a todos que tiverem interesse em conhecer as ações do Ministério Público, a nos visitar para constatarem as atuações de um verdadeiro exército de profissionais que transformaram suas vidas em uma luta diária, enfrentando todo tipo de obstáculos, para fazer com que a vida em sociedade, no Estado de Sergipe, esteja plena de ordem pública, dos direitos do cidadão, do bom funcionamento das instituições, em favor daqueles que precisam de seus semelhantes .

Recebo, portanto, a medalha, que me ofertam, indicada, quando ainda era Promotora, como um reconhecimento parlamentar da Instituição que ocupo e que faz parte da minha vida, integrando inegavelmente a minha história.

Senhoras e Senhores Parlamentares:

O Poder Legislativo e o Ministério Público, enquanto instituições democráticas, têm muitas afinidades, trabalham irmanados.

Caminhemos, portanto, em regime de colaboração, em busca da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, como registra a Constituição Federal em seu Preâmbulo, onde estão consagrados os valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Precisamos construir, de fato, uma sociedade fraterna.

Será uma utopia, um sonho? Vivo, então, por esse sonho.

Como nos ensina "James Allen",

"Os sonhadores são os salvadores do mundo, tal como o mundo visível é sustentado pelo invisível, assim, os homens, através de todas as suas provações, seus pecados e suas sórdidas vocações, são nutridos pela bela visão dos sonhadores solitários: compositor, escultor, pintor, poeta, profetas, sábios - esses são os atores do após-mundo, os arquitetos do céu. O mundo é belo porque eles têm vivido (...). Quem acaricia uma bela visão, quem tem no coração um alto ideal, um dia o realizará. ''

Colombo acariciava a visão de outro mundo, e o descobriu. Nicolau Copérnico nutria uma visão de multiplicidade de mundos e de um universo mais amplo, e os revelou. Buda contemplou a visão de um mundo espiritual de imaculada e perfeita paz, e nele entrou.

A proeza máxima foi, a princípio, e por algum tempo, um sonho. "O carvalho dorme na bolota, o pássaro espera no ovo. Os sonhos são as sementes da realidade".

O Poder Legislativo e o Ministério Público, por intermédio de seus agentes, considerando a importância da missão constitucional que a eles foi confiada, têm o dever de dar uma especial contribuição na concretização desse sonho.

Nunca devemos fechar os olhos para o nosso povo, pois há muitos deles que esperam no nosso olhar, realização de expectativas.

Neste momento de festa em meu coração, não chego vestindo a roupa da vaidade, mas a singela túnica dos que trazem o agradecimento morno na alma. Deputada Suzana Azevedo, obrigada por acompanhar minha vida como profissional da Justiça, como esposa, mãe, avó e, por que não, amiga de seus amigos. Obrigada por estar sempre ao meu lado nas horas mais bonitas e também nos momentos de sofrimento.

E é em momentos como este, que chegam a mim como um bálsamo, como uma fogueira amiga, que me fazem esquecer os momentos duros que às vezes a vida nos oferece.

Invocando o poeta, digo-lhe, Deputada Suzana, "a gratidão é a memória do coração", "é o único tesouro dos humildes". Receba, juntamente com todos os integrantes desta augusta Casa democrática, que representam os anseios do povo sergipano, o testemunho da minha gratidão.

Esta Casa, em cujo plenário ainda ecoam as vozes que engrandeceram esta Instituição, como as de João de Seixas Dória, Pedro Barreto de Andrade, Manoel Cabral Machado e tantos outros, já encantou juventude e gerações.

Os debates, além de verdadeiras aulas de democracia, sempre foram

para os estudantes que enchiam as suas galerias, excelentes aulas de cultura, em virtude de, na defesa de suas proposituras, justificarem as mesmas com fundamentação que proporcionava discussões calorosas. Do plenário da antiga sede, vivenciou-se momentos de aprendizado da democracia.

A tradição continua nos debates de Vossas Excelências.

Quero, nesta oportunidade, oferecer este gesto de bondade dos representantes do povo da minha terra, aos meus queridos colegas do Ministério Público de Sergipe, na pessoa da sua líder maior, doutora Maria Cristina Foz Mendonça. Somos uma grande família, onde se compartilham batalhas e vitórias.

Como a verdadeira felicidade está na nossa casa, entre as alegrias da família, quero dedicar este momento àquele cidadão baiano de nascimento, que um dia cruzou o meu caminho e Deus todo poderoso abençoou a nossa união, fazendo-me a mulher mais feliz do mundo, meu marido, meu companheiro inseparável por 37 anos, belo exemplo de homem, pai e avô, meu tudo – Brandi. Deus, meu protetor, achando que ter "Brandi" ao meu lado não era suficiente, presenteou-me com meus filhos, essas jóias, Marcio, Isabelle e Beto, filhos que me realizam como mulher, pessoa e mãe.

Os dois primeiros completaram mais ainda minha alegria de viver me dando lindos netos: Isadora, Nathalia, Felipe, Maria Eduarda e Brandi Neto.

Também consagro este momento ao meu maravilhoso genro, Felipe Paixão, às minhas noras, Joelma e Aline, a minha querida sogra, Cleonice, meus irmãos, sobrinhos primos e cunhados. Em especial, a Ana Isabel, minha estimada mãe, aquela que me gerou, deu-me a vida, criou-me com amor, foi responsável pela minha formação. Uma verdadeira guerreira, amiga e companheira de todas as horas. Obrigada, minha mãe, por tudo que fazes por mim.

Senhoras e Senhores Parlamentares:

Agradeço ao gesto de Vossas Excelências, aos meus colegas de trabalho, familiares, amigos aqui presentes, e dedico a alegria deste dia, a todos vocês. Sairei desta Casa da Democracia, com um novo brilho nos olhos, o brilho de quem se sente agradecida e honrada.

Esta medalha da ordem do mérito parlamentar já está em mim, como uma marca indelével na minha vida.

Meus olhos e meu coração estão cheios de agradecimentos a Deus e a todos que participaram desta solenidade.

Muito obrigada.

PRONUNCIAMENTO NA INAUGURAÇÃO DO ESPAÇO CULTURAL "PROMOTORA DE JUSTIÇA MARIA ANAMIRA"

José Carlos de Oliveira Filho*

Minhas Senhoras,
Meus Senhores,
Familiares de ANAMIRA.

Hoje estamos prestando uma singela homenagem àquela que foi em vida MARIA ANAMIRA AMADO BATALHA NETA, colega querida precocemente falecida.

Particularmente conheci ANAMIRA, em 1982, quando juntamente com os colegas Conceição Figueiredo, Rosalgina, Aparecida, Teresa Cristina, Christina Brandi, Ernesto, Luiz Valter, Celso, Rodomarques, Waldemar Peixoto, Eduardo Seabra, Virgílio, José Luiz Melo, Fátima Barros, Luiz Mendonça, Paulo Lima, Luiz Alberto, Walter Ribeiro, Marilene e Aderbal, prestamos concurso público de provas e títulos para o nosso Ministério Público Sergipano.

Para quem não a conheceu pessoalmente, dela guardo a imagem de uma mulher alegre, extrovertida, voz estridente de cigarra em plena quaresma e aquele imenso sorriso que lhe cobria todo o rosto.

ANAMIRA cantava. ANAMIRA declamava. ANAMIRA compunha em prosa e verso. ANAMIRA alegrava o ambiente. ANAMIRA estava sempre rindo.

ANAMIRA viveu o quanto pôde sua fugidia vida e enfrentou a adversidade sem nunca se lamentar pelo seu destino.

ANAMIRA se foi muito cedo e partiu serenamente, fechando os olhos aos poucos para dormir o sono da eternidade, e, enfim, ver a face gloriosa de Deus.

E assim ela nos deixou.

Hoje ela é uma estrela brilhando intensamente no céu, assim como brilhou também intensamente em sua breve estada na Terra.

ANAMIRA nunca perdeu aquele riso frouxo e escancarado dos que são felizes, assim como nenhum de nós não a viu chorar, mesmo sabendo que num determinado momento, ela seria levada de nós pela mão de um anjo que a conduziria para a imensidão do infinito, para nunca mais voltar.

* Pronunciamento feito em 15 de maio de 2009.
** Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de Sergipe

Em 1977, alguém lhe escreveu este texto lindo intitulado "CANÇÃO PARA ANAMIRA ", que eu lhes reproduzo assim:

"ANAMIRA dorme na rede da varanda,
Olhai como dorme !
O sorriso dos anjos ilumina-lhe o rosto.

O vento traquinas
Mexe, mansamente, nos seus cabelos.
Ó vento... sentí a sua brandura!

As flores quão belas brilhando em cores!
Exalam um cheiro que, no ar,
Se confunde com o perfume de ANAMIRA.
Vêde as flores! Aspirai-as profundamente!

O ventre moreno de ANAMIRA
Sobe e desce suavemente...
Ventre bendito. Adorável ventre.

As pálpebras cerradas de ANAMIRA
Parecem trancar um mundo de sonhos.
Silêncio, deixai-a sonhar!

Dorme, ANAMIRA... e sonha!
Sonha enquanto é tempo,
Que sonhar jamais foi pecado.
Dorme e descansa enquanto não vem
A noite profunda.

Ah! Como brilha o sol na tarde!
Como vagam as nuvens
No céu azul-puro-azul!

Oh! A criancinha que chora...

Silêncio... ANAMIRA dorme.

Silêncio, que sonha.
Deixai-a sonhar
Antes que lhe atormentem
Os dentes e as mãos do mundo."

ANAMIRA conviveu com o tempo em sua mesma sintonia, como para dizer a esse tempo assim:

" Senhor Tempo:

O meu tempo está próximo e você já não me pode alcançar, assim como também já não temo o tempo que você marcou para nos encontrarmos naquele último lugar.

Você sabe do meu tempo, assim como eu sei do tempo que me resta e quero aproveitá-lo por todo o tempo que eu puder.

Por isso não me apresse, porque o tempo que me resta é todo o tempo que lhe sobra.

Porque chegaremos, sim, ao mesmo tempo, no único lugar onde você tempo não existe, porque o tempo da eternidade nunca passa.

Lá, Deus é o Senhor do tempo ".

Minhas Senhoras,

Meus Senhores,

Familiares de ANAMIRA.

Não vim aqui hoje para trazer saudades, mas para lembrarmos juntos das melhores recordações de ANAMIRA.

Neste local receptivo para os que virão mostrar sua arte e seu talento, nossa mestre de cerimônias será ela, nossa querida ANAMIRA.

E abrindo este espaço para tantos, é como se estivéssemos abrindo o coração de ANAMIRA para receber a todos que aqui virão, exatamente do jeito como ela gostaria que fosse.

Que os seus familiares aqui presentes saibam que esta foi a nossa intenção e nosso desejo.

Que os seus colegas e amigos entendam que a eternização do seu nome neste espaço foi outra justa homenagem que estamos fazendo a mais um parceiro de trabalho e de convivência que teve antecipada sua viagem apenas de ida, para o infinito.

Porque como ela própria disse quando escreveu o poema "A MELHOR IDADE", em 1999:

" Eu não existia.

Mas fui gerada e nascida

Das entranhas de uma mulher.

Meu sexo pode ser masculino ou feminino.

Não sei se tive pai,

Se fui amada, se tive lar...

Não sei se fui à escola
Ou se aprendi na rua.
Não sei se cresci em berço de ouro
Ou sob teto de zinco.
Sei que me tornei adulto, cresci,
Testemunhei muitas datas,
Ultrapassei muitas primaveras...
Hoje estou na MELHOR IDADE,
Pois tive o privilégio
De sobreviver a todo medo, abandono, desamor, fome e frio.
Hoje não tenho vergonha de ser feliz,
Como disse o poeta Gonzaguinha,
De cantar, de acreditar,
De ter esperança...
De compreender que Deus existe
E, mesmo que eu morra, amanhã,
Minha alma será eterna."

Enfim, que todos saibam que ANAMIRA será nossa eterna saudade e nossa eterna lembrança, porque é assim que a queremos e a temos em nossos corações.

Muito obrigado.

DISCURSO DE SAUDAÇÃO A CRISTINA MENDONÇA*

Luiz Valter Ribeiro Rosário**

Senhoras e senhores,

Não fosse a lei imperativa quanto à solenidade da investidura no elevado cargo de Procurador Geral de Justiça, este evento certamente confinar-se-ia à prosaica rotina administrativa desta Casa.

Afinal, cuida-se hoje, tão-somente, de reconduzir ao cargo, sem interregno temporal de um só dia, a mandatária que já o exerce há dois anos.

Bem sei que a empossanda, discreta por temperamento e formação, decerto concordaria com uma transição minimamente formal, entre um e outro despacho.

Confesso que já vivi este dilema. Astuciosamente, porém, desviei a atenção da platéia, quem sabe pelo receio de que uma mera reprise redundasse num retumbante fracasso de público, e dirigi os holofotes para a assinatura do mais simbólico termo de ajustamento de conduta de que até hoje se tem notícia: a decantada parceria público-privada que permitiu a edificação do Centro Educacional Vitória de Santa Maria.

Que seja, pois, solene, esta posse.

A Procuradora o merece.

Disse-o, aliás, com a autoridade do seu cargo, e com a sua habitual franqueza, o senhor governador do Estado, na sessão pública em que explicitou as razões da renovação do mandato da dirigente do Ministério Público.

Sua Excelência anunciou, então, que a reconduzia em reconhecimento aos seus méritos pessoais e funcionais, e também em homenagem aos princípios da maioria e da continuidade administrativa que a ele, por formação democrática, são particularmente caros.

Destacou que o Ministério Público, pela coragem e determinação de sua dirigente, foi o primeiro órgão a reconciliar-se com a lei de responsabilidade fiscal.

Distinguiu, ainda, sua disposição e solicitude para o diálogo conseqüente em favor do interesse público.

* Discurso proferido em 17 de novembro de 2008.

** Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de Sergipe

Sábia e sensata decisão.

A engrandecê-la, o fato de estar em sintonia com a vontade da classe que, pelo voto, manifestou eloqüente apoio à gestão da Procuradora Cristina Mendonça.

Dos seus efeitos, ganham destaque a consolidação das leis de regência do Ministério Público, a iminente realização do concurso público para os cargos administrativos, antigo anseio da classe, e a licitação da nova sede, que propiciará aos servidores, aos Promotores e Procuradores de Justiça, instalações condignas ao exercício de suas elevadas funções.

Segue, com aplicação, o receituário do Conselho Nacional do Ministério Público, e prepara a instituição para o futuro.

Saúdo o governador Marcelo Déda que, em cada gesto de sua ascendente vida pública, imprime a marca da inabalável fé nos valores republicanos.

Embora legalmente autorizado à livre escolha, deu de ombros à discricionariedade, como a recriminá-la pelo seu vezo marcadamente autocrático, e anunciou os motivos que o impeliram a assinar um ato político-administrativo de tamanha magnitude.

Está em dia com o seu tempo e tem os olhos postos no porvir.

Homem do Direito, conforma seus atos à vontade da Constituição, para a qual todas as decisões, administrativas ou judiciais, devem ser motivadas.

Escreve, com tinta indelével, uma bela página da história do Ministério Público.

Senhoras e senhores,

O modelo político de provimento do cargo de Procurador-Geral de Justiça, que resulta da convergência de vontades de entes públicos de matrizes distintas, oferece-nos valioso contributo conceitual para a compreensão da fisiologia do Estado.

Ato administrativo complexo, tem início com a livre manifestação da classe e aperfeiçoa-se com a opção governamental.

Uma primorosa concepção política: membros do Ministério Público elegem em lista tríplice os candidatos de sua predileção, e mesmo distinguindo-os pelo número de sufrágios, reconhece em cada um deles, até no menos votado, aptidão para dirigir o Ministério Público. A formal escolha do governante encerra o processo seletivo.

Entretanto, como salvaguarda para a instituição e para a sociedade, sua decisão é irreversível.

Nomeia e não pode destituir. Só pode fazê-lo o Poder Legislativo, e ainda assim em circunstâncias e condições excepcionais.

É, por isso, apropriado dizer que estaria muito bem servido o Ministério Público recaísse a escolha em qualquer dos demais integrantes da lista, seja a Procuradora Maria Luíza Vieira Cruz, de intensa e fecunda atividade funcional, ou o estreante em eleições, nem por isso menos qualificado para o cargo, o Procurador Josenias França do Nascimento, que pelo seu idealismo e sensibilidade social tem uma carreira promissora à sua frente.

Tenho que esse peculiar modelo de preenchimento do cargo não representa uma *capitis diminutio* para a instituição, antes a engrandece.

Afinal, aplica-se ao provimento do cargo de Procurador Geral de Justiça a fórmula engendrada por Montesquieu e positivada no art. 2° da Constituição, para permitir o convívio harmônico e independente dos Poderes do Estado, autorizando-nos a inferir que, nesse peculiar tratamento, reconhece ao Ministério Público potestade estatal.

Realiza-se aqui a premonição de Roberto Lyra, notável penalista pátrio, que bem mereceu o epíteto de príncipe dos Promotores de Justiça, e a quem se atribui a afirmação de que "se o Espírito das Leis fosse escrito hoje, seu autor dividiria o Estado em 4 poderes, para entre eles inserir o Ministério Público".

Chamo atenção para o fato de que tal vaticínio remonta ao século passado, quando o Ministério Público era apenas *dominus litis* e *custos legis,* acusador e fiscal da lei, curador de órfãos, loucos, viúvas e da massa falida.

O que não diria o eminente jurista, diante do Ministério Público de hoje, que renasceu do generoso ventre da Constituição de 1988, para contracenar diretamente com o cidadão e advogar importantes interesses da sociedade?

Retomo a questão da forma de provimento do cargo de Procurador-Geral, para dela extrair o tema que julgo digno de oportuna reflexão: a interação dos entes públicos como pressuposto do bom desempenho funcional.

Adianto que meu senso crítico não compreende o Estado senão como um corpo orgânico: um sistema de forças cuja resultante é o bem-comum.

Ao fracionar o poder, tenho que a idéia não era enfraquecer o Estado, mas fortalecê-lo.

Sua funcionalidade decorre dessa força de coesão, elemento catalisador da construção desse valioso produto de nossa cultura política.

Academicismos à parte, ajuízo ser imperioso que os agentes políticos dispam-se do preconceito, que se perde na estéril discussão da ordem de importância deste ou daquele órgão, armem-se de boa vontade e de espírito público e empenhem-se na busca da eficiência que, já há um decênio, foi erigida a princípio orientador da boa gestão.

Seguramente, da partilha da função estatal decorre a evidência de que nenhum deles é bastante em si: daí a inevitabilidade da coexistência pacífica.

Ora, sabemos que em dignidade constitucional, ombreiam-se os servidores que o direito público contemporâneo qualifica como agentes políticos.

É um despropósito que um ente assim qualificado isole-se em seu gabinete e administre para si, como se fora o próprio Estado e não apenas um de seus órgãos.

Que cada um guarde com zelo cívico e responsabilidade pública os limites de sua competência, sem conduzir, porém, sua cidadela ao isolamento.

Não devemos perder de vista que o Ministério Público de hoje deve sua pujança a homens que praticaram a boa interlocução com outras instâncias do Poder, fazendo do diálogo sua força.

Foi essa visão pragmática da realidade que permitiu ao então Procurador de Justiça Pascoal Nabuco o pioneirismo de organizar o Ministério Público de Sergipe, dotá-lo de estrutura física, de recursos humanos e aparato normativo, habilitando-o a realizar os desígnios da emergente Constituição de 1988.

O Dr. José Andrade Gomes, que o sucedeu, manteve a mesma postura do antecessor, dando seguimento à sua obra.

Não foi senão pela via do franca do entendimento institucional que provieram do Executivo os recursos financeiros que garantiram ao Procurador de Justiça Moacyr Motta a construção das sedes regionais de Estância, Itabaiana e Canindé do São Francisco e a incorporação de novos pavimentos ao edifício-sede do Ministério Público.

Foi, também, de tratativas com o Executivo, travadas na minha gestão, que resultou a implantação, no Ministério Público, do regime de subsídios.

Lembro que, pela repercussão na economia do Estado, a questão foi exaustivamente discutida pelo Governador do Estado com os segmentos interessados: o Judiciário, o Ministério Público, o Legislativo e o Tribunal de Contas.

Víamo-nos, de repente, diante do risco de rompimento da histórica paridade de vencimentos com a Magistratura.

O limite fiscal impunha-se, então, como pretexto para fixar-se o subsídio do Ministério Público e do Tribunal de Contas em níveis inferiores aos das instituições co-irmãs.

Prevaleceu, todavia, o espírito público, de sorte que aos Magistrados, aos Conselheiros e aos membros do Ministério Publico, o legislador estadual atribuiu, em suas respectivas leis, remuneração compatível com a dignidade e a importância de suas funções.

Corajosamente, o Dr. João Alves Filho assumiu o ônus de haver-se com o funcionalismo estadual e com a Secretaria do Tesouro Nacional, de previsíveis conseqüências para a governabilidade.

Não fosse o entrelaçamento de tantas mãos, desastroso seria o desfecho desse impasse.

Também esta é a filosofia da atual gestão. Em concerto com o governador, já foi viabilizada a construção da nova sede do Ministério Público.

Consigno que, jamais na mesa de negociação, qualquer dos dirigentes aqui mencionados cogitou de transigir com as prerrogativas e atribuições do seu cargo.

Dispuseram-se, apenas, ao límpido exercício da representação política, que é uma das vertentes da atuação dos administradores púbicos, seja o Presidente do Tribunal de Justiça, o Presidente do Tribunal de Contas ou o Procurador-Geral de Justiça.

Essas reminiscências evidenciam o valor da vivência democrática, que pressupõe a noção dos espaços de poder e de sua indispensável articulação.

Tomo como exemplo a administração da Justiça, que a Constituição confia à Advocacia, ao Ministério Público e ao Judiciário.

Nesse contexto, e ainda que pareça indelicado, a alguns é apropriado lembrar que a ação, atributo da advocacia e do Ministério Público, não é sentença, antes que o diga o Juiz; por igual raciocínio, recurso não é acórdão, salvo quando o Tribunal o disser.

Também a alguns Juízes é oportuno lembrar que não há julgado sem a ação, nem acórdão sem o recurso.

É indesejável, pois, que se confundam as pessoas investidas do poder-dever de agir com aquelas ungidas do poder judicante. A mesma censura se impõe aos que teimam em trilhar o caminho no sentido inverso. Embora distintas na origem, suas ações são complementares, nunca excludentes.

Essa crise de identidade, insólita, porém não rara, desserve a Justiça, ofende a sociedade.

Aceitar que são independentes, mas indissociáveis, já é um grande passo para a efetividade da prestação jurisdicional.

Essa disposição de espírito é, porém, exigente de que as autoridades pratiquem a cooperação, a lealdade e o respeito mútuo

Noutro ambiente, e pela mesma razão, deve saber o Executivo que Decreto não é lei; o Legislativo, que a lei, obra que compartilha com Executivo, é eficaz enquanto a reconheça o Judiciário, que sobre ela exerce o controle difuso ou concentrado; enfim, o Judiciário, que a lei, sua principal ferramenta de trabalho, é por outrem elaborada.

A desconsideração de que há limites para o exercício de competências é recorrente e, a cada dia, mais se agrava. A racionalidade já não freqüenta o ambiente institucional. O Legislativo desinteressa-se de sua função típica para dedicar-se, com gosto, à investigação, atividade da Polícia e do Ministério Público, e ao julgamento, que é reserva do Poder Judiciário.

E esse vazio legislativo, preenche-o o Executivo que, a pretexto da urgência das demandas públicas, faz da medida provisória sua lei.

Na pauta do dia, a fidelidade partidária, tema da reforma política que o Congresso, assoberbado por medidas provisórias e CPIs, não a fez, mas, constrangido, vê-la subitamente emergir da atuação atípica do Judiciário.

Pela desatenção à regra elementar do convívio harmônico e independente, vemo-nos diante de uma flagrante infidelidade constitucional.

No que toca ao Ministério Público, sabemos que tem sido conflituosa a relação do órgão de controle com autoridades do Executivo.

Avalio que seja difícil fazer com que se estimem.

Entre o fiscal e o fiscalizado decerto não há ambiente para a afetividade, que não raro conduz à intimidade e compromete a exação.

Afeição entre algoz e vítima, só em Estocolmo.

O que eu espero do Promotor de Justiça é que não abdique da urbanidade, do apreço ao convívio institucional, da compreensão de que à parte adversa é reservado o direito de resistir, no foro adequado, à pretensão ministerial.

Não pretendo que o Promotor de Justiça deponha as armas e torne-se dócil e ameno como um diplomata.

Quero, porém, que inclua em seu arsenal a poderosa arma da persuasão, para priorizar o desate dos conflitos pela via do entendimento, utilizando-se, cada vez mais, do ajustamento de conduta, preciosa ferramenta de ação.

Não desejo, enfim, que seja infiel ao juramento de posse.

Afinal, é seu dever agir, fiscalizar e cobrar dos órgãos públicos a

prestação expedita e contínua dos serviços essenciais, que são devidos à população.

E deve fazê-lo bem feito.

A excelência do desempenho funcional afirmará sua importância no cenário da jurisdição.

É a sua vocação e sua virtude; seu ministério e sua predisposição para fazer o bem.

No relacionamento com as pessoas, deve ser respeitoso e leal; nos embates, firme e determinado, porém, elegante e cavalheiro, como nos livros de capa e espada.

Quando Procurador-Geral de Justiça esbocei a tentativa de estabelecer um código de convivência entre Prefeitos e Promotores.

Incomodava-me saber que tais autoridades só se encontrassem no gabinete do Ministério Público, quando o conflito já estava instalado.

Supunha que essa aproximação seria útil até como estratégia de prevenção do dano ao Erário.

Investia na presunção de boa-fé da nova geração de prefeitos. Cheguei a convencer alguns Promotores a acompanhar-me em visita à Prefeitura.

Não pretendia que transigissem com o interesse público, mas que permitissem a discussão da conveniência e oportunidade das medidas a serem adotadas.

Achava que era preciso ouvir o gestor, saber de suas políticas públicas, com a compreensão de que há demandas que não podem ser atendidas no dia seguinte à interpelação do Promotor de Justiça, por dependerem de planejamento, previsão orçamentária e disponibilidade financeira.

Ainda insisto que é extremamente importante o livre trânsito de informações entre homens públicos.

Aos ímprobos, o rigor da lei; porém aos homens de bem, atenção e respeito.

Ainda professo essa fé.

Cultivo, enfim, a esperança de que somente interagindo o Estado se imporá como a melhor opção política da sociedade.

Que a organização e a eficiência sejam seus atributos.

Incomoda-me saber que em alguns lugares desse país, organizado é o crime, porque ausente o Estado.

Uma lástima.

Unamo-nos, pois; não há outro caminho.

Muito obrigado.

DISCURSO DA PROCURADORA-GERAL DE JUSTIÇA NA SOLENIDADE DE POSSE DA MESA DIRETORA DO TJSE 2009*

Maria Cristina da Gama e Silva Foz Mendonça**

SENHORAS E SENHORES:

Toda realidade de hoje foi uma utopia de ontem.
Como canta Mário Quintana,

Se as coisas são inatingíveis... ora!
Não é motivo para não querê-las...
Que tristes os caminhos, se não fora
A mágica presença das estrelas!

Dando cumprimento a uma honrosa tradição desta Casa, venho, como representante do Ministério Público deste Estado, saudar a nova Mesa Diretora do Tribunal de Justiça de Sergipe, que, a partir de hoje, passa a ser composta pelos Eminentes Desembargadores Roberto Eugênio da Fonseca Porto – Presidente, Cezário Siqueira Neto – Vice-Presidente e Maria Aparecida Santos Gama da Silva – Corregedora.

É também o momento de registrar e enaltecer o trabalho dos integrantes da composição anterior da Mesa que, neste momento, concluem seus mandatos, tendo cumprido com zelo e competência a missão que receberam dos seus pares.

É de todos conhecida a dedicação da Presidente Célia Pinheiro de Menezes à causa da infância, seu empenho em buscar mudanças positivas, sendo sua a iniciativa de promover a criação da Coordenadoria da Infância e da Juventude, em outubro de 2008, que entre outras importantes atribuições tem a de coordenar e orientar as atividades dos magistrados com jurisdição nesta área e o trabalho de elaborar projetos para viabilização das ações do Poder Judiciário nesta matéria. Em que pese ter disposto de apenas poucos meses à frente do Poder Judiciário, por ter assumido a Presidência com a missão de cumprir o restante do mandato

* Discurso proferido em 04 de fevereiro de 2009.
** Procuradora-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de Sergipe

do Desembargador José Artêmio Barreto, aposentado em 2008, a Desembargadora Célia Pinheiro tudo fez para que estes fossem meses de grande atividade e profícuos resultados.

Entre suas muitas realizações, destaco a recente reforma realizada no Fórum Desembargador Luiz Fontes de Alencar, sede da 16ª Vara Cível – Juizado da Infância e da Juventude, agora mais humanizada e acolhedora. Neste mesmo Juizado foi implantado o Sistema Virtual que possibilitará maior eficiência, rapidez e redução de custos no trâmite processual.

A Vice-Presidente Desembargadora Clara Leite de Rezende conclui seu mandato com o brilho e proficiência que sempre caracterizaram toda a sua exemplar carreira na magistratura sergipana. Dona de mente ágil e irrequieta, aberta para as transformações do seu tempo, a Desembargadora Clara Leite fechou com chave áurea seu trabalho na Vice-presidência desta Corte, lançando a nova Revista Eletrônica do Tribunal de Justiça de Sergipe, com o objetivo de democratizar o acesso às informações das decisões jurídicas, cumprindo, também, uma política de preservação do meio ambiente.

Da mesma forma, o Corregedor-Geral Desembargador Luiz Antônio Araújo Mendonça encerra seu mandato com excelentes resultados para os serviços do Poder Judiciário sergipano, tendo ocupado a honrosa Presidência do Conselho Nacional de Corregedores-Gerais de Justiça. Detentor de espírito prático e dinâmico, congregou uma equipe valorosa e idealista que, além das atividades correicionais regulares, abraçou outras ações de relevância social.

A preocupação com os segmentos sociais menos favorecidos inspirou a parceria da Corregedoria com instituições estaduais e federais para a realização de programas que permitiram levar à população diversos serviços gratuitos (como os casamentos coletivos, emissões de certidões, habilitações para casamento, consultas processuais, arrecadação de livros e revistas para escolas públicas, apoio às crianças abrigadas e outros benefícios.)

Registro os programas "Refamiliarizar", que objetiva abreviar a permanência das crianças em abrigos, agilizando sua reinserção segura em suas famílias de origem ou colocação em famílias substitutas, e o programa Justiça Coletiva, que acompanha e dinamiza o andamento das Ações Civis Públicas, como importantes realizações da Corregedoria.

Em todas as atividades aqui recordadas, que são meros exemplos pinçados entre tantas ações de grande relevância desenvolvidas pelos

integrantes da Mesa Diretora que ora se despede, nota-se uma atitude que vem crescendo no Judiciário Sergipano, caracterizada pela opção por uma aproximação permanente com a sociedade, assim como a busca pela celeridade e efetividade da prestação jurisdicional.

Este movimento em direção à sociedade, compartilhado pelas instituições que integram o Sistema de Justiça, como o próprio Ministério Público, vem evoluindo ao longo das últimas décadas.

De fato, a promulgação da Constituição-Cidadã fez inaugurar uma nova fase na história jurídica nacional e possibilitou introduzir o Brasil na era do constitucionalismo contemporâneo, marcado pelo descortinar do Estado Democrático de Direito.

Como registra, com sabedoria, o professor titular de Direito Constitucional da UERJ, Luís Roberto Barroso, o constitucionalismo democrático foi a ideologia vitoriosa no século XX. Celebra-se, assim, após duas décadas de vigência da Carta Magna, como aduz o jurista carioca, a adoção pelo Estado brasileiro de um modelo vencedor, onde o imaginário social contemporâneo vislumbra nesse arranjo institucional a melhor forma de realizar os anseios da modernidade ao combinar, numa simbiose perfeita, a supremacia da lei e a soberania popular.

Tais mudanças principiológicas, ancoradas na consagração de um amplo rol de direitos fundamentais, com lastro na dignidade da pessoa humana, trouxe substanciais reflexos nas relações sociais e, mais especificamente, no cotidiano de todos os brasileiros.

O novo cenário constitucional trouxe relevantes conseqüências também para organização e funcionamentos dos poderes estatais, em especial para o Poder Judiciário que passou a ocupar um espaço de destaque, antes obscurecido pelo agir de um Estado autoritário, capitaneado por um Executivo hipertrofiado. Em época pretérita, direitos fundamentais, sem embargo de formalmente consagrados, não passavam de meros objetos de adorno dos documentos jurídicos, quase sem nenhuma efetividade ou possibilidade de efetivação sob o pálio do Estado-juiz.

Hoje, o Poder Judiciário vive um importante momento de ascensão política e institucional. Diversas são as causas para esse novo fenômeno, como conclui o Professor Barroso: a recuperação das garantias da magistratura, a criação de novos direitos e ações e, em particular, o aumento da demanda por justiça por parte de uma sociedade mais consciente.

O constituinte gravou na Carta Magna o princípio da inafastabilidade do controle judicial, bem como a cláusula do devido processo legal.

Em decorrência de tais consagrações, associadas à restituição

integral das liberdades públicas e dos direitos e garantias individuais, a procura do Poder Judiciário para a solução de conflitos - dos mais simples aos mais complexos -, aumentou em progressão geométrica.

Sem embargo de o acesso à justiça estar abstratamente garantido, não se esgota exclusivamente em assegurar a todos o direito de invocar o Poder Judiciário, de provocar a jurisdição em busca de uma tutela que pretendem devida.

Mais que isto, a sociedade necessita de uma prestação jurisdicional célere e com qualidade.

Ao longo dos vinte anos de promulgação da Constituição - é de se reconhecer - muitas medidas foram tomadas buscando possibilitar uma prestação judicial mais ágil. Não se pode olvidar, por exemplo, da implantação primeira dos Juizados de Pequenas Causas; depois a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, inicialmente pela Justiça Estadual, em seguida pela Justiça Federal; a criação de diversos juízos especializados; a simplificação do processo de execução; a instituição da polêmica súmula vinculante e, ainda, o instituto da repercussão geral, só para citar, algumas importantes ações.

Recorde-se, também, a louvável iniciativa da Ministra Ellen Gracie, quando na Presidência do Conselho Nacional de Justiça, lançou o dia nacional da conciliação, instrumento de resolução de conflitos que vem apresentando satisfatórios resultados.

No entanto, em importante estudo publicado na Revista Justiça e Cidadania de outubro de 2008, intitulado "Constituição Cidadã e os desafios e gargalos da atividade jurisdicional", o Ministro do Superior Tribunal de Justiça Massami Uyeda, mesmo saudando, entusiasticamente, as medidas implementadas e antes destacadas, reconhece que não se mostraram suficientes para que se restabeleça a normalidade na tramitação de processos judiciais.

Registra, neste passo, que mesmo no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis já há endêmico congestionamento processual, com a designação de audiências para além de um ano.

Há notícias, em todo o território nacional, de mais de quarenta milhões de processos a espera de julgamento.

A realidade sergipana, para o nosso gáudio, é diversa do cenário nacional, fruto do incansável labor de todos os que fazem o Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe.

No relatório "Justiça em Números", divulgado anualmente pelo Conselho Nacional de Justiça, há registros que dão conta da evolução

qualitativa e quantitativa do Poder Judiciário sergipano, cujos indicadores relativos ao número de juízes por habitante e aplicação de recursos por habitante superam a média nacional.

No Relatório Anual 2007, divulgado também pelo Conselho Nacional de Justiça, há especial destaque para algumas ações do Tribunal de Justiça de Sergipe as quais, sem sombra de dúvida, contribuíram para uma prestação jurisdicional mais célere.

Dignas de nota as seguintes medidas:

a) Implantação do Sistema de Juizado Especial Cível virtual;
b) Termo de ocorrência circunstanciado eletrônico;
c) Cartas precatórias, execução fiscal e execução penal virtuais;
d) Diário de Justiça eletrônico;
e) Guia de Prisão eletrônica.

No ano de 2008, outras importantes ações foram operacionalizadas, destacando-se a Conciliação que tem possibilitado resolver litígios que poderiam se estender por anos ou mesmo décadas.

O Ministério Público reconhece os avanços e o esforço empreendido e se congratula com o Poder Judiciário sergipano, ao tempo em que, consciente de seu papel, como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, tem realizado um grande esforço no cumprimento rigoroso dos prazos processuais.

Particularmente na sua atuação de segundo grau, no ano de 2008, devolveu ao Judiciário, o equivalente 99,84 % dos processos distribuídos. Dos processos distribuídos no ano de 2008 - insista-se - apenas 16 ainda não retornaram ao Tribunal de Justiça. É de se destacar que o percentual de manifestação de mérito chegou ao patamar muito próximo de 80%.

Nos feitos que tramitam junto ao Tribunal Pleno, a média de permanência de quase todos os processos no Ministério Público é de aproximadamente cinco dias. É o Ministério Público somando-se ao esforço do Judiciário no afã de responder com rapidez às demandas da sociedade.

SENHORAS E SENHORES,

Como ensina o ex-magistrado e professor Luiz Flávio Gomes, o senhor do Direito, no séc. XIX, foi o Poder Legislativo. No século XX coube tal missão ao Poder Executivo. No séc. XXI, por força do neoconstitucionalismo, compete ao Poder Judiciário exercer o relevante papel, como guardião do Estado Democrático de Direito.

O desafio dos novos dirigentes do Tribunal de Justiça de Sergipe, que ora saudamos, é assegurar à sociedade a prestação jurisdicional necessária de forma ainda mais breve, sem perda da boa qualidade técnica e da humanização no atendimento ao público.

As reconhecidas qualidades pessoais e profissionais dos nobres integrantes da nova Mesa Diretora não permitem qualquer dúvida quanto ao sucesso que os aguarda nessa tarefa.

O novel Presidente, Desembargador Roberto Eugênio da Fonseca Porto é um jurista de escol, cultor do Direito Público, em especial do Direito Administrativo, tendo integrado o quadro da Advocacia Geral do Estado desde 1982. Traz consigo valiosa experiência como gestor público que auferiu quando chefiou a Procuradoria Geral do Estado, entre agosto de 1996 e dezembro do 2000. Foi ainda Vice Presidente do Tribunal de Justiça de Sergipe, Corregedor do Tribunal Regional Eleitoral e Diretor da Escola Superior da Magistratura, no período de maio de 2005 até o presente. Além da inegável experiência e conhecimento, Sua Excelência possui personalidade aberta e cordial, sendo caracterizado pelo profundo equilíbrio e bom senso.

Virtudes de igual quilate ornam a serena personalidade do novo Vice Presidente, Desembargador Cezário Siqueira Neto, magistrado brilhante, com atuação destacada no ensino universitário, cuja afinidade maior se encontra na área Cível.

Quanto à novel Corregedora-Geral de Justiça, Desembargadora Maria Aparecida Santos Gama da Silva, não poderia haver magistrada mais talhada para o exercício do cargo, pelo dinamismo e firmeza, ostentando elevada proficiência em Direito Processual Civil, matéria em que é duplamente pós-graduada.

Vejo, portanto, com ilimitada confiança, que os destinos do Poder Judiciário de Sergipe serão conduzidos por três magistrados de escol, num quadro harmônico e equilibrado.

Apesar das incertezas que hoje cercam o mundo, obscurecido pelos espectros da recessão econômica e do perigo ambiental, importa, antes de tudo, que se tenha a coragem de afirmar o desejo de uma vida melhor e mais digna para todos. A concretização deste desejo passa, também, pela construção de uma Justiça que, cada vez mais, atenda aos reclamos da sociedade.

Fazemos nossas as palavras de Evaristo de Moraes Filho, com base em Karl Mannheim:

> ....o presente nunca é um estado neutro, como alguma coisa definitiva, em equilíbrio permanente. Prenhe de ten-

> sões, nele se encontram incorporados o passado e o futuro, numa acomodação dialética, transitória..." Os desejos , as aspirações, as esperanças, os propósitos, desde que possuam um efeito de transformação, passam a ter função utópica, forçando dialeticamente a realidade no caminho que indica. Não são meros sonhos absurdos que se esvaem com o nascer do sol; são sonhos coerentes, de olhos abertos....

É possível que as utopias de hoje sejam as realidades de amanhã: muitas vezes as utopias nada mais são do que verdades prematuras"....

O Ministério Público de Sergipe se congratula com o Tribunal de Justiça e deseja aos três empossados que conduzam os trabalhos desta Casa a novos patamares de excelência.

Muito Obrigada.

RECURSO ESPECIAL
Nº 928.550 - AP (2006/0013316-9)

Jurisprudência
Institucional

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN
RECORRENTE : ESTADO DO AMAPÁ
PROCURADOR : ORLANDO TEIXEIRA DE CAMPOS E OUTRO(S)
RECORRIDO : MARCOS RAVEL MAGALHÃES DE ABREU
ADVOGADO : SYNIA SIMONE GURGEL JUAREZ DANTAS E OUTRO
EMENTA PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. DANO MORAL RECONHECIDO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.

1. Os Ministérios Públicos Estaduais não possuem personalidade jurídica própria, sendo sua capacidade processual adstrita à defesa de prerrogativas institucionais, concernentes à sua estrutura orgânica e funcionamento. São, portanto, partes ilegítimas para figurar no pólo passivo de ação indenizatória.

2. O Tribunal de origem, com base no acervo probatório dos autos, reconheceu a ocorrência de dano moral passível de indenização. A revisão desse entendimento implica reexame de matéria fático-probatória, vedado pela Súmula 7/STJ.

3. Recurso Especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Eliana Calmon, Castro Meira e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 25 de agosto de 2009(data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN

Relator

RECURSO ESPECIAL Nº 928.550 - AP (2006/0013316-9)
RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN
RECORRENTE : ESTADO DO AMAPÁ
PROCURADOR : ORLANDO TEIXEIRA DE CAMPOS E OUTRO(S)
RECORRIDO : MARCOS RAVEL MAGALHÃES DE ABREU
ADVOGADO : SYNIA SIMONE GURGEL JUAREZ DANTAS E OUTRO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator):

Trata-se de Recurso Especial com fundamento no art. 105, III, "a" e "c", da Constituição da República, contra acórdão assim ementado (fls. 62-63, grifo no original):

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - Ação de indenização - Danos materiais - Matéria decidida em outro processo -Coisa julgada material - Configuração - Procurador de Estado - Investidura sem concurso público - Irregularidade administrativa - Existência de procuração nos autos - Validade das postulações - Ministério Público Estadual - Ausência de personalidade jurídica - Legitimação passiva do estado-membro - Aprovado em concurso público - Certidão criminal de conteúdo proibido - Indeferimento da nomeação - Equívocos dos agentes estatais - Dano moral configurado - Reparação devida - Responsabilidade da Administração - Verba indenizatória - Quantum reparatório elevado - Mitigação - Vencidos autor e réu - Sucumbência mínima inocorrente - Aplicação do art. 21, caput, CPC - Honorários advocatícios - Arbitramento que não reflete a realidade do feito e a atuação profissional - Majoração - Beneficiário da justiça gratuita - Sucumbimento parcial - Verbas sucumbenciais devidas - Compensação no recebimento da verba indenizatória - 1) Se o pleito de reparação por danos materiais já fora repelido em outra ação que, embora mais ampla, também o continha e fundado na mesma causa de pedir, cuja sentença já transitara em julgado, sua apreciação meritória encontra obstáculo intransponível no instituto da coisa julgada material - 2) A investidura no cargo de Procurador do Estado sem prévia aprovação em concurso público, embora afronte a lei, constitui irregularidade administrativa que não invalida os atos por ele praticados e não caracteriza ausência de capacidade postulatória, se regularmente constituídos nos autos para tal fim - 3) Salvo para defesa de seus interesses institucionais - normalmente exercitada em sede de mandado de segurança -, os Ministérios Públicos estaduais não dispõem de personalidade jurídica e de capacidade processual, de sorte que não os-

tentam legitimidade para residir em qualquer dos pólos de ações ordinárias, nas quais deverão figurar sempre os respectivos Estados-membros - 4) O fornecimento de certidão criminal de conteúdo proibido, aliado à decisão administrativa que, escorada no seu conteúdo, indefere nomeação de aprovado em concurso público, são equívocos dos agentes estatais aptos a provocar dissabores e abalo psicológico no prejudicado e, conseqüentemente, dano moral, por cuja reparação responde a Administração Pública, *ex vi* do art. 37, § 6° c/c o art. 5°, inc. X, ambos da Constituição Federal - 5) Arbitrada indenização por dano moral em valor desproporcional, impõe-se sua redução para adequá-la à realidade do processo - 6) Segundo o comando do art. 21, *caput*, do Código de Processo Civil, no caso de sucumbimento recíproco, as partes respondem pelo encargos encargos, na medida do possível, nos percentuais em que ficaram vencidas, aplicando-se a regra do parágrafo único do mesmo artigo, somente na hipótese de sucumbência mínima de uma delas - 7) Impõe-se a reforma da sentença, para majorar os honorários de sucumbência, quando arbitrados em valor que não reflete a realidade da causa e a atuação dos advogados no processo, cuja remuneração, nos limites da lei, deve mostrar-se condigna - 8) A parte que, embora beneficiária de gratuidade de justiça, é aquinhoada com razoável verba indenizatória, deve arcar, de imediato, com as despesas do processo e com os honorários advocatícios de sua parcial sucumbência, descontando tais verbas da indenização, considerando que esse desembolso, em tal circunstância, não acarreta prejuízo a seu sustento ou de sua família.

Os Embargos de Declaração foram acolhidos para fins de prequestionamento (fls. 81-86).

O recorrente alega que houve, além de divergência jurisprudencial, violação dos seguintes dispositivos legais (fls.89-100):

a) art. 47 do Código de Processo Civil, uma vez que a natureza da causa exige a inclusão no pólo passivo do Ministério Público do Estado do Amapá, tratando-se de hipótese de litisconsórcio passivo necessário;

b) art. 19, § 2°, da Lei Complementar 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), que estabelece que o Ministério Público Estadual responde pelas despesas com pessoal decorrentes de sentença judicial; e c) art. 186 do Código Civil Brasileiro, uma vez que inexiste fato gerador de dano moral.

Foram apresentadas as contra-razões (fls. 121-134).

O Tribunal de origem negou seguimento ao Recurso Especial (fls. 135-140), tendo a parte recorrente interposto Agravo de Instrumento, ao

qual dei provimento, determinando sua conversão em Recurso Especial (fl. 164).

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 161-162). **É o relatório.**

RECURSO ESPECIAL Nº 928.550 - AP (2006/0013316-9)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator):

Cuida-se, originalmente, de Ação de Indenização movida por Marcos Ravel Magalhães de Abreu contra o Estado do Amapá, pretendendo pagamento a título de danos materiais e morais, tudo em conseqüência da emissão de certidão negativa criminal onde constou o benefício do *sursis*.

Afirma o autor que, a despeito de haver sido aprovado em concurso público para o cargo de Auxiliar Administrativo do Ministério Público Estadual e convocado em 24.9.1999, para apresentar documentos necessários à nomeação, este ato não se efetivou em razão de a Procuradoria Geral de Justiça haver levado em consideração uma certidão criminal, fornecida pelo Setor de Distribuição da Justiça Estadual, em cujo teor constou a existência de processo no qual lhe fora concedido *sursis* processual.

O Juízo de 1º grau, ao sentenciar (fl. 45-48), acolheu preliminar de coisa julgada no tocante à reparação por danos materiais e rejeitou a de chamamento do Ministério Público para integrar a lide como litisconsorte necessário e a de incapacidade postulatória dos patronos do Estado. Quanto ao mérito, julgou o pedido parcialmente procedente, condenando o réu ao pagamento de indenização por dano moral no valor de R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), acrescidos de juros moratórios incidentes desde a data do evento. Em face da sucumbência recíproca, condenou as partes a arcarem com 50% (cinqüenta por cento) das custas processuais e com os honorários advocatícios, fixados em R$ 400,00 (quatrocentos reais) para cada causídico.

Ambas as partes apelaram ao Tribunal de Justiça do Estado do Amapá, que assim decidiu (fl. 74):

Ex positis, julgando prejudicado prejudicado o apelo do réu, provejo parcialmente a remessa *ex officio*, improvejo a apelação do autos e dou provimento à irresignação de sua advogada, para, reformando a sentença: a) reduzir o valor da indenização por dano moral, para R$ 15.000,00 (quinze mil reais), acrescidos de juros moratórios e atualizados moneta-

riamente nos termos definidos na sentença; b) majorar os honorários advocatícios de sucumbência dos patronos do autor e do réu para R$ 2.000,00 (dois mil reais), a atualizados monetariamente e acrescidos de juros moratórios de um por cento (1%) ao mês a partir da sentença; c) determinar que o autor pague os cinqüenta por cento das custas e despesas do processo que lhe cabem, assim como os honorários dos procuradores do réu ora arbitrados, com os devidos acréscimos, ao receber a indenização, cujos valores deverão ser desta descontados e destinados aos respectivos pagamentos; e d) isentar o réu do pagamento que lhe fora imposto de parcela das custas processuais.

Irresignado, o Estado do Amapá interpôs o presente Recurso Especial, no qual sustenta existir dissídio jurisprudencial e violação do art. 47 do Código de Processo Civil; do art. 19, § 2°, da Lei Complementar 101/2000; e do art. 186 do Código Civil Brasileiro.

Inicialmente, cinge-se a controvérsia ao reconhecimento da legitimidade do Ministério Público do Estado do Amapá para figurar no pólo passivo de Ação de Indenização ajuizada em desfavor do referido Estado.

Em relação aos arts. 47 do CPC e 19, § 2°, da Lei Complementar 101/2000 argumenta-se basicamente que, como a causa gera despesas de pessoal decorrente de sentença judicial, se faz necessária a inclusão do Ministério Público do Estado do Amapá no pólo passivo da demanda, constituindo-se hipótese de litisconsórcio passivo necessário.

A tese defendida pelo recorrente não encontra amparo na jurisprudência desta Corte.

Conforme bem consignado no acórdão recorrido, o STJ firmou o entendimento de que os entes dotados apenas de personalidade juridiciária possuem legitimidade jurídica para figurar na relação processual tão-somente na defesa de seus direitos institucionais, concernentes à sua organização e funcionamento. Nas demais hipóteses, a atuação em juízo desses órgãos é imputada às pessoas jurídicas de Direito Público que eles integram.

À propósito, confiram-se os seguintes precedentes:

PROCESSUAL CIVIL. ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA. LITISCONSÓRCIO. PÓLO PASSIVO. AÇÃO DE COBRANÇA. ILEGITIMIDADE. PRECEDENTES. ÔNUS DA PROVA. ART. 333, INCISO I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. SÚMULA N.°07 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REEXAME DE PROVAS. PRESCRIÇÃO.

AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA N.os 282 e 356 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que a Assembléia Legislativa Estadual tem legitimidade passiva tão-somente para a defesa de seus direitos institucionais, assim entendidos sua organização e funcionamento. Tratando os autos de ação ordinária de cobrança, patente a ilegitimidade passiva da Assembléia Legislativa, sendo que, na espécie, a legitimidade é apenas da Unidade Federativa, não ocorrendo formação de litisconsórcio.

2. No que tange ao ônus da prova, a inversão do decidido, como propugnado pelo Agravante, demandaria o reexame do conjunto fático-probatório, providência sabidamente incompatível com a via estreita do recurso especial. Incidência da Súmula 07 desta Corte Superior de Justiça.

3. O entendimento pacificado nesta Egrégia Corte Superior é no sentido de que a prescrição, mesmo se tratando de questão de ordem pública, deve ser apreciada pela Corte a quo, para que se configure o indispensável prequestionamento, viabilizador do acesso à instância extraordinária.

Incidência das Súmulas n.os 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal.

4. Inexistindo qualquer fundamento apto a afastar as razões consideradas no julgado ora agravado, deve ser a decisão mantida por seus próprios fundamentos.

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no Ag 798218/AP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 21/11/2006, DJ 05/02/2007 p. 347)

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA DE PARCELAS REMUNERATÓRIAS DEVIDAS POR SERVIÇOS PRESTADOS À ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA. PÓLO PASSIVO. LEGITIMIDADE DO ESTADO DO AMAPÁ. ILEGITIMIDADE DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA LOCAL. PRECEDENTES. IMPROVIMENTO.

1. Esta Corte Superior de Justiça registra já o entendimento no sentido de que a Assembléia Legislativa Estadual tem legitimidade para figurar no pólo passivo de relação processual tão-somente na defesa de seus direitos institucionais, concernentes à sua organização e funcionamento.

2. Em se tratando de ação destinada à cobrança de parcelas remuneratórias, devidas ao autor, por serviços prestados à Assembléia Legislativa, resta afastada a sua legitimidade passiva, atraindo, em conseqüência, a do Estado-membro.

3. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no Ag 388114/AP, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 04/10/2001, DJ 18/02/2002 p. 545)

Os Ministérios Públicos Estaduais não possuem personalidade jurídica própria, sendo sua capacidade processual adstrita à defesa de interesses relativos à sua estrutura orgânica.

In casu, cuida-se de ação indenizatória ajuizada contra o Estado do Amapá objetivando reparação por danos morais e materiais. Assim, como a presente lide extrapola a mera defesa das prerrogativas institucionais do órgão ministerial, patente a ilegitimidade passiva do Ministério Público Estadual. Na espécie, apenas a Unidade Federativa é legítima, não ocorrendo formação de litisconsórcio.

Outro não foi o entendimento do acórdão recorrido. Tem incidência, assim, o enunciado 83 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça, verbis: "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida". Por fim, verifico que a tese de violação do art. 186 do Código Civil Brasileiro não enseja conhecimento. O recorrente afirma ser incabível indenização por dano moral pelo fato de constar o benefício do *sursis* na certidão de antecedentes criminais, exigida pelo Ministério Público para nomeação ao cargo para o qual o recorrido foi aprovado em concurso público, uma vez que o episódio causou-lhe apenas meros incômodos e aborrecimentos.

Por sua vez, o Tribunal a *quo* consignou:

No pertinente ao mérito, impõe-se realçar, desde logo, o acerto da sentença na parcela em que concluiu pela obrigação do réu de indenizar o autor pelos danos morais sofridos em razão dos equívocos praticados pela Administração Pública Estadual.

(...)

É verdade que o autor, realmente, poderia ter perseguido a retificação da certidão criminal antes de entregá-la ao Setor Administrativo do Ministério Público. Todavia, essa particularidade não exime a administração Pública de se responsabilizar pelo equivocado proceder de seus agentes, cujas condutas foram de indiscutível eficiência na provocação de abalo psicológico à pessoa do autor. Primeiro, em razão do evidente constrangimento decorrente do fato da certidão criminal haver tornado pública informação que, a despeito de verdadeira, deveria permanecer em sigilo, conforme expressa previsão legal.

Segundo, pelas agruras e transtornos experimentados pelo mesmo nos quase cinco anos em que buscou ver reconhecido seu sagrado e inconteste direito de ser nomeado e empossado no cargo para o qual fora aprovado em certame público.

Por isso, repiso, tenho como incensurável a sentença na parte em que concluiu pela obrigação do réu em reparar o dano moral sofrido pelo autor, inclusive no tocante à análise das circunstâncias e dos fatores influenciáveis no arbitramento da reparação, onde o ilustre subscritor da sentença se esmerou, conforme se extrai dos seguintes trechos de sua fundamentação, que a seguir destaco, aproveitando como parte da motivação deste voto. (...)

Desse modo, é inviável analisar a tese defendida no Recurso Especial, a qual busca afastar as premissas fáticas estabelecidas pelo acórdão recorrido. Aplicação da Súmula 7/STJ.

Com essas considerações, **nego provimento ao Recurso Especial. É como voto.**

PIONEIRISMO NA LUTA INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

PRONUNCIAMENTO NA INAUGURAÇÃO DO FÓRUM PAULO MOURA, NA CIDADE DE MOITA BONITA, EM 26 DE DEZEMBRO DE 2006.

Excertos Históricos do MPSE

PIONEIRISMO NA LUTA INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Membros do Ministério Público de Sergipe participaram da gênese da CONAMP*

Com objetivo de formular um Projeto Nacional do Ministério Público e, por função, resistir a certas veleidades autoritárias em anular prerrogativas já consagradas em muitos Estados da Federação foi fundada em Teresópolis, a Confederação das Associações Estaduais do Ministério Público (CAEMP), depois Confederação Nacional do Ministério Público e, hoje, Associação Nacional dos Membros do Ministério Público, conservando a mesma sigla (CONAMP).

A idéia da Associação do Ministério Público Fluminense teve a adesão, imediata, das Associações dos Estados do Espírito Santo, Sergipe, São Paulo, Pernambuco, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul e Minas Gerais, surgindo em 10 de dezembro de 1970, a Carta de Princípios do Ministério Público Nacional e, conseqüentemente, a fundação do órgão de luta institucional - CAEMP.

Oscar Xavier, Ferdinando Peixoto, José Cupertino, Iroito Leó, Massilon Tenório, Amâncio Pereira, Gilson dos Santos, Laurindo Alves Campos, Jerônimo Maranhão, Valderedo da Silva, Carlos Siqueira Neto, Guimarães Lima, Ruy Junqueira e Cabral Neto foram alguns dos pioneiros da luta (na época considerados sonhadores, pela maioria dos integrantes da Instituição), que teve sua consagração na Carta Magna brasileira de 88.

Os sonhos de ontem e as conquistas de hoje devem ser mantidos inalterados no espírito de luta do parquet, objetivando novas vitórias ao órgão defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Extrato da Ata

Aos dez dias do mês de dezembro de 1970, às vinte e uma horas e trinta minutos no Hotel Hígino, na cidade de Teresópolis, no Estado do Rio de Janeiro, reuniram-se membros das seguintes Associações Esta-

* Colaboração do Procurador de Justiça Aposentado Pedro Iroito Dória Leó

duais do Ministério Público: Rio de Janeiro, Minas Gerais, Paraná, São Paulo, Rio Grande do Norte, Sergipe, Espírito Santo, Rio Grande do Sul, Maranhão, Pernambuco. Tais Associações, representadas por seus presidentes ou delegados, reuniram-se com a finalidade de discutir a Carta de Princípios elaborada por uma comissão de sete membros: José Cupertino Gonçalves, de Minas Gerais, Oscar Xavier de Freitas, de São Paulo, Massilon Tenório de Medeiros, de Pernambuco, Marcos Aurélio Costa Moreira de Oliveira, do Rio Grande do Sul, Ferdinando de Vasconcelos Peixoto, do Rio de Janeiro, Antônio Benedito Amâncio Pereira, do Espírito Santo e Heleno Rizzo, do Distrito Federal.(...) A seguir o secretário designado passou a ler a Carta de Princípios, a seguir transcrita, que foi aprovada por unanimidade. É a seguinte a redação da mencionada carta: as Associações Estaduais do Ministério Público da Bahia, Distrito Federal, Espírito Santo, Guanabara, Maranhão, Minas Gerais, Paraná, Pernambuco, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, São Paulo e Sergipe, participantes, por seus presidentes ou delegados, do III Congresso Fluminense do Ministério Público, realizado na cidade de Teresópolis, nos dias 8 a 11 de dezembro de 1970, dispondo-se a fundar uma entidade nacional de classe, resolveu lançar como orientação da elaboração dos futuros estatutos, a seguinte Carta de Princípios: 1. A Confederação das Associações Estaduais do Ministério Público destina-se a congregar, sem prejuízo de sua autonomia, as diversas Associações para o fim proporcionar unidade objetivando aperfeiçoamento institucional, adequando o Ministério Público às suas relevantes tarefas no contexto de um país em desenvolvimento e promovendo a defesa dos direitos e interesses gerais da classe; 2. Destina-se ainda a fomentar a criação e reestruturação de Associações Estaduais e estimular a atuação em conjunto. (...) Teresópolis, 10 de dezembro de 1970. Seguem as seguintes assinaturas, por Associação: Heleno Rizzo - Distrito Federal; Antônio Benedito Amâncio Pereira - Espírito Santo; Néa Bello de Sá - Maranhão; José Cupertino Gonçalves - Minas Gerais; Jerônimo Albuquerque - Maranhão; Massilon Tenório de Medeiros - Pernambuco; Valderedo Nunes da Silva - Rio Grande do Norte; Marcos Aurélio Costa Moreira de Oliveira - Rio Grande do Sul; Ferdinando de Vasconcelos Peixoto - Rio de Janeiro; Oscar Xavier de Freitas - São Paulo; e Pedro Iroito Dória Leó - Sergipe. Aprovada a Carta de Princípios, foi declarada fundada, oficialmente, a Confederação das Associações Estaduais do Ministério Público, o que foi recebido pelos presentes com uma salva de palmas. (...)

PALAVRA DO PRESIDENTE*

"Aqueles homens intrépidos que imaginavam a união dos membros do Ministério Público de todo o país em torno de um projeto inicialmente modesto, de criação de uma carreira que não se submetesse ao domínio da ditadura militar, e idealizaram uma entidade nacional que recepcionasse as idéias das entidades estaduais, certamente se surpreenderiam ao verificar o *status* atingido por nossa CONAMP, em quase quatro décadas".

José Carlos Cosenzo

Os tempos eram outros. Os quadros infinitamente menores. A dedicação maior da instituição era na área criminal, com uma enorme confusão de identidade, ante a necessidade de muitas vezes defender o próprio Estado. Enquanto o projeto da Constituição Federal de 67 tramitava no Congresso, membros do Ministério Público tentavam manter os direitos e as prerrogativas já assegurados a eles pela Legislação então vigente. Percebeu-se, assim, a necessidade de um organismo de representação nacional, para que os Promotores se fizessem ouvir. Os pioneiros João Lopes Guimarães, Oscar Xavier de Freitas, Lauro Guimarães, Amâncio Pereira, José Cupertino, Castellar Guimarães, Pedro Iroito Leó, Valderedo Nunes, Massilon Tenório e Jerônimo Maranhão, em 1971, fundaram a CAEMP em Ouro Preto, Minas Gerais, para que houvesse cada vez mais um "aperfeiçoamento institucional e fosse promovida a defesa dos direitos e interesses gerais dos Promotores".

(...)

Mas qual a razão de se surpreenderem os pioneiros? Éramos uma entidade que se reunia nos corredores do Congresso Nacional. Nosso patrimônio único era nossa fé em construir e melhorar. Nossa memória pertencia à lembrança de cada membro atuante, com registros formais e eventuais. Nossa atuação invejável se devia muito mais à vontade individual do que propriamente à organização como entidade, mas que lenta e gradualmente foi se estruturando. Adquirimos uma pequena sede, que foi reformada para se adaptar às raras reuniões do Conselho Deliberativo, hoje habituais, rotineiras e ordinárias.

(...)

* Colaboração do Procurador de Justiça Aposentado Pedro Iroito Dória Leó

Graças aos pioneiros e às sucessivas administrações, conseguimos hoje atingir um patamar de respeito e importância sem precedentes, podendo afirmar, sem ufanismo, que não há qualquer discussão política ou de relevante interesse social no país sem a participação efetiva e determinante da CONAMP. Achamos que por isso, também, os pioneiros se surpreenderiam.

(...)

Temos uma história repleta de sucesso, construída pelas diretorias chefiadas por Oscar Xavier de Freitas, Ferdinando de Vasconcelos, Joaquim Cabral Neto, José Pereira da Costa, Luis Antonio Fleury Filho, Antonio Araldo Ferraz Dal Pozzo, Paulo Moura, Voltaire Lima de Moraes, Milton Riquelme de Macedo, Achiles de Jesus Siquara Filho, Marfan Martins Vieira e João de Deus Duarte Rocha, a quem rendemos as maiores homenagens. Cada um, a seu tempo e a seu modo, diante das dificuldades surgidas, junto com seus Diretores e uma legião de colegas anônimos, mas que atuaram com a mesma vontade e pertinácia, conseguiu sucesso graças à união fraterna e o trabalho em equipe.

Outorga da Medalha da Ordem do Mérito da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público e Posse Conamp - Brasília, 08.04.2008*.

José Carlos Cosenzo

(...)

Em uma mesma solenidade, dois atos se realizam, a outorga de nossa comenda maior e a posse da nova Diretoria, para o biênio 2008/2010.

A Medalha da Ordem do Mérito da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público-Conamp foi instituída no ano de 2001, com objetivo de homenagear pessoas que tenham prestado relevantes serviços à instituição, cuja entrega obrigatoriamente dar-se-á em solenidade pública.

Nossos ilustres agraciados são portadores de notória e extensa folha de serviços prestados ao país, que apenas o fato de nominá-los já os torna dignos do reconhecimento. Joaquim Benedito Barbosa Gomes, Ministro do STF; Antonio Fernando Barros e Silva de Souza, Procurador-Geral da República; Carlos Eduardo Vieira da Cunha, Carlos Henri-

* Colaboração da Servidora Ana Paula de Carvalho Moura.

que Focesi Sampaio e José Eduardo Cardozo, Deputados Federais e Paulo Moura, ex-Presidente da Conamp, *in memoriam*.

(...)

Pela oportunidade, é impositivo afirmar que a outorga da medalha já exige, por antecipação, uma atuação plural do homenageado, uma vez grafada a expressão "relevantes serviços". Mencioná-los todos seria impossível, registrar apenas um deles seria injustiça, afinal, como disse Mário de Andrade, "O passado é lição para refletir, não para repetir".

Entretanto, como vivemos em um país onde resistir sempre foi palavra de ordem e as tradições servem para serem quebradas, cometerei um pecadilho.

As pessoas são marcadas, e reconhecidas muitas vezes, pelos gestos mais singelos ou pelo cumprimento natural de seu ofício.

(...)

Senhores homenageados tenham a certeza de que fizemos a mais autêntica justiça. E na vida muitas vezes, mais que fazer justiça, é mais confortável repará-la.

Para justificar, faço uma brevíssima reminiscência. Ao se imaginar uma carreira do Ministério Público, os que integravam, no tempo em que era livre a nomeação, mas demissíveis *ad nutum*, homens de fibra entenderam que a única trilha a seguir seria criar uma entidade de classe, depois nacionalizada. E o sonho se realizou.

Um destes homens intrépidos era Paulo Moura, do pequeno Estado de Sergipe, que ficou pequeno para tantas idéias e vontade de construir.

Veio para nos liderar em tempos difíceis, e era o único ex-Presidente da Conamp ainda não condecorado. O precoce falecimento não deixou que isso acontecesse. Graças ao Joaquim Cabral, nossos historiador, hoje tentamos corrigir, mesmo sabendo que a homenagem póstuma não repara integralmente a injustiça.

À viúva D Tânia e aos filhos, nossa gratidão pela contribuição de Paulo Moura à sociedade brasileira, e junto com ela suplicamos que nos perdoe pela intempestividade no reconhecimento.

PRONUNCIAMENTO NA INAUGURAÇÃO DO FÓRUM PAULO MOURA, NA CIDADE DE MOITA BONITA, EM 26 DE DEZEMBRO DE 2006.

Ana Paula de Carvalho Moura*

Ter o meu pai saudado pelo Poder Judiciário foi uma grata surpresa! Embora integrante do Ministério Público, sua vida inteira dedicada à defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais fez por merecer receber do Judiciário o gesto fraterno de gravar seu nome em um Fórum de Justiça.

Dra. Marilza, amiga irmã, era como ele a considerava. Devotava-lhe profunda admiração !

Bem sabe que nos seus momentos difíceis, ele sofreu amargamente pela senhora. O seu íntimo também se entristeceu quando alguma dor, obstáculo ou frustração afligiram o seu caminho.

Por sua vez, os momentos de suas alegrias, as conquistas e as vitórias fizeram-no vibrar intensamente pela colega e amiga.

Sobre a Alegria e a Tristeza, ensina Gibran, na sua obra O Profeta:

Alguns dizem: "A alegria é maior que a tristeza", e outros dizem: "Não, a tristeza é maior".

Mas eu vos digo, elas são inseparáveis.

Elas vêm juntas, e quando uma está sozinha convosco na mesa, a outra está dormindo na vossa cama.

Doutora Marilza, seu gesto provocou instantes de muita emoção e alegria.

Nós, pelos laços afetivos, naturalmente consideramos que meu pai foi alvo de um reconhecimento sincero e muito merecido.

Não houve, contudo, um só amigo ou familiar que não compartilhasse dessa emoção. Alegraram-se e foram uníssonos em aprovar esta nobre menção ao seu nome.

Receba, doutora, nossa profunda gratidão.

---

* Filha do Homenageado e Servidora do Ministério Público de Sergipe.

Meus Amigos,

Em 1962, meu pai iniciou sua carreira jurídica com a conclusão dos cursos de Ciências Jurídicas e Sociais e de Filosofia, ambos na Universidade de Alagoas.

Escolhido para ser o orador de sua turma, já demonstrava que a arte de falar em público seria traço característico de sua carreira.

Naquele 06 de dezembro de 1962, traspassado de emoção, discursou:

Neste instante, não sou um sergipano, e sim um alagoano, pois aqui aprimorei meus conhecimentos e adquiri a minha formação jurídica.

Embora nascido em Aracaju, nunca escondeu a verdadeira adoração que nutria por aquele Estado.

Foi em Alagoas que viveu os anos dourados da sua vida acadêmica e lá manteve muitas amizades.

São de Maceió e de São José da Lage, onde atuou como adjunto de Promotor Público, boa parte das estórias, algumas alegres, outras tristes e tantos casos interessantes que crescemos ouvindo ele nos contar.

Os versos e a música de *tender is the night*, canção que foi o tema do seu baile de formatura, continuaram a emocioná-lo, por toda a vida. Quando os escutava, as lembranças da juventude povoavam a sua mente:

Quando o amanhã nos separar
Em nossa lembrança hão de ficar
Beijos de verão
Ternura de luar
E a vida a murmurar sua canção

Ingressou, mediante aprovação em concurso público, no Ministério Público de Sergipe, no ano de 1965, tendo assumido a Comarca de Porto da Folha.

A partir desta data doou-se integralmente para exercer com muito zelo, dedicação e humildade o múnus de Promotor de Justiça.

Era uma época árdua, quando, para se chegar à Comarca, dispendiam-se horas exaustivas em estradas precárias, somando-se à ínfima estrutura disponível para o exercício das funções.

Mas, como meu pai mesmo dizia, ele era *possuidor de um espírito de luta e de trabalho, dentro das características humildes de um nordestino acostumado a enfrentar as adversidades.*

Muito diferente é o contexto atual, bastando, para tanto, observar estas confortáveis instalações que, a partir de hoje, este Distrito passará a dispor.

Atuou nas Comarcas de Itaporanga D'Ajuda, Itabaiana, Lagarto, Simão Dias, São Cristóvão, Maruim, vindo para a Capital no ano de 1980.

A Comarca de Itabaiana, a qual Moita Bonita pertencia, foi palco de desafios, enfrentados juntamente com a Juíza Titular, Dra. Marilza.

Neste período, fortaleceu-se a amizade e a cumplicidade intrínsecas à parceria que os unia, para a realização de valoroso labor, em prol de aplacar a sede e fome de justiça daquele povo.

A conhecida natureza destemida de meu pai, sua honestidade e o seu caráter fizeram-no superar as muitas adversidades.

Chegando à capital no ano de 1980, atuou em Varas Cíveis e Criminais, bem como foi Promotor de Justiça Eleitoral.

Realizava-se quando atuava no Tribunal de Júri. Tinha vocação, preparo e especial desenvoltura para a tribuna.

Naquele cenário, transitava com talento e eloqüência. Debruçou-se sobre diversos casos complexos e de grande repercussão. O seu êxito era também a nossa fonte de preocupação por temermos a sua atuação na seara criminal.

Meu pai foi por duas vezes presidente da Associação Sergipana do Ministério Público.

Teve projeção nacional quando o nordestino aguerrido, ainda Promotor de Justiça, chegou à Presidência da CONAMP - Associação Nacional dos Membros do Ministério Público, cargo nunca antes ocupado por um Sergipano.

Sua gestão, de 1990 a 1991, teve grande significância para a história do *Parquet*, tendo participado ativamente do processo legislativo da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, que hoje dispõe sobre as normas gerais para a organização da referida Instituição nos Estados.

Envidou todos os esforços no sentido de agilizar o trâmite do projeto de lei tão aguardada e necessária para a legitimação dos interesses da classe.

O dia 08 de abril de 1991 lhe foi especialmente marcante, quando, em cerimônia testemunhada pelos membros do Ministério Público de todo o Brasil e realizada no Palácio do Planalto, o então Presidente da República, Fernando Collor, encaminhou o Projeto para o Congresso Nacional, culminando com a promulgação da Lei do Ministério Público.

Pelo seu desempenho no contexto nacional, o Colégio de Procuradores de Justiça aprovou voto de louvor pelo seu trabalho na Presidência da CONAMP, bem como recebeu, no dia 25 de novembro de 1995,

Título de Honra ao Mérito, outorgado pela CONAMP, pela sua participação e relevantes serviços prestados na defesa dos interesses do Ministério Público Brasileiro.

Em 12 de setembro de 1996, foi promovido pelo *critério independente e valoroso de antiguidade* a Procurador de Justiça.

Na Procuradoria de Justiça, foi Corregedor-Geral, e aposentou-se no ano de 2002.

Embora aposentado, não cessou sua luta pela garantia dos direitos constitucionais adquiridos.

O reconhecimento que agora faz jus vem coroar sua trajetória de 44 anos de luta e de trabalho.

E é aqui, neste aprazível Município de Moita Bonita, denominado cidade das serras, separado de Itabaiana pelo Rio Jacarecica, que meu pai está sendo carinhosamente saudado e perpetuará seu nome neste Fórum Distrital.

A esta cidade, nossa gratidão.

Neste instante, quero registrar meu agradecimento a todos os presentes e despeço-me fazendo minhas as palavras que meu pai citava:

"Só dois tipos de pessoas não gostam do Ministério Público: os ignorantes, porque não o conhecem; e os criminosos, porque o conhecem demais."

Muito obrigada !

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 CÔRTES
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



2009

REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE

Nº 23