

Vol. 11 – N.º 2/2 2010
ISSN 1982-6982

Revista Jurídica

Ministério Público do Estado do Amazonas

Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional – CEAF



Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Amazonas

RJMPAM	Manaus	v. 11	n. 2	2010	jul/dez	p. 1 à 373
--------	--------	-------	------	------	---------	------------

©2011 Ministério Público do Estado do Amazonas

Coordenador Geral: Nasser Abraham Nasser Neto

Comissão Editorial: João Gaspar Rodrigues, Maria José Silva de Aquino, Aguielo Balbi Júnior

Revisor-Geral: João Gaspar Rodrigues

Revisão e normalização: Lourinéia Reis de Sant'Anna e Wanderléia Lima da Silva

Apoio Operacional: Ed Taylor Meneses de Sousa

Diagramação: Juliano Gonçalves de Vasconcellos

2011

Procuradoria-Geral de Justiça

Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional – CEAF

Avenida Coronel Teixeira, n. 7995 – Nova Esperança

CEP: 69030-480 Manaus – AM

Fone: (92) 3655 0753 / 3655 0754 / 3655 0755

e-mail: ceaf@mp.am.gov.br

<http://www.mp.am.gov.br>

As ideias e opiniões nos trabalhos publicados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Amazonas./ Publicação do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional – CEAF v. 11. (Julho/Dezembro – 2010). Manaus: PGJ/CEAF, 2010.

373p.

Semestral

ISSN 1982-6982

Continuação de: Revista do Ministério Público do Estado do Amazonas (2000-2005) – ISSN 1679-6233

1.Ministério Público 2. Direito - Periódico I. Título

CDD 340.5

CDU 34 (05)

Pede-se permuta

On demande échange

We ask for exchange

Revista Jurídica do Ministério Público
do Estado do Amazonas





Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

Francisco das Chagas Santiago da Cruz

SUBPROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
PARA ASSUNTOS JURÍDICOS E INSTITUCIONAIS

José Hamilton Saraiva dos Santos

SUBPROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
PARA ASSUNTOS ADMINISTRATIVOS

Jorge Alberto Gomes Damasceno

CORREGEDOR-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Nicolau Libório dos Santos Filho

OUVIDOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Noeme Tobias de Souza

SECRETÁRIO-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Lucíola Honório de Valois Coêlho da Silva

CHEFE DO CENTRO DE ESTUDOS E
APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL

Nasser Abraham Nasser Neto



Sumário

Apresentação	11
Doutrina	
A atuação do Ministério Público do Estado do Amazonas nas ocupações e invasões de Áreas de Proteção Permanente – APPs – em Manaus	13
<i>Fabiana Andrade Barbosa</i>	
<i>Heloyse Dayse de Matos D'Angelo</i>	
<i>Luciana Toledo Martinho</i>	
A violência doméstica contra a mulher: avanços e entraves da lei Maria da Penha em Manaus	31
<i>Leda Mara Nascimento Albuquerque</i>	
As peculiaridades do exercício da função ministerial nas comarcas do interior	63
<i>João Gaspar Rodrigues</i>	
Cargos Comissionados: uma análise à luz da gestão pública e dos princípios constitucionais da administração pública	93
<i>João Victor Tayah Lima</i>	
Convenção de Palermo versus pl 150/06: a necessidade de harmonizar o direito interno com o direito internacional	127
<i>Marcelo Augusto Silva de Almeida</i>	
Expedição de requisições e notificações independentemente de inquérito civil ou procedimento administrativo preparatório	147
<i>João Gaspar Rodrigues</i>	
Gestão pública brasileira e a plataforma estatística SAS – parceria com sucesso assegurado	161
<i>Venilton Rodrigues de Melo</i>	
Infrações Administrativas, Ministério Público e Estatuto do Idoso	187
<i>Izabel Cristina Salvador Salomão</i>	
O Princípio do Poluidor-Pagador	223
<i>Joyce Pacheco Santana</i>	

Os tratados de Direitos Humanos como fontes do Direito Processual Civil	253
--	------------

Vitor Fonsêca

Síntese histórica da Responsabilidade Civil e a necessidade de demonstração de culpa ante a falta de serviço público: requisito para configurar a responsabilidade do estado	277
---	------------

Adriano Figueredo Carneiro

Sustentabilidade Urbana e as Funções Sociais da Cidade	301
---	------------

Dillings Barbosa Maquiné

Trabalho Forense

Exceção de suspeição contra membro do Ministério Público	335
---	------------

João Gaspar Rodrigues

Parecer sobre denúncia em face de fundação - Patente	351
---	------------

Katia Maria Araujo de Oliveira

Apresentação

Apresentamos ao público leitor, com grande satisfação, mais um volume da Revista Jurídica do Ministério Público do Amazonas, órgão cultural responsável por sumariar o fino conhecimento científico de nossos membros e colaboradores externos.

O trabalho de investigação científica fixado na Revista é o resultado árduo de muita reflexão. Cada parcela de verdade é conquistada com muita luta, renúncia e sacrifício. Fazer de cada **sim** e de cada **não** uma questão de consciência, faz do serviço da verdade, objeto por excelência da ciência jurídica, o mais difícil de todos os serviços.

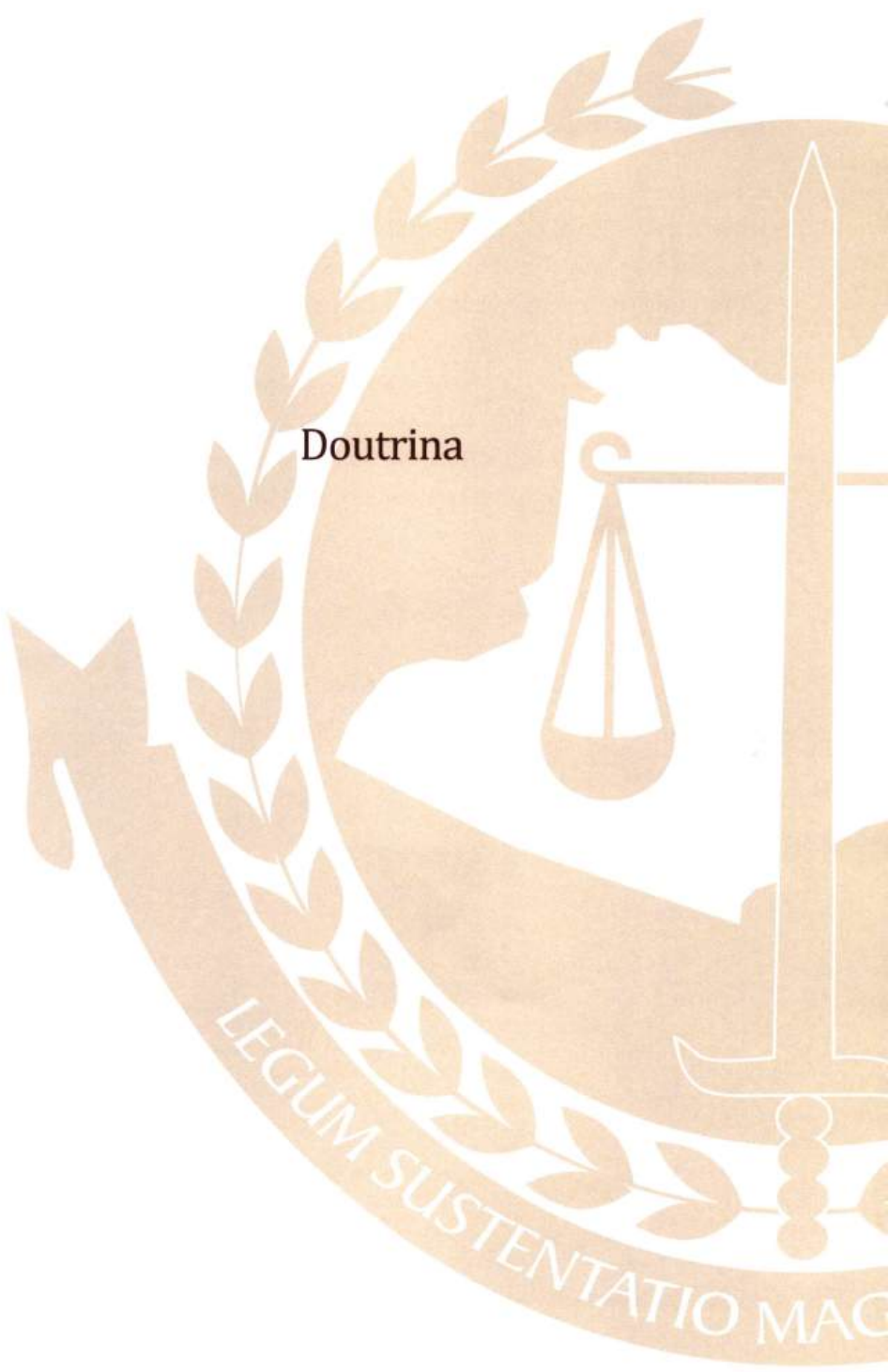
A perdurabilidade de uma ideia registrada e dada a público é um estado que, muitas vezes, não é dado às gerações presentes estimar com a precisão necessária por uma inarredável falta de perspectiva (afinal, as coisas são maiores de longe que de perto). O nosso órgão cultural, todavia, dado que prioriza o gosto de produzir e prestar serviços à comunidade jurídica ao invés de render-se à simples volúpia da publicidade, tende a empolgar os leitores de hoje, ao invés de simplesmente servir de documento histórico aos pósteros.

De qualquer forma, como intérprete do pensamento institucional do Ministério Público, esse periódico de tiragem anual, como o mármore esculpido por Fídias ou Miguel Ângelo, tende a se immortalizar nos anais históricos da instituição. Tanto pelo talento, pela sobrançeria dos estudos e dos conceitos veiculados, dos entendimentos jurídicos e filosóficos, quanto pelo simbolismo que sua edição anual representa. Por mais singela que seja essa conquista aos olhos de muitos, representa ela uma bandeira fincada para reconhecimento e identificação de rumos de um exército em marcha. O símbolo de uma conquista. A cruz, por exemplo, de mero instrumento tosco de

suplício, não passou após a morte de Cristo, a ser, como símbolo, o mais poderoso fator de civilização e humanidade? E nós, humildemente, com nossos estudos, nossa composição gráfica e nossa revista anual, não estamos lançando um símbolo de conquista cultural e intelectual? Não estaremos lançando para o futuro e as gerações sucedentes nos quadros da instituição, o gérmen da temperança cultural? De uma coisa é certa, a revista prossegue, avança, esparzindo lições.

A ocasião é propícia para render loas ao CEAF, diligentemente chefiado pelo Dr. Nasser Abrahim Nasser Netto, todo operosidade e eficiência, auxiliado por uma equipe editorial de primeira água. A Revista está bem servida, impulsionada por uma equipe entusiástica e composta, substancialmente, por articulistas compenetrados de seu dever (desejo de ser útil, de servir).

Francisco das Chagas Santiago da Cruz
Procurador-Geral de Justiça



Doutrina

LEGUM SUSTENTATIO MAG

A atuação do Ministério Público do Estado do Amazonas nas ocupações e invasões de Áreas de Proteção Permanente – APPs – em Manaus

Fabiana Andrade Barbosa*

Heloyse Dayse de Matos D'Angelo**

Luciana Toledo Martinho***

Sumário: 1 Introdução. 2 Área de Preservação Permanente - APP e o Direito à moradia. 2.1 A importância das APPs e sua aplicabilidade nas áreas urbanas. 2.2 Direito à moradia e o princípio da dignidade humana. 2.3 APP X Direito à moradia: Coexistência é Possível?. 3 A intervenção do MPE - Ministério Público do Estado do Amazonas nas ocupações e invasões das APPs. 3.1 Ministério Público: origem e funções institucionais. 3.2 Meios de atuação do Ministério Público do Estado nas APPs. 3.2.1 Ação Civil Pública e o inquérito civil na defesa dos interesses difusos. 4. O Ministério Público do Estado do Amazonas e as APPs em Manaus. 5 Conclusão. Referências.

Resumo: O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é assegurado pela Constituição Federal de 1988 como um direito fundamental, mesmo que disperso, merecendo a tutela estatal para que seja efetivamente garantido e exercido. Para garantir o exercício do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o Estado coloca, sob sua tutela, áreas determinadas, denominadas áreas de preservação permanente – APPs, cuja flora e fauna devem ser preservadas, seja em favor da própria biodiversidade ali existente, seja em favor da qualidade de vida humana. No meio urbano, as APPs são alvo de invasão e ocupação humana irregular, resultando na sua deterioração. Portanto, este artigo tem como objetivo geral analisar a demanda e a forma de atuação do Ministério Público Estadual nas APPs em que ocorrem ocupações e invasões em Manaus. Diante

* Graduanda em Direito pelo Centro Universitário do Norte – UNINORTE; Estagiária do Ministério Público do Estado do Amazonas.

** Graduanda em Direito pelo Centro Universitário do Norte – UNINORTE; Estagiária do Ministério Público do Estado do Amazonas.

*** Promotora de Justiça. Mestre em Direito Ambiental pelo Programa de Mestrado em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas – UEA; Professora do Centro Universitário do Norte – UNINORTE.

da realidade, realizar o levantamento dos resultados dos trabalhos realizados pelo *Parquet* Estadual, nos moldes em que ocorre a solução do choque dos direitos fundamentais: direito à moradia e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ambos relacionados à dignidade da pessoa humana, princípio constitucional. Na tarefa de atuar, juridicamente, na defesa do meio ambiente, o Ministério Público é órgão precípua, como se vê de sua função institucional, prevista na Constituição Federal.

Palavras-chave: Direito ambiental. Áreas de preservação permanente. Ministério Público.

1 Introdução

A relevância do presente artigo traduz-se em analisar a colisão entre dois direitos fundamentais, quais sejam o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o direito à moradia.

Tal colisão vem concretizada nas invasões e ocupações urbanas, especificamente em Manaus, ocorridas em áreas de preservação permanentes – APPs.

Ademais, o presente artigo envolve o exame da atuação do Ministério do Público Estadual na defesa do meio ambiente, uma vez que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental, de titularidade difusa.

Esta análise da atuação do Ministério Público justifica-se por ser este o órgão incumbido de 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, sendo esta incumbência definida como função institucional do Ministério Público, no artigo 129, III da Constituição Federal.

2 Área de Preservação Permanente - APP e o Direito à moradia

2.1 A importância das APPs e sua aplicabilidade nas áreas urbanas

A preocupação com o meio ambiente e a sua inclusão no ordenamento jurídico não veio apenas a partir da Constituição de 1988. A Lei 6938/81, que institui a política nacional do meio ambiente, já definia meio ambiente como sendo “um conjunto de condições, leis, influências, alterações e interações de ordem física, química, e biológica, que permite, abriga e reage a vida em todas as suas formas.”¹

E antes dela, o Código Florestal, que disciplina normas sobre as florestas e outras formas de vegetação, já apresentava restrições e limitações acerca da preservação florestal, consistindo num instrumento de controle para a utilização dos recursos ambientais.

Dentre as medidas de proteção previstas no Código Florestal para o meio ambiente estão as APPs (Áreas de Preservação Permanente), consistentes em áreas de tutela estatal, cuja preservação é de grande importância para a sadia qualidade de vida.

Segundo ensina Paulo Sirvinkas²:

A Área de Preservação Permanente é aquela tutelada amplamente pelo Poder Público, protegendo-se tanto a flora quanto a fauna. São entre outras palavras, áreas protegidas nos termos dos arts. 2º e 3º da Lei n. 4.771, de 15 de setembro de 1965 (Código Florestal), cobertas ou não por vegetação nativa, como função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade,

1 BRASIL. Lei 6.938. Brasília: Diário Oficial da União, 02 set.1981.

2 SIRVINKAS, Paulo Luís. Manual de Direito Ambiental. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem – estar das populações humanas (art.1º, parágrafo 2º, II, do citado Código).

Percebe-se, pelo que estabelece o Código Florestal acerca das APPs, que o indivíduo estaria totalmente impedido de explorar essas áreas, estando estas ilesas em benefício da própria coletividade.

O conceito de preservação, por sua vez, vem definido pela Lei que disciplina o Sistema Nacional de Unidades de Conservação³, como sendo o

conjunto de métodos, procedimentos e políticas que visem a proteção a longo prazo das espécies, habitats e ecossistemas, além da manutenção dos processos ecológicos, prevenindo a simplificação dos sistemas naturais.

A mencionada Lei traz outras categorias de unidades em que o aspecto ambiental é determinante, divididas em unidades de proteção integral e unidades de uso sustentável.

As APPs, no meio urbano, são reiteradamente alvos de invasão e ocupação humana irregulares, ocorrência que coloca em choque dois direitos fundamentais, quais sejam o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o direito à moradia⁴.

Pode-se afirmar, assim, que o Código Florestal vem sendo pouco observado. Tal fato deve-se à reiterada conduta de ocupar e invadir áreas cuja preservação veda a intervenção humana. Por outro lado, não se pode olvidar a omissão do Poder Público em garantir a todos o exercício do direito à moradia, através de políticas públicas voltadas para este fim.

3 BRASIL. Lei 9985. Brasília: Diário Oficial da União. 18/jul./2000.

4 Sobre conflito de direitos fundamentais, ver: DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

2.2 Direito à moradia e o princípio da dignidade humana

Segundo De Plácido,

a carta magna, considera a moradia como direito social, assim lhe conferindo situação jurídica idêntica a direitos como a saúde, educação e outros, que podem se exigidos do grupo familiar, da sociedade e do próprio poder público.⁵

Aos seres humanos são garantidos direitos que devem ser respeitados indistintamente, tais como o direito à moradia, indispensável para compor a qualidade de vida da pessoa, pois o lar é o lugar onde o indivíduo se abriga e dispõe da sua privacidade.

Concernente ao direito à moradia autor Nelson Saule Júnior afirma:⁶

a dignidade da pessoa humana como comando constitucional será observada quando os componentes de uma moradia adequada forem reconhecidos pelo Poder Público e pelos agentes privados, responsáveis pela execução de programas e projetos de habitação e interesse social, como elementos necessários à satisfação do direito à moradia.

Nas palavras do autor, o direito à moradia, derivado do princípio da dignidade humana será aceito se os valores supremos estabelecidos pela Constituição (art. 5º e 6º) estiverem presentes. Para isso, deve o Poder Público dispor de Políticas Públicas de habitação que contemplem as pessoas com renda insuficiente, garantindo o bem estar destas, resguardando o meio ambiente e reduzindo as diferenças sociais.

Na lição de José Afonso da Silva, o significado do direito à moradia é embasado na Constituição da República Portuguesa, conforme expresso a seguir:⁷

5 SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. Rio de Janeiro, 2008.

6 SAULE JÚNIOR, Nelson. A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004. p.149.

7 SILVA, José Afonso. Direito Urbanístico Brasileiro. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

Direito à moradia significa, em primeiro lugar, não ser privado arbitrariamente de uma habitação de conseguir uma; e, por outro lado significa o direito de obter uma, o que exige medidas e prestações estatais adequadas à sua efetivação, que são os tais programas habitacionais de que fala o art. 23, IX, da CF, pois é um direito que “não terá o mínimo de garantia se as pessoas não tiverem possibilidade de conseguir habitação própria ou de obter uma por arrendamento em condições compatíveis com os rendimentos da família” – anotam Canotilho e Vital Moreira em comentários ao n.3 do art.65 da Constituição Portuguesa, que se observa tratar-se de um direito social complexo e multifacetado, cuja garantia exige a construção de suficientes para todos, devendo o Estado apoiar as iniciativas pessoais (designadamente “autoconstrução”) ou cooperativas, estimular e controlar a atividade das empresas privadas de construção e lançar iniciativas públicas de construção.

A moradia precisa ser entendida como direito indisponível, a fim de garantir a segurança jurídica, boa localização e acessibilidade as pessoas, compondo o que se chama de vida digna, pois o cidadão jamais poderá ser privado de ter um lar para conferir asilo a si e a sua prole, sendo, nas palavras de Aith, “o *locus* da convivência familiar (...) o centro de onde se irradiam as ações de cada indivíduo em sua convivência social”⁸.

Vale salientar, que muito antes da Constituição Republicana de 1988, a Declaração Universal dos Direitos Homem tratou a moradia como direito extensível a todos.

2.3 APP X Direito à moradia: Coexistência é Possível?

As invasões de APPs constituem um grave problema urbano e a Cidade de Manaus é um grande exemplo disso, em

⁸ AITH, Fernando Mussa Abujamra. O Direito à Moradia e suas Garantias no Sistema de Proteção dos Direitos Humanos. Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito. Orientador: Prof. Dr. Fábio Konder Comparato. São Paulo: Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo - USP, 2001. p.1

razão das constantes invasões, principalmente no declive dos igarapés.

Pode-se perceber que apesar das limitações impostas pelo Código Florestal acerca das áreas de preservação permanente, várias dessas áreas são ocupadas de modo irregular por famílias que não tem onde morar, servindo de apoio para a instalação de casas em situação de riscos à vida, à saúde e mesmo à existência digna, além de afetar prejudicialmente o meio ambiente.

No exemplo de Manaus, houve o desenvolvimento de um programa de governo denominado PROSAMIM - Programa Social e Ambiental dos Igarapés de Manaus, visando à retirada das famílias das margens dos igarapés, prevendo infraestrutura sanitária com ampliação da cobertura dos serviços de água potável e esgoto sanitário, incluindo disposição final de águas servidas e melhoria dos serviços de coleta e disposição adequadas de lixo.⁹

No âmbito federal, para diminuir o déficit habitacional, pode-se citar o Programa Minha Casa Minha Vida, que tem por objetivo alcançar as famílias com renda de até três salários mínimos.

Com isso, percebe-se que a coexistência entre direito à moradia e áreas de preservação permanente é possível, sim, sendo de grande valia as políticas públicas, que no dizer de Bucci são “programas de ação governamental que resultam de um conjunto de processos disciplinados pelo Direito voltados à realização de fins socialmente relevantes e juridicamente determinados”¹⁰, voltadas à garantia dos direitos sociais e fundamentais estabelecidos na Carta Maior.

⁹ Disponível em: < <http://www.suhab.am.gov.br/>>. Acesso em: 07 jun. 2010.

¹⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito e políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2007.

3 A intervenção do MPE - Ministério Público do Estado do Amazonas nas ocupações e invasões das APPs

3.1 Ministério Público: origem e funções institucionais

Conforme João Gaspar Rodrigues, as Constituições Federais que antecederam a de 1988, omitiram-se em definir Ministério Público. Somente a carta Magna de 1988 passou a conferir o destaque de que antes a Instituição não gozava.¹¹

Neste sentido, Hugo Nigro Mazzilli faz a utilização histórica do crescimento institucional do Ministério Público, por sua vez da constituição democrática de 18 de setembro de 1946 à Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969:¹²

Na Constituição de 1946 voltou a dar relevo à instituição, conferindo-lhe título próprio (art. 125 a 128). Previu-se a organização do Ministério Público da União (art.125) e os Estados (art.128); a escolha do procurador-geral da República, dentre as pessoas que preenchessem os mesmos requisitos de Ministros do Supremo Tribunal Federal (art126);

[...]

asseguraram-se as garantias de estabilidade e inamovibilidade (art. 127), bem como se instituiu o princípio da promoção de entrância a entrância (art.128).

[...]

Em 24 de janeiro de 1967, promulgou-se nova Constituição, cujos arts. 137 a 139 colocaram a instituição do Ministério Público como Seção no capítulo do Poder Judiciário. Foram mantidas, em linhas gerais, regras anteriormente vigentes, estendendo-se aos membros do Ministério Público a disciplina da aposentadoria e dos vencimentos que vigia para a magistratura (arts.108, parágrafo 1º e 136, parágrafo 4º; por sua vez, os arts. 44, II; 45, I, c.c.

11 RODRIGUES, João Gaspar. O Ministério Público e um novo modelo de Estado. Manaus: Valer; Associação Amazonense do Ministério Público, 1999. p. 23.

12 MAZZILLI, Hugo Nigro. Regime Jurídico do Ministério Público. 6. ed. rev. ampl. Atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 49-51.

o art. 138; 112 parágrafo 2º; 114, I, a e l; 121, parágrafo 1º, b; 133, parágrafo 5º, e 13, IV, correspondiam a dispositivos esparsos da Constituição anterior.

Sobrevieram mais dois novos golpes militares, um por meio do Ato institucional n. 5, de 1968, e outro, em 1969, por meio do qual uma junta militar sob forma de “Emenda Constitucional n1, de 17 de outubro de 1969”, decretou a carta de 1969, colocaram a instituição do Ministério Público dentro do capítulo “do Poder Executivo”.

[...]

Em 1978, o Congresso promulgou a Emenda Constitucional n.11, que introduziu o §5º ao art.32 da Carta de 1969, segundo o qual o procurador-geral da República poderia requerer, em casos de crimes contra a segurança nacional, a suspensão do exercício do mandato parlamentar.

Em 1988, a Constituição da República Federativa do Brasil trouxe em seu corpo o Ministério Público com sua função de fiscalização e tutela jurisdicional, sendo importante frisar que é exercendo sua autonomia e militando na defesa dos interesses difusos e sociais que o Ministério Público cumpre sua função institucional.

Mazzilli ressalta “que a opção do Constituinte de 1988 foi, sem dúvida, conferir um elevado status constitucional do Ministério Público Brasileiro quase erigindo a um quarto poder”¹³.

Nessa ótica, a Constituição da República em seu art.127, diz: que o Ministério Público é 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.

Por mais, está expressa na Constituição Federal em seu artigo 129, incisos I a IX, as funções institucionais do Ministério Público que são:

13 MAZZILLI, op. cit., p.103.

- I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;
- II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;
- 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;
- IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;
- V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;
- VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;
- VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;
- VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;
- IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

No que se refere às ocupações nas APPs, o Ministério Público é ator de relevante papel na solução, uma vez que lhe cabe, como função institucional, atuar, juridicamente, na defesa do meio ambiente.¹⁴

14 É a Constituição Federal que atribui tal função ao Ministério Público, como se vê de seu artigo 129, III

3. 2 Meios de atuação do Ministério Público do Estado nas APPs

3.2.1 Ação Civil Pública e o inquérito civil na defesa dos interesses difusos

Ante a titularidade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, pode este ser entendido como um direito difuso.

Ao exemplificar tal categoria de direitos, Hugo Nigro Mazilli¹⁵ menciona o direito ao meio ambiente:

O objeto dos interesses difusos é indivisível. Assim, por exemplo, a pretensão ao meio ambiente hígido, posto compartilhável por número indeterminável de pessoas, não pode ser quantificável ou dividida entre os membros da coletividade; também o produto da eventual indenização obtida em razão da degradação ambiental não pode ser repartido entre os integrantes do grupo lesado, não apenas porque cada um dos lesados não pode ser individualmente determinado, mas porque o próprio interesse é indivisível. Destarte, estão incluídos no grupo lesado não só os atuais moradores da região atingida, como também os futuros moradores do local; não só as pessoas que ali vivem atualmente, mas até mesmo as gerações futuras que, não raro, também suportarão os efeitos da degradação ambiental.

É a titularidade que justifica a atuação do Ministério Público na defesa do meio ambiente, já que a Constituição Federal atribuiu à Instituição a função de atuar instaurando inquérito civil e ajuizando ação civil pública em defesa do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Tal atribuição já era traçada pela Lei da Ação Civil Pública¹⁶, que previa a atuação ministerial no pólo ativo

15 MAZILLI, Hugo Nigri. A defesa dos interesses públicos em juízo. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 49.

16 BRASIL. Lei 7347. Brasília: Diário Oficial da União, 24 jul.1985.

das ações relacionadas à defesa dos direitos difusos, sendo, posteriormente, expressada na Constituição.

Segundo Guimarães Júnior¹⁷

Hoje, podemos afirmar que a legitimidade do Ministério Público para propositura de ação civil para a proteção de interesses difusos e coletivos é inquestionável, embora do ponto de vista processual tenha caráter extraordinário.

A ação civil é instrumento derivado do inquérito civil pública em defesa do meio ambiente acentuada na Política Nacional do Meio Ambiente Lei nº 6.938/1981 concedendo legitimação ao Ministério Público para a tutela dos interesses essenciais da sociedade.

Na lição de Fiorillo, pode-se verificar:¹⁸

A Lei da Ação Civil Pública presta-se à defesa de interesses coletivos lato sensu, à proteção do patrimônio público, meio ambiente, consumidores e a ordem econômica tendo por fim a condenação dos responsáveis à reparação do interesse lesado, preferencialmente com o cumprimento específico da pena.

Tal mecanismo é uma forma de materializar a proteção ao meio em que vivemos, fazendo com que o indivíduo ou o Poder Público coercitivamente repare o dano cometido contra o meio ambiente, seja este de forma omissa ou não.

Edis Miralé salienta sobre a prescrição da ação civil pública acerca do dano ambiental coletivo e do dano ambiental propriamente dito:¹⁹

No caso de ação civil pública veiculadora de pretensão reparatória do dano ambiental coletivo, não consta

17 GUIMARÃES JÚNIOR, João Lopes. Ministério Público: proposta para uma nova postura no processo civil. In: Ministério Público: Instituição e Processo. FERRAZ, Antônio Augusto Melo de Camargo. São Paulo: Atlas, 1997.

18 FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Curso de direito ambiental brasileiro. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

19 MIRALÉ, Edis. Direito do ambiente: doutrina e jurisprudência, glossário. 5.ed. São Paulo: Revistas dos tribunais, 2007. p. 1047

em nosso ordenamento jurídico como disciplina específica em matéria prescricional. Tudo conduz, portanto, a conclusão de que se inscreve no rol das ações imprescritíveis. De fato, o estabelecimento de um prazo para o ajuizamento ação tendente à composição da lesão ambiental resulta por completo e inadequado para o sistema da prescrição. É que a lentidão com que sugerem e se manifestam as consequências da contaminação pode chegar a vários anos, circunstância totalmente incompatível com o sistema clássico de prescrição.

O autor quis dizer, que, quando se fala em direito tutelado como meio ambiente ecologicamente equilibrado, verifica-se a questão de um direito indispensável para a coletividade, sendo o dano ambiental em relação às APPs ligado inteiramente a proteção do ecossistema como todo junto com o bem estar social, longe de ser prescritível.

Outro mecanismo de atuação ministerial na defesa das áreas de preservação permanente é a instauração do inquérito civil, consistindo no simples método voltado a identificar fatos para um fundamento de uma eventual ação civil pública. Analisando o assunto, Miralé elucida²⁰:

o inquérito civil, destinado a fornecer provas e demais elementos de convicção que fundamentem a ação do Ministério Público na defesa de valores, direitos e interesses metaindividuais, é procedimento de natureza inquisitorial (MIRALÉ, 2007, p. 963).

Quanto a este poderão ser requisitados, de qualquer repartição pública ou particular, documento, informações, exames ou perícias, no prazo, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis, conforme estabelece o artigo 71, parágrafo 1º da lei Orgânica Estadual do Ministério Público, podendo

²⁰ MIRALÉ, op.cit.,p.1047.

ser remetidas notificações, audiência com testemunhas, entre outras diligências.

O autor Pedro da Silva Dinamarco explica:²¹

O Ministério Público não está obrigado a instaurar o inquérito civil antes de ajuizar qualquer ação civil pública. Excepcionalmente se já houver elementos de convicção suficientes, a demanda pode ser eventualmente ajuizada sem ele. Mas sua utilização é sempre recomendável, a fim de evitar a propositura de ações públicas temerárias e até mesmo a obtenção de liminares impertinentes, concedida a partir de uma realidade fática distorcida e que poderia ter sido apurada no curso do inquérito [...].

Contudo, esse elemento é uma forma do promotor de justiça formar sua convicção no sentido da existência ou não da necessidade de uma possível ação, podendo ser ajuizada quando o objeto investigado for compatível com o ajuizamento em função do interesse coletivo.

4. O Ministério Público do Estado do Amazonas e as APPs em Manaus²²

No período compreendido entre 2009 e junho de 2010, o Ministério Público do Estado do Amazonas efetuou quatro autuações extrajudiciais nas três Promotorias Especializadas na Defesa do Meio Ambiente da Comarca da Capital, relativas a invasões de APPs ocorridas em Manaus.

Da análise destas autuações, é possível verificar a diversidade de mecanismos de acesso ao Órgão Ministerial, uma vez que os autos de nº 305/09 e 471/09 tiveram origem em atendimento a particular, realizado nos Gabinetes das Promotorias de Justiça, enquanto que os autos de nº 042/2010

21 DINAMARCO, Pedro da Silva. Ação Civil Pública. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 238.

22 Dados obtidos na Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Amazonas, junto à Coordenação de Apoio Operacional às Promotorias Especializadas na Defesa do Meio Ambiente e Patrimônio Histórico do Ministério Público do Estado do Amazonas.

originaram-se de denúncia realizada por popular através da Central de Informação do Ministério Público e os autos de nº 434/09 iniciaram-se através do conhecimento por meio de notícia veiculada na imprensa local.

Quanto às áreas afetadas, vê-se que correspondem a APPs situadas no Parque Shangrilá IV, Bairro Monte das Oliveiras, Corredor Ecológico do Mindú e margens do Igarapé do Mindú, nas proximidades do Conjunto Colina do Aleixo.

Destas autuações, uma foi convertida em Inquérito Civil, duas tramitam como Procedimentos Administrativos, visando à coleta de informações preparatórias a eventual instauração de Inquérito Civil ou propositura de Ação Civil Pública e uma teve seu arquivamento postulado.

A autuação referente ao Parque Shangrilá IV atualmente aguarda resposta a requisições expedidas pelo Promotor de Justiça responsável à Secretaria Municipal de Meio Ambiente e Sustentabilidade – SEMMAS, a fim de realizar vistoria técnica no local.

A autuação referente ao Monte das Oliveiras atualmente aguarda resposta de Ofício expedido à SEMMAS pelo Promotor de Justiça responsável, visando à qualificação dos supostos invasores para fins de persecução criminal e à informação acerca de eventual retirada dos invasores da APP.

A autuação referente ao Corredor Ecológico do Mindú encontra-se, também, aguardando resposta de expediente encaminhado à SEMMAS, visando à elucidação dos danos ocorridos e da dimensão da área em questão.

A autuação referente às margens do Igarapé do Mindú teve manifestação visando ao respectivo arquivamento encaminhada ao Conselho Superior do Ministério Público, ante a ausência de elementos que indicassem omissão por meio do Poder Público, uma vez que se teve da notícia da retirada dos invasores pela SEMMAS.

5 Conclusão

O choque entre o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o direito à moradia concretiza-se nas invasões e ocupações de Áreas de Preservação Permanente - APPs em Manaus.

O Ministério Público Estadual é órgão com função institucional para atuar no referente choque, sendo que as demandas respectivas chegam ao Ministério Público de formas variadas.

A atuação do Ministério Público, que pode resultar em termo de ajustamento de conduta, inquérito civil ou ação civil pública necessita da atuação de outras instituições, a título de exemplo, para realização de perícias e levantamentos técnicos.

The performance of the Amazonas State Public Prosecutor in invasions and occupations of Permanent Preservation Areas - PPAs - in Manaus.

Abstract: The right to an ecologically balanced environment is ensured by the Constitution of 1988 as a fundamental right, even if dispersed, earning the government framework to be effectively exercised and guaranteed. To ensure that the right to an ecologically balanced environment, the state puts it, under his tutelage, certain areas, called permanent preservation areas - PPAs, whose flora and fauna should be preserved, either in favor of the very biodiversity that exists there, whether in maintain the quality of human life. In urban areas, the PPAs are subject to invasion and occupation human irregular, resulting in its deterioration. Therefore, this article aims at analyzing the demand and the way of performance of the Public Prosecutors in APPs in invasions and occupations that occur in Manaus. Facing the reality, to survey the results of work performed by the State Parquet, in the manner in which the shock occurs the solution of fundamental rights: the right to housing and the right to an ecologically balanced environment, both related to

human dignity, constitutional principle . In the task of acting legally in defense of the environment, the prosecutor is referring primarily, as viewed from its institutional role, required by the Constitution.

Keywords: Right to environment. Permanent Preservation Areas. Public Prosecutors

Referências

AITH, Fernando Mussa Abujamra. *O Direito à Moradia e suas Garantias no Sistema de Proteção dos Direitos Humanos*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito. Orientador: Prof. Dr. Fábio Konder Comparato. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2001.

BRASIL. Lei 6.938. Brasília: *Diário Oficial da União*, 2 set. 1981.

_____. Lei 9.985. Brasília: *Diário Oficial da União*. 18 jul. 2000.

_____. Lei 7.347. Brasília: *Diário Oficial da União*, 24 jul. 1985.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2007.

DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Saraiva, 2001.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FERRAZ, Antônio Augusto Melo de Camargo e GUIMARÃES JÚNIOR, João Lopes. *Ministério Público: Instituição e Processo*. São Paulo: Atlas, 1997.

MAZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses públicos em juízo*. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Regime Jurídico do Ministério Público*. 6 ed.rev. ampl.atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRALÉ, Edis. *Direito do ambiente: doutrina e jurisprudência, glossário*. 5. ed. São Paulo: Revistas dos tribunais, 2007.

RODRIGUES, João Gaspar. *O Ministério Público e um novo modelo de Estado*. Manaus: Valer; Associação Amazonense do Ministério Público, 1999.

SAULE JÚNIOR, Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SIRVINKAS, Paulo Luís. *Manual de Direito Ambiental*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

A violência doméstica contra a mulher: avanços e entraves da lei Maria da Penha em Manaus

*Leda Mara Nascimento Albuquerque**

Sumário: 1 Introdução. 2 Conceito de violência doméstica. 3 A violência doméstica em Manaus: avanços e limites da Lei Maria da Penha. 4 Conclusão. Referências.

Resumo: O presente artigo tem por desiderato expor e analisar a Lei Maria da Penha, destacando seus avanços na normativa jurídica nacional e a forma como sua publicação modificou a resposta que o Estado dá, atualmente, à violência doméstica e familiar contra as mulheres e o conseqüente rompimento com paradigmas tradicionais do Direito. O trabalho dá ênfase aos avanços e limites da Lei 11.340/2006, dedicando especial atenção ao trabalho desenvolvido pela Delegacia Especializada em Crimes e Proteção à Mulher e a Vara Maria da Penha, ambas em Manaus, onde o índice de violência apresenta-se preocupante, na medida em que se registrou, de 2007 a 2009, mais de 26.000 ocorrências de crimes dessa natureza. Assim, o conjunto normativo é interpretado, mensurando-se sua efetividade à proteção dos direitos fundamentais da mulher, mormente, no que respeita à violência doméstica e familiar.

Palavras-Chave: Violência doméstica. Direitos Humanos. Lei Maria da Penha.

1 Introdução

O presente artigo tem por propósito fornecer informações e conceitos sobre a violência doméstica contra a mulher. A partir de um levantamento na literatura afim, foram extraídas

* Promotora de Justiça do MP/AM, Titular da 7ª Promotoria Criminal e Professora da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas. Mestranda em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília - CEUB.

conceituações e definições básicas que nos auxiliam na compreensão de assunto tão difundido e que, por razões culturais, sofre diferentes interpretações. Este artigo não esgota as definições a respeito, mas apresenta a diversidade de contribuições ao tema, auxiliando aqueles que operam com o conceito no dia-a-dia, e que necessitam de referências teóricas para a definição de políticas e tomada de decisões.

Conjugada com esse estudo, a Lei nº. 11.340/06, que consagra um microsistema jurídico de enfrentamento da violência intrafamiliar, merece ser analisada sob o ponto de vista de sua qualidade, eficácia e teor de inovação. Embora pesquisas recentes apontem que 68% da população brasileira conhecem a lei, dos quais 83% reconhecem sua eficácia no enfrentamento à violência doméstica e guarida da unidade familiar, esse processo de conscientização social acerca da norma, por si só, não é suficiente para erradicar a violência ocorrida na ambiência doméstica. É cogente, também, o estudo sobre os Juizados Especiais de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, que, indubitavelmente, representam um largo passo na direção da simplificação dos procedimentos judiciais e da democratização do acesso à Justiça, por meio de políticas públicas afirmativas de prevenção e mediação dos conflitos.

A construção desse trabalho tem por desiderato, portanto, a análise desse novo formato de processo que está sendo construído. A lei estabelece a tramitação conjunta dos feitos criminais e civis em um só juízo. Há que se perguntar se essa nova modalidade permite uma abordagem sistêmica do problema, com maior celeridade e segurança jurídica nas decisões, com o engajamento dos agentes públicos, dentro de suas competências, alcançando-se, assim, os fins colimados pela lei.

Delimitando o cenário, pautou-se o estudo em questão, nas informações fornecidas pela Vara Especializada em Crimes de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, em Manaus, que

completou dois anos no dia 8 de março de 2009 e já é referência no País. Segundo o primeiro relatório social da Vara, equipes do Poder Judiciário de vários Estados brasileiros estão vindo a Manaus conhecer o trabalho desenvolvido na “Vara Maria da Penha” que, por sua atuação, não apenas descortinou uma dura realidade mas, sobretudo, chamou, ainda mais, a atenção da sociedade para um dos mais cruéis e perversos aspectos da discriminação de gêneros.

2 Conceito de violência doméstica

Aprioristicamente cumpre resgatar, nessas primeiras linhas, que não consiste em tarefa fácil definir a violência doméstica contra a mulher, mormente por ser este, em que pese sua positividade, um tema ainda periférico nas ciências jurídicas, que tem merecido atenção, no mais das vezes, apenas dos profissionais com atuação nessa área. Não vislumbramos na literatura, por exemplo, uma definição mais completa e precisa sobre as situações em que essa modalidade de violência resta demonstrada.

Esta categorização tem se mostrado muito mais intuitiva do que formal. Soma-se a essa dificuldade a controvérsia e a complexidade da locução violência, inserida em polêmicas teorias sociológicas, antropológicas, psicológicas e jurídicas, que findam por dificultar um tratamento científico do tema.

Há que se ver, ademais, que os múltiplos significados da violência doméstica vêm sendo utilizado para nomear desde as formas mais cruéis de tortura até as formas mais sutis da violência, que têm lugar no cotidiano da vida social, na família, nas empresas ou em instituições públicas, entre outras.

Alguns pesquisadores propõem definições abrangentes da violência que levem em conta o contexto social, a distribuição desigual de bens e informações. Para compreender a violência

deve-se levar em consideração as condições sociais geradoras de violência - sociais, políticas, econômicas - e não apenas os episódios agudos, como a violência física explícita.

Alguns cientistas sociais, ao tratarem da violência contra a mulher de maneira mais abrangente, sustentam que a violência é própria da essência humana (do estado de natureza). Sobre o tema, Pierre Bourdieu (2003, p. 120) dá ênfase à questão simbólica das relações de gênero, como fundamental para a compreensão do fenômeno da violência contra a mulher.

Para tanto destaca a construção social das diferenças entre homens e mulheres a partir do princípio da visão social que divide, arbitrariamente, o mundo. Tal princípio funciona como um esquema de percepção, de pensamento e ação que sugere que a divisão entre os sexos está na ordem das coisas, ou seja, algo que é natural a ponto de ser entendido como inevitável. Essa visão andocêntrica finda por legitimar, na sociedade, a ordem masculina, que funciona como uma imensa máquina simbólica tendente a ratificação da dominação do homem, sobre o qual se alicerça um poder simbólico, gerador da violência simbólica.

Enquanto fenômeno estritamente humano, a violência não pode ser percebida fora de um determinado quadro histórico - cultural. Assim como as normas de conduta variam do ponto de vista cultural e histórico a depender do grupo que está sendo analisado, atos considerados violentos por determinadas culturas não são assim percebidos por outras.

Durante muito tempo, os castigos físicos infligidos a crianças foram considerados normais. Assim, também, ocorria com a violência contra a mulher, que era considerada, até recentemente, como corriqueira e natural nas relações familiares em virtude do poder que o homem detinha sobre a mulher, em face do pátrio poder e do casamento.

A par dessa leitura, afirma-se, como consequência imediata, que a violência é percebida de forma heterogênea e multifacetada, a partir da própria estrutura simbólica vigente

na sociedade. Verifica-se que a percepção contemporânea da violência foi ampliada não apenas do ponto de vista de sua intensidade, mas, igualmente, na perspectiva de sua própria extensão conceitual.

Convém, então, dizer que as noções de violento e violência estão relacionadas à maldade humana, ou ao uso da força contra o fraco, o pobre ou o destituído. A violência seria resultante de um desequilíbrio entre fortes e fracos. Isso envia um traço essencial do discurso de senso comum sobre a violência.

Feliz definição sobre a violência contra as mulheres, proferiu o Conselho da Europa, ao conceituá-la como qualquer ação ou omissão tendente a infligir sofrimentos físicos, sexuais ou mentais, direta ou indiretamente, por meio de enganos, ameaças, coação ou qualquer outro meio, a qualquer mulher, e tendo por objetivo e como efeito intimidá-la, puní-la ou humilhá-la, ou mantê-la nos papéis estereotipados ligados ao seu sexo, ou recusar-lhe a dignidade humana, a autonomia sexual, a integridade física, mental e moral, ou abalar a sua segurança pessoal, o seu amor próprio ou a sua personalidade, ou diminuir as suas capacidades físicas ou intelectuais.

Seguindo essa linha, merece análise, aqui, o conceito de violência doméstica e familiar constante no texto da Lei 11.340/2006, com o qual têm trabalhado os Juizados e as Delegacias Especializadas. Expressa o art. 5º, que a violência doméstica e familiar contra a mulher caracteriza-se por qualquer ação ou omissão baseada no gênero, que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial, no âmbito:

I – da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II – da família, compreendida como comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III – de qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Analisando a letra do dispositivo, registra-se que a Lei Maria da Penha supriu lacunas do ordenamento jurídico, pouco importando a forma de violência perpetrada contra a mulher, na residência ou fora dela, pelo companheiro ou por qualquer familiar, que a tutela da lei incidirá. Ademais, o reconhecimento legal da família constituída por vontade expressa, permite uma interpretação no sentido de englobar um casal homossexual, no presente caso, especificamente o casal composto por mulheres. Para sanar qualquer dúvida, o parágrafo único do art. 5º, da Lei, assegura que as relações pessoais, outrora mencionadas e constantes no artigo citado, independem de orientação sexual.

O legislador, de forma expressa, extirpou qualquer possibilidade de interpretação diversa da aqui estabelecida. Uma interpretação sistemática do inciso II com o parágrafo único do mesmo artigo 5º permite afirmar que a lei reconheceu a união homoafetiva entre mulheres.

Stela Cavalcanti (2008, p. 29) conceitua a violência doméstica como “aquela praticada no lar ou na unidade doméstica, geralmente por um membro da família que viva com a vítima, podendo ser este homem ou mulher, criança, adolescente ou adulto”.¹ Para ela esse é um tipo de violência que ocorre dentro de casa, nas relações entre as pessoas da família, entre homens e mulheres, pais, mães e filhos, entre jovens e idosos.

Embora muitos doutrinadores – e o próprio legislador – prefiram denominar a violência doméstica como intrafamiliar, vale alertar que essa violência de gênero pode ocorrer fora do espaço doméstico, como resultado de relações violentas entre

1 CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. A violência doméstica como violação dos Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.jus.com.br>>. Acesso em: 07 dez. 2009.

membros da própria família, razão porque existe uma crítica com relação a essa terminologia, posto que sua utilização poderia secundar no acobertamento da violência praticada contra a mulher.

O termo violência intrafamiliar tem sido bastante usado nos programas nacionais adotados por governos latinos e caribenhos. Na Bolívia, por exemplo, a lei que impulsiona as políticas públicas nessa área denomina-se “Violência na Família ou Doméstica”, compreendida como a agressão física, psicológica ou sexual cometida pelo cônjuge ou convivente, pelos ascendentes e descendentes, irmãos, parentes civis ou afins em linha direta ou colateral, incluindo-se no conceito os tutores, curadores ou encarregados da justiça.

No Chile, há uma legislação específica sob o título “Lei de Violência Intrafamiliar” definida como o maltrato que afeta a saúde física ou psíquica de ascendente, cônjuge, convivente, menores de idade ou incapazes, sejam descendentes, adotados, tutelados, colaterais consanguíneos até o quarto grau, inclusive, dependentes de qualquer dos membros do grupo familiar.

Estudos intitulados “Informes sobre a situação da violência de gênero contra as mulheres”, organizados pelas Nações Unidas e realizados em 1999, em relação à Bolívia, revelam que, das vítimas de violência intrafamiliar, 98,4% são mulheres. Por sua vez, estatísticas policiais realizadas com base em atendimentos realizados no Chile, referentes ao ano de 1997, identificaram o homem como a principal figura agressora, representando 85% dos que praticam a violência intrafamiliar.

A vítima de violência doméstica, geralmente, tem pouca auto-estima e se encontra atada na relação, com quem agride, seja por dependência emocional ou material. O agressor geralmente acusa a vítima de ser responsável pela agressão, a qual acaba sofrendo os efeitos da discriminação, culpa e vergonha. A vítima também se sente violada e traída, já que o agressor promete que

nunca mais vai repetir este tipo de comportamento e termina não cumprindo a promessa.

Estudos da socióloga Heleieth Saffiori² concluíram que “quando as mulheres se atrevem a prestar queixa às autoridades, já estão sofrendo em silêncio há pelo menos dez anos”.

Dentre as inúmeras causas da violência doméstica, a embriagues patológica - estado onde a pessoa que bebe torna-se extremamente agressiva, às vezes nem lembrando com detalhes o que fez durante essas crises de furor e ira – surge como forte responsável pelas agressões que vitimam mulheres.

Além das dificuldades práticas de coibir à violência a situação persiste, geralmente, por omissão das autoridades, ou porque o agressor é o esteio da família e a privação de sua liberdade representará sacrifício para toda a família.

Para entender melhor a violência doméstica, a Conferência de “Beijing” delimitou alguns conceitos sobre a dinâmica e diversas faces desse tipo de violência como, por exemplo, a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda a integridade ou saúde corporal da mulher, manifestada, muitas vezes, por práticas que secundam em lesões corporais e tortura.

Outro tipo tão grave quanto a violência física é a psicológica, caracterizada por ameaça, rejeição, depreciação, discriminação, humilhação, desrespeito, punições exageradas. Trata-se de uma agressão que não deixa marcas corporais visíveis, mas, emocionalmente, causa cicatrizes indelévels, as quais a mulher carrega por toda a vida. O cárcere privado, a ameaça e o constrangimento ilegal são as formas mais usuais dessa modalidade de violência.

Integrando o rol mencionado tem-se, ainda, a violência sexual, entendida como qualquer conduta que constranja a mulher a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força. Nesse caso, muitas vezes, a mulher é induzida a comercializar

2 SAFFIOTI, Heleieth I. B & O Poder do Macho. São Paulo: Moderna, 1987. p 18.

ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, sendo impedida, inclusive, de usar qualquer método contraceptivo ou, por outras, é forçada ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou mesmo à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação pelo próprio parceiro, restando demonstrada a limitação ou anulação de seus direitos sexuais e reprodutivos. São exemplos da violência sexual: o estupro, atentado ao pudor, lenocínio e prostituição.

Com repercussão mais evidente no Direito de Família, merece registro, ademais, a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades e, ainda, a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria, mecanismos comumente usados durante o processo de separação.

Há que merecer destaque, nesse estudo, as possíveis consequências da violência doméstica que vitima a mulher, bem como outras pessoas que, de igual modo, acabam sofrendo as sequelas similares às da vítima. Crianças e adolescentes, sejam elas também vítimas da violência doméstica ou testemunhas, podem sofrer consequências de ordem psíquica que secundam, no mais das vezes, em delinquência, baixo aproveitamento escolar, abandono de casa para viver nas ruas e comportamento violento.

No caso das mulheres vitimadas, as consequências podem ir da morte às sequelas psíquicas (estresse pós-traumático caracterizado pela destruição da auto-estima, apatia, depressão, ansiedade, isolamento, distúrbios sexuais, distúrbios do sono e pânico) e/ou físicas (lesões leves e/ou graves, cicatrizes

deformantes, mutilações e doenças crônicas), somando-se a estas a incapacidade para o trabalho.

Nos últimos anos temos assistido a utilização do suicídio como um novo recurso utilizado pelas mulheres, para verem-se livres da violência doméstica, razão porque quando se fala em morte, como uma das possíveis consequências desse tipo de violência, não está se falando apenas de assassinato, mas também de suicídio.

Difícil é reconhecer que o enfrentamento desse tema, sobretudo no que respeita a definição e conceituação da violência doméstica, implica na abordagem de questões do sofrimento intenso que a acompanha, sempre disseminado no ambiente em que ela impera. O universo da violência é sempre um universo de dor e sofrimento do qual não podemos e não devemos fugir.

3 A violência doméstica em Manaus: avanços e limites da Lei Maria da Penha.

Como na maioria das cidades brasileiras, sobretudo as de médio e grande porte, onde são publicizados - alguns com grande repercussão - um elevado número de casos de estupros, lesões corporais e homicídios que vitimam mulheres, Manaus também tem sido palco deste grave problema social que é a violência de gênero.

A variedade das situações violentas vividas por mulheres na Capital mencionada tem dado vazão a estudos em diferentes áreas do saber, relacionadas principalmente com saúde pública, direitos humanos e segurança pública. Acompanhando um quadro geral, é vasta a discussão nos meios acadêmicos, na mídia e no movimento social organizado, tendente à garantia dos direitos humanos e, via de consequência, a proteção da mulher contra atos dessa natureza.

A violência doméstica contra mulheres, como outrora fora afirmado, revela como agressor alguém que tem relação com a mulher agredida, o que coloca, no mais das vezes, a vítima na defensiva. Em razão disso, em Manaus, assim como no resto do País, o movimento feminista acaba cumprindo um papel determinante no sentido de dar visibilidade a esse grave problema social. Foi, também, no início dos anos 80 que a temática, ora abordada, passou a ser discutida de forma mais ampla na capital do Amazonas.

Saltavam aos olhos, naquele período, a impunidade originária das decisões dos Tribunais que acolhiam as teses da legítima defesa da honra e da violenta emoção, com a nítida intenção de “justificar” o assassinato de mulheres e a liberdade conferida ao réu supostamente traído. Casos paradigmáticos de violência doméstica, como o crime que ceifou a vida de Ângela Diniz, tornaram-se símbolo das lutas feministas para que a impunidade não imperasse no País, tendo em vista as absurdas teses formuladas por seus advogados e a execração pública a que eram submetidas às vítimas.

Em Manaus segundo Jucelem Ramos (1997, p. 54), no livro “Violência Física Contra a Mulher na Cidade de Manaus”, após a Decretação do ano internacional da Mulher, nos anos 70 e 80, começaram a surgir os grupos feministas, que propiciaram a criação de várias organizações feministas, como: Comitê da Mulher Universitária, União de Mulheres de Manaus, Comitê da Mulher Trabalhadora, Associações de Mulheres de Bairros e a Pastoral Operaria, em 81.

Com a organização e evolução dos movimentos de mulheres, algumas entidades - Pastoral da Terra, Pastoral da Juventude e Associação de Mulheres Indígenas do Alto Rio Negro - foram somando-se às demais e unindo-se no enfrentamento a discriminação da mulher.

Em Março de 1986, a Deputada Elizabeth Azize propõe um projeto de lei que cria a delegacia de Defesa dos Direitos da

Mulher, mesmo período em que foi constituída a 1ª Conferencia Estadual de Saúde e Direitos da Mulher. Em 1987, um marco positivo do movimento foi a ocorrência do 8º Encontro da Mulher Trabalhadora do Amazonas, ocasião em que mulheres de todo o Estado não só denunciaram situações locais de violência, bem como fizeram coro com o movimento nacional de mulheres, aderindo a campanha contra o leite importado contaminado pela Usina Chernobyl.

Em 88, no clima de promulgação da nova Carta da República, a Deputada Betty Suely apresenta na Assembleia Legislativa o projeto para criação do Conselho Estadual da Condição Feminina – aprovado em 1989, através da Lei 1903/88, como Conselho Estadual da Mulher. No ano de 1987 foi, finalmente, inaugurada a Delegacia Especializada em Crimes contra a Mulher de Manaus que, já no primeiro ano, registrava uma média de, aproximadamente, 900 casos por mês.

Outro dado marcante a merecer registro, diz respeito à apresentação, pela Vereadora Vanessa Grazziotin, em 1988, do Projeto de Lei que cria o Conselho Municipal da Condição Feminina, o qual sofreu alterações em 02 de setembro de 2005, quando passou a ser chamado de Conselho Municipal dos Direitos da Mulher. Em 2009, por força e empenho das diversas entidades de proteção à mulher, no Amazonas, as mulheres amazônidas reúnem-se no I Encontro de Estudos Sobre Mulheres da Floresta (EMFLOR).

Não foram poucos, já nesse período, os atos e manifestações que repudiavam, especificamente, a violência doméstica e conjugal, ocorridas em Manaus, de modo que, com o passar dos anos, esse problema a ser resolvido entre “quatro paredes” – defendido por algumas alas masculinas e femininas - passou a ganhar maior espaço e a ser tratado, seguindo a pauta nacional, como uma violação dos Direitos Humanos.

No contexto dos esforços levados a efeito pelo movimento feminista foram criados, a partir da década de 1980, grupos

ligados à denúncia dos crimes e ao amparo às vítimas, como o SOS Mulher, os Conselhos da Condição Feminina, as Delegacias de Defesa da Mulher e, felizmente, em meados dos anos 90, as casas-abrigo, para que, após o registro da ocorrência contra seu agressor, a vítima não tivesse de pronto, que retornar para o convívio com o mesmo.

Há que se ressaltar, no entanto, que logo após a implantação das primeiras Delegacias Especializadas em Crimes Contra a Mulher (DECCM), era comum as mulheres buscarem na DECCM uma solução atípica para seus problemas domésticos e, mesmo para as situações de violência conjugal, que contrariavam, sobremaneira, os reais objetivos a que se propunha o Estado quando criou ditas repartições policiais. Não raras vezes, a delegada funcionava muito mais como assistente social a aconselhar e orientar o agressor do que, propriamente, como autoridade policial no propósito de cumprir a lei.

Em que pese à boa vontade e, quiçá, o bom senso de algumas delegadas ao adotarem tais procedimentos, vários registros de ameaça e lesão corporal leve, em Manaus e no resto do país, converteram-se, ato contínuo, em crimes de homicídio contra parte dessas vítimas. Estes exemplos são indicativos de que discutir a violência doméstica traz à tona outra discussão sobre os limites da intervenção do Estado nas relações pertencentes ao universo privado, as relações familiares.

Soares (1999) assevera que “trata-se agora de experiências e tentativas de regulação da vida privada em matéria pública, uma vez que se realizam em nome da igualdade de direitos e do combate à discriminação”. E se a pretensão é refletir sobre a juridicização dos conflitos de ordem privada, faz-se necessário repensar o papel da luta iniciada pelo movimento feminista há mais de trinta anos, e persistir no trabalho de conscientização de vários segmentos da sociedade, que ainda resistem em se indignar com esse problema social.

Interessante frisar que, apesar de alguns desencontros, as Delegacias de Proteção à Mulher são representativas de instituições paradigmáticas que relacionam a dimensão pública e privada. Neste âmbito a violência doméstica, tida como algo do mundo privado, alcança a esfera pública e torna-se objeto de políticas específicas. Além disso, as DECCM fazem o meio de campo entre a lei e a vida privada das pessoas.

O jogo de poder dentro de uma relação conjugal tem como resultado formas variadas de atitudes violentas e de opressão que nem sempre são consideradas crimes, sob a tutela do Estado. Neste contexto, a lista dos atos que são considerados violências se amplia para além daqueles considerados crimes pelo Código Penal.

Manaus, cidade com cerca de dois milhões de habitantes, conta com apenas uma delegacia especializada de proteção a mulher, localizada em um bairro de classe média alta, o que dificulta – mas não impede - o acesso de mulheres ao local.

No geral, as mulheres vítimas de violência intrafamiliar priorizam o atendimento especializado, tendo em vista o melhor preparo da equipe policial, o que minimiza o sentimento de vergonha e medo, comuns naquela que foi vítima de agressão por seu parceiro.

Inobstante esses fatos, segundo o site da Assembléia Legislativa do Estado do Amazonas, somente de 2007 a Outubro de 2009, quando a DECCM passou a integrar a rede de proteção à mulher, criada pelo Governo do Estado, foram registradas 26.550 ocorrências, entre ameaças, lesão corporal, calúnia, injúria ou difamação, perturbação da tranquilidade, constrangimento ilegal, maus-tratos, violação de domicílio, estelionato, assédio sexual, tentativa de homicídio, cárcere privado, entre outros crimes.

Segundo dados colhidos junto à DECCM, as ocorrências dando conta de lesão corporal representam 40% dos casos. A delegada titular da DECCM, Catarina Torres, associou o aumento

dos registros à atual conscientização da mulher para denunciar o agressor:

Muitos crimes registrados na delegacia já vinham acontecendo há anos, mas as vítimas tinham medo de denunciar. Hoje, a mulher sabe que precisa entregar o criminoso para ter seu problema resolvido. Com essa mudança de atitude, aumentaram as ocorrências, asseverou.

Em 1987, com a publicação da Lei 11.340/2006, que ampliou a concepção de violência doméstica e familiar, punindo com mais rigor as condutas delituosas praticadas em face da mulher, como a violência física, psíquica, moral, sexual e patrimonial, foi instalada em Manaus, desta vez na Zona Leste – área carente do município - a Vara Especializada em Crimes de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher no Amazonas. Somente no período de maio a dezembro de 2007, a Vara abriu 79 processos envolvendo casos de agressão.

Ao fazer um resumo do perfil das vítimas, quanto à idade, a Vara Especializada intitulada de ‘Maria da Penha”, que tinha a frente a Juíza Titular, Dra. Carla Reis³, informa que a maioria das mulheres que sofrem agressão está dentro da idade produtiva, ou seja, 72% têm entre 18 e 45 anos, agravando a situação da mulher agredida que, algumas vezes, precisa faltar ao trabalho, resultando essa ausência em demissão. As vítimas, em sua maioria, têm apenas o ensino fundamental incompleto, com 38% do total dos dados levantados. Quanto ao nível de emprego, muitas mulheres alegaram que começaram a ser agredidas após manifestarem interesse em atuar no mercado de trabalho, fato que demonstra que muitos agressores não aceitam que a companheira labore fora de casa.

Apesar disso, entre as mulheres atendidas na Vara Especializada, em 2007, 35% estavam desempregadas e as que estavam trabalhando, em sua maioria, percebiam entre um e

³ Juíza titular do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, em Manaus, hoje Desembargadora do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas.

dois salários mínimos, ao mês. Segundo a Vara Especializada, entre os agressores, 53% também ganham entre um e dois salários mínimos. De acordo com dados obtidos, junto a VMP, o maior número de casos de violência doméstica e familiar vem da zona Leste de Manaus, com 35% dos casos. No entanto, a grande surpresa desse levantamento, ficou por conta da Zona Norte, área nobre da cidade, que vem em seguida, com 32% dos casos.

Os números apontam, ademais, que entre os motivos apresentados para a violência doméstica e familiar está o uso de bebidas alcoólicas, por parte de 26% dos agressores que admitiram beber diariamente, e 27% apenas nos finais de semana. A cerveja é a bebida mais consumida por 86% dos homens que agredem suas companheiras, seguida da cachaça.

Quanto ao uso de drogas, 3% das vítimas usam, diariamente, enquanto 5% delas pararam de usar e 88% afirmam nunca ter usado nenhum tipo de drogas. Entre os agressores, 47% afirmam nunca ter usado drogas, 7% usam diariamente, 30% parou de usar, enquanto 13% dos agressores usam esporadicamente.

Diante do perfil social das vítimas e agressores apresentado, a Vara “Maria da Penha” informou que o próximo passo consiste na implementação de políticas públicas, tendentes ao combate da violência doméstica e familiar e, acrescenta que tais políticas devem ter caráter preventivo sim, mas, sobretudo, voltar o olhar àquelas mulheres que, vítimas de agressão por seus companheiros, precisam do apoio do Poder Público, para retomarem suas vidas, tão logo denunciam seus algozes. Alguns mecanismos já existem, como a Casa Abrigo “Antônia Nascimento Priante” e o Serviço de Apoio Emergencial à Mulher (SAPEM).

Ao analisar algumas Decisões proferidas na Vara Especializada em Manaus, restou nítido que, inobstante a inconstitucionalidade da Lei argüida em alguns Estados do país, não há o menor problema com o artigo 33 e tampouco com a letra do artigo 41 da Lei “Maria da Penha”. A análise geral das

sentenças revela que é entendimento daquele Juizado não existir afronta ao princípio da isonomia, não se aplicando, ainda, os institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95 em caso de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Deste modo, em se configurando a violência doméstica e familiar contra a mulher, qualquer que seja o crime e sua pena, não cabe transação penal, nem suspensão condicional do processo e, tampouco, há que se falar em composição civil dos danos. De igual modo, não se lavra termo circunstanciado (em caso de prisão em flagrante, devendo ser lavrado auto de prisão em flagrante e, se for o caso, arbitrada fiança). A autoridade policial fica, portanto, obrigada a instaurar inquérito policial, com a medida paralela prevista no art. 12, III, e §§ 1º e 2º da Lei nº 11.340/06, devendo a denúncia vir por escrito, e o procedimento obedecer ao que está previsto no Código de Processo Penal. Em se tratando de lesão corporal leve a ação penal, segundo Julgados daquele Juizado, será de iniciativa pública incondicionada.

Além de denegrir a imagem da mulher, como forma de justificar os atos de agressão, é ponto comum nas petições ajuizadas por advogados, na Vara em comento, a formulação da tese de que a Lei “Maria da Penha” fere o pacto federativo, tendo em vista que a lei federal, ao pretender atribuir às Varas Criminais a competência transitória para o processo e julgamento dos crimes praticados em decorrência de violência doméstica e familiar contra a mulher, dispôs sobre competência de juízo, invadindo, deste modo, a competência legislativa dos Estados em matéria de organização judiciária, ressalvada pelo art. 125, § 1º, da Constituição Federal. Para os defensores, não pode a Lei federal definir competência de juízo, até porque não há como a União descer às idiosincrasias de cada Estado para saber qual a necessidade de demanda dos órgãos jurisdicionais dos Entes Federativos em suas diversas Comarcas.

Felizmente, na contramão do argumento, as Juízas e Juízes com atuação na Vara Maria da Penha, diante de tais argumentos, tem sustentado que em direito, o supérfluo é errôneo. Ensinam que, para além da igualdade formal do “todos são iguais perante a lei”, o artigo 3º da nossa Magna Carta reafirma como objetivos fundamentais da República a remoção dos obstáculos econômicos e sociais que, limitando de fato a liberdade e a igualdade dos cidadãos impede o pleno desenvolvimento da pessoa humana e a efetiva participação de todos e todas na organização política, econômica e social do país.

Todos e todas devem ter as mesmas possibilidades concretas de exercer o próprio direito, devendo os poderes públicos intervir para eliminar os privilégios e principais disparidades, eventualmente criadas pelo sistema econômico e social, através de leis que estabeleçam tratamento diferenciado em favor dos mais débeis, a fim de reequilibrar o jogo e alcançar o bem-estar e a justiça social.

A restrição à aplicação de penas de multa e “cestas básicas”, imposta pela Lei 11.340/2006, é outro ponto que merece ênfase, em nossa análise no que respeita a efetividade da Lei, de vez que é resultante do descrédito de tais penas, decorrente, dentre outras coisas, do simples fato de não poderem, em caso de descumprimento injustificado por parte do réu, ser convertidas em pena privativa de liberdade. Não vedou a Lei, no entanto, se cabível, a aplicação das outras penas restritivas de direitos que, se descumpridas, são passíveis de conversão em prisão, na forma do art. 44, § 4º, do Código Penal.

Também sobre o tema, não tem sido vislumbrada, pelos magistrados da VMP, qualquer inconstitucionalidade na vedação em comento, sob a perspectiva do princípio da individualização da pena, a uma porque não se vedou a aplicação de outras penas restritivas de direitos, como visto; a duas, porque o art. 5º, XLVI, da Constituição Federal, estabelece que caberá à Lei regular tal individualização.

Percebe-se que um dos aspectos que gerou, em princípio, desconfortos entre aquilo que quer a lei e a sua efetivação, refere-se à definição conceitual de violência doméstica e familiar contra a mulher, mormente por não dominarem, os serventuários da justiça e a própria sociedade (onde se incluem as vítimas) o novel texto legal.

São os artigos 5º e 7º os responsáveis por determinar o âmbito de incidência da Lei, já que são eles que definem o que configura e quais as formas de violência doméstica e familiar contra a mulher. Seu exame conjunto, portanto, mostra-se fundamental para estabelecer quando se aplica a Lei "Maria da Penha".

Tão logo foi posta em prática a Lei, uma primeira observação que se fazia dizia respeito a que mulher estava sujeita à proteção legal. Aprioristicamente e sem vislumbrar exclusões, concluiu-se que qualquer mulher estava por ela tutelada, independente da idade - adulta, idosa ou, até mesmo, criança ou adolescente. Nestes últimos casos, haverá superposição de normas protetivas, pela incidência simultânea dos Estatutos do Idoso e da Criança e Adolescente, que não parecem excluir as normas de proteção da Lei "Maria da Penha" que, inclusive, complementam a abrangência de tutela.

Embora resgatado em momento anterior, não é demais considerar outro ponto positivado na Lei, que se refere à ausência de preconceito no que tange às relações domésticas homoafetivas, entre mulheres. Qualquer delas, independente do papel que desempenham na relação, está sujeita à proteção legal, como estabelece o parágrafo único, do artigo 5º, da Lei Maria da Penha.

Inegável, no entanto, o fato de que esse elastério conceitual de que se valeram os artigos multicitados, ao definirem o âmbito de incidência da Lei, autorizaram a formulação de juízos de adequação excessivamente abertos, vagos e imprecisos e,

portanto, contrários à ideia de segurança jurídica que deve nortear o Direito Penal. Desse modo, diante do caso concreto, pode o Juiz podar eventuais excessos interpretativos, de maneira que não se aplique a Lei, por exemplo, ao parceiro que, por qualquer razão, não venha cumprindo regularmente com suas obrigações sexuais.

A Lei traz, antecipando-se às reformas do Código de Processo Penal, autênticas medidas cautelares alternativas à prisão, misturadas a outras medidas cautelares de caráter extrapenal e a medidas administrativas de proteção à mulher, postuladas nos artigos 11, 22, 23 e 24, os últimos sob o título de medidas protetivas de urgência.

Ocorre que essas providências legais, a exemplo do que se vê no artigo 11 da Lei multicitada, por administrativas que são e a cargo da autoridade policial, deram às feministas a impressão enganosa de que, a partir da Lei, as mulheres, quando ameaçadas, poderiam dispor da proteção policial. Essa errônea interpretação, por vezes, gera incompreensões e constrangimentos na DECCM e na própria Vara.

No que toca as medidas protetivas de urgência, que se dividem naquelas que obrigam o agressor e nas que simplesmente protegem a ofendida, ambas merecem aprofundada reflexão, a revelar sua natureza e permitir compreender a questão da iniciativa, sob pena de gerar interpretações equivocadas e inconformismo exacerbado com as Decisões.

De se notar que as medidas especificadas em cada um dos artigos mencionados são sempre exemplificativas, não esgotando o rol de providências protetivas passíveis de adoção, consoante ressalvado no art. 22, § 1º e no caput dos artigos 23 e 24.

Chama a atenção, na Vara Especializada em violência doméstica contra a mulher, no Amazonas, a possibilidade da mulher agredida, dirigir-se ao Juiz, independentemente de

advogado ou defensor, tendo em vista a natureza das medidas de cunho administrativo, previstas nos incisos I e II do artigo 23, da Lei suscitada. O mesmo não se pode dizer, entretanto, das medidas cautelares, típicas de Direito de Família, previstas nos incisos III e IV do mesmo dispositivo e, ainda, daquelas previstas no artigo 24, de cunho patrimonial, com natureza extrapenal, as quais deverão ser requeridas pela vítima, representada por seu advogado.

O art. 20 da Lei em exame estabelece a possibilidade de decretação da prisão preventiva, prevista nos artigos 311/316 do Código de Processo Penal, em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, podendo, dito instituto, ser revogado se, no curso do processo, o juiz verificar a inexistência de motivos para que a prisão subsista e, no sentido oposto, voltar a decretá-la, se sobrevier razões que a justifiquem.

Deste modo, são aplicáveis à espécie todos os dispositivos que dispõem sobre a prisão preventiva. A novidade está no acréscimo de inciso ao art. 313 do Código de Processo Penal, que cuida dos pressupostos de cabimento da prisão preventiva. Por força do art. 42 da Lei “Maria da Penha”, aquele dispositivo legal passou a admitir a comentada modalidade de custódia, nos crimes que envolverem violência doméstica e familiar contra a mulher.

Da interpretação sistemática do dispositivo referido, podem-se extrair as seguintes conclusões, que geram conflitos de interpretação entre os aplicadores da Lei, na Vara Especializada em Violência Contra a Mulher no Amazonas:

1 - a prisão preventiva cogitada na Lei “Maria da Penha” continua cabendo apenas diante de crimes dolosos; a uma, porque o novo inciso IV do art. 313 do Código de Processo Penal se subordina ao seu caput, onde, na parte final, se estabelece que a medida excepcional só é cabível em crimes dolosos, estando, por conseguinte, excluídas de sua incidência as contravenções

e os crimes culposos; a duas, porque em sede de crime culposos não se cogita de “violência” doméstica e familiar contra a mulher.

2 - o inciso IV pode abranger qualquer crime doloso, independente da pena ou das condições pessoais do criminoso, desde que praticado com violência doméstica e familiar contra a mulher, com a identificação conceitual estabelecida nos artigos 5º e 7º, da Lei em exame.

3 - neste caso específico de prisão preventiva do inciso IV, a medida será ainda mais excepcional e, necessariamente, subsidiária às outras medidas cautelares, definidas como protetivas de urgência, estabelecidas nos artigos 22, 23 e 24 da Lei “Maria da Penha”. Só caberá a prisão preventiva, nas hipóteses de violência doméstica e familiar contra a mulher aventadas, exclusivamente, no inciso IV do art. 313 para assegurar a eficácia daquelas medidas protetivas de urgência, se as mesmas, por si só, se revelarem ineficazes para a tutela da mulher.

4 - tal restrição se torna desimportante na hipótese do caso se enquadrar nas demais situações estabelecidas nos artigos. 313, incisos I, II e III do Código de Processo Penal, os pressupostos clássicos da prisão preventiva, ou seja, crime doloso punido com reclusão, punido com detenção quando o réu é vadio ou há dúvidas sobre sua identificação, ou, independente da pena cominada, se o réu já foi condenado por outro crime doloso.

Presente algum dos outros três pressupostos da prisão preventiva, ainda que o crime seja resultado de violência doméstica e familiar contra a mulher, não se precisará recorrer ao inciso IV, cabendo a prisão preventiva, independente da eficácia ou não das outras medidas protetivas de urgência, pelas simples hipóteses estabelecidas nos incisos I, II e III, do art. 313, do Estatuto supradito.

É preciso, portanto, principalmente nos crimes ditos de menor potencial ofensivo, em virtude da pequena quantidade

de pena privativa de liberdade cominada, que o Juiz aja com bastante prudência na hora de decidir pela prisão do agressor, medida que só pode ser reservada a última ratio e, em nenhuma hipótese, pode exceder, em tempo de duração, à projeção de aplicação da pena privativa de liberdade cominada, em caso de condenação, o que faria com que perdesse o contorno de cautelaridade que se deve exigir da prisão preventiva.

De lembrar, ademais, que não se poderá cogitar da prisão preventiva, mesmo em casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, se dos autos se delinearem situações que caracterize excludente de antijuridicidade ou da culpabilidade, por força do texto do artigo 314 do Código de Processo Penal, aplicável aos crimes de violência doméstica. Essa tem sido, vale frisar, uma das preocupações da Vara Especializada, tendo em vista a expectativa da mulher agredida, diante da possibilidade de prisão do parceiro agressor. Em muitos casos, nem sempre, a necessidade da custódia se faz evidente.

Importa observar que, nada obstante o art. 20 da Lei ter estabelecido que a prisão possa ser adotada “em qualquer fase do inquérito ou processo”, reproduzindo, neste particular, a norma estabelecida no art. 311, primeira parte, do Código de Processo Penal, vários advogados e defensores têm sustentado em suas petições libertárias que não cabe prisão preventiva antes do oferecimento da denúncia ou queixa, primeiro, porque se tem “indícios suficientes” para a decretação da prisão preventiva, tendo que haver, no entanto, indícios para o exercício da ação penal - leia-se, justa causa; segundo, porque a hipótese atual de prisão antes do exercício da ação penal é a prisão temporária, de que trata a Lei nº 7.960/89, presentes os seus pressupostos legais.

Por fim, uma última abordagem sobre o tema que foi, inclusive, apontado como um problema de ordem interpretativa e exegética pelos aplicadores do direito na VMP, diz respeito à

possibilidade de “renúncia” à representação, pela vítima, para o início da Ação Penal

Em breves linhas resgata-se, sobre o tema, que o crime de lesões corporais era inicialmente de ação pública incondicionada, ocorrendo, em 1999, uma alteração introduzida pelo artigo 88, da Lei nº 9.099, cujo teor passou a exigir representação à ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões corporais culposas. A partir de então, portanto, o crime de lesões corporais passou a ser de ação penal pública condicionada.

Com a Lei Maria da Penha a matéria passou a ser tratada pelo artigo 16, o qual admitia a renúncia à representação, desde que formulada em juízo, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público. Acrescentava-se, em seu artigo 41, a inaplicabilidade da Lei dos Juizados Especiais Criminais, aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher.

Vê-se, nessa linha de raciocínio, duas normas, determinando, a primeira, que a renúncia à representação, em crimes de ação penal pública condicionada envolvendo violência contra a mulher, será feita perante o magistrado e, outra, preconizando que a tais crimes não se aplicam as regras da Lei nº 9.099/95.

Diante disso, a Vara Especializada em Manaus, em uma interpretação literal, vinha concluindo que os crimes de lesões corporais cometidos na modalidade de violência doméstica são de ação incondicionada. O raciocínio é simples: o art. 41 da Lei Maria da Penha afastou desses delitos as regras da Lei nº 9.099/95; com isso, o art. 88 daquela lei não mais se aplica às lesões corporais envolvendo violência doméstica; sendo assim, não se exige representação nessas hipóteses, porque o CP não o faz.

Dariamos a questão por encerrada, não fossem os modernos métodos interpretativos que remetem a qualquer

conclusão desejada. Com efeito, se depreende, hoje, que mesmo quando a lei é clara, pode não expressar a vontade do legislador, que se expressou sem clareza. A par dessa leitura percebe-se que a vontade do legislador se extrai de raciocínios complicados, pensamentos complexos, mas jamais da prosaica operação de ler e compreender, o que nos autoriza a conclusão de que a vontade do legislador está na cabeça de quem interpreta a lei, e não na objetividade do texto normativo.

Uma interpretação teleológica nos remeteria a conclusão que, nos crimes de lesões corporais nos delitos de violência doméstica, remanesce a ação penal pública incondicionada.

Ocorre que o propósito da Lei Maria da Penha é, exatamente, garantir a punição daqueles que praticam a violência doméstica, cercando a mulher de mecanismos que garantam sua integridade física, razão porque condicionou a renúncia à representação, em crimes de ação condicionada, a um ato mais solene (audiência em juízo), desde que ouvido o MP e antes do recebimento da denúncia. Restou claro o propósito do legislador em dar maior segurança à vítima para prosseguir na Ação, garantindo o processo e a punição de seu agressor.

Apesar de tais considerações, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se firmou no sentido que culminou no julgamento, pela Terceira Seção, em 24 de fevereiro de 2010: é imprescindível a representação da vítima para propor ação penal nos casos de lesões corporais leves decorrentes de violência doméstica. Tanto a Quinta quanto a Sexta Turmas, que juntas formam a Terceira Seção do Tribunal, vêm interpretando que a Lei Maria da Penha é compatível com o instituto da representação, peculiar às ações penais públicas condicionadas.

4 Conclusão

Incluída dentre aqueles que não têm a veleidade de imporem-se como conhecedores da verdade absoluta, ousou

afirmar que a violência doméstica é a origem da violência que assusta a todos, sendo impossível não reconhecer, a guisa de conclusão, que aqueles que convivem com a violência, muitas vezes, até mesmo antes de nascer e durante a infância e a adolescência, acham muito natural e até normal o uso da força física, visto que para essas pessoas a violência é algo presente e frequente em seu cotidiano.

Dito isso, ênfase como conclusão primeira desse trabalho, que a eliminação da violência e da discriminação contra a mulher, bem como o desrespeito pelos seus direitos só será, efetivamente, alcançada quando e se a promoção e a sensibilização para os direitos humanos se iniciar numa tenra idade. Somente iniciando uma estratégia com a mulher, considerada não na simples condição de filha, futura esposa ou jovem mãe, mas como uma pessoa com individualidades próprias e inerentes direitos e liberdades fundamentais, se encontrará uma resposta adequada e duradoura para os abusos e arbitrariedades cometidas

Embora reconhecendo esse fato, o Estado, com a evidente discriminação e violência contra as mulheres, passou a intervir através da edição de leis e da adoção de políticas públicas tendentes a coibir os diversos tipos de violência, fazendo, então, com que as mulheres se sentissem mais seguras, a partir do resgate de sua cidadania e dignidade.

Inferre-se da análise expendida, que a lei Maria da Penha, além de inovar no conceito de família, também, rompe com a dicotomia público/privado, alcançando um espaço doméstico, inatingível, de vez que destinado, exclusivamente, à mulher e seu companheiro.

Essa leitura gerou um sentimento de impunidade pela violência doméstica, como se o que acontecesse dentro da casa não interessasse a ninguém. A autoridade do marido, no moldes da família patriarcal, permitia o direito de dispor do corpo, da

saúde e até da vida da sua esposa. Essa autoridade do homem/marido sempre foi respeitada de forma que a Justiça parava na porta do lar, e a polícia sequer podia prender o agressor em flagrante.

Embora o imaginário social vislumbrasse a casa como um lugar seguro, onde o ser humano podia se abrigar e estar protegido contra possíveis perigos, para a maior parte das mulheres, que sofrem ou sofreram algum tipo de violência de gênero, a casa passava a ser o lugar mais perigoso.

Dessa forma, considera-se que a lei Maria da Penha representa um marco na proteção da família e um resgate da cidadania feminina, na medida em que a mulher ficará a salvo do agressor e, assim, poderá denunciar as agressões sem temer as retaliações comuns, no dia seguinte ao do registro da ocorrência nas delegacias especializadas.

Indo além, no que toca ao reconhecimento legal de uniões homoafetivas femininas, a lei institucionaliza uma situação inegável e com clara constatação fática, além de significar um avanço para romper com os preconceitos existentes.

Assimilar novos modelos familiares não significa dizer que a família será destruída. Conceber apenas a família nuclear composta pelo casal heterossexual e filhos como o único modelo de família aceitável, é incompatível com a natureza afetiva da família. A noção de família, como núcleo de afetividade e base da sociedade, deve ser encarada, como de fato é, como um fator cultural. E, dessa maneira, a legislação deve acompanhar a evolução da sociedade e, conseqüentemente, dos arranjos familiares.

No entanto, a julgar pelo trabalho desenvolvido pela Delegacia Especializada em Crimes Contra a Mulher e pela Vara Maria da Penha, em Manaus, este avanço e os conseqüentes efeitos mobilizatórios na sociedade e no Estado para que a Lei "Maria da Penha" seja implementada eficazmente, não devem

diminuir a necessidade da adoção ou da reforma de outras leis e de outras políticas públicas de combate as variadas formas de violência contra as mulheres.

Nota-se, pelos dados levantados na DECCM e na VMP, que as ações desenvolvidas não foram suficientemente eficientes para reduzir os índices de crimes em que se denota a violência doméstica.

Mesmo que nos últimos dez anos tenha havido mudanças importantes no tratamento dado aos casos de violência doméstica, com a adoção de políticas públicas, como a criação da rede de proteção à mulher, no Amazonas, o número de registros é, ainda, muito alto, o que quer dizer que esse é um problema longe de estar solucionado. Mas, além de decifrar o perfil de vítimas e agressores e as várias formas de violência que costumam ocorrer, é necessário também dimensionar, monitorar e avaliar periodicamente as mais diversas políticas públicas e outras ações já implantadas no país.

Os dados avaliativos das taxas de violência e os dados avaliativos de políticas sociais podem e devem se complementar. Se as taxas de violência diminuírem, é um sinal de que as medidas preventivas e de tratamento podem estar sendo eficazes.

É preciso não perder de vista que a juridicização e a transformação das violências domésticas em crime é apenas um dos caminhos a serem seguidos. Faz-se imperiosa a elaboração, também, de outros mecanismos sociais aptos a resolver este problema social, analisando, debatendo nos meios acadêmicos, inclusive, de que forma estão sendo configuradas as relações de gênero dentro das relações matrimoniais.

Voltar atenção para aquilo que as feministas tanto debateram nos fins da década de 1970, ou seja, as relações hierarquizadas entre homens e mulheres, onde os atos de violência são considerados legítimos. A juridicização tem repercussão pragmática frente à violência contra mulher, os

atos de violência expressam algo mais do que conflitos conjugais resolvidos de forma violenta, eles apontam para a forma como são e estão estruturadas as relações entre homens e mulheres em nossa sociedade. Esse deve ser o nosso foco.

A Lei 11.340/2006 não é, portanto, o fim da linha na adoção de normas e de políticas públicas de combate a diversas formas de violência contra as mulheres, incluindo a própria questão da violência doméstica contra as mulheres. Esse foi, indubitavelmente, um grande passo, uma vitória parcial numa longa e árdua jornada pela luta contra todas as formas de discriminação e de violência contra as mulheres.

O trabalho em apreço revelou-se de grande importância para a dissertação na qual venho trabalhando, mormente por ter me autorizado à percepção do quão interessante são as delegacias e a própria justiça, como campo de pesquisa. A delegacia é a porta de entrada do sistema de justiça criminal, onde deve ser dimensionado o encaminhamento processual dado às denúncias após serem enviadas à Justiça.

Nesse particular, penso que ainda precisamos avançar muito, tendo em vista a precariedade e a incipiência de nosso banco de dados. Alguns países, como a Espanha, já possuem uma complexa base de dados nacional, que informa todos os tipos de processos judiciais que tiveram andamento em um determinado período, o sexo de vítimas e réus, os desfechos processuais, penas aplicadas, etc. São dados, também, indispensáveis, que ajudam a avaliar precisamente o desempenho da justiça nos casos de violência contra a mulher.

Ainda sobre o tema, não é demais atentarmos para o modo como as Decisões Judiciais estão sendo proferidas, no que toca a Lei 11.340/2006, posto que os juízes penais, em particular, não estão livres de orientarem-se, em suas decisões, segundo as suas pessoais convicções morais, como vem ocorrendo, mas devem, ao contrário, sujeitar-se às leis, mesmo se em contraste com tais convicções.

Ao menos em princípio, a ética formalista é precisamente a sua ética profissional, que os impede de antepor ou sobrepor ao direito a sua moralidade substancial e subjetiva, enquanto esta, exteriorizando-se no exercício de um poder equivale, para quem a ele se submete, ao arbítrio e ao abuso. O formalismo ético nas posturas práticas dos juízes diante das leis segue o modelo cognitivo e garantista da jurisdição e da separação do direito da moral: a estrita legalidade está a exigir, moral e politicamente, dos juízes que eles julguem apenas de forma jurídica e não, também, moral e politicamente, e apenas os fatos e não os seus autores.

O juiz do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher tem, agora, à sua disposição, instrumentos processuais suficientes para proporcionar integral proteção às vítimas dessa violência de gênero.

The domestic violence against women: advances and limits of Maria da Penha Law in Manaus

Abstract: This article is to expose and analyze the desideratum Maria da Penha Law, highlighting their advances in national legal rules and how your publication change the response that the state is currently the domestic violence against women and consequent break with the paradigms traditional law. The work emphasizes the advances and limits of Law 11340/2006, devoting special attention to the work of Police Specialized Crimes and Protection of Women and Vara Maria da Penha, both in Manaus, where the rate of violence presents itself worrying, as it was recorded, from 2007 to 2009, more than 26,000 instances of such crimes. Thus, the law is interpreted, measuring its effectiveness if the protection of fundamental rights of women, especially in relation to domestic and family violence.

Keywords: Domestic Violence - Human Rights - Maria da Penha Law.

Referências

- BASTOS, Marcelo Lessa. Violência doméstica e familiar contra a mulher. Lei "Maria da Penha". Alguns comentários. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 10, n. 1189, 3 out. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9006>>. Acesso em: 30 out. 2006.
- BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003. p. 120.
- BRANDÃO, Elaine Reis. *Nos Corredores de uma Delegacia de Mulher: um estudo etnográfico sobre as mulheres e a violência conjugal*. Dissertação de mestrado, Instituto de Medicina Social, UERJ, 1996. 188 p.
- CARNEIRO, Sueli. Mulheres em movimento. *Estudos Avançados*, v.17 n. 49. São Paulo, set./dec. 2003. ISSN 0103-4014.
- CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. *Violência Doméstica contra a mulher no Brasil*. 2. ed. Salvador, Bahia: Podivm, 2008, p. 29.
- CEPIA. Traduzindo a legislação com a perspectiva de Gênero n. 1. *Instrumentos Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro, 1999.
- CONVENÇÃO Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher Convenção de Belém do Pará. Disponível em: <<http://www.cfemea.org.br>>. Acesso em: 15 dez. 2009.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão - Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- LIANE, Sonia, Rovinski, Reichert. *Dano psíquico em mulheres vítimas de violência*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2005.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Identidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus. *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte, 2002.
- PEDRO, Joana & GROSSI, Miram Pillar (Orgs.), *Masculino, Feminino, Plural*, Florianópolis: Mulheres, 1998.
- PERES, Andréia. A violência dentro de casa. *Cláudia*. jul.1996, p. 16.
- PIOSEVAN, Flávia. *Lei Maria da Penha: Inconstitucional não é a lei, mas a ausência dela*. Rio de Janeiro, 14 out. 2007. Disponível em: <<http://www.correiodobrasil.com.br/noticia.asp?c=127613>>. Acesso em 22 dez. 2009.

PONTES, Heloísa Andréa. *Do Palco aos Bastidores (O SOS Mulher de São Paulo e as Práticas Feministas Contemporâneas)*, Dissertação de Mestrado, UNICAMP, 1986.

RAMOS. Jucelem Belchior. *A Violência física contra a mulher na cidade de Manaus*. Manaus: Universidade do Amazonas. 1997.

SÁ, Renata Álvares. Monografia do curso de direito. *Violência doméstica e de gênero contra a mulher: Um problema marcado por uma desigual distribuição de poder*. Rio de Janeiro, 2005.

SECRETARIA Especial de Políticas para as Mulheres. *Programa de prevenção, assistência e combate à violência contra a mulher*. Plano Nacional: diálogos sobre violência doméstica e de gênero: construindo políticas públicas. Brasília: A Secretaria, 2003. Disponível em: <<https://www.presidencia.gov.br/spmulheres/ct/livro.pdf>>. Acesso em: 22 dez. 2009.

SOARES, Bárbara Masumeci. *Guia Prático Para um Programa de Segurança da Mulher* (versão preliminar). Rio de Janeiro: CESeC, UCAM, [200?].

As peculiaridades do exercício da função ministerial nas comarcas do interior

*João Gaspar Rodrigues**

Sumário: 1 Introdução. 2 Relação institucional com a comunidade, demais autoridades e agentes públicos. 2.1 Comunidade. 2.2 Autoridades municipais. 2.3 Polícias Civil e Militar. 2.4 Juiz da Comarca. 2.5 Serventuários da justiça. 2.6 Advogados. 2.7 Segmentos organizados da comunidade: sindicatos, associações de bairro, ONG's. 2.8 O risco da instrumentalização. 3 Atendimento ao público. 3.1 Pertinência com as funções institucionais. 3.2 Fixação de horário de atendimento. 3.3 Registro. 4 Cuidados necessários. 4.1 Denuncismo. 4.2 Andamento processual. 4.3 Residência na comarca. 4.4 Controle da vaidade. 5 Feitos nos quais o MP intervém por força de lei. 6 Feitos em que a intervenção ministerial é desnecessária. 7 Conclusão. Referências.

Resumo: Este estudo, baseado numa longa experiência profissional, tem como objetivo precatar novos agentes ministeriais das sutilezas e das peculiaridades do interior, fornecendo-lhes algumas diretrizes capazes de auxiliá-los na superação de eventuais dificuldades ou na evitação de erros primários. Foram reunidos registros e anotações com o fim de sistematizar reflexões sobre a matéria.

Palavras-chave: Promotor de Justiça. Exercício funcional. Interior: Peculiaridades.

1 Introdução

Como já tivemos ocasião de sublinhar (RODRIGUES, 2010, p. 08), há uma carreira que se destaca por enfrentar, além dos percalços intrínsecos à função pública, os aspectos

* Promotor de Justiça. Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Cândido Mendes/RJ. Membro do Conselho Editorial da Revista Jurídica do Ministério Público do Amazonas. Autor dos livros: "O Ministério Público e um novo modelo de Estado", Manaus: Valer, 1999; "Tóxicos...", Campinas: Bookseller, 2001; "O perfil moral e intelectual do juiz brasileiro", Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007; "Segurança pública e comunidade: alternativas à crise", Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.

cósmicos, naturais, humanos e sociais: é o exercício da função ministerial no interior recuado (e esquecido) do Brasil. Todavia, como a natureza é sábia, são designados para esses rincões – verdadeiros laboratórios de (penosa) iniciação - os profissionais mais jovens, fortes e com uma desenvoltura intelectual cada vez mais apreciável. Munidos com essas ferramentas se dão ao largo da sorte e apuram princípios de conduta no meio da comunidade onde se inserem, sem indagar dos aplausos ou das censuras alheias; sem transigir ou temer – pois não fogem ao encargo em vista de cômodas cavações.

Todavia, apesar desse cenário multicolorido, a verdade é que o promotor do interior, ainda em início de carreira, não é uma fortaleza inexpugnável, dados alguns vetores internos e externos. Essa situação retira-lhe certa independência funcional. Assim, se por um lado temos uma explosão de força (jovem e entusiástica), por outro temos sérios obstáculos ao desempenho eficiente da função constitucionalmente atribuída ao Ministério Público. Essas duas variáveis levaram-nos a reunir anotações e registros com o fim de sistematizar reflexões sobre a matéria.

Há também neste estudo, baseado numa longa experiência profissional, o singelo objetivo de precatar novos agentes ministeriais das sutilezas e das peculiaridades do interior, fornecendo-lhes algumas diretrizes capazes de auxiliá-los na superação de eventuais dificuldades ou na evitação de erros primários.

Aprender com os erros dos outros e não cometê-los é elevada sabedoria. E o homem, como diz NIETZSCHE (2001, p. 141), é educado pelos seus erros. O proveito das lições da experiência alheia consiste nisso: aplicá-las de forma extensiva a outras situações semelhantes, não cometendo erros facilmente evitáveis com um mínimo de prudência. A prudência é uma arte, uma arte de estender as lições aprendidas com a vida o máximo possível, habilitando-nos a suprir as lacunas de um fato com o molde de analogia de outra situação vivida (embora por alheia pessoa).

As dificuldades do promotor do interior são também potencializadas pelo isolamento e abandono a que é condenado, sem segurança e pouquíssimo conforto. E quando vemos que a maioria deles exerce com denodo e brio suas funções, robustece-se em nós a certeza de que a instituição está bem servida e a sociedade tem ainda uma última esperança na caixa de Pandora. O que mais chama atenção? Uma flor entre outras ou uma rosa isolada e perdida entre pedregulhos? Assim, é mais digno de admiração o homem que faz alguma coisa desajudado por todos e em ambiente inóspito, tirando alguma coisa do nada, que o homem que faz muito, ajudado de tudo e por todos, que lavra em terras ubérrimas e com semente da melhor qualidade? A resposta parece óbvia, mas esse estudo não se presta a respondê-la e nem teria elementos fáticos para tanto. Por ora, é nosso propósito fornecer, humildemente, algumas ferramentas retiradas de nossa experiência e com as quais seja possível, em momentos de angústia, tirar algum proveito.

2 Relação institucional com a comunidade, demais autoridades e agentes públicos

2.1 Comunidade

O agente ministerial, ao chegar na cidade do interior, precisa cercar-se de algumas cautelas: 1- auscultar o ritmo da cidade, diagnosticando seus problemas e possíveis soluções; 2- deve adotar uma postura humilde em relação à ferramenta que manuseia (o Direito), sem pretensões de querer revolucionar o modo de vida da cidade (definitivamente não pode superestimar o aparato jurídico como a panaceia do povo), rompendo as naturais lealdades internas dos grupos. Não podemos esquecer a lição sociológica (CHINOY, 1978, p. 374) de que o tamanho limitado e o relativo isolamento dessas pequenas comunidades interioranas associam-nas à homogeneidade, à estabilidade e à resistência à mudança.

O Direito pós-moderno é relativo. Isto porque não se pode conceber verdades jurídicas absolutas, mas sempre dados relativos e provisórios. Na pós-modernidade jurídica, marcada pela constelação de valores e pelos fundamentos linguísticos, o desejo de adotar uma certeza absoluta como remédio universal constitui um vício intelectual. O relativismo pós-moderno oportuniza a consolidação de um saber hermenêutico (SOARES, 2010, p. 53), onde o operador jurídico deve assumir uma posição de circunspeção diante de fórmulas jurídicas absolutas.

Se for verdade que cada fase da civilização tem seu ídolo, o ídolo da que estamos atravessando é o Direito. Convertemo-nos em adoradores e idólatras do Direito. Mas não existe uma experiência tão idônea como a experiência penal para afastar tal idolatria. As misérias do processo penal são o aspecto da miséria fundamental do Direito (CARNELUTTI, 2006, p. 85-86). Não buscamos desvalorizar o Direito, mas evitar que seja supervalorizado, acreditando que basta ter boas leis e bons juízes para alcançar a civilidade definitiva.

Há casos folclóricos de promotores e juízes que foram, literalmente, escorraçados de comarcas interioranas por tentar impor um esquema rígido, reducionista e arrogante, totalmente contrário aos costumes, hábitos e tendências da gente local. Muitas questões que afligem as cidades pequenas do interior, para não dizer a maioria, são refratárias a uma abordagem exclusivamente jurídica ou meramente demandista. Esses lugares precisam mais de justiça social que de justiça penal. Portanto, é por esse ângulo social que a relação de confiança deve ser estabelecida entre promotor e comunidade.

Um exemplo serve para ilustrar o que tentamos delinear acima. Muitas cidades do interior convivem com um trânsito totalmente caótico e ilegal, onde a maioria dos motoristas não possui habilitação ou circula em veículos irregulares. Diante dessa hipótese, como o promotor deve se portar? Recomendando ou determinando (por via judicial, se necessário) que as

autoridades policiais adotem as medidas adequadas como apreensão dos veículos e instauração de procedimentos contra todos que dirijam irregularmente? Isso paralisaria a cidade e geraria um clamor coletivo (que poderia evoluir para uma situação mais delicada, a que não faltam exemplos nos anais da história), sem que as punições resolvessem o problema de raiz: o caos do trânsito. E essas pessoas não obedecem a lei de trânsito por uma razão básica: falta de representação local do Departamento Estadual de Trânsito e o elevado custo da regularização. A solução está mais ligada a um diálogo entre as autoridades e a comunidade, inteligentemente mediado pelo Promotor de Justiça. Ou seja, deve prevalecer o *promotor do resultado* sobre o *promotor demandista* e legalista.

O grande mérito de uma autoridade democrática é fazer com que o poder que lhe é atribuído tenha sua maior expressão na persuasão. E no dizer de B. RUSSELL (1955, p. 146), o derradeiro objetivo de qualquer reformador que tenha em vista a liberdade só poderá ser atingido mediante persuasão. A tentativa de impor-se a liberdade pela força (ou “poder nu” [*naked power*], na definição do próprio RUSSELL (1957, p. 27) sobre aqueles que não desejam aquilo que consideramos liberdade, terá sempre de constituir um fracasso.

A mudança social que muitas vezes representa uma tentativa de solução de um velho problema (como no exemplo acima) pode não só gerar pressões e tensões, porque rompe relações estabelecidas entre os vários elementos da cultura e da estrutura social, mas também estimular a resistência a novas mudanças (CHINOY, 1978, p. 676). A aplicação pura e simples da lei, através de meios judiciais, conquista a submissão do cidadão pelo temor da pena, mas não conquista a cooperação ativa.

Os membros do Ministério Público, principalmente aqueles sediados no interior, também não podem, à evidência, ficar encastelados em uma “torre de marfim”, isolados, à margem das realidades, autossuficientes, procurando em si mesmos o

seu próprio princípio e o seu próprio fim (RODRIGUES, 2009, p. 123), esgrimindo como única arma a engrenagem jurídico-formal posta à sua disposição. Esse perfil é anacrônico e nada contribui para a eficiência dos serviços prestados pela instituição às pequenas comunidades do interior do país.

Diante desse novo perfil resolutivo do MP, é necessário entrar na fileira do formigueiro humano, misturar-se aos *comarcãos* (compartilhando-lhes a sorte) e surpreender-lhes os problemas e as aflições.

Na sagração dos antigos czares russos havia uma cerimônia de alta significação simbólica: o imperador não era confirmado enquanto por três vezes não descesse do trono e penetrasse na multidão; isto queria dizer que na convivência do povo a autoridade e o valor dos monarcas recebia uma sagrada unção (ORTIGÃO, 1887, p. 56-57). Esse simbolismo, *mutatis mutandi*, aplica-se ao promotor de justiça, principalmente àquele destacado para o interior.

2.2 Autoridades municipais

O relacionamento do Promotor de Justiça com as autoridades municipais (prefeito, vereadores e secretários) deve ser profissional e institucional. Manter a justa medida entre a cordialidade e a relação institucional é importante para evitar que possível contato seja interpretado dentro da equação amizade/inimizade. Dado o caráter imparcial da função ministerial (pois a aplicação da lei e a promoção da justiça não discriminam as pessoas) todo esforço deve ser empregado para impedir seja esse verniz arranhado.

Nas pequenas cidades do interior há o costume de polarizar as relações pessoais ou funcionais no círculo estreito da amizade/inimizade. Aprisionar o Promotor nesse esquema schmittiano significa a ruína ou o comprometimento de sua atuação funcional, com sérias consequências para a sua carreira.

Devemos, portanto, ter um cuidado extremo com a aparência. O mundo de hoje é isso: aparência. E a nossa visão e audição, apesar de serem os sentidos mais utilizados, são também os mais frágeis que há no corpo. Vemos o sol pequeno, mas ele é imenso; vemos uma cultura de laboratório livre de movimento, mas microscopicamente há milhares de vidas pululando. Assim vemos um rosto simpático, um sorriso acolhedor, ouvimos um elogio fácil¹, um cumprimento efusivo, mas não vemos nem sentimos o coração, os sentimentos, os costumes, a moral, a saúde mental, os interesses escusos e inconfessos etc. A sedução se dá pelos olhos ou pelos ouvidos. Existem, no entanto, outros mecanismos perceptivos: o cérebro, por exemplo, com suas infindáveis e insondáveis combinações lógicas para fazer um raio-x de uma pessoa. Prudência e sabedoria, eis a nossa bússola e carta de marear.

É óbvio que o promotor deve estar atento a esse cenário movediço e sensível, mas não ao ponto de prejudicar um bom relacionamento com todas as autoridades municipais, independente de coloração partidária. Não podemos esquecer que contar com a boa vontade dessas autoridades significa ter condições de influir produtivamente nos rumos políticos e sociais da comunidade.

2.3 Polícias Civil e Militar

Quase todo o trabalho desenvolvido pela Polícia Militar e pela Polícia Civil tem como destinatário imediato o Promotor de Justiça. Essa circunstância diz muito sobre o tipo de relação a ser estabelecida com essas duas engrenagens do complexo securitário. Ambas estão sujeitas ao controle externo exercido pelo Ministério Público e no interior, é fácil constatar, dada a ausência de autoridades hierarquicamente superiores, os abusos são constantes.

¹ Como diz Bertrand RUSSELL (1954, p. 131), desconfie das opiniões que lisonjeiam o alto apreço em que você se tem.

A população terá no promotor sua tábua de salvação contra as arbitrariedades praticadas por esses dois ramos policiais. Desse modo, monitorar com zelo a atividade policial (civil e militar) é garantia de que os direitos fundamentais de seus comarcãos serão respeitados.

2.4 Juiz da Comarca

A relação com o juiz da comarca é importante por duas razões básicas: 1- é o agente com quem o promotor forçosamente terá de trabalhar, dividindo espaços e ideias; 2- é também o agente encarregado de decidir os pedidos de boa parte das atribuições do MP. Se o promotor não conseguir solucionar o caso extrajudicialmente, não lhe restará outra alternativa senão ingressar em juízo. E ao fazer isso terá pela frente a simpatia intelectual do juiz ou não.

É necessário que seja estabelecida uma relação cordial, elegante e de respeito entre esses dois agentes. O respeito não pode ser confundido com subserviência ou receio de afrontar uma autoridade supostamente “superior” pelo fato de deter a atribuição de decidir. A subserviência ou a humildade excessiva, muitas vezes, surte o efeito contrário: o desprezo e a falta de respeito. Como dizia BALZAC (1963, p. 179-180):

Não seja confiante, nem banal, nem excessivamente obsequiador: três escolhos! A excessiva confiança diminui o respeito, a banalidade acarreta o desprezo, o excessivo zelo arrisca-nos a sermos explorados.

Por uma questão de respeito ou para não criar atritos, o promotor não pode manter-se apático (ou inerte) diante de decisões judiciais contrárias à sua manifestação ou interesse. O ideal é recorrer sistematicamente das decisões que, de alguma forma, colidam com a manifestação ministerial e, principalmente, contrariem o interesse defendido pela instituição. Claro que isso,

de início, pode criar um certo mal-estar entre membros de duas instituições que, por dever de ofício, trabalham juntos: promotor e juiz. Mas, se levado a cabo esse esquema de forma objetiva, desapaixonada e impessoal, ao final, obtém-se dois resultados: 1- uma melhor prestação jurisdicional; 2- a consolidação de uma identidade funcional ao membro do Ministério Público. Com isso, certamente, reinará harmonia e cordialidade entre os dois agentes, delimitando-se o campo de atuação de cada um.

Pode parecer paradoxal a compatibilização de uma disposição institucional cooperativa com a defesa intransigente de competências e atribuições através dos meios recursais disponibilizados pela processualística, mas

não se pode estabelecer um sistema de cooperação extremamente complexo entre as diferentes esferas de poder sem que haja uma clara distribuição de funções e, sobretudo, respeito às áreas privativas de competência (MELLO, 1978, p. 63).

Ressalve-se, por necessário, que o recurso contra decisões judiciais que afrontem a manifestação do MP é uma forma de controle do arbítrio judicial, mesmo que não obtenha êxito em segunda instância. Obviamente, nem toda decisão contrária ao posicionamento ministerial desafia recurso, pois pode ocorrer que a fundamentação do *decisum* convença o agente ministerial da erronia de sua posição originária e que, no caso específico, se fez justiça. O importante é que toda decisão judicial enseje um *juízo sucessivo* do Ministério Público desembocando numa concordância tácita ou em imediato recurso.

Esse *juízo sucessivo* implica não apenas na consolidação do perfil demandista da instituição, mas também em uma forma de instigar o Judiciário, através de seus membros, a dar uma resposta mais eficiente às demandas sociais que estão por trás das ações do MP.

2.5 Serventuários da justiça

Os funcionários e auxiliares da justiça devem ser tratados com urbanidade (LONMP, art. 43, IX) e respeito. Esse tratamento impõe-se como uma questão ética, antes de ser jurídica. A relação com esses servidores deve ser extremamente profissional, pois em sua maioria, para não dizer à unanimidade, apresentam vínculos políticos locais. É importante adotar cautela quando houver a necessidade de manter uma ação em sigilo (pedido de prisão preventiva, busca e apreensão, quebra de sigilo bancário, telefônico etc), pois inevitavelmente haverá vazamento da informação, prejudicando a eficácia de eventual medida.

Em casos tais, o ideal é restringir o universo de pessoas com acesso à informação, pois facilita o monitoramento de eventual vazamento.

2.6 Advogados

Constitucionalmente, o advogado é indispensável à administração da justiça (CF, art. 133). Por isso, direitos e prerrogativas lhe são assegurados, a fim de que possa exercer, livremente, a profissão. São exemplos: a inviolabilidade do local de trabalho, sigilo profissional, comunicação pessoal e reservada com seus clientes presos, ingresso livre nas salas de audiências ou sessões dos tribunais, repartição judicial ou serviço público e tantos outros.

Não é razoável que o promotor fixe horário de atendimento aos advogados. Embora não exista norma expressa em relação ao Ministério Público, o advogado pode “dirigir-se diretamente aos magistrados nas salas e gabinetes de trabalho, independentemente de horário previamente marcado ou outra condição, observando-se a ordem de chegada” (art. 7.º, VIII, do

EOAB). E em relação a esse dispositivo o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que:

“É nula, por ofender ao art. 7.º, VIII da Lei 8.906/94, a Portaria que estabelece horários de atendimento de advogados pelo juiz”².

2.7 Segmentos organizados da comunidade: sindicatos, associações de bairro, ONG's

Segmentos organizados no município (como sindicatos, associações de bairro, organizações não-governamentais etc.) podem ser ferramentas ou parceiros úteis na implementação de eventuais projetos sociais. Como deixamos claro, o aparato jurídico, isoladamente, é insuficiente para solver todos os problemas da gente do interior. Assim, se o promotor desejar promover mudanças de valores, instituições e estrutura social, deverá buscar consenso e legitimidade, estabelecendo um diálogo constante com os segmentos representativos e organizados da comunidade.

Enfeixar esses segmentos numa rede cooperativa é uma tarefa árdua, mas ao fim poderá render excepcionais frutos, podendo ser de grande valia contra a apatia popular. É importante destacar o alto poder de mobilização social (e institucional) de que goza o Ministério Público. E o promotor, portanto, deve fazer uso inteligente desse capital moral em prol do sucesso de seus empreendimentos sociais.

2.8 O risco da instrumentalização

O promotor designado para o interior deve chegar ao seu destino ciente de algo muito importante: carrega consigo uma parcela considerável de poder, principalmente o *jus puniendi*

² Recurso Ordinário em MS n.º 13.262-SC, Rel. p/ acórdão: Ministro Humberto Gomes de Barros, DJU de 30 set. 2002, p. 157.

(além do prestígio institucional do Ministério Público, espécie de respeito moral). E como portador de algo sensível a uma comunidade pequena, muitos tentarão usá-lo como instrumento de vingança (pessoal ou política).

Normalmente, a primeira pessoa que o procura em seu gabinete de trabalho é um vereador da cidade ou um cidadão denunciante (em muitos lugares, impreterivelmente, haverá uma figura folclórica do demandista contumaz), aparentemente preocupado com o interesse público, mas, às vezes, recheado de segundas intenções.

3 Atendimento ao público

O atendimento ao público insere-se como uma das vertentes das funções do Ministério Público que mais aproxima a instituição da sociedade. É uma vitrine onde, por um lado, a instituição toma contato com os problemas do usuário final de seus serviços (indivíduo/sociedade) e, por outro, o cidadão afere as qualidades de eficiência e eficácia institucionais. Constitui-se, ainda, num acesso desburocratizado ao Ministério Público e num canal permanente de diálogo. Nas capitais e nas maiores cidades, esse contato direto é amortecido por serviços de triagem ou de pré-atendimento levado a cabo por servidores comuns, dado o volume sempre crescente da demanda (*atendimento indireto ao público*).

Além disso, como diz Claude JULIEN (1975, p. 74), as grandes concentrações humanas geram o anonimato, a indiferença para com o indivíduo, as regulamentações são cegas ao caso individual e a pessoa é reduzida a um simples número de identidade. O professor não pode mais se interessar por cada aluno numa classe excessivamente cheia, o juiz diante do qual desfila um grande número de acusados oferece a cada um o mínimo de atenção, o vizinho de apartamento no prédio enorme

é, muitas vezes, um desconhecido e as maiores administrações diluem as responsabilidades e estão longe de tratar o usuário como um cidadão que tem direito. Por conta disso, nos grandes centros populacionais o promotor perde esse saudável contato direto com o cidadão e seus problemas mais angustiosos.

No interior, não. Nas cidades interioranas e de pequeno porte, o agente ministerial ainda pode surpreender o problema na sua origem e aviar rapidamente a solução. E, na maioria das vezes, essa solução prescinde das cegas e emperradas engrenagens judiciais. E nessa perspectiva, o promotor pode robustecer um perfil proativo moderno (molde estruturalmente adequado ao Ministério Público de resultados), fazendo do atendimento direto ao público um meio alternativo (e eficiente) de solução dos conflitos (tendência irrecusável do processo contemporâneo – DONIZETTI, 2009, p. 29).

No atendimento ao público tem-se que ser simpático e amável, com uma atitude que revele disponibilidade, confiança, profissionalismo e eficácia. Em certos casos, o atendimento encerra-se com uma orientação jurídica, que embora pareça insignificante para o promotor, revela-se fundamental para quem recebe (muitas vezes, um cidadão de poucas luzes, humilde e desassistido). E isso exige segurança e seriedade no aconselhamento jurídico. O tom de voz e a forma como se dizem as coisas são muito mais relevantes do que as palavras empregadas, sendo uma forma importante na transmissão de uma atitude positiva (cuja influência na pessoa atendida é incomensurável).

Algumas regras revelam-se preciosas no atendimento ao público:

I- Falar de forma clara e natural, evitando utilizar termos muito técnicos; as palavras devem ser simples e de fácil compreensão;

II- Falar com convicção, mas sem presunção ou arrogância;

III- Não se importar em repetir a informação, de forma educada e paciente;

IV- Demonstrar interesse e atenção em ouvir o interlocutor. Expressões de desinteresse ou que sugiram hostilidade devem ser evitadas;

V- Evitar interromper bruscamente o discurso do interlocutor;

VI- Ter sempre à mão papel e caneta para poder tomar notas;

VII- O diálogo não pode ser personalizado, mas a simpatia e a disponibilidade devem prevalecer.

É necessário ficar atento para os atendimentos preferenciais previstos na Constituição e em leis específicas como: idosos, gestantes, deficientes físicos ou com mobilidade reduzida, pessoas acompanhadas com criança de colo etc.

Embora seja caracterizado, legalmente, como uma função institucional do Ministério Público, o atendimento ao público, em regra, não recebe tratamento sistemático nas leis de regência da instituição, sequer em atos normativos infralegais. E isso faz com que, ao invés de ser uma função legal, prescritiva e uniforme, assuma o caráter de compromisso pessoal do membro do MP, carecendo de uma rotina procedimental e metodologia de trabalho onde sejam garantidos padrões mínimos de qualidade.

Quando a lei atribui ao membro do MP o encargo de atendimento ao público refere-se “a qualquer do povo” (art. 32, II, LONMP), sugerindo a irrestrita assistência. Embora os necessitados tenham prioridade, dada a manifesta hipossuficiência, o Ministério Público deve atender a todos indiscriminadamente, desde que a reclamação ou pleito mantenha relação de pertinência com as atribuições institucionais delineadas na Constituição.

Do atendimento ao público pode decorrer, como consequência, a celebração de acordos extrajudiciais com

referendo ministerial, termos de ajustamento de conduta, encaminhamento aos canais competentes, orientação e outras formas de resolução extrajudicial de conflitos, tornando a instituição um valioso canal de acesso à justiça.

3.1 Pertinência com as funções institucionais

O atendimento ao público, assim como qualquer outro mecanismo manuseado pelo Ministério Público, deve guardar relação de pertinência com seus objetivos constitucionais: defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Problemas exclusivamente patrimoniais (dívidas, acordos de terra etc.) e outros casos sem repercussão coletiva e sem caráter de indisponibilidade, envolvendo pessoas maiores e capazes, devem ser encaminhados, conforme o caso, à Defensoria Pública, OAB, Juizado Especial Cível etc (AZIZ JÚNIOR, 2005, p. 618).

3.2 Fixação de horário de atendimento

O Ministério Público tem um rol elástico de atribuições e o legislador infraconstitucional tem, a todo propósito, aberto novas formas de intervenção do MP, seja quando regula a proteção ao idoso, à criança e ao adolescente, ao portador de deficiência etc., seja quanto a questões fundiárias, parcelamento do solo urbano, usucapião etc. Há uma nítida sobrecarga funcional dos membros do Ministério Público, principalmente na área civil, nem sempre compatível com a letra e o espírito da Constituição Federal. Por tal perspectiva não é difícil lobrigar a impossibilidade prática da instituição de se desincumbir, eficientemente, de todas essas atribuições.

Diante de tal situação e da falta de sistematização legal, o membro do Ministério Público pode estabelecer dias e horários

específicos para atender a coletividade, evitando prejuízo às outras atribuições, de cariz igualmente constitucional, que lhe incumbe exercer. O número de pessoas a serem atendidas, entretanto, não pode ser limitado a um número fixo. Os casos urgentes podem ser atendidos a qualquer momento, inclusive fora do expediente forense (art. 43, XIII, LONMP).

3.3 Registro

O atendimento ao público deve ser registrado em livro próprio ou em programa informático adequado. No registro é importante constar: número do registro, nome da pessoa (ou pessoas), endereço, assunto, data de atendimento, número de pessoas atendidas e medidas adotadas. Esses dados serão relevantes para compor o relatório mensal enviado aos órgãos correccionais bem como para o planejamento periódico das ações da respectiva Promotoria de Justiça.

A importância do registro pode ser retratada num fato ocorrido em determinada promotoria do interior. Uma cidadã telefona para o gabinete da Promotoria e informa que seu terreno foi invadido pelo vizinho. Impossibilitada de se locomover (em função de enfermidade), envia o seu marido para ser atendido pelo promotor. Feito o atendimento, o promotor fez o seguinte registro:

320- Nome: Fulano de Tal
Assunto: Invasão de terreno
Data: 21.10.2010
Número de pessoas atendidas: 1
Medidas adotadas: Orientado a buscar defensoria pública ou advogado. Expedido ofício a delegacia de polícia (n. 131/2010) para apurar esbulho possessório.

Ainda por zelo funcional e tentando obter um acordo, o Promotor notificou o suposto invasor juntamente com o marido da reclamante. E novamente fez o registro do atendimento:

328- Nome: Fulano de Tal e Beltrano

Assunto: Suposta invasão de terreno

Data: 29.10.2010

Número de pessoas atendidas: 2

Medidas adotadas: Não foi obtido acordo. As partes encaminhadas à defensoria pública ou a buscar advogado para ajuizar ação de reintegração de posse. Falta de atribuições da Promotoria de Justiça.

Inconformada com a falta de solução para o seu problema, a parte reclamante (a senhora que não podia se locomover) dirigiu-se à corregedoria-geral do Ministério Público e ofereceu representação contra o referido promotor por omissão. Solicitado a se explicar, o agente ministerial simplesmente enviou o registro de atendimento. Obviamente, sequer chegou a ser instaurado procedimento, dado o consciencioso e zeloso exercício funcional. Mas indaga-se: sem o registro detalhado do atendimento, o agente teria memória do ocorrido, das medidas adotadas e da falta de atribuições para atuar no caso? Certamente, sem esses dados a corregedoria seria forçada a instaurar sindicância contra o referido promotor. Nesse caso, embora o procedimento correcional estivesse fadado ao fracasso (do ponto de vista da punição disciplinar), o Promotor de Justiça teria de dedicar parte do seu tempo em se defender e coligir provas. Com a organização racional do serviço e o registro regular dos dados evitam-se muita dor de cabeça e perda de tempo.

4 Cuidados necessários

4.1 Denuncismo

No interior do país, principalmente em cidades menos populosas, onde todos os moradores ainda se conhecem pelo nome, há a mania do mexerico, da maledicência ou da crítica ofensiva interesseira. Muitas de nossas próprias capitais ainda são, na maioria dos casos, um prolongamento das conversas de barbearia e de farmácia, da mesa de bar ou clube municipal do interior: desenvolvem, por exemplo, nos pontos típicos de bate-papo de rua o mesmo gosto pelo diz-que-diz, pelo falar da vida alheia, pela fuxicaria, não raro complementando no boato, na conversa fiada, no falatório sobre fulano e beltrano. Conversas, em suma, de uma sociedade ainda em larga escala, de compadres e comadres, disfarçada muitas vezes em “urbana”, do tipo sociológico puro de Max Weber (MORAIS, 1965, p. 19-20).

Esse gosto pelo boato, pela intriga e pelo mexerico é realçado pela nossa literatura de todos os tempos:

“A maledicência é o sal da vida” (ALMEIDA, 1976, p. 114).

“No interior, porém, falar mal é a distração única” (PICCHIA, 1958, p. 37).

O boato é o jornal falado, de enorme circulação na província. Onde maldizentes iletrados de botequim ou botica inventam coisas que fariam Rivarol deter o passo e deixariam Chamfort meio amarelo de inveja (GRIECO, 1955, p. 09).

“Todos sabemos do corpo que tomam os boatos no Brasil” (PEIXOTO, 1921, p. 190).

Nesse contexto, é muito comum vicejar com força o denunciamento, o gosto pela demanda perante o promotor de justiça. Às vezes, o propósito é de simples vingança contra um desafeto pessoal ou político. A isso deve ficar atento o agente ministerial para evitar que o nobre ofício institucional seja instrumentalizado por interesses vis.

4.2 Andamento processual

Conta-se no foro, a título de anedota, a existência numa comarca distante, de um juiz e de um promotor pouco afeitos ao trabalho. Certo dia, o escrivão fez conclusão ao juiz de um enorme e espesso processo, contendo inúmeros volumes. O juiz, surpreendido com o feito, apôs o costumeiro despacho: "Vista ao MP".

Cumprido o despacho judicial, o processo chegou às mãos do promotor, que por sua vez, exarou esta manifestação lacônica: "Vi".

Feita conclusão novamente ao juiz, este, indignado com a impertinente manifestação ministerial, disparou: "Diga o ilustre membro do Ministério Público o que viu!". Ao que o promotor redargüiu, consignando, languidamente, no feito a seguinte promoção: "Vi tudo!" (RODRIGUES, 2007, p. 214-215).

De fato, a anedota, embora exagerada, dá uma ideia do andamento processual em muitas comarcas. Muitos juízes ao receberem uma petição, antes de qualquer análise ou despacho (como o famoso "cite-se"), abrem vista ao MP. Mesmo em feitos onde, claramente, o MP não intervém, recebem o indefectível "Ao MP".

4.3 Residência na comarca

Se pudéssemos resumir em pouquíssimas palavras a extensão das funções de um Promotor de Justiça diríamos que *ele trabalha pela sociedade, para a sociedade e na sociedade*. A sociedade é o pano de fundo onde esse agente público exerce sua atividade, portanto, a ela deve estar integrado para compartilhar-lhe a sorte e surpreender-lhe os problemas. Sem conhecer o meio social onde atua, o membro ministerial não disporá de material para a *chef d'oeuvre* do direito: a pacificação social.

Como trabalhar pela e para a sociedade se o promotor não está integrado na sociedade, se não vive nela? A necessidade de residir na comarca ou no local do seu trabalho é uma questão lógica que, em princípio, dispensaria um comando normativo. Mas há e é conclusivo:

“As funções do Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes da carreira, que deverão residir na comarca da respectiva lotação, salvo autorização do chefe da instituição” (CF, art. 129, §2º.).

4.4 Controle da vaidade

O jovem bacharel em Direito aprovado num concurso do Ministério Público e ao tomar posse no cargo sofre, repentinamente, uma reviravolta em sua vida. De uma hora para outra, passa a ser tratado de “excelência”, “doutor” etc. E principalmente no interior, onde terá a sua primeira experiência na função, será alvo das maiores deferências e zumbaias. Isso, obviamente, representa um afago enorme no ego da pessoa.

Para resistir ao canto sirênico e manter sua vaidade em níveis razoáveis e toleráveis, o promotor deve ser preparado ou socializado pela própria instituição. Daí a pertinência dos Cursos de ingresso e vitaliciamento. É certo que o indivíduo não pode fugir de si mesmo, não pode se subtrair ao seu foro íntimo (MERRIAM, s/d, p. 105), mas pode ser envolvido por mecanismos internos e paralelos de contenção como: praxe institucional, orientação funcional, aprimoramento constante no campo da ética profissional, correições regulares etc.

Não é demais repetir, parafraseando CARNELUTTI (2006, p. 08), que os deslizos funcionais (e normalmente, a vaidade pessoal nos leva a eles por se constituir numa força autodestrutiva) se assemelham às papoulas, que quando há uma no campo, todos se dão conta dela, mas as boas ações se escondem como as violetas, entre a grama do prado.

Por isso, o promotor tem o dever ético de exercer suas funções e se comportar em sua vida pública e privada com serenidade, equilíbrio e humildade. Ao bônus de suas elevadas prerrogativas e garantias³ corresponde o ônus da morigeração.

5 Feitos nos quais o MP intervém por força de lei

São exemplos de intervenção obrigatória do Ministério Público previstos em lei⁴:

- Nas causas concernentes ao estado da pessoa, poder familiar, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposições de última vontade (art. 82, II, CPC); declaração de ausência (art. 22, Cód. Civil); abertura da sucessão provisória do ausente (art. 28, §1º., Cód. Civil); nulidade do casamento (art. 1.549, Cód. Civil); suspensão do poder familiar (art. 1.637, Cód. Civil); interdição (art. 1.769, Cód. Civil).

- Na defesa dos interesses individuais homogêneos: art. 92, da Lei n. 8.078/1990;

- Na investigação de paternidade: art. 2º., §4º., da Lei n. 8.560, de 29.12.1992;

- No mandado de segurança: art. 12 da Lei n. 12.016/2009 (vide art. 5º., inc. XXII, da Recomendação CNMP n. 16, de 28.04.2010);

- Nas reclamações: art. 16, da Lei n. 8.038, de 28.05.1990;

- Na ação popular: Lei n. 4.717 - de 29.06.1965 (art. 6º., §4º.:

O Ministério Público acompanhará a ação, cabendo-lhe apressar a produção da prova e promover a responsabilidade, civil ou criminal, dos que nela incidirem, sendo-lhe vedado, em qualquer hipótese, assumir a defesa do ato impugnado ou dos seus autores).

³ Prerrogativas e garantias que o vulgo tende a confundir com mordomias e privilégios.

⁴ Mesmo nas intervenções ditas "obrigatórias" ou "ex vi legis" remanesce ao Ministério Público o prudente arbítrio de verificar a compatibilidade da lei com a Constituição. Sendo compatível, seu dever é intervir sob pena de nulidade absoluta e falta disciplinar; no caso de incompatibilidade, pode arguir incidentalmente a inconstitucionalidade, eximindo-se da intervenção no caso concreto (vide a propósito a Recomendação n. 16, de 28 abr. 2010, do CNMP).

- Na ação civil pública: Lei n. 7.347, de 24.07.1985 (“O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei” – art.5º, §1º);

- Nas falências e concordatas;

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. FALÊNCIA. FALTA DE INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. NULIDADE DO PROCESSO. A INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO É OBRIGATÓRIA POR FORÇA DO ARTIGO 82, INCISO III, DO CPC. PRECEDENTE DA TURMA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. UNÂNIME.⁵

- Na ação de usucapião especial urbana (art. 12, §1º. da Lei 10.257, de 10.07.2001 – Estatuto da Cidade);

- No pedido de registro de parcelamento, em caso de impugnação de terceiros: arts. 19, §2º, 23, §2º e 38, §3º, da Lei n. 6.766, de 19.12.1979;

- Registros públicos (Lei n. 6.015, de 31.12.1973): alteração de nome (art. 57); habilitação de casamento (art. 68, §1º da Lei de Registros Públicos/art. 1.526, Cód. Civil); dispensa de proclamas (art. 69, §2º); pedido de registro de casamento *in extremis* ou nuncupativo (art. 77, §§2º e 3º); retificação de assentamento no Registro Civil (art. 110); Registro Torrens, art. 284, da Lei de Registros Públicos (*vide* art. 5º, inc. II, da Recomendação CNMP n. 16, de 28.04.2010).

- Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741, de 01.10.2003): art. 74, incs. II e III; art. 75.

- No Código Civil: abuso da personalidade jurídica (art. 50, Cód. Civil); fundações (arts. 65, §único, 66 e 69, Cód. Civil); inscrição de hipotecas legais (art. 1.497, §1º, Cód. Civil); preservação do bem de família (art. 1.717, Cód. Civil).

- Nos conflitos de competência: art. 116, §único, do Código de Processo Civil.

⁵ TJDF, Agravo de instrumento 65166020068070000 DF, Relator(a): WALDIR LEÔNIO C. LOPES JÚNIOR, Julgamento: 18/10/2006, Órgão Julgador: 2ª Turma Cível, Publicação: 31 out. 2006, DJU Seção 3, p. 97.

- Ação rescisória no caso de colusão: arts. 129 e 487, III, b, do Código de Processo Civil.
- No inventário quando houver herdeiro incapaz ou ausente: art. 988, VIII e 999, CPC.
- Na edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante: art. 2º., §2º., Lei n. 11.417, de 19.12.2006.
- Na tutela de pessoas portadoras de deficiência (Lei n. 7.853/89, art. 5º.).
- Na tutela dos investidores no mercado de valores mobiliários (Lei n. 7.913/89).
- Na proteção do patrimônio público (Lei n. 8.429/92 e Lei n. 8.625/93).
- Na proteção da ordem econômica e da livre concorrência (Lei n. 8.884/94).
- Na defesa de credores de instituições financeiras em regime de liquidação extrajudicial (Lei nº 6.024/74, art. 46).
- Desapropriação de imóvel rural, por interesse social, para fins de reforma agrária (de competência exclusiva da União). Intervenção obrigatória do Ministério Público Federal (Lei Complementar n. 76/1993, art. 18, § 2º).

6 Feitos em que a intervenção ministerial é desnecessária

De acordo com a Recomendação n. 16, de 28.04.2010, do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), perfeitamente identificado o objeto da causa e respeitado o princípio da independência funcional, é desnecessária a intervenção ministerial nas seguintes demandas e hipóteses (art. 5º.):

I- Intervenção do Ministério Público nos procedimentos especiais de jurisdição voluntária;

II- Habilitação de casamento, dispensa de proclamas, registro de casamento *in articulo mortis* - nuncupativo, justificações que devam produzir efeitos nas habilitações de casamento, dúvidas no Registro Civil;

III- Ação de divórcio ou separação, onde não houver cumulação de ações que envolvam interesse de menor ou incapaz;

IV- Ação declaratória de união estável, onde não houver cumulação de ações que envolva interesse de menor ou incapaz;

V- Ação ordinária de partilha de bens;

VI- Ação de alimentos, revisional de alimentos e execução de alimentos fundada no artigo 732 do Código de Processo Civil, entre partes capazes;

VII- Ação relativa às disposições de última vontade, sem interesse de incapazes, excetuada a aprovação, cumprimento e registro de testamento, ou que envolver reconhecimento de paternidade ou legado de alimentos;

VIII- Procedimento de jurisdição voluntária relativa a registro público em que inexistir interesse de incapazes;

IX- Ação previdenciária em que inexistir interesse de incapazes;

X- Ação de indenização decorrente de acidente do trabalho;

XI- Ação de usucapião de imóvel regularmente registrado, ou de coisa móvel, ressalvadas as hipóteses da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001;

XII- Requerimento de falência ou de recuperação judicial da empresa, antes da decretação ou do deferimento do pedido;

XIII- Ação de qualquer natureza em que seja parte sociedade de economia mista;

XIV- Ação individual em que seja parte sociedade em liquidação extrajudicial;

XV- Ação em que for parte a Fazenda ou Poder Público (Estado, Município, Autarquia ou Empresa Pública), com interesse meramente patrimonial, a exemplo da execução fiscal e respectivos embargos, anulatória de débito fiscal, declaratória em matéria fiscal, repetição de indébito, consignação em pagamento, possessória, ordinária de cobrança, indenizatória,

anulatória de ato administrativo, embargos de terceiro, despejo, ações cautelares, conflito de competência e impugnação ao valor da causa;

XVI- Ação de desapropriação, direta ou indireta, entre partes capazes, desde que não envolvam terras rurais objeto de litígios possessórios ou que encerrem fins de reforma agrária (art. 18, § 2º, da LC 76/93);

XVII- Ação que verse sobre direito individual não-homogêneo de consumidor, sem a presença de incapazes;

XVIII- Ação que envolva fundação que caracterize entidade fechada de previdência privada;

XIX- Ação em que, no seu curso, cessar a causa de intervenção;

XX- Intervenção em ação civil pública proposta pelo Ministério Público;

XXI- Assistência à rescisão de contrato de trabalho;

XXII- Intervenção em mandado de segurança.

Intimado como órgão interveniente, pode o membro do Ministério Público, ao verificar não se tratar de causa que justifique a intervenção, limitar-se a consignar concisamente a sua conclusão, apresentando, neste caso, os respectivos fundamentos.

O objetivo é fazer com que os membros do Ministério Público deixem de atuar em procedimentos sem relevância social, para, em razão da qualificação que possuem, direcionar, na plenitude de suas atribuições, a sua atuação na defesa dos interesses da sociedade.

Atualmente, a preocupação sobre as atribuições do Ministério Público gira em torno da eficiência e da efetividade da intervenção do MP, especificamente, no processo cível. E para tanto, a solução que se apresenta, jurídica e tecnicamente adequada, é uma categoria dialeticamente paradoxal: **a restrição/ampliação de suas atribuições**. A restrição

diz respeito às atribuições compatíveis com sua finalidade constitucional (“defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”). A ampliação liga-se à atuação, dentro destes limites finalísticos e constitucionais, de forma qualificada e com largos mecanismos disponíveis, dentro da máxima consagrada de que quem tem fins deve dispor de meios. Esse enxugamento de atribuições, sob o foco da Constituição, ajuda a tornar a instituição flexível e adaptada às potencialidades e exigências de uma nova época em que a busca por resultados e eficiência é o núcleo vital.

7 Conclusão

O exercício da função ministerial no interior do país é formidável e, sob todos os aspectos, realidade duríssima. Exige-se do promotor, além da leitura de muitos livros, também o conhecimento da espécie humana, dos santos e dos canalhas, dos que estão no topo e dos que estão no patamar mais baixo da escala. E apurar esse conhecimento e essa sensibilidade sobre os homens, a sociedade e a vida será de grande auxílio para toda a carreira, pois esses espécimes humanos não são privilégio do interior.

Todavia, essa *realidade duríssima* a que aludimos será a responsável pela moldagem de um agente ministerial forte e combativo, pois como diz o velho SÊNECA (1952, p. 33):

“Ningún árbol está sólido y fuerte sino el fatigado de continuos vientos, porque con el mismo combate de ellos se aprietan y fortifican las raíces: y al contrario, los que crecieron en abrigados valles son frágiles”.

Tenhamos sempre como estrela guieira que o ideal de justiça não se abate com a derrota; não se perde quando nós perdemos uma ação. Ao contrário, ganha resistência, mesmo nas horas amargas da derrota e da retirada.

O novel promotor do interior deve chegar em sua comarca já cômico de que o Direito não é autossuficiente e nem tem todas as respostas que lhe exigem. Isso lhe poupará momentos de angústia e um desagradável sentimento de impotência. O monumento de pureza científica ruiu diante do grande entrelaçamento epistêmico da ciência do Direito com os demais ramos do saber humano, fazendo com que o Direito seja algo mais que apenas normas positivas.

O Direito, instrumento que é dado ao Ministério Público manusear, nasce da vida e à vida serve⁶. E a vida é um complexo homogêneo de funções: fisiológicas, psíquicas, sociais, assim como físico-químicas, que se defronta constantemente com novos problemas a exigir novas soluções. O Direito, e por via de conseqüência, o Ministério Público, não pode, diante dessa realidade cambiante, ser apenas um instrumento de estabilização e de ordem. Assume, por imperiosa necessidade da vida, uma função revolucionária: mudar para preservar ou resgatar uma ordem justa.

O Direito guarda uma inocultável vocação pragmática, estando predisposto, como instrumento da sã racionalidade humana, a resolver e equacionar problemas. Não se fazem leis pelo prazer bizantino de fazê-las⁷, mas para montar esquemas práticos de proteção de interesses e anseios legítimos dos cidadãos.

Um sistema jurídico não é montado com o fim de ser apreciado em seus detalhes teóricos ou sutilezas estéticas, mas para lidar com questões práticas e funcionais, criar normas de regulação do convívio humano, propiciar a resolução justa de conflitos, garantir a adoção de medidas ordenadoras etc. O ethos do Direito é profundamente pragmático e utilitário, não se justificando um acentuado dogmatismo ou formalismo,

6 Não sem razão Carlos Maximiliano, citando João Cruet, diz: "A jurisprudência é um perpétuo comentário, que se afasta dos textos ainda mais porque é, malgrado seu, atraída pela vida" (s/d, p. 69).

7 Diz textualmente Sieyès (1988, p. 04-05): "Não se fazem leis pelo prazer de fazê-las...O legislador é estabelecido não para conceder senão para proteger nossos direitos". O direito deve ser entendido como uma regulação predominantemente útil (ZIPPELIUS, 1997, p. 31; FERRARA, 1987, p. 130).

indiferente aos termos ou fatos da vida. Assim, condições econômicas, sociais e diversos outros fatores destacados por sociólogos do Direito são importantes lides para as normas jurídicas. E é neste amplo círculo que o promotor do interior deverá buscar o seu ideal de justiça e não num determinado e solitário ponto, que é a lei.

The peculiarities of the exercise of ministerial function in the interior counties

Abstract: This study, based on long experience, aims to beware new ministerial staff of the subtleties and peculiarities of the interior, giving them some guidelines that can assist them in overcoming any difficulties or avoidance of basic errors. We gathered records and notes in order to systematize reflections on the matter.

Keywords: District Attorney. Functional exercise. Interior. Peculiarities.

Referências:

- ALMEIDA, José Américo de. *Memórias. Antes que me esqueça*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1976.
- AZIZ JÚNIOR, Salomão Abdo. Atendimento ao público pelo Promotor de Justiça: função institucional ou assistencialismo social?. In: CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 16, 2005, Belo Horizonte. *Anais...* Belo Horizonte: CONAMP, 2005, p. 618-630.
- BALZAC, Honoré de. *O lírio do vale*. São Paulo: W. M. Jackson, 1963.
- CARNELUTTI, Francisco, *As misérias do Processo Penal*. Tradução de Isabela Cristina Sierra. 2. ed. São Paulo (Sorocaba): Minelli, 2006.
- CHINOY, Ely. *Sociedade. Uma introdução à sociologia*. Tradução de Octavio Mendes Cajado. 6. ed. São Paulo: Cultrix, 1978.
- DONIZETTI, Elpídio. *Curso Didático de Direito Processual Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, , 2009.
- FERRARA, Francesco. *Interpretação e Aplicação das Leis*. Tradução de Manuel A. Domingues de Andrade. 4. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1987.

GRIECO, Agrippino. *Recordações de um mundo perdido*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1955.

JULIEN, Claude. *O Suicídio das Democracias*. Tradução de Marina Colasanti. Rio de Janeiro: Artenova, 1975.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

MELLO, Osvaldo Ferreira de. *Tendências do federalismo no Brasil*. Florianópolis: Lunardelli, 1978.

MERRIAM, Charles E. *Que é democracia?* Tradução de Moacyr N. Vasconcelos. São Paulo: Assunção Limitada, [197?].

MORAIS, Pessoa de. *Sociologia da revolução brasileira*. Rio de Janeiro: Leitura, 1965.

NIETZSCHE, Friedrich. *A Gaia Ciência*. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Campanha das Letras, 2001.

PEIXOTO, Afrânio. *Poeira da estrada: ensaios de crítica e de história*. 2. ed. São Paulo: Livraria Francisco Alves, 1921.

PICCHIA, Menotti Del. *Flama e argila*. São Paulo: Martins, 1958

RODRIGUES, João Gaspar. Ministério Público de resultados: a atual missão institucional. *Revista do Ministério Público: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público -SMMP*, Lisboa, Ano 30, n. 119, jul./set. 2009, p. 121-148.

_____. *O perfil moral e intelectual do juiz brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.

_____. Os promotores do interior: o heroísmo em mangas de camisa. *Informativo da Associação Amazonense do Ministério Público (AAMP)*, Manaus, 2010, p. 07-08.

RUSSELL, Bertrand. *Caminhos para a liberdade*. Tradução de Nathanael C. Caixeiro. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1955.

_____. *Ensaio impopulares*. Tradução de Brenno Silveira. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1954.

_____. *O poder – uma nova análise social*. Tradução de Brenno Silveira. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1957.

SÉNECA, Lucio Anneo. *Tratados filosóficos*. Tradução de Pedro Fernández de Navarrete. Buenos Aires: El Ateneo, 1952.

SIEYÈS, Emmanuel-Joseph. *¿Que es el Estado Llano? (precedido del ensayo sobre los privilegios)*. Tradução de José Rico Godoy, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Hermenêutica e interpretação jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. Tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho, 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

Cargos Comissionados: uma análise à luz da gestão pública e dos princípios constitucionais da administração pública

João Victor Tayah Lima*

Sumário: 1 Abordagem histórico-propedêutica acerca do contexto situacional da Administração Pública Brasileira. 2 Análise constitucional dos cargos em comissão. 2.1 Considerações sobre a previsão constitucional do instituto. 2.2 Princípios constitucionais aplicáveis. 2.2.1 Impessoalidade. 2.2.2 Moralidade. 2.2.3 Eficiência. 2.3 Contextualização do tema na relação com os princípios gerais do direito administrativo. 2.3.1 Supremacia do Interesse Público. 2.3.2 Indisponibilidade do Interesse Público. 3 Projeções infraconstitucionais acerca do tema. 4 Considerações finais. Referências.

Resumo: O presente trabalho tem como propósito fundamental a apresentação de uma exegese universal acerca dos valores apregoados no texto da Constituição Federal e a sua consequente aplicabilidade no tratamento existente aos cargos comissionados integrantes da Administração Pública brasileira. Para tanto, foram utilizadas fontes de consulta bibliográfica doutrinária, coadunando-as com a formação constitucional e legal existente no ordenamento jurídico pátrio. A confrontação de dados, remetida ao fundamento teórico inicial, viabilizou a análise crítica e a fixação de perspectivas conclusivas sobre o tema. Preliminarmente, há de se reconhecer que nem sempre existe consonância entre os parâmetros principiológicos insculpidos na Constituição Federal Brasileira e a realidade prática verificada na livre escolha dos agentes públicos para a assunção de cargos em comissão, fato este albergado por diversos fatores, seja pela própria ausência de instrumentos limitativos à discricionariedade administrativa, seja pela presença de negociações espúrias permeando a gerência da coisa pública. Tais fatos justificam o exame da problemática exposta, com

* Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Amazonas; Pós-Graduado em Gestão Pública pela Universidade do Estado do Amazonas; Pós-Graduado em Direito Público pela Universidade Anhanguera-Uniderp; Servidor do Ministério Público do Estado do Amazonas; Presidente da Associação dos Servidores do Ministério Público do Amazonas - ASSEMPAM

vistas ao encontro de soluções legalmente viáveis e adequadas sob a ótica da Gestão Pública.

Palavras-chave: Gestão Pública, Cargos Comissionados, Nepotismo, Clientelismo.

1 Introdução

O sistema pós-industrial teve como principais elementos propulsores a ciência, a tecnologia, a globalização, o processo organizativo, a escolarização e os *mass media*, que encontraram sua aceleração na Segunda Guerra Mundial, quando se deu início a uma globalização da ciência, da economia e da cultura.

Esta conjuntura, até então desconhecida do histórico mundial, deu origem a instrumentos de poder sem resistência, articulados em três grandes *lobbies*: o da informática, o dos comunicadores e o da comunicação.

A redução do trabalho humano foi entrando em estado crescente à medida que a eletrônica e a informática modificaram a organização e atitude criativa da produção. A globalização passou a servir de meio a novas e concretas estratégias de dominação, estabelecendo um neo-colonialismo, no qual as sociedades ditas mais desenvolvidas possuem todas as condições necessárias à imposição de suas regras econômicas, militares e culturais.

Neste contexto, os Estados Unidos surgem como potência ocidental hegemônica, inaugurando um sistema unilateral de tomada de decisões, no qual a América Latina exerce papel secundário, sendo tomada por governos ditatoriais alicerçados na guerra contra a “ameaça vermelha” dos comunistas.

O Brasil não fugiu a essa regra, tendo sido governado por uma administração norteada por uma abordagem burocrática, que embora tenha alçado êxitos na moralização da máquina administrativa, não fugiu à regra patrimonialista que sempre

guiou a trajetória histórica brasileira, só que desta vez sob outra denominação, o chamado “neopatrimonialismo”, em que os burocratas se apropriam da essência do Estado.

Assim, nos dizeres de Torres (2001, p. 59),

a sociedade brasileira foi desenvolvida sob o controle atento de um Estado centralizador, onipotente e espoliado por uma elite patrimonial que persiste por séculos. Por essa herança ibérica forte e pesada, a administração pública brasileira é caracterizada por um viés patrimonial profundo, que tem resistido, com intensidade variável, até nossos dias.

Dentro do contexto patrimonialista, os cargos comissionados denotavam uma posição de grau ainda mais elevado que o apregoado pelo próprio modelo, qual seja, o de uma gestão praticamente feudal, já que àqueles era destinado o status da posição de administradores maiores de uma abordagem já alicerçada no autoritarismo e na concentração de poder. Senão vejamos o que ensina Idalberto Chiavenato¹:

No patrimonialismo, o aparelho do Estado funciona como uma extensão do poder do soberano, e os seus auxiliares, servidores, possuem *status* de nobreza real. Os cargos são considerados prebendas. A *res publica* não é diferenciada da *res principis*.

Em razão da corrupção consentida pelo modelo patrimonialista, surge, na época do Estado Liberal difundido na segunda metade do século XIX, a administração burocrática. Junto a ela vêm trazidos conceitos orientados à profissionalização, tais como a idéia de carreira, a hierarquia funcional, a ideia de impessoalidade e o formalismo. Por partir de um controle apriorístico da corrupção e do nepotismo, passa-

1 CHIAVENATO, Idalberto. Administração Geral e Pública, 2006, p. 106.

se a regulamentar procedimentos rígidos no fluxo estatal, o que acabou por trazer aos cargos comissionados feições mais tênues e adaptáveis às reais necessidades dos serviços públicos.

Tal conjuntura implicou reflexos aos governos pós-ditatoriais, os primeiros construídos democraticamente na nossa história, que exacerbadamente voltados ao manejo da sustentabilidade política, preocupam-se em implementar medidas tipicamente de governo, que trazem retornos eleitorais no curto prazo, em detrimento às políticas de Estado, estas sim, necessárias a um consistente desenvolvimento econômico e cultural do país.

Os primeiros anos deste novo período democrático foram marcados pelos esforços governamentais em torno da transferência da responsabilidade pelo fornecimento de diversos serviços, até então públicos, para a iniciativa privada, valorizando sobremaneira os ditames neoliberais impostos pelas superpotências econômicas mundiais, que impunham a visão mercadológica do poder mínimo estatal e do *downsizing*.

Objetivando as regras em alude, fizeram-se necessárias a modificação do sistema jurídico-legal, a aspiração pela substituição da cultura burocrática dominante e uma reestruturação administrativa estratégica.

A reformulação do aparelho estatal se fez preponderante na década de 90, como consequência direta da crise generalizada do Estado e como resposta imediata a uma nova ordem política iniciada no Brasil com a democracia. Esse novel interregno histórico foi responsável pela instauração de institutos assecuratórios dos direitos individuais e políticos do cidadão, bem como da participação social na coisa pública. A Administração Pública gerencial, alavancada pelo desenvolvimento tecnológico e pela globalização da economia mundial, eleva como palavras de ordem do momento a redução dos custos e o aumento na qualidade dos serviços. Assim, os cargos em comissão passam

a enfrentar uma nova visão paradigmática, já que estão sujeitos ao estabelecimento de metas e resultados satisfatórios perante os anseios da sociedade.

A máquina estatal moderna, evidentemente minimizada pelas táticas elaboradas sobretudo na era FHC, encontra-se diante do dilema de atender às exigências dos cidadãos, cada vez mais contumazes, por transparentes mecanismos de controle e interferência sobre os processos decisórios, e ao mesmo tempo ter de abrigar os interesses políticos dos representantes eleitos, que nunca se adequaram à reforma gerencial da Administração Pública, responsável por introduzir normas constitucionais de impessoalidade e moralidade, dentre outras.

Uma das principais metas da reforma gerencial era formatar a Administração Pública nos moldes das organizações produtivas contemporâneas, cujos colaboradores se sentem compelidos a atender a parâmetros rígidos de eficiência e competitividade, razão pela qual a eficiência também passou a integrar, a partir de 1998, o rol constitucional das novas características da Administração Pública Brasileira.

Busca-se, nesta nova forma de administrar, uma reorientação dos mecanismos de controle para resultados, guiada por um aparato público flexível controlado pela prestação social de contas e pela avaliação de desempenho.

Este modelo teve influência do movimento *Public Service Oriented*, baseado na noção de equidade, resgate do conceito de esfera pública e ampliação do dever social de prestação de contas. Esta nova visão organizacional trouxe, consoante ensinamento de Caio Marcio Marini Ferreira²:

duas inovações: uma no campo da descentralização, valorizando-a como meio de implementação de políticas públicas, e outra, a partir da mudança do conceito de cidadão, que evolui – de uma

2 FERREIRA, Caio Marcio Marini. Crise e Reforma do Estado: Uma questão de Cidadania e Valorização do Servidor. Revista do Serviço Público, Ano 47, v. 120, n. 3, set./dez. 1996.

referência individual de mero consumidor de serviços seguindo modelo – para uma conotação mais coletiva, incluindo seus deveres e direitos.

A par da descentralização, o processo de modernização também passou pela implantação da desconcentração, importada do Direito francês, por meio do qual há o repasse de prestação de serviços para as projeções regionais da administração central, além da contratualização das atividades dos órgãos públicos.

Por estar unicamente submetidos aos objetivos lucrativos de disponibilização dos produtos e serviços ao menor custo pelo maior preço possível, os setores ligados à telefonia e ao fornecimento de água e energia elétrica, por exemplo, passaram a funcionar à revelia dos anseios da participação social, restringindo-se à tomada de decisões particular dos gerentes e diretores comerciais. A administração pública gerencial continua sustentando a centralização do poder e o idealismo tecnocrático, à revelia do escrutínio popular.

O Estado passou a exercer o mero papel de coordenador complementar ao mercado, sendo responsável por uma estagnação econômica que afetou os índices de desemprego e a capacidade produtiva, enfatizando a atração de investimentos externos sem preocupação com um projeto de desenvolvimento econômico nacional.

A despeito de alguns avanços alcançados pelo sistema gerencial, o modelo burocrático continua arraigado nas instâncias administrativas públicas, acarretando, não raro, indubitável óbice à efetividade dos direitos civis e sociais. Prevalece ainda a falta de clareza quanto ao grau de inserção da sociedade nas decisões governamentais sobre políticas públicas, relegando a dimensão sócio-política para segundo plano, já que os serviços públicos são terceirizados, sem proposta de meios obstativos à monopolização.

A reforma gerencial brasileira falhou também por se deixar conduzir pela retórica do *management* ditado por uma elite

social de opinião não científica, alheia às peculiaridades locais, centrada em apresentar uma contextualização esquemática do mundo e ignorar a complexidade da gestão, desconsiderando o âmbito político, o que acabou por demonstrar a inadequação do conhecimento geral do setor privado ao setor público.

Pautando-se pela dualização do funcionalismo público (o servidor de escalões baixos, ineficiente e mal pago, em contraposição aos executivos do setor paraestatal, tomados pela corrupção), a administração gerencial contribui para que os brasileiros formassem uma imagem negativa da ordem política existente.

É necessário reforçar que, enquanto a administração de empresas está voltada à maximização dos lucros destinados aos acionistas através do mercado, a Administração Pública deve sempre visar ao atendimento do interesse público. Por esta razão, mister trazer a lume a lição de Hely Lopes Meirelles (2008):

A natureza da Administração pública é a de um *munus público* para quem a exerce, isto é, a de um encargo de defesa, conservação e aprimoramento dos bens, serviços e interesses da coletividade. Como tal, impõe-se ao administrador público a obrigação de cumprir fielmente os preceitos do Direito e da Moral administrativa que regem a sua atuação. Ao ser investido em função ou cargo público, todo agente do poder assume para com a coletividade o compromisso de bem servi-la, porque outro não é o desejo do povo, como legítimo destinatário dos bens, serviços e interesses administrados pelo Estado.

Dada a conjuntura econômico-histórica apresentada, resta imperiosa uma democratização da organização pública, viabilizando a emancipação funcional e a participação social por meio de representantes das comunidades nos órgãos colegiados

de deliberação superior, desfazendo a democracia meramente formal instaurada pelo gerencialismo.

Neste contexto, fortalecer os canais de relacionamento entre Estado e sociedade por intermédio da busca por maior participação cidadã e pela introdução de mecanismos de melhoria na entrega de serviços públicos, com maior envolvimento do terceiro setor, figura como meta a ser atingida pelo ordenamento pátrio.

A luta contra os desvios de conduta existentes na postura dos agentes públicos no nosso país deve então se pautar por uma recuperação do racionalismo econômico a partir de iniciativas voltadas para a melhoria da eficiência e introdução da cultura da responsabilidade fiscal.

O Brasil lida com problemas comuns aos encontrados nos demais países latino-americanos, como o enfrentamento (em menor escala) de uma crise fiscal, a persistência da cultura burocrática em meio a práticas patrimonialistas e o profundo déficit de desempenho em termos de quantidade e qualidade na prestação de serviços públicos. A solução para tais problemas tem sido alvo da temática de discussões das agendas destes países, que encontram na sustentabilidade econômica, política, institucional e social, imprescindíveis num mundo globalizado, o abrigo para a minimização de seus entraves internos.

Até mesmo em razão da similitude ocorrida na experiência vivenciada pelas comunidades da América do Sul, já se pensa na implantação de uma rede de cooperação entre os países da região, visando ao intercâmbio de experiências e práticas inovadoras de gestão.

Como desdobramento dessa experiência, firmou-se o entendimento em torno de diversas diretrizes a serem traçadas em busca da superação das contradições do modelo gerencial, a saber: a diversificação dos controles sociais de gestão na busca de preservar o interesse público e do controle político sobre os

burocratas, a viabilização da participação representativa e direta dos cidadãos e a modelação de um gerenciamento democrático, apenas balizado pela tecnocracia, mas não subordinado a ela.

É sob essa ótica que se desenvolve a teoria societal, que segundo Tenório (1998):

contrapõe-se à gestão estratégica na medida em que tenta substituir a gestão tecnoburocrática, monológica, por um gerenciamento mais participativo, dialógico, no qual o processo decisório é exercido por meio de diferentes sujeitos sociais.³

Essa nova concepção administrativa, notoriamente mais sensível aos anseios da Administração Pública, aspira a promover, nos dizeres de Ana Paula Paes,

uma ação política deliberativa consistente, na qual o indivíduo participa decidindo o seu destino como pessoa, eleitor, trabalhador ou consumidor: sua autodeterminação se dá pela lógica da democracia e não pela lógica do mercado.

O Brasil, herdeiro de tradições culturais autoritárias e contraproducentes, decorrentes ainda da visão colonialista da Coroa Portuguesa, passa a visualizar, na vertente societal, a oportunidade de provar de uma ruptura paradigmática, responsável pela reformulação do processo decisório, já que a nova proposta consiste em um sistema piramidal, com democracia direta na base e democracia por delegação em outros níveis, comprovando a existência da prática democrática em todas as escolhas praticadas.

Celso Antônio Bandeira de Mello preleciona que

a função pública, no Estado Democrático de Direito, é a atividade exercida no cumprimento do *dever* de alcançar o interesse público, mediante o

3 TENÓRIO, Fernando Guilherme. Gestão Pública e Cidadania: Metodologias Participativas em Ação, Revista RAP - EBAD/FGV, 31 (4) jul./ago.

uso dos poderes instrumentalmente necessários conferidos pela ordem jurídica.

Originam-se, assim, instrumentos até então desconhecidos da realidade do País, como é o caso da formação de um orçamento participativo, no qual os recursos públicos são aplicados de acordo com a manifesta deliberação dos cidadãos, e não unicamente pela vontade particular do governante.

A despeito da existência, a partir dessa ruptura histórica, de regras constitucionais norteadoras de toda a função exercida na Administração Pública, a estrutura normativa pátria ainda permite espaços para ingerências configuradoras de amplas improbidades na organização dos chamados cargos comissionados.

Em geral, a disponibilidade numérica de cargos comissionados postos à disposição do administrador é demasiado exagerada, não sendo incomum serem superiores à existência de demanda de serviços que exijam tal volume de recursos humanos. Essa situação, aliada à inexistência de critérios balizadores que restrinjam a escolha dos ocupantes de cargos da espécie em análise, acaba por constituir amparo ao uso do aparato público em prol da sustentabilidade política individual do gestor público, o que não é admissível diante do processo de hermenêutica jurídica atinente aos preceitos cultuados no escopo principiológico da Administração Pública.

Por constituir delineação do “dever-ser”, não é tarefa fácil analisar a questão apresentada. A conclusão correta dever-se-á ser apontada contrastando a falta da exigência de qualificação técnica para o exercício do cargo comissionado, amparada pela discricionariedade administrativa de que se vale o gestor público para atuar com ampla liberdade no caso em comento, com a sua correlata inadequação à formação teleológica intrínseca do texto constitucional.

A ausência de fronteiras constitucionais e legais bem delimitadas condicionando a nomeação dos cargos em comissão

obstaculiza a construção de um padrão profissional desejável para satisfação das necessidades administrativas dos órgãos governamentais. O assunto sob comento, destarte, assume papel imprescindível na agenda de debates contemporânea sobre Administração Pública, vez que relacionada com a qualidade dos serviços públicos prestados, bem como com a alocação de vultosos recursos públicos.

Aspirando a uma melhor consonância entre a problemática evidenciada e os sustentáculos informadores do Direito Administrativo e da Gestão Pública, cumpre aprofundar a exegese temática, com vistas a encontrar soluções eficazes para melhor consecução dos fins da Administração Pública.

2 Análise constitucional dos cargos em comissão

2.1 Considerações sobre a previsão constitucional do instituto

Os cargos comissionados configuram hipótese de exceção à regra geral de investidura mediante realização de concurso público de provas ou de provas e títulos. Essa exigência geral foi instituída visando à observância primordial do cânone da eficiência, elevada a status constitucional quando da edição da Emenda N.º 19/1998, já que a presunção é de que somente os mais tecnicamente capacitados serão selecionados no rígido processo de escolha que é um concurso público. Nas palavras de Celso Ribeiro Bastos, aludidas na obra de Pedro Roberto Decomain: “De fato, o concurso público respeita o princípio da isonomia, na medida em que todos podem nele se inscrever (é por isso que ele é público), e permite à administração selecionar os candidatos de maiores méritos.”⁴

Os cargos em comissão não podem ser criados com o intuito de burlar a exigência geral de concursos públicos, pois

⁴ DECOMAIN, Pedro Roberto. Improbidade administrativa. São Paulo: Dialética, 2007, p. 161.

são específicos para as atribuições previamente normatizadas no texto constitucional. A respeito do tema já proclamou o STF:

Lei estadual que cria cargos em comissão. Violação ao art. 37, II e V, da Constituição. Os cargos em comissão criados pela Lei 1.939/1998, do Estado de Mato Grosso do Sul, possuem atribuições meramente técnicas e que, portanto, não possuem o caráter de assessoramento, chefia ou direção exigido para tais cargos, nos termos do art. 37, V, da CF. Ação julgada procedente. (ADI 3.706, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 15 out. 2007, Plenário, *DJ* de 5 out. 2007.)

Ademais, o concurso público é também um instrumento a favor da impessoalidade, haja vista não estar ao arbítrio do chefe institucional proceder à escolha daqueles que serão ou não aprovados para o exercício da função pública. O concurso público atende ao interesse público, na medida em que visa à sua satisfação, colocando a seu serviço candidatos selecionados de forma objetiva e imparcial.

Ocorre que a excepcionalidade estabelecida no texto constitucional, no que concerne ao preenchimento dos cargos em comissão, está adstrita a uma única exigência: que o cargo seja, por intermédio de declaração legal, considerado como de livre nomeação e exoneração, *ex vi* do artigo 37, inciso II. Observe-se que é o próprio permissivo exposto o dispositivo responsável por autorizar o uso irrestrito do instituto, submetendo-o exclusivamente ao alvedrio do administrador, e abrindo amplos horizontes, por conseguinte, às práticas de improbidade e má utilização da máquina pública.

Houve tímida tentativa de se restringir a atuação gestora no citado processo de escolha, estabelecendo-se, no inciso V do mesmo artigo, percentual mínimo a ser observado no preenchimento dos cargos comissionados para a alocação de servidores de carreira, isto é, aqueles efetivos, cujo ingresso no

serviço público teve de passar pelo crivo de certame público, e dando finalidades específicas a esses mesmos cargos, quais sejam, as de direção, chefia e assessoramento. Por suas próprias naturezas, tais atribuições deveriam pressupor pleno domínio das atividades desempenhadas no órgão sobre o qual serão exercidas. Entretanto, é evidente que, por não contemplarem requisitos de capacitação, mérito ou experiência, as simples limitações dadas pela Constituição Federal não asseguram uma boa abordagem gestora da coisa pública.

O parágrafo 2º do artigo 39 da Carta Magna aduz que União, os Estados e o Distrito Federal manterão escolas de governo para a formação e o aperfeiçoamento dos servidores públicos, constituindo-se a participação nos cursos um requisito para a promoção na carreira, facultada, para isso, a celebração de convênios ou contratos entre entes federados. Ora, se a participação em cursos de aperfeiçoamento representa pressuposto indispensável à promoção de servidor efetivo e concursado, com maior razão o deveria ser para a ocupação de cargos com tamanha importância na estrutura administrativa pública, a serem empossados por agentes estranhos ao órgão, que não tiveram avaliada a sua competência para o cargo. Assim deveria se agir, até mesmo em homenagem ao princípio da razoabilidade, consoante ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello⁵, para quem,

a Administração, ao atuar no exercício da discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosas das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida.

Resgata, ademais, as palavras de Caio Tácito, para acrescentar: “a regra de competência não é um cheque em branco”.

5 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 2005.

Vale salientar que o fim do Estado em si mesmo é o atendimento do interesse público. Logo, a indicação subjetiva de quem ocupará cargos remunerados com dinheiro da sociedade, sem qualquer aferição meritória, em detrimento do cumprimento dos ideais de igualdade e eficiência, ínsitos ao concurso público, afronta os interesses da coletividade social, que como única destinatária dos serviços públicos, exercem, na verdade, o papel de verdadeira fonte de todo o lastro soberano e democrático conferido aos governantes.

Corroborando esta exposição, aduz José dos Santos Carvalho Filho⁶:

A escolha do administrador alvitando a nomeação de servidor para ocupar cargo ou emprego em comissão (ou de confiança, em geral) não é inteiramente livre; ao contrário, deve amparar-se em critérios técnicos e administrativos, com análise do nível e da eficiência do nomeado. Lamentavelmente, tal possibilidade tem gerado favorecimentos ilegais a certos apaniguados e verdadeira troca de favores.

Ora, mesmo nos atos discricionários, é forçoso haver obediência a princípios expressamente indicados na CRFB, quais sejam, a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência, nos termos do artigo 37:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...).

O mais importante elemento motivador, tanto da escolha de quem irá ocupar quanto quem se manterá no exercício dos cargos comissionados, é a confiança. Problema maior é que, se

6 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 2010, p. 685.

existe confiança, é porque existe algum grau de cumplicidade entre o gestor e o agente público nomeado. O gestor vê no agente público alguém digno de ser presenteado com um acréscimo remuneratório e a assunção de função mais importante no órgão público simplesmente pela lealdade ou por outro benefício de qualquer natureza que este possa lhe oferecer, perfazendo uma relação espúria e egoísta de troca de interesses, que em nada coaduna com as exigências impostas pela sociedade.

Outrossim, o agente público contemplado com a graça da confiança do gestor público não guiará suas atividades objetivando empreender o melhor de si para o órgão ao qual está vinculado, seja por saber que não será punido pela falta de presteza e eficiência nos serviços executados (pela própria relação de cumplicidade estabelecida com o gestor, a que fizemos alusão anteriormente), seja por ser outro o fim precípua a assegurar a fruição das benesses de um cargo em comissão, qual seja, a satisfação incondicional do querer do gestor que lhe nomeou, perpetuando pelo maior tempo possível a relação de confiança por ser esta a razão da nomeação, e configurando uma dependência subserviente que também em nada satisfaz o interesse público.

Não se discute, no contexto acima descrito, se o gestor tem ou não competência para nomear quem melhor lhe aprouver. É mister ressaltar, entretanto, que o elemento finalidade desses atos de nomeação, como requisito imprescindível de validade de todo ato administrativo, resta eivado de grave vício, porquanto se afaste, conforme já demonstrado, na finalidade precípua de satisfação do interesse público, acima de qualquer outro interesse. Na clássica definição de André de Laubadère, citado por Celso Bandeira de Mello: “há desvio de poder quando uma autoridade administrativa cumpre um ato de sua competência, mas em vista de fim diverso daquele para o qual poderia legalmente ser cumprido.”⁷

7 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discricionariedade e controle jurisdicional. 2007, p.56.

Em regra, é esse o contexto em que se envolve o uso de cargos comissionados. Entretanto, com o passar do tempo, práticas ainda mais condenáveis foram sendo inseridas no âmbito das instituições públicas. O nepotismo e o clientelismo são exemplos claros disso.

O primeiro se manifesta pela distribuição dos cargos em comento a pessoas do seu círculo familiar, o que, além de ferir os mais variados princípios informantes da atividade pública, converte a coisa pública em negócio de família, o que não pode ser admitido no atual Estado de Direito. O segundo consiste na utilização do cargo em comissão como moeda de troca, favorecendo pessoas que possam lhe prestar favores pessoais. Exemplo claro disso é a disponibilização de cargos comissionados para livre escolha de vereadores que apoiem a base de sustentação do prefeito municipal, prática corriqueira nas relações entre Executivo e Legislativo, em todos os níveis.

Essas práticas fisiologistas, que põem em desvantagem inclusive o próprio servidor nomeado, coativamente obediente a um contexto de total subserviência, têm sido alvo de decisões jurisprudenciais do STJ, conforme possível depreender-se da leitura do acórdão abaixo especificado:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL.
RECURSO ESPECIAL. ART. 535 DO CPC.
SÚMULA 284/STF. AÇÃO CIVIL PÚBLICA.
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VEREADORES.
REMUNERAÇÃO DE ASSESSORES. DESCONTO
COMPULSÓRIO. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

1. O recurso especial foi interposto nos autos de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra vereadores da Câmara Municipal de Diadema/SP, por terem exigido de seus assessores comissionados a entrega de percentual de seus vencimentos, recebidos da Municipalidade, para o pagamento de outros servidores não oficiais (assessores informais),

bem como para o custeio de campanhas eleitorais e despesas do próprio gabinete.

(...)

4. Da violação dos princípios da Administração Pública. A entrega compulsória e o desconto em folha de pagamento de parte dos rendimentos auferidos pelos assessores formais dos recorrentes – destinados à manutenção de “caixinha” para gastos de campanha e de despesas dos respectivos gabinetes, bem assim para a contratação de assessores particulares – violam, expressamente, os princípios administrativos da moralidade, finalidade, legalidade e do interesse público. Conduta dos parlamentares capitulada como inserta no caput e inciso I do artigo 11 da Lei nº 8.429/92.

A solução para os referidos desvios de finalidade poderia ser praticável se existisse obediência ao autêntico conceito de discricionariedade administrativa, instituto que autoriza a livre escolha dos cargos comissionados, já que, na preleção de José dos Santos Carvalho Filho, esta seria “a prerrogativa concedida aos agentes administrativos de elegerem entre várias condutas possíveis, a que traduz maior conveniência e oportunidade para o interesse público.”⁸ Todavia, o que menos se verifica na pragmática quotidiana é a busca por esse interesse público, o que confirma a tese apresentada acerca do desvio de finalidade, que deveria implicar a nulidade de qualquer ato de nomeação contrário às exigências do bem comum.

2.2 Princípios constitucionais aplicáveis

2.2.1 Impessoalidade

A impessoalidade porta consigo o objetivo certo e inafastável de satisfação do interesse público, gerindo a coisa pública sem permitir precedentes para condutas valoradas pelo

⁸ CARVALHO FILHO, op.cit., p.31.

alvedrio do gestor público, e sim correspondendo aos clamores gerais da população administrada.

Consoante brilhante preleção do mestre Hely Lopes Meirelles, o princípio da impessoalidade, também denominado princípio da finalidade

(...) veda a prática de ato administrativo sem interesse público ou conveniência para a Administração, visando unicamente a satisfazer interesses privados, por favoritismos ou perseguições dos agentes governamentais, sob a forma de *desvio de finalidade*. Esse desvio de conduta dos agentes públicos constitui uma das mais insidiosas modalidades de *abuso de poder* (...).

Talvez o corolário da impessoalidade seja, de todos os princípios nomeados no artigo 37 da Carta Política, o mais prejudicado com o atual regramento sobre os cargos em comissão. É que a ausência de pressupostos de escolha abre ao administrador público ampla margem de discricionariedade, fato que torna cargos desse gênero verdadeiras exceções ao princípio ora tratado.

Se a Administração Pública é impessoal, significa dizer que ela “não pertence a uma pessoa em especial”⁹, e, por conseguinte, não pode ser voltada a determinada ou determinadas pessoas. É inclusive um desdobramento do princípio jurídico maior da isonomia, para o qual resta indevido dispensar tratamento diverso àqueles que se encontram em idêntica situação fática. Justamente por essa razão, os cargos em comissão, permitindo aos seus possuidores o ingresso nos quadros públicos sem a submissão prévia ao devido certame, impõem uma desigualdade perante os milhões de aspirantes a um cargo público existentes na corrida dos concursos públicos existente no Brasil.

9 CALDAS AULETE, Dicionário contemporâneo da língua portuguesa, v.3, p. 2.667.

Igualmente, permitindo-se ao gestor a livre escolha dos subordinados comissionados, permite-se que essas mesmas funções, remuneradas pelos cofres públicos, transformem-se em verdadeiros instrumentos de satisfação particular do superior hierárquico, tal qual como ocorre na iniciativa privada, mas com uma peculiaridade especialmente prejudicial: como o gestor público não se pauta pelo lucro, não haverá interesse por parte deste no nível de eficiência com que o nomeado exercerá suas funções, mas sim em como este atenderá aos interesses políticos e administrativos do próprio nomeante, os quais nem sempre representam o interesse público.

Não fossem suficientes os problemas expostos, a ausência de impessoalidade na escolha promovida gera ulteriores e contraproducentes resultados, como a abertura para condescendências ilícitas do administrador diante de condutas reprováveis tomadas pelo servidor nomeado, bem como a ausência de controle regulatório da presteza profissional.

2.2.2 Moralidade

A Administração e seus agentes devem agir com observância a preceitos éticos ínsitos à própria função pública. Não é tolerável que um agente público, desrespeitando os valores de probidade e boa-fé, pratique condutas que maculem a imagem do Estado como administrador do erário público.

Na lição do sempre grandioso mestre Hely Lopes Meirelles¹⁰, citando Maurice Hauriou, ensina-se

(...) o agente administrativo, como ser humano dotado da capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o Bem do Mal, o honesto do desonesto. E, ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético da sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal,

10 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 2007, p. 79-80.

o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto. Por considerações de Direito e de Moral, o ato administrativo não terá que obedecer somente à lei jurídica, mas também à lei ética da própria instituição, porque nem tudo que é legal é honesto (...).

A Lei 9.784/99, que regulamenta o processo administrativo federal, também consagra o corolário em pauta, assim se pronunciando:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

(...)

IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé; (grifo nosso)

Com efeito, fere a boa-fé e o decoro a adoção de critérios político-ideológicos ou familiares no processo de opção por quem se encarregará do mister público afeito ao cargo em comissão, por se enquadrar nas hipóteses de clientelismo e nepotismo, extensamente combatidas atualmente pelos órgãos de controle da atuação administrativa.

Cumprе salientar que existe um regramento próprio visando coibir e sancionar condutas que configurem improbidade administrativa, alçado pela Lei 8.429, de 2 de junho de 1992. Essas condutas são classificadas em três gêneros: as que importam enriquecimento ilícito, as que geram lesão ao erário público e as que afetem princípios da Administração Pública.

O princípio ora estudado é de tamanha importância que é causa suficiente para o ajuizamento de ação popular por

qualquer cidadão, cujo fundamento constitucional encontra-se transcrito abaixo:

Art. 5º (...)

LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à **moralidade administrativa**, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência; (grifo nosso)

Em síntese, faz-se necessário que a autoridade nomeante balize sua discricionariedade por uma análise objetiva de competência dos candidatos à nomeação, eliminando eventuais desvios do padrão comportamental exigível para a sua posição, de forma a melhor atender aos anseios do cidadão-mantenedor dos serviços públicos.

2.2.3 Eficiência

A eficiência sempre foi reconhecida pela doutrina como característica imprescindível aos serviços públicos, mas só foi erguida ao status constitucional atualmente conferido pelo ordenamento jurídico por meio da Emenda Constitucional nº 19, de 1998. Essa mudança foi um desdobramento da reforma gerencial do Estado (*public management*) implantada no Brasil, que deixou à mostra o descontentamento da população com a deficiente prestação dos serviços postos à sua disposição pelo Estado.

Por meio da regra de eficiência, o que se pretende é

a procura de produtividade e economicidade e, o que é mais importante, a exigência de reduzir os desperdícios de dinheiro público, o que impõe a

execução dos serviços com presteza, perfeição e rendimento funcional¹¹.

Entende-se por eficiente não somente a aquisição de aparato tecnológico adequado às exigências da modernidade ou a flexibilização dos procedimentos administrativos, mas principalmente, o nível de desempenho funcional apropriado, suficientemente eficaz na conquista de metas e resultados impostos pelas demandas sociais.

A Emenda Constitucional de nº 45, de 8 de agosto de 2004, solidificou como direito constitucional – e portanto, parte integrante do núcleo super-rígido das cláusulas pétreas – a celeridade na tramitação dos processos administrativos e judiciais, incluindo no artigo 5º o inciso LXXVIII. A inclusão se deveu à necessidade de destinar maior efetividade à prestação jurisdicional e administrativa, até mesmo porque, resgatando as palavras de Rui Barbosa, “justiça tardia não é justiça, é injustiça manifesta”.

A relação instituída entre o ocupante de cargo em comissão e a autoridade que a nomeou reflete, não raro, cumplicidade incompatível com os parâmetros de rendimento funcional. Isso porque a confiança dificulta a impessoalidade, que por sua vez, fragiliza o nível de cobrança entre subordinado e superior hierárquico, comprometendo a exigências postas sobre o servidor comissionado.

Sabe-se que o desempenho funcional é consequência do estado motivacional e do esforço individual para realizar tarefas e atingir objetivos. Esse esforço individual, com a proteção fornecida pela interdependência que sua própria condição acarreta em relação à chefia, tende a reforçar um comodismo que em nada contribui para a construção motivacional do funcionário. Além disso, o profundo grau de cumplicidade compromete o processo de avaliação da autoridade nomeante.

11 MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo, 2005, p. 41.

Pior ainda, no sistema de recompensas e punições adotado pelo órgão estatal, há uma inclinação à premiação perene dos “preferidos” do administrador público (na mesma medida em que inexistem medidas punitivas), em detrimento do patente mérito de outros servidores não tão visados. Por óbvio, o resultado imediato deste comportamento são interferências negativas no clima organizacional e redução motivacional generalizada entre os servidores do baixo escalão hierárquico, afetando a qualidade dos serviços públicos na camada mais próxima à população.

Os cargos em comissão são exclusivos para funções de direção, chefia e assessoramento, funções tais que demandam maior conhecimento técnico e preparo profissional, sem prejuízo das habilidades individuais com liderança, inteligência emocional, etc. Em razão de não haver apreciação de critérios meritórios na escolha de quem assumirá essas atribuições, o poder pessoal dos eventuais ocupantes não é examinado. É comum tais pessoas estarem munidas apenas do poder de posição que o cargo oferece. A citada espécie de poder está atrelada a uma visão meramente formal, que isolada já não corresponde ao ritmo das organizações estatais modernas. Pede-se vênia para transcrever notável definição sobre o mencionado conceito:

(...) é o poder legítimo, ou a autoridade formal. Vem da medida na qual o gerente pode usar os valores ou crenças internalizadas dos subordinados de que o ‘patrão’ tem o ‘direito de mandar’ para controlar o comportamento deles. (...) Se essa legitimidade acabar, a autoridade não será aceita pelos subordinados.¹²

Por conseguinte, por causa do diminuto poder pessoal dos diretores, chefes e assessores, o trato com servidores de escalas inferiores na estrutura organizacional torna-se menos

12 SCHERMERHORN JR, John R.; HUNT, James G.; OSBORN, Richard N. Fundamentos de Comportamento Organizacional, 2. ed., Porto Alegre: Artmed, 1998, p. 212.

proveitoso, pois os subordinados acabam por não identificar referências positivas em seus superiores, além de mais uma vez tornar frágil os estímulos e motivações envolvidos no trabalho desenvolvido.

2.3 Contextualização do tema na relação com os princípios gerais do direito administrativo

2.3.1 Supremacia do Interesse Público

Os instrumentos de poder conferidos ao Estado constituem verdadeiro reflexo do exercício soberano legitimado democraticamente, que remete à ideia de Contrato Social exposta por Rousseau, segundo a qual a sociedade se vê na necessidade de estabelecer regras gerais norteadoras do edifício social no intuito de preservar o convívio harmônico.

Essa necessidade é fruto da constatação de que a existência da liberdade plena é, na verdade, ausência de liberdade, haja vista ser, a esfera ilimitada de direitos individuais, verdadeira ameaça à segurança de direitos individuais outros ou da própria coletividade, consoante se depreende da exegese hobbesiana, tão bem tratada na obra “O Leviatã”.

Nesse diapasão, o Estado é um organismo oriundo da própria vontade e do anseio da sociedade, razão pela qual a ação estatal deve sempre se pautar pelos objetivos e interesses da própria sociedade, como verdadeira detentora do poder soberano originário, e destinatária direta dos serviços públicos.

Tal axioma fornece os sustentáculos necessários à teorização principiológica do **interesse público** na exegese jurídica, que embora não se abrigue na fileira normativo-constitucional, se vale dos dizeres de Celso Antônio Bandeira de Mello¹³ para encontrar a seguinte dicção:

O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado é princípio geral de Direito

13 MELLO, op. cit.

inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência. Assim, não se radica em dispositivo algum da Constituição, ainda que inúmeros aludam ou impliquem manifestações concretas dele, como, por exemplo, os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor ou do meio ambiente (art. 170, III, V e VI), ou tantos outros. *Afinal, o princípio em causa é um pressuposto lógico do convívio social.* (grifo nosso).

Nesse diapasão, é esta mesma regra a responsável pelo estabelecimento de uma conexão lógica com o princípio da finalidade, já que, ao agente público, na busca constante pelo interesse geral, que justifica inclusive o seu poder de tutela conferido democraticamente, não é lícito destoar do objetivo único e inafastável de consecução do fim a que se destina legalmente a realização do ato administrativo, constituindo, o desvio de finalidade, causa de invalidação da conduta praticada.

É certo que a trajetória político-histórica brasileira foi primordial na construção de uma sociedade civil fraca e desorganizada, sendo responsável, por conseguinte, pela cultura de desinteresse generalizado, a permear uma não atendida necessidade de prestação de contas por parte do detentor do poder de administrar a coisa pública.

O patrimonialismo e suas novas formas de manifestação no Estado contemporâneo persistem na apropriação da coisa pública como se fossem bens próprios do administrador, ou mesmo como se fossem *res nullius*, representando inadmissível desacato à supremacia do interesse público, que fica relegado a posição coadjuvante no sopeso com a vontade privada do tomador de decisões.

De igual modo, vê-se atacado o referido princípio quando, legitimado pelo complacente regramento constitucional, nomeia-se servidor para cargo em comissão mediante critério único de confiança da autoridade, o que configura indubitável

institucionalização da submissão do erário público ao lucro e à vantagem de alguns poucos particulares.

No entanto, hodiernamente já se fala em uma nova ótica de gestão, oriunda do movimento *Public Service Oriented*, baseado na noção de equidade, resgate do conceito de esfera pública e ampliação do dever social de prestação de contas, modificando a relação constituída entre Estado e cidadão, na medida em que este é visado como verdadeiro cliente dos serviços estatais.

2.3.2 Indisponibilidade do Interesse Público

O patrimônio e o interesse público não são de propriedade da Administração, tampouco de seus agentes públicos. Cabe-lhes, assim, a sua gerência e conservação, com o fito de resguardá-los em prol da coletividade.

Por atuar em nome de terceiros, à Administração não é possível atuar com livre disposição dos aludidos bens, pois, circunscrita ao arco limitativo dos princípios administrativos, deve sempre agir com observância das necessidades dos administrados. Ensinam Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo¹⁴:

Em razão do princípio da indisponibilidade do interesse público (sss) são vedados ao administrador quaisquer atos que impliquem renúncia a direitos do Poder Público ou que injustificadamente onerem a sociedade. Trata-se de um princípio implícito, e dele decorrem diversos princípios expressos que norteiam a atividade da Administração, como o da legalidade, o da impessoalidade, o da moralidade, o da eficiência.

Destarte, também muitos dos institutos do Direito Administrativo são advindos do princípio ora tratado, tais como a licitação, as restrições dos bens públicos, o concurso público, etc.

¹⁴ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 17. ed. São Paulo: Método, 2009.

A doutrina italiana faz referência à existência de duas espécies de interesse público: o primário e o secundário. O primeiro diz respeito aos interesses diretos do povo, os interesses gerais imediatos. O segundo revela os interesses imediatos do Estado enquanto detentor de personalidade jurídica, titularizando direitos e obrigações.

De qualquer forma, o interesse público secundário, voltado geralmente à prosperidade arrecadatória do Estado, só pode ser considerado legítimo se não for contrário ao interesse público primário, sob pena de sequer ser reputado interesse público, mas meramente interesse governamental injusto.

Diante disso, pode-se alegar que quaisquer manobras no sentido de afastar a incidência dos desígnios responsáveis por atestar as melhores vantagens ao interesse público, como o regramento do concurso público, para atender à possibilidade de lucro pecuniário para a Administração por meio da instituição de cargos em comissão, deverão, de imediato, ser rechaçadas. Perfilhando esse posicionamento, já pronunciou o STF:

Os dispositivos em questão, ao criarem cargos em comissão para oficial de justiça e possibilitarem a substituição provisória de um oficial de justiça por outro servidor escolhido pelo diretor do foro ou um particular credenciado pelo Presidente do Tribunal, afrontaram diretamente o art. 37, II, da Constituição, na medida em que se buscava contornar a exigência de concurso público para a investidura em cargo ou emprego público, princípio previsto expressamente nesta norma constitucional. (ADI 1.141, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 29 ago. 2002, Plenário, DJ de 29 ago. 2003.)

3 Projeções infraconstitucionais acerca do tema

Ensaio outros têm sido formados em manobras infraconstitucionais com vistas a extirpar o nepotismo dos órgãos

públicos. Exemplo maior e mais recente é a Súmula Vinculante N.º 13 do Supremo Tribunal Federal, que veda diretamente essa prática, conforme abaixo especificado:

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

Com a onda moralizadora capitaneada pelas mobilizações públicas contra a corrupção que assola o país, vários projetos de lei aspirando à moralização do aparato público têm sido introduzidos nas Casas Legislativas dos Estados e do País. O Estado da Paraíba, no que tange aos cargos comissionados, foi pioneiro nesse trato, estendendo a essas funções exigências similares às impostas pela Lei do “Candidato Ficha Limpa”. Pela Lei Estadual N.º 9.227, de 21 de setembro de 2010, ficam vedados de ocupar cargos ou funções de Secretários de Estado, Ordenadores de Despesas, Diretores de Empresas Estatais, Sociedades de Economia Mista, Fundações e Autarquias do Estado da Paraíba os que, dentre outras previsões, tiverem sido condenados em segunda instância por crimes contra a Administração Pública ou eleitorais.

Essa tendência deve ser estendida a todos os demais Estados da Federação, haja vista a pressão popular venha ganhando fôlego para transformar o atual ordenamento legal em verdadeira garantia dos anseios da população.

Contudo ainda permanece lacunoso o arcabouço legislativo no que tange à penalização dos administradores clientelistas,

que vêm nos cargos comissionados a possibilidade de retribuição dos favores pessoais que receberam ou receberão, e dos chamados “nepotismos cruzados”, cuja identificação se dá de forma dificultosa, por se consubstanciarem pela relação interinstitucional dos gestores públicos contratantes, e por não guardarem relação de parentesco entre estes e os subordinados imediatos.

4 Conclusão

Levando em consideração a assaz flexível legislação existente, é premente a necessidade que se edite rígida regulamentação normativa, no sentido de se ordenarem restrições de ordem temporal concernentes à duração máxima dos vínculos comissionados firmados, além de definir condições bem delineadas para o uso do instituto, sempre aspirando a uma boa gestão dos recursos públicos e ao acatamento dos axiomas basilares constantes do artigo 37 da Carta Política.

Na verdade, o melhor argumento resolutivo das dificuldades expostas seria o da extinção dos cargos comissionados da estrutura administrativa pública, limitando sua existência aos cargos políticos integrantes do alto escalão, nas três esferas de manifestação do poder estatal, como os Ministros de Estado no Executivo, a título de exemplo, ou a funções que demandassem alta especialização técnica. Ainda assim, em todo caso, os nomeados deveriam estar subjugados a forçosos critérios de qualificação e ausência de cunho nepotista no ato nomeador. Dessa forma, o tratamento dos cargos comissionados se assemelharia ao regramento acerca das contratações de bens e serviços pela Administração Pública, cujos casos de dispensabilidade da regra geral licitatória se submetem a rígidos casos em que a mesma não se faz possível.

Existem atualmente mecanismos institucionais aptos a exercitarem o devido controle sobre o mau uso do instituto

objeto deste trabalho, como os desenvolvidos pelos Tribunais de Contas e Ministérios Públicos, razão porque seria bem-vindo um aprofundamento prático no desempenho de atribuições ao tema relacionadas. Igualmente, pode o cidadão, valendo-se da democrática ação popular, propor ação visando anular ato que cause lesão ao erário público ou que seja contrário à moralidade administrativa.

De igual modo, há de se ampliar a competência judiciária para o exame possível de ser exercido sobre os atos administrativos, já que atualmente assume contornos deveras acanhados, sob o pretexto de que o ativismo judicial não pode ir além dos limites da análise legal, sem adentrar os requisitos do mérito administrativo. Afinal, até o mérito deve ser posto como secundário frente a imperativos de maior grandeza, como o é, por exemplo, o parâmetro da razoabilidade, sob pena de afetar a própria legalidade. Sobre o tema, ensina o grande mestre Celso Antônio Bandeira de Mello: “uma providência desarrazoada (...) não pode ser havida como comportada pela lei. Logo, é ilegal: é desbordante dos limites nela contidos.”¹⁵

Já que, ao contrário do nepotismo, que evidencia laço sanguíneo de fácil identificação, o clientelismo se disfarça pela obscuridade dos acordos políticos promíscuos, seria forçoso que a nomeação fosse precedida de uma panorâmica investigação de vida pregressa do nomeado, visando à verificação de que tipo de relação é mantido com o nomeante, ou ao menos tornar obrigatório o encargo de assinar termo declaratório sobre a inexistência de vínculo político com o nomeado, sob pena de ulterior responsabilização criminal, no caso de se averiguar o contrário.

Por fim, devem os órgãos legiferantes acompanhar o esteio dos movimentos sociais e incluir nas suas pautas prioritárias reformas legislativas que se identifiquem com a opinião pública, que já cansada de tantos escândalos políticos envolvendo a coisa

15 MELLO, op.cit., p. 106.

pública, clama por providências imediatas e urgentes no sentido de concretizar a moralidade e a impessoalidade como objetivos insofismáveis a serem perseguidos.

Já não há espaço no atual contexto histórico-político nacional, em que reinam as proposições imperiosas de um autêntico estado democrático de direito, para desmandos e arbitrariedades por parte do gestor público, especialmente no que se refere à ocupação de cargos sustentados com o dinheiro do cidadão, trabalhador que tanto se esforça para, concomitantemente, sustentar a sua família e a pesada carga tributária do país.

Commissioned positions: an analysis from the perspective of public management and constitutional principles of public administration

Abstract: This paper aims to present a critical exegesis about the universal values proclaimed in the text of the Constitution and its subsequent application in the treatment available to commissioned positions members of the Brazilian government. It had been widely used sources of bibliographic doctrinal, consistent with the constitutional and legal formatting existing in Brazilian law. The comparison of data, referred to the initial theoretical foundation, allowed the establishment of critical analysis and perspectives conclusive on the issue. Preliminarily, we must admit that there is not always consistent between the parameters sculptured in the Federal Constitution and the actual practices observed in the free choice of public officials for accepting positions in committee, and this was hosted by several factors, is the very absence of instruments for limiting administrative discretion, either by the presence of spurious negotiations permeating the management of public affairs. These facts justify the examination of the problems exposed, with a view to finding solutions legally feasible and appropriate from the perspective of public management.

Keywords: Public Management, Commissioned Positions, Nepotism, Patronage.

Referências

- ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 17. ed. São Paulo: Método, 2009.
- CALDAS AULETE, *Dicionário contemporâneo da língua portuguesa*. v. 3. 3. ed. Lisboa: Delta, 1980
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- BONAVIDES, Paulo. *Democracia e liberdade*. In: Estudos em homenagem a J. J. Rosseau. Rio de Janeiro: FGV, 2002.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2010.
- CHIAVENATO, Idalberto. *Administração Geral e Pública*. Rio de Janeiro: Campus, 2006.
- DECOMAIN, Pedro Roberto. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Dialética, 2007.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- FERREIRA, Caio Marcio Marini. Crise e Reforma do Estado: Uma questão de Cidadania e Valorização do Servidor. *Revista do Serviço Público*, Ano 47, v. 120, n. 3, set./dez., 1996.
- HOBBS, Thomas. *O Leviatã*. Tradução por Claudio Sanches Lauria. São Paulo, 1984.
- MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*, Salvador: Podivm, 2005,
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- _____. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MICHALISZYN, Mario Sergio; TOMASINI, Ricardo. *Pesquisa: Orientações e normas para elaboração de projetos, monografias e artigos científicos*. Rio de Janeiro: Vozes, 2005.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

PAULA, Ana Paula Paes. *Por uma nova gestão pública: limites e potencialidades da experiência contemporânea*. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

PEREIRA, L. C. Bresser. *Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*. 34. ed. Brasília: ENAP; São Paulo: 34, 1998.

PINTO, Conceição Jorge. Cargos em comissão. Da contratação motivada pela capacitação técnica ao nepotismo e ao clientelismo. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 2122, 23 abr. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/DOCTRINA/texto.asp?id=12682>>. Acesso em: 24 abr. 2010.

SANTOS, Luis Alberto dos. *Cargos em Comissão: do nepotismo e do clientelismo à profissionalização*. Disponível em: <<http://www.assessoriaopt.org/textocargocom.htm>>. Acesso em: 25 abr. 2010.

SCHERMERHORN JR. John R.; HUNT, James G.; OSBORN, Richard N. *Fundamentos de Comportamento Organizacional*, 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998

SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do Trabalho Científico*. 22. ed. rev. São Paulo: Cortez, 2006.

TENÓRIO, Fernando Guilherme. Gestão Pública e Cidadania: Metodologias Participativas em Ação, Revista RAP – EBAD/FGV, 31 (4) jul./ago, [200?].

TORRES, Marcelo Douglas de Figueiredo. *Estado, Democracia e Administração Pública no Brasil*. São Paulo: FGV, 2001

Convenção de Palermo versus pl 150/06: a necessidade de harmonizar o direito interno com o direito internacional

Marcelo Augusto Silva de Almeida*

Sumário: 1 Introdução. 2 O fenômeno da criminalidade organizada. 3 O problema da conceituação de crime organizado. 4 Os pontos convergentes entre PL n° 150/2006 e a Convenção de Palermo. 5 Os pontos divergentes entre o PL n° 150/2006 e a Convenção de Palermo. 6 Conclusão. Referências.

Resumo: O presente estudo tem como objetivo principal investigar a compatibilidade das tentativas de regulamentação dos sistemas normativos de repressão ao crime organizado com os critérios adotados internacionalmente pelos países signatários da Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional, mais conhecida como Convenção de Palermo. Para alcançar esse desiderato será utilizado o método comparativo de análise da norma internacional e de seu tratamento sobre a matéria proposta, tendo como parâmetro basilar o Projeto de Lei n° 150/2006, apresentado junto ao Senado Federal Brasileiro pela Senadora Serys Slhessarenko e que pretende regulamentar no país as políticas criminais de repressão dessas organizações criminosas, definir o conceito de crime organizado, estabelecer mecanismos inovadores para instrução criminal e técnicas alternativas de investigação policial, de modo a viabilizar a contenção da expansão desse fenômeno da criminalidade moderna que são as organizações criminosas. A partir dessas premissas metodológicas será possível concluir pela compatibilidade ou não do sistema normativo proposto no PL 150/06 com aquele adotado na Convenção de Palermo e serão expostos os pontos divergentes, de modo a tornar possível a harmonização do regramento jurídico brasileiro com os anseios da comunidade mundial.

Palavras-chaves: Crime organizado. Política criminal. Direito internacional público.

* Promotor de Justiça Substituto do MP-AM

1 Introdução

O combate ao crime organizado é um assunto que está na pauta de discussões em todo o mundo civilizado em decorrência do recrudescimento da prática de ilícitos com características organizacionais próprias, estruturadas hierarquicamente e com divisão de atribuições que dificultam a apuração dos crimes pelos meios e instrumentos normais de atuação.

Buscando traçar os contornos legais desse fenômeno criminal e permitir o combate desse tipo de organização delituosa com mecanismos específicos de investigação e repressão foi que a Assembléia da Organização das Nações Unidas (ONU) se reuniu no dia 15.11.2000, na cidade de Nova Iorque, para aprovar a Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional, que se tornou mais conhecida como Convenção de Palermo.

O Brasil passou a figurar como signatário da Convenção de Palermo a partir do momento em que foi devidamente depositado o instrumento de ratificação em 29.01.2004, sendo o ato posteriormente promulgado pelo Decreto Federal 5.015 de 12 de março de 2004.

Entretanto, mesmo antes disso o Brasil já vinha envidando esforços na contenção desse tipo de estrutura criminal organizada, podendo ser citados como exemplos a Lei nº 9.034/95 e a Lei nº 10.217/2001 que definiram meios operacionais de investigação e prova nas ações praticadas por organizações criminosas.

Entretanto, apesar de todos os esforços, o ordenamento jurídico brasileiro ainda padece de um grande vazio normativo no sentido da conceituação do fenômeno da criminalidade organizada, o que é imprescindível para que se possam aplicar as leis supracitadas já que a própria Convenção de Palermo incumbiu os países signatários de promoverem alterações

na legislação interna visando alcançar os fins perseguidos internacionalmente.

Nesse sentido é o artigo 34, item 1 da Convenção de Palermo¹, quando preleciona:

Cada Estado Parte adotará as medidas necessárias, incluindo legislativas e administrativas, em conformidade com os princípios fundamentais do seu direito interno, para assegurar o cumprimento das suas obrigações decorrentes da presente Convenção.

Assim, há necessidade de regulamentação interna da matéria tratada e para suprir essa falta é que foi apresentado perante o Senado Federal o Projeto de Lei 150/06 de autoria da Senadora Serys Shessarenko, que traz disposições específicas sobre as políticas criminais de repressão ao crime organizado, definindo seu conceito no direito interno e traçando regras atinentes aos instrumentos de combate a esse tipo de estrutura criminosa.

A investigação sobre a compatibilidade e harmonização desse projeto de lei com a Convenção de Palermo é o objeto do presente estudo, que pretende traçar os pontos em comum e as divergências de concepções entre o ordenamento jurídico interno e os princípios e valores adotados na legislação internacional.

2 O fenômeno da criminalidade organizada

É cediço que o crescente fenômeno da criminalidade organizada em todo o mundo vem provocando profundas reflexões e esforços nos meios políticos e acadêmicos, objetivando definir com maior rigor científico a matéria e assim possibilitar a criação de mecanismos mais eficazes de repressão desse

¹ BRASIL. Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em: 07 set. 2010.

tipo de organização, que costuma a se infiltrar em sociedades organizadas e utilizar-se de seus próprios recursos para obter benefícios de toda ordem.

Essa preocupação se estende por diversos países e as organizações criminosas podem ser notadas em diversas áreas de atuação e muitas vezes em várias delas ao mesmo tempo, como é o caso das infiltrações no meio político com o objetivo de favorecer a atuação criminosa em áreas específicas como o contrabando, o tráfico de entorpecentes, os crimes contra ordem financeira e tributária, o tráfico de influência, a evasão de divisas, etc.

Os meios normalmente utilizados por esses grupos criminosos podem variar bastante objetivando alcançar os resultados ilícitos almejados, sendo comuns, por exemplo, os casos de corrupção de agentes públicos e os mais variados mecanismos de intimidação, que podem ir desde a simples ameaça até o homicídio de pessoas.

No cenário internacional esse fenômeno estruturado pode ser bem compreendido quando relembramos exemplos clássicos de organizações voltadas à práticas de crimes, como é o caso da tríade chinesa, da yakusa japonesa, da máfia russa, das organizações turcas, do cartel colombiano, dos grupos africanos e dos grupos terroristas islâmicos que ficaram conhecidos no mundo todo pela forma organizada como conduziam suas atividades ilegais.

No Brasil, apenas para citar alguns exemplos ligados ao narcotráfico, podemos citar as organizações criminosas conhecidas como Comando Vermelho (CV), Primeiro Comando da Capital (PCC), Amigos dos Amigos (ADA), dentre outros grupos de poder que já demonstraram por diversas vezes sua capacidade de fomentar crimes mesmo de dentro de unidades prisionais do Estado e de se infiltrar nas forças armadas e no próprio Poder Legislativo local.

Se adentrarmos no cenário político não podemos deixar de observar características organizacionais similares, embora sem utilização de traços de violência, nos escândalos que ficaram popularmente conhecidos como “mensalões”, no caso dos “anões do orçamento”, nos desvios de verbas públicas pelo superfaturamento de obras ou pelas fraudes em processos licitatórios.

Assim, a criminalidade organizada é um fenômeno internacional que também está arraigado no Brasil em diversos níveis de atuação e em diversos setores, o que torna imprescindível que sejam definidos seus contornos conceituais e legais a fim de que possa ser combatido com maior eficácia e com a utilização de mecanismos específicos de investigação e de instrução criminal.

3 O problema da conceituação de crime organizado

O conceito de crime organizado, organização criminosa ou de grupo criminoso organizado até o presente momento só foi definido na legislação internacional, tendo sido conceituado pelo artigo 2, alínea ‘a’ da Convenção de Palermo², nos seguintes termos:

- a) “Grupo criminoso organizado” - grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material.

Apesar da tratarem de instrumentos de investigação e de procedimentos de instrução criminal e formação de meios de prova envolvendo organizações criminosas, as leis n° 9.034/95

2 A Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional que se tornou mais conhecida como Convenção de Palermo foi ratificada pelo Brasil em 29 de janeiro de 2004 e promulgada pelo Decreto Federal 5.015 de 12 de março de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em: 07 set. 2010.

e a Lei nº 10.217/2001 foram totalmente omissas no sentido da elaboração de um conceito legal do que significa a expressão crime organizado.

Isso suscitou uma série de dúvidas e questionamentos quanto à possibilidade de aplicação dos meios de investigação e formação de acervo probatório nos processos derivados dessas organizações, em função principalmente da observância do princípio da taxatividade das normas penais.

Nesse sentido, ressaltando a impossibilidade de utilização da definição jurídica de crime organizado estabelecida na Convenção de Palermo para incriminar condutas praticadas no Brasil, são importantes as considerações do jurista Luiz Flávio Gomes³, quando elenca três problemas derivados da falta de conceituação dessas organizações no direito brasileiro, lembrando que:

1º) a definição de crime organizado contida na Convenção de Palermo é muito ampla, genérica, e viola a garantia da taxatividade (ou de certeza), que é uma das garantias emanadas do princípio da legalidade;

2º) a definição dada, caso seja superada a primeira censura acima exposta, vale para nossas relações com o direito internacional, não com o direito interno; de outro lado, é da essência dessa definição a natureza transnacional do delito (logo, delito interno, ainda que organizado, não se encaixa nessa definição). Note-se que a Convenção exige "(...) grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material". Todas as infrações enunciadas na Convenção versam sobre a criminalidade transnacional. Logo, não é qualquer criminalidade

³ GOMES, Luiz Flávio. Definição de crime organizado e a Convenção de Palermo. Disponível em: < <http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12957>>. Acesso em: 07 set. 2010

organizada que se encaixa nessa definição. Sem a singularidade da transnacionalidade não há que se falar em adequação típica, do ponto de vista formal;

3º) definições dadas pelas convenções ou tratados internacionais jamais valem para reger nossas relações com o Direito penal interno em razão da exigência do princípio da democracia (ou garantia da *lex populi*).

Na tentativa de equacionar o problema foram apresentados diversos projetos de lei que buscavam por ora abranger o conceito de organização criminosa no conceito de quadrilha ou bando e por outras definir o fenômeno como um tipo penal autônomo.

Dentre essas propostas legislativas podemos citar o Projeto de Lei nº 1.182/2007 de autoria do Deputado Laerte Bessa, o PL nº 1.655/2007 do Deputado Geraldo Rezende, o PL nº 140/2007 do Deputado Neucimar Fraga, o PL nº 2.716/2007 do Deputado Onyx Lorenzoni e a Sugestão nº 258/2006 da AJUFE convertida no PL nº 2.057/2007, sendo este último o único que adota a definição jurídica da Convenção de Palermo, mas restringe seu alcance ao fixar medidas protetoras apenas no âmbito da magistratura federal.

A principal proposta legislativa atualmente em tramitação e que busca preencher o vazio normativo da ausência de definição legal sobre o crime organizado é o Projeto de Lei nº 150/2006, apresentado junto ao Senado Federal pela Senadora Serys Slhessarenko e remetido para Câmara dos Deputados em 09.12.2009, que por sua importância é o objeto do presente estudo.

O PL 150/2006⁴ define o crime organizado da seguinte maneira:

Art. 1º Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, meios

⁴ BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 150/2006. Disponível em: <<http://www.legis.senado.gov.br/mate-pdf/8236.pdf>>. Acesso em: 07 set. 2010.

de obtenção de prova, crimes correlatos e procedimento criminal a ser aplicado.

Parágrafo único. Considera-se organização criminosa a associação, de três ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com o objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de um ou mais dos seguintes crimes:

I - tráfico ilícito de drogas;

II - terrorismo, sua organização e funcionamento;

III - contrabando ou tráfico ilícito de armas, munições, explosivos ou materiais destinados à sua produção;

IV - extorsão mediante sequestro;

V - crimes contra a Administração Pública;

VI - crimes praticados por particular contra a Administração Pública Estrangeira;

VII - crimes contra o sistema financeiro nacional;

VIII - crimes contra a ordem econômica e tributária;

IX - crime contra empresas de transporte de valores ou cargas e receptação de bens ou produtos que constituem proveito auferido por esta prática criminosa;

X - tráfico de pessoas;

XI - tráfico de migrantes;

XII - lavagem de dinheiro, ocultação de bens, direitos e valores;

XIII - tráfico ilícito de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano;

XIV - homicídio qualificado;

XV - falsificação, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais;

XVI - crime contra o meio ambiente e o patrimônio cultural;

XVII - roubo qualificado;

XVIII - delitos informáticos

A simples leitura do texto do projeto de lei já deixa claro que existem nítidas diferenças entre o conceito apresentado

ao mundo pela Convenção de Palermo e a proposta legislativa brasileira.

Na verdade há duas correntes de pensamento sobre a própria necessidade de se conceituar o crime organizado no direito interno, existindo aqueles que defendem que essa definição é uma exigência legal para que se possa imputar condutas penais típicas em face do princípio da taxatividade das normas penais e aqueles que entendem que o fenômeno da criminalidade organizada é naturalmente dinâmico e não pode ficar limitado por parâmetros legais de um conceito jurídico formal.

Interessante monografia sobre esse assunto foi desenvolvida por Fábio Leandro Rods Ferreira⁵, que soube fixar perfeitamente a controvérsia ao lecionar que:

São duas as hipóteses: A primeira aceita o argumento de que seja necessária a construção de um conceito em lei, o que daria mais legitimidade à investigação e ao processo trazendo uma maior clareza para o aplicador do direito e uma segurança jurídica às partes envolvidas. É a Teoria da Tipificação.

A segunda considera que um conceito em lei, para organização criminosa, engessaria a persecução criminal, na medida em que a delinquência organizada atua em macro e mesocriminalidade, é dinâmica e está em constante movimento e adaptação aos instrumentos legais, no que a expressão “organizações ou associações criminosas de qualquer tipo” inserida na lei 9.034/95, cumpre a sua função como um tipo penal aberto de conceito jurídico indeterminado. Seria a teoria da Não-Tipificação.

A aprovação do Projeto de Lei 150/06 é de suma importância para afastar as dúvidas quanto à possibilidade

⁵ FERREIRA, Fábio Leandro Rods. Organização Criminosa. Projetos de Lei e a Busca de Conceitos. Mas é Possível Conceituar? Disponível em: <http://www.mp.am.gov.br/images/stories/caocrimo/2_-_Artigo_Fabio_Rods.pdf>. Acesso em: 01 set. 2010.

de enquadramento das condutas típicas que se utilizam desse tipo de estrutura organizacional e também para viabilizar a aplicação dos instrumentos legalmente previstos para combater essa espécie de ameaça ao Estado Democrático de Direito.

4 Os pontos convergentes entre PL nº 150/2006 e a Convenção de Palermo

Preliminarmente é importante ressaltar o fato de que numa tentativa de adequação das alterações normativas que são objeto do projeto de lei 150/2006 com as previsões contidas na Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), já foram introduzidas diversas modificações na proposta legislativa inicialmente apresentada perante o Senado Federal.

Em função disso, vários pontos divergentes que inicialmente receberam severas críticas de doutrinadores pátrios atentos e de membros do Legislativo Brasileiro, já foram devidamente rechaçados da proposta atualmente em trâmite nas Casas Legislativas Federais.

Foram apresentadas em torno de 20 (vinte) emendas objetivando a revisão da matéria, sendo a maior parte delas de autoria dos parlamentares Demóstenes Torres e Antônio Carlos Valadares⁶.

Em decorrência disso houve uma adequação, por exemplo, quanto ao número de integrantes que deveriam compor uma determinada organização criminosa, que foi inicialmente previsto com o número mínimo de 05 (cinco) pessoas e agora já está devidamente equiparado com a Convenção de Palermo ao estabelecer pelo menos 03 (três) integrantes.

A preocupação quanto ao números de participantes foi decorrência de uma grande confusão que era feita visando

6 BRASIL. Senado Federal. Portal da Atividade Legislativa. Disponível em: <http://www.senado.gov.br//atividade/materia/DocsComissao.asp?p_code_mate=77859>. Acesso em: 08 set. 2010.

distinguir o conceito de grupo criminoso organizado e a definição de quadrilha ou bando.

É importante dizer que esses conceitos não se confundem, embora possam interagir e evoluir para caracterização futura de uma quadrilha como organização criminosa, no caso de estarem presentes os demais requisitos que definem o fenômeno social do crime organizado.

Nesse sentido são importantes as considerações de Rodolfo Tigre Maia, citado no excelente trabalho de Érica Maria Sturion de Paula⁷, quando preleciona:

Segundo Rodolfo Tigre Maia, o nível organizativo mínimo exigível pelo art. 288 do Código Penal, como visto uma mera organização rudimentar, não se coaduna com os traços característicos de uma organização criminosa e que justificam um tratamento repressivo diferenciado. (MAIA 2000 apud PAULA, 2008).

Vale ressaltar também que não existe uniformidade entre os doutrinadores quanto ao traços característicos essenciais para definição de uma organização criminosa, sendo pertinentes os ensinamentos da mesma autora⁸, quando lembra que:

As características principais das organizações criminosas são: o arranjo empresarial, com hierarquia estrutural, divisões de funções e sempre direcionadas ao lucro. Segundo Raúl Cervini e Luiz Flávio Gomes, as organizações criminosas possuem algo mais do que um programa delinquencial, visto que há um planejamento empresarial (custo das atividades, recrutamento de pessoas), com firmas constituídas ou não. (GOMES et al 1997 apud PAULA, 2008)

Para Guaracy Mingardi quinze são as características das organizações criminosas: 1) prática de

7 PAULA, Érica Maria Sturion de. Crime Organizado. Disponível em: < <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/4618/Crime-organizado>>. Acesso em: 08 set. 2010.

8 PAULA, Érica Maria Sturion de. op. cit., p 2.

atividades ilícitas; 2) atividade clandestina; 3) hierarquia organizacional; 4) previsão de lucros; 5) divisão de trabalho; 6) uso da violência; 7) simbiose com o Estado; 8) mercadorias ilícitas; 9) planejamento empresarial; 10) uso da intimidação; 11) venda de serviços ilícitos; 12) relações clandestinas; 13) presença da lei do silêncio; 14) monopólio da violência; 15) controle territorial. (MINGARDI 2000 apud PAULA, 2008)

Outro ponto de convergência importante diz respeito aos meios de investigação e de obtenção de provas relacionados à infiltração de agentes policiais e às formas de vigilância eletrônica.

É importante lembrar que essas técnicas de investigações já são tratadas no direito interno pelos incisos IV e V do artigo 2º da Lei nº 9.034/95 que trata dos meios operacionais de prevenção e repressão das ações praticadas por organizações criminosas e em outras leis especiais como a Lei nº 9.296/96 que trata das interceptações telefônicas.

Inobstante o fato de que foi apresentada proposta de revogação da Lei nº 9.034/95 pelo artigo 31 do PL 150/2006, o artigo 3º daquela proposta legislativa é harmônico com a legislação alienígena ao fixar meios de obtenção de provas no combate ao crime organizado compatíveis com aquela norma, dispondo da matéria em seu artigo 3º da seguinte maneira:

Art. 3º Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção de prova:

I - colaboração premiada do investigado ou acusado;

II - interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos;

III - ação controlada;

IV - acesso a registros de ligações telefônicas, dados cadastrais, documentos e informações

eleitorais, comerciais e de provedores da internet;
V – interceptação da comunicação telefônica e a quebra dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica;

VI – infiltração por agentes de polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada e sigilosa autorização judicial.

Podemos perceber que diversos instrumentos de atuação encontram similitude com aqueles previstos na legislação internacional, como é o caso das operações de infiltração de agentes e da vigilância eletrônica já lembrados.

Curiosidade interessante sobre esse tema é que a infiltração de agentes foi inicialmente rechaçada no projeto de lei sob estudo, recebendo diversas críticas de juristas brasileiros, sendo posteriormente incluída na redação da proposta legislativa por intermédio da emenda nº 06 de autoria do Senador Demóstenes Torres.

Observamos com isso uma forte tendência de que durante a tramitação do projeto de lei 150/2006 sejam incorporadas diversas sugestões por intermédio de emendas, visando sempre essa busca por uma maior harmonização da legislação brasileira com a regulamentação do assunto no âmbito internacional.

5 Os pontos divergentes entre o PL nº 150/2006 e a Convenção de Palermo

Ao examinar os conceitos jurídicos apresentados na Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo) e a proposta legislativa consubstanciada no Projeto de Lei nº 150/2006, verificamos que existem nítidos traços distintivos no tratamento da matéria.

O conceito de crime organizado estipulado na Convenção de Palermo é mais abrangente, uma vez que o legislador

internacional buscou apenas definir as características do fenômeno definido como “grupo criminoso organizado”, sem adotar o princípio da taxatividade em sua conceituação, como fez o legislador pátrio.

Dessa forma, são válidas as críticas contra o referido projeto de lei que acabou “engessando” a natureza dinâmica do fenômeno da criminalidade organizada ao limitar o elenco de condutas típicas em que esse tipo de estrutura criminosa poderia ser encontrado.

Nota-se que a Convenção de Palermo ressaltou dentre as características definidoras das organizações criminosas elementos como a estabilidade da associação para fins ilícitos, ao trazer a idéia de “grupo estruturado” de pessoas, que assume o significado de uma formação não fortuita, mesmo que direcionada à prática de um único delito ou que não tenha estrutura hierárquica e atribuição de tarefas definidas ou mesmo que não esboce continuidade da sua composição.

Já o Projeto de Lei nº 150/2006 é mais rigoroso no que tange ao requisito da estabilidade organizacional, exigindo que seja “estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas”, ainda que isso seja feito de maneira informal.

Nesse aspecto são importantes as observações de Marcus Vinicius da Silva Dantas⁹, que desenvolveu estudo sobre o tema e preleciona que:

Enquanto o projeto de lei define que a associação criminosa deva ter estrutura organizacional hierárquica e divisão de tarefas, além de estabilidade (art. 2º, caput, do PLS 150/2006), a Convenção de Palermo prevê apenas que o grupo formado para a prática de infração seja não eventual, dispensando-se os requisitos de que as funções sejam formalmente definidas, que haja estrutura elaborada e que haja continuidade de sua composição.

⁹ DANTAS, Marcus Vinicius da Silva. O necessário aperfeiçoamento legislativo sobre o crime organizado. Disponível em: <<http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9049>>. Acesso em: 02 set. 2010.

Dessa forma o legislador brasileiro optou por elencar taxativamente os crimes que poderiam ensejar o tratamento investigativo e processual diferenciado, desde que associados às características de estruturação organizacional de hierarquia e divisão de atribuições próprias do crime organizado.

Além desses aspectos a Convenção de Palermo procurou estabelecer os parâmetros delimitadores das atividades das organizações criminosas estabelecendo uma correlação com a ideia de infrações graves que poderiam ser cometidas por esses grupos, sem entretanto listar os tipos penais correspondentes, como fez o legislador brasileiro.

Assim a Convenção de Palermo definiu as infrações graves para efeito de incidência das regras atinentes às organizações criminosas, conceituando esse tipo de infração como aquele “ato que constitua infração punível com uma pena de privação de liberdade, cujo máximo não seja inferior a quatro anos ou com pena superior”.

Dessa forma, qualquer tipo penal que tenha pena máxima igual ou superior a quatro anos poderá ser objeto de tratamento jurídico processual correspondente aos critérios diferenciados de combate ao crime organizado, consoante previsto na Convenção de Palermo, e não somente determinados tipos de crime elencados previamente em uma lista taxativa de delitos, nos termos na proposta legislativa brasileira.

Outra problema do PL 150/2006 que impede seu perfeito enquadramento e compatibilidade com a Convenção de Palermo é a omissão acerca da técnica de investigação denominada “entrega vigiada”.

As chamadas entregas vigiadas são instrumentos de investigação que objetivam o retardamento da ação policial até a reunião de maior acervo probatório e identificação de uma maior quantidade de participantes da empreitada criminosa, estando definido pela alínea ‘i’ do artigo 2º da Convenção de Palermo do seguinte modo:

i) “Entrega vigiada” - a técnica que consiste em permitir que remessas ilícitas ou suspeitas saiam do território de um ou mais Estados, os atravessem ou neles entrem, com o conhecimento e sob o controle das suas autoridades competentes, com a finalidade de investigar infrações e identificar as pessoas envolvidas na sua prática;

Embora o instituto guarde certa similitude com o mecanismo da ação controlada previsto no artigo 7º do PL 150/2006, esse instrumento específico é baseado na transnacionalidade de certos crimes e se reveste num valioso meio de reunião de elementos de prova nos crimes relacionados com a lavagem de dinheiro e na evasão de divisas, devendo contar sempre com a colaboração internacional.

Diante de todas as divergências apontadas fica clara a necessidade de haver maior harmonização da proposta legislativa consubstanciada no PL 150/2006 com os padrões delimitadores do conceito e dos instrumentos de atuação processual e de práticas de investigação que foram previstos na Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo).

6 Conclusão

A criminalidade organizada é um fenômeno internacional que vem sendo objeto de estudos de juristas de todo o mundo e está na pauta das discussões legislativas nos Parlamentos, objetivando estabelecer modelos de política criminal capazes de conter os avanços desse tipo de prática delituosa, que por sua dinamicidade não consegue ser combatida com o uso dos meios normais de persecução criminal.

O combate ao crime organizado exige um esforço concentrado na elaboração de regramentos que proporcionem a criação de instrumentos específicos de atuação, como novos

meios de obtenção de prova, novos procedimentos processuais e mecanismos de investigação criminal mais adequados ao elevado grau de organização comumente percebido nesse tipo de organização voltada para prática de ilícitos de todos os tipos.

Objetivando alcançar esse desiderato vislumbramos como uma grande avanço a aprovação da Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional, mais conhecida como Convenção de Palermo, bem como sua incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro a partir da promulgação do Decreto Federal nº 5.015 de 12 de março de 2004.

Entretanto, a ausência de regulamentação da matéria na legislação ordinária interna do país e principalmente a indefinição conceitual do fenômeno da criminalidade organizada tem provocado controvérsias quanto à aplicação de instrumentos legais já previstos na legislação brasileira, como é o caso dos meios de obtenção de prova e dos procedimentos de investigação elencados nas leis nº 9.034/95 e a Lei nº 10.217/2001.

Nesse contexto, o Projeto de Lei nº 150/2006 se apresenta como uma alternativa viável para preencher o vazio normativo existente sobre o tema e sua aprovação se torna urgente para a fixação de novos parâmetros de combate dessas organizações criminosas no território brasileiro.

Todavia, embora a referida proposta legislativa já tenha sofrido várias emendas legislativas que aproximaram suas feições da norma internacional, há necessidade de maior adequação e harmonização da mesma com a Convenção de Palermo.

Esse processo de aproximação entre os regramentos a serem adotados no ordenamento jurídico interno em face da norma internacional em destaque, inclusive com a padronização dos instrumentos de atuação, é essencial para o esforço de cooperação entre as Nações no combate a esse tipo de crime

que costuma a avançar para além das fronteiras de um único país, exigindo por diversas vezes a cooperação de organismos internacionais.

Nesse sentido, é premente que os pontos divergentes existentes no Projeto de Lei nº 150/2006 e já ressaltados no presente estudo sejam melhor harmonizados com as características conceituais e com os instrumentos de atuação previstos na Convenção de Palermo, permitindo que o Brasil avance no combate a todas as formas de criminalidade organizada e possa buscar mecanismos de cooperação internacional no trato da matéria.

Palermo's Convention versus Project-Law nº 15/2006: the need to harmonize national law and international law

Abstract: This study main purpose is to investigate the compatibility of legal system for fight against organized crime and criteria adopted by countries signed United Nations Conventions against Transnational Organized Crime, commonly known as Palermo's Convention. To reach this aim, shall be used the comparative method of international standard analysis and its deal with the proposed subject, taking as base parameter the Project-Law no. 150/2006 presented to Brazilian Senate by Senator Serys Shessarenko which intents to regulate criminal policy of fight against those criminal organizations, to define organized crime concept, to establish new criminal instruction tools and alternative police investigation techniques so as to enable the containment of spreading of this modern phenomenon of crime are organized crime. From these methodological premises shall be possible to deduce for compatibility or not of proposed standard system proposed by PL no. 150/06 with the one took up by Palermo's Convention and divergent points of view will be exposed to make it possible the harmonization of the Brazilian legal regulation with the world community desires.

Keywords: organized crime; criminal policy; public international law.

Referências

- BARROS FILHO, Mário Leite de. *Definição de crime organizado*. Disponível em: <<http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12742>>. Acesso em: 04 set. 2010.
- BRASIL. *Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em: 07 set. 2010.
- BRASIL. *Projeto de Lei do Senado nº 150/2006*. Disponível em: < <http://www.legis.senado.gov.br/mate-pdf/8236.pdf>>. Acesso em: 07 set. 2010.
- CONCEIÇÃO, Mário Antônio. *O crime organizado e propostas para atuação do Ministério Público*. Disponível em: <<http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1018>>. Acesso em: 04 set. 2010.
- DANTAS, Marcus Vinícius da Silva. *O necessário aperfeiçoamento legislativo sobre o crime organizado*. Disponível em: <http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9049>>. Acesso em: 02 set. 2010.
- FERREIRA, Fábio Leandro Rods. *Organização Criminosa. Projetos de Lei e a Busca de Conceitos. Mas é Possível Conceituar?*. Disponível em: <http://www.mp.am.gov.br/images/stories/caocrimo/2_-_Artigo_Fabio_Rods.pdf>. Acesso em: 01 set. 2010.
- GOMES, Luiz Flávio. *Definição de crime organizado e a Convenção de Palermo*. Disponível em: <http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12957>>. Acesso em: 07 set. 2010
- GOMES, Rodrigo Carneiro. *O crime organizado na visão da Convenção de Palermo*. Disponível em: <<http://blogdanielaalves.wordpress.com/2008/03/31/o-crime-organizado-na-visao-da-convencao-de-palermo>>. Acesso em: 01 jul. 2010.
- PAULA, Érica Maria Sturion de. *Crime Organizado*. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/4618/Crime-organizado>>. Acesso em: 08 set. 2010.
- SANDRONI, Gabriela Araújo. *A Convenção de Palermo e o crime organizado transnacional*. Disponível em: < http://www.mp.am.gov.br/images/stories/caocrimo/a_convengo_de_palermo_e_o_crime_organizado_transnacional.pdf>. Acesso em: 02 set. 2010.

VALENTE, João Bosco Sá. *Crime organizado: uma abordagem a partir do seu surgimento no mundo e no Brasil*. Disponível em: <<http://www.mp.am.gov.br/index.php/centros-de-apoio/combate-ao-crime-organizado/doutrina/418-crime-organizado-uma-abordagem-a-partir-do-seu-surgimento-no-mundo-e-no-brasil>>. Acesso em: 04 set. 2010.

Expedição de requisições e notificações independentemente de inquérito civil ou procedimento administrativo preparatório

João Gaspar Rodrigues*

Sumário: 1 Introdução. 2 O poder requisitório do MP. 3 A expedição de requisição ou notificação desvinculada de qualquer procedimento. 4 A Resolução n. 23, de 17.09.2007, do Conselho Nacional do Ministério Público e outros atos normativos. 5 Conclusão. Referências.

Resumo: O presente estudo se debruça sobre a desnecessidade da requisição e da notificação serem expedidas apenas no bojo de inquérito civil ou procedimento preparatório. Não há, é a conclusão a que se chega, qualquer impedimento em que esses atos sejam expedidos isoladamente, desde que devidamente motivados (o ato, intrinsecamente considerado).

Palavras-chave: Requisição. Notificação. Exercício Funcional. Ministério Público.

1 Introdução

Qualquer ato proveniente do poder público traz o estigma da seriedade, da ponderação e do equilíbrio. Há uma forte presunção (*juris tantum*) de que as ações públicas (oriundas de órgãos ou instituições públicas) são forjadas em conformidade com o ordenamento jurídico, como decorrência direta dos princípios constitucionais da legalidade, da impessoalidade e da moralidade.

Criou-se no Ministério Público, inexplicavelmente, de forma empírica e sob o influxo de casuísmos (pois não há um substrato

* Promotor de Justiça. Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Cândido Mendes/RJ. Membro do Conselho Editorial da Revista Jurídica do Ministério Público do Amazonas. Autor dos livros: O Ministério Público e um novo modelo de Estado, Manaus:Valer, 1999; Tóxicos..., Campinas:Bookseller, 2001; O perfil moral e intelectual do juiz brasileiro, Porto Alegre:Sergio Antonio Fabris, 2007; Segurança pública e comunidade: alternativas à crise, Porto Alegre:Sergio Antonio Fabris, 2009; Ministério Público Resolutivo, Porto Alegre:Sergio Antonio Fabris, 2011.

teórico sério), a exigência de que requisições, notificações e outros atos institucionais somente sejam expedidos dentro de um procedimento formal próprio.

Essa exigência, que claramente não encontra respaldo legal nem jurisprudencial (como demonstraremos neste estudo), tem burocratizado a instituição em muitos aspectos, retirando-lhe agilidade, eficiência e efetividade. E esse burocratismo, inimigo jurado da liberdade funcional e de toda iniciativa corajosa (MICHELIS, s/d, p. 105), gera, inconscientemente, uma dependência em relação às autoridades superiores correccionais, sufocando a personalidade dos agentes ministeriais (que, por conveniência, passam a agir mecanicamente). Passa o promotor, então, a atuar não para alcançar elogios, mas para evitar reprimendas, o que, de certo modo, desvirtua todo o sistema motivacional do serviço público, além de malferir o princípio constitucional da independência funcional.

Não pode o membro do Ministério Público atuar ou agir sob o medo pânico de reprimendas correccionais (seja de órgãos internos ou do CNMP), o que vulnera sua independência (essência identificadora da instituição), mas sob um fundo cristalino de convicção pessoal e jurídica de que seus atos e providências correspondem aos ditames jurídicos superiores. Sob essa perspectiva, mas acima de tudo em prol da atuação uniforme dos órgãos de execução do Ministério Público, empreendemos a presente análise jurídica.

2 O poder requisitório do MP

O poder requisitório do Ministério Público origina-se, como não poderia deixar de ser, na Constituição Federal:

São funções institucionais do Ministério Público: expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando

informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva. (art. 129, inc. VI).

No âmbito do Ministério Público da União, a norma constitucional foi regulamentada na Lei Complementar n. 75/1993, e no art. 8º, incs. II, IV, VIII e §2º, garante ao MP amplo poder requisitório, dispondo que, no exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência: requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades da Administração Pública direta ou indireta; requisitar informações e documentos a entidades privadas; ter acesso incondicional a qualquer banco de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública. Nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido.

A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei n. 8.625/1993) também garantiu ao MP dos Estados amplo poder de requisição, garantindo-lhe a possibilidade de requisitar informações, exames periciais e documentos de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como a entidades privadas. O membro do Ministério Público será responsável pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar, inclusive nas hipóteses legais de sigilo (art. 26, I, "b", II, §2º).

O acesso por parte do Ministério Público a informações e documentos de qualquer espécie, mesmo que sigilosos (sigilo bancário, fiscal ou eleitoral), vai encontrar expresso respaldo constitucional, encartando-se numa de suas principais funções instrumentais (ALVES, 2006, p. 567).

Para além da requisição indireta¹, prevista no art. 26, §1º, da Lei 8.625/1993 e art. 8º, §4º, da LC n. 75/1993, o poder de requisição ministerial só encontra limites na cláusula de reserva de jurisdição (MAZZILLI, 2002, p. 330; OLIVEIRA, 2008, p.76), em que não poderá requisitar documento ou informação sem autorização judicial. Assim, por exemplo, não pode o Ministério Público determinar a quebra do sigilo das comunicações telefônicas ou busca domiciliar, pois, nestes casos, a Constituição expressamente exige ordem judicial, escrita e fundamentada (CF, art. 5º, incs. XI e XII).

Desse modo, de acordo com jurisprudência majoritária, não pode o MP requisitar:

- 1- Dados e comunicações telefônicas²;
- 2- Dados acobertados pelo sigilo fiscal³;
- 3- A realização de busca domiciliar (CF, art. 5º, XI).

3 A expedição de requisição ou notificação desvinculada de qualquer procedimento

A Constituição Federal contempla como função institucional do Ministério Público a possibilidade de “expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva” (art. 129, VI).

A leitura superficial induz o leitor de que a norma constitucional restringe as requisições e notificações somente para instruir os procedimentos administrativos de competência do Ministério Público e, portanto, só podendo ser expedidas no bojo de tais procedimentos. Mas não é bem isso. A Constituição autoriza a que o MP, nos procedimentos de sua competência

1 Cf. a tese de nossa autoria “A inconstitucionalidade da requisição/notificação indireta (art. 26, §1º, da Lei n. 8.625, de 12.02.1993): violação aos arts. 5º, inc. LXXVIII e 127, §1º, da CF”, aprovada à unanimidade no XVIII Congresso Nacional do Ministério Público, realizado em Florianópolis, no período de 25 a 28 de novembro de 2009, in: <http://www.conamp2009.com.br/_img/relatorioFinalTeses.pdf>.

2 TRF4, HC 21074 PR, Relator Elcio Pinheiro de Castro, j. 12 ago. 2002, Órgão Julgador: Oitava Turma, publ. DJ 21 ago. 2002.

3 STF, RE-AgR nº 318136/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ de 6 out. 2006. Há entendimento contrário: TJDF, AC 20000110566563 DF, Relator(a): JAIR SOARES, julgamento: 16 dez. 2002, Órgão Julgador: 2ª Turma Cível, Publicação: DJU 30 abr. 2003, p. 30.

(ICP, Procedimento preparatório etc.), expeça requisições e notificações para instruí-los. É uma faculdade, não uma norma restritiva.

Como bem colocado por Augusto Reis Bittencourt Silva (2007), se fosse intenção do constituinte limitar as requisições ministeriais à instrução de procedimentos administrativos, teria empregado a seguinte redação: “expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos exclusivamente para instruí-los”.

No exercício de suas funções, o Ministério Público pode instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes e, para instruí-los pode requisitar informações, exames periciais e documentos de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 26, I, “b”, da Lei n. 8.625/1993).

O STJ interpretando a referida norma decidiu que para a expedição de tais requisições ou notificações a órgãos públicos (ou privados) não se exige prévia instauração de inquérito civil ou procedimento administrativo:

MANDADO DE SEGURANÇA. PREFEITO MUNICIPAL. REQUISIÇÃO DE INFORMAÇÕES PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. PESSOAS CONTRATADAS PELA PREFEITURA.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535, DO CPC. SÚMULA 284/STF. DIREITO DE CERTIDÃO. DECISÃO NOS LIMITES CONSTITUCIONAIS.

INDEPENDÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DIRETRIZES TRAÇADAS PELA ADMINISTRAÇÃO SUPERIOR DO PARQUET ESTADUAL. OBRIGATORIEDADE.

AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. DESNECESSIDADE DE PRÉVIA INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO CIVIL OU

PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. ARTIGO 26, I, "B", DA LEI Nº 8.625/93.

I - Trata-se de mandado de segurança impetrado pelo ora recorrente, prefeito municipal de Minas Gerais, contra o ato do Ministério Público consubstanciado na requisição de informações sobre as pessoas nomeadas, contratadas e terceirizadas por aquela Prefeitura a partir de 05.10.98.

II - Incidência da Súmula 284/STF no tocante à alegação de violação ao artigo 535, I, do CPC, uma vez que o recorrente limitou-se a aduzir que a mesma foi ocasionada em razão de ter restado sem resposta os declaratórios, não explicitando de que forma teria o acórdão recorrido incorrido em omissão, obscuridade ou contradição.

III - A questão relacionada ao direito de certidão foi dirimida à luz de disposição constitucional, inviável seu debate nos limites do recurso especial.

IV - Ausência de pré-questionamento em relação à obrigatoriedade ou não do Ministério Público em acatar orientações firmadas por outros órgãos. Incidência da Súmula 282/STF.

V - Não se faz necessária a prévia instauração de inquérito civil ou procedimento administrativo para que o Ministério Público requirite informações a órgãos públicos - interpretação do artigo 26, I, "b", da Lei nº 8.625/93.

VI - Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido. [STJ] - RESP 873.565 - MG - Relator Ministro Francisco Falcão - Primeira Turma -, julgado em 05 jun. 2007, DJU 28 jun. 2007, p. 880).

O mesmo entendimento é encontrado em Mazzilli (1991, p. 121-122).

Ademais, no exercício de suas funções, o Ministério Público pode praticar atos administrativos executórios, de caráter preparatório (LONMP, art. 26, inc. V). Requisições e notificações são atos administrativos⁴, são executórios (têm força vinculante) e são preparatórios (adotados antes de procedimento judicial

⁴ A requisição ministerial possui prerrogativas e limitações próprias de Direito Público, como autoexecutoriedade, caráter obrigatório de atendimento e motivação para fazê-lo.

ou extrajudicial). Portanto, mais uma vez, podem ser expedidos fora e antes de qualquer procedimento formal.

Um volver d'olhos para outros cânones legais autoriza a mesma conclusão.

A Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85), em seu art. 8º., §1º diz que o

Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, **OU REQUISITAR**, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis.

De igual modo prescreve a Lei n. 7.853, de 24.10.1989 (dispõe sobre o apoio às pessoas portadores de deficiência) que o

Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, **OU REQUISITAR**, de qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou particular, certidões, informações, exame ou perícias, no prazo que assinalar, não inferior a 10 (dez) dias úteis (art. 6º., *caput*).

Também o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990) prevê em seu art. 223, *caput*, que o

Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, **OU REQUISITAR**, de qualquer pessoa, organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a dez dias úteis.

O legislador, em três momentos distintos, refere que o MP pode instaurar inquérito civil ou requisitar informações, deixando claro com a conjunção alternativa "ou" que o agente ministerial pode fazer uma coisa (instaurar inquérito civil) ou outra (expedir requisição para obter informações), ou até

as duas juntas (expedir requisição ou notificação no bojo de procedimento). E ao assim dispor, o legislador o fez sob o influxo dos problemas que ocorrem na prática.

Digamos que o membro do Ministério Público receba uma “denúncia” anônima indicando que há nepotismo na prefeitura Y e fazendo referência aos servidores A, B e C como parentes do Prefeito X. Diante da manifestação anônima justificada (com informações sobre o fato e seu provável autor), o MP é obrigado a adotar providências (Resolução CNMP n. 23/2007, art. 2º, §3º). Todavia, de acordo com o STF (Inquérito 1.957-PR, j. 11 maio 2005, DJ 11 nov. 2005, p. 7), em delação anônima deve ser apurada a verossimilhança da ocorrência, com a cautela e discrição necessárias à preservação dos direitos fundamentais, e em sendo colhidos indícios ou provas da veracidade da manifestação anônima, deve-se instaurar o procedimento próprio (tudo com visto a preservar os direitos fundamentais dos cidadãos).

Nesse caso, o membro do MP não pode instaurar nenhum procedimento (IC ou administrativo preparatório)⁵ para em seu bojo expedir notificação ou requisição. Mas pode expedir requisição solicitando informações do representado, para apurar a verossimilhança da ocorrência. Essa situação fática que não tem nada de incomum no dia-a-dia da prática ministerial (principalmente por conta de mecanismos de *accountability* como disque-denúncia, 0800, ouvidoria etc), por si só, já invalida qualquer interpretação tendente a impor requisições ou notificações apenas dentro de procedimentos formais. Essa tentativa de restringir o poder requisitório do Ministério Público, atenta também contra a eficiência da atividade-fim da instituição vez que opõe entraves burocráticos totalmente injustificáveis.

⁵ Há quem entenda que “até a notícia anônima poderá dar causa à instauração de inquérito civil, se considerar o membro do Ministério Público conter a mesma elementos suficientes para que tal venha a ocorrer” (PROENÇA, 2001, p. 45). Este entendimento, além de afrontar o STF em suas manifestações mais recentes, se posto em prática sem a cautela necessária, pode ser motivo de muitos abusos contra os direitos fundamentais dos indivíduos, alimentando a indústria do denunciamento irresponsável.

Duas outras situações podem ocorrer (e ocorrem com muita frequência, principalmente nas comarcas do interior). Referimo-nos às questões atinentes a alimentos e investigação de paternidade. Nos alimentos, a representante legal do alimentando busca o agente ministerial relatando a inadimplência do pai com os recursos necessários à manutenção da criança ou do adolescente. Nestas circunstâncias, ausente ou inexistente defensoria pública e amparado no art. 201, III, ECA, o promotor pode ajuizar ação de alimentos ou tentar resolver a situação extrajudicialmente (obtendo um acordo e referendando-o). Na tentativa de solução extrajudicial, o agente pode expedir notificação para o comparecimento do suposto devedor. Comparecendo o devedor, duas situações podem ocorrer: I- obtenção de acordo e referendo ministerial; II- ou ajuizamento de ação de alimentos.

Se fosse necessária a existência de procedimento formal (com representação reduzida a escrito, portaria de instauração etc.), situações corriqueiras e múltiplas como esta, sofreriam um retardo totalmente inexplicável e de aparente inconstitucionalidade (atento ao princípio da duração razoável do processo administrativo ou judicial – CF, art. 5º, inc. LXXVIII) dado o caráter urgente e alimentar da medida.

A mesma situação ocorre com a investigação de paternidade. A Lei n. 8.560/1992 atribui ao juiz a possibilidade de averiguar oficiosamente a suposta paternidade, para tanto expedindo notificação ao suposto pai para, no prazo de 30 (trinta) dias, se manifestar sobre a paternidade atribuída (art. 2º, §1º). O membro do MP pode se utilizar do mesmo instrumento na coleta de elementos para a eventual propositura de ação de investigação de paternidade ou para solucionar o caso extrajudicialmente. E não calha aqui a instauração de procedimento oficial, para só então expedir notificação, quando a própria lei fala em “averiguação oficiosa”.

Na seara processual penal, para ilustrar com mais um exemplo, se com o inquérito policial o MP não tiver elementos suficientes para destravar a persecução criminal e

julgar necessários maiores esclarecimentos e documentos complementares ou novos elementos de convicção, deverá requisitá-los, diretamente, de quaisquer autoridades ou funcionários que devam ou possam fornecê-los" (CPP, art. 47).

Ou seja, pode o membro ministerial expedir requisição avulsa para complementar as informações do inquérito.

É preciso registrar, entretanto, que a expedição avulsa de requisições ou notificações não desobriga o agente ministerial de fundamentar regularmente o ato, pois o dever de motivar suas decisões, atos e providências decorre diretamente da Constituição Federal (art. 93, inc. IX c/c o art. 129, §4º).

4 A Resolução n. 23, de 17.09.2007, do Conselho Nacional do Ministério Público e outros atos normativos

O Conselho Nacional do Ministério Público visando uniformizar o procedimento do inquérito civil baixou a Resolução n. 23, de 17 set. 2007 (reproduzida pela Resolução n. 548/07-CSMP/AM, de 19 dez. 2007), prevendo que "o inquérito civil não é condição de procedibilidade para o ajuizamento das ações a cargo do Ministério Público, **nem para a realização das demais medidas de sua atribuição própria**" (art. 1º, §único).

Quais são as demais medidas de atribuição própria do Ministério Público? Isto nos remete ao art. 26 da Lei n. 8.625/1993 (LONMP), onde estão elencadas as referidas medidas: requisições, notificações, recomendações, atos administrativos executórios, de caráter preparatório, inspeções e diligências investigatórias etc.

Interpretando o art. 1º, §único da Resolução CNMP n. 23/2007 à luz da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público

(art. 26 e incisos) chega-se à conclusão de que para a expedição de requisições e notificações não é necessário ter em andamento um inquérito civil ou um procedimento administrativo próprio. Tais procedimentos não constituem “condição de procedibilidade” para o exercício ou a realização de outras medidas inseridas no raio de atribuições do Ministério Público.

Há no âmbito do Ministério Público do Amazonas, mais especificamente no Conselho Superior, o Assento n. 004/08, de 20.08.2008, com a seguinte redação:

As recomendações endereçadas ao chefe do Executivo estadual, assim como às outras autoridades relacionadas ao art. 4º, §4º, da Lei Complementar n. 11/93, devem ser remetidas por meio do Procurador-Geral de Justiça, à semelhança do procedimento estabelecido às notificações e às requisições, devendo as mesmas estar embasadas e amparadas, não somente na legislação, doutrina e jurisprudência pátrias, a fim de que possam satisfazer o desígnio ao qual se propõe, mas também em substratos fáticos, como um processo administrativo, um inquérito civil ou uma audiência pública.

O Assento do órgão colegiado, em relação às requisições e às notificações, não inova. Ao exigir que essas medidas estejam amparadas na legislação, na doutrina, na jurisprudência e em substrato fático remete, simplesmente, ao dever de motivação do ato (dever insculpido no art. 93, IX c/c o art. 129, §4º, da CF). A motivação de um ato não é, como se sabe, a mera reprodução dos termos da lei ou de eventual jurisprudência ou doutrina dominante, mas a conexão entre a autorização legal (ou jurídica) com a realidade fática. Uma espécie de “adequação típica”. O ato requisitório ou notificatório, como já dissemos (e o Assento reafirma), precisa vir, intrinsecamente motivado.

Quando o Assento diz que as requisições e notificações devem estar amparadas “também em substratos fáticos,

como um processo administrativo, um inquérito civil ou uma audiência pública”, está simplesmente arrolando exemplos de “substratos fáticos” que podem ser utilizados pelo agente ministerial para motivar o ato. Verifica-se que o Assento usa a conjunção alternativa ou disjuntiva “ou”, remarcando a ideia de que o rol é meramente exemplificativo e não taxativo (caso em que a conjunção seria aditiva “e”). E agiu bem, pois existem outros substratos fáticos que podem ser usados para motivar uma requisição ou uma notificação: atendimento ao público, declarações reduzidas a termo, certidões imbuídas de fé pública etc.

5 Conclusão

Em nenhum marco legal ou jurídico, vislumbra-se a obrigatoriedade da requisição e da notificação serem expedidas apenas no bojo de inquérito civil ou procedimento preparatório. Não vemos, *a priori*, qualquer impedimento em que esses atos sejam expedidos isoladamente, desde que devidamente motivados (o ato, intrinsecamente considerado). Fundamentação que reafirma o caráter de seriedade, de ponderação e de responsabilidade dos atos expedidos por agentes públicos no exercício da função e possibilita o controle judicial de legalidade, além de atender ao dever constitucional do Ministério Público de motivar suas decisões, atos e providências (CF, art. 93, inc. IX c/c o art. 129, §4º.).

De igual modo, interpretando o art. 1º, §único da Resolução CNMP n. 23/2007 à luz da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (art. 26 e incisos) chega-se à conclusão de que para a expedição de requisições e notificações não é necessário ter em andamento um inquérito civil ou um procedimento administrativo próprio. Tais procedimentos não constituem “condição de procedibilidade” para o exercício ou a realização de outras medidas inseridas no raio de atribuições do Ministério Público.

Expedition requests and notifications independently of a civil investigation or administrative proceedings preparatory

Abstract: The present study focuses on the unnecessary and notification of the request being issued only in the midst of a civil investigation or procedure preparation. There is, the conclusion is reached, any impediment in that these acts are shipped separately, if properly motivated (the act, intrinsically considered).

Keywords: Request. Notification. Functional Exercise. Public Prosecutor.

Referências

ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MICHELS, Robert. *Os partidos políticos*. Tradução de Hamilton Trevisan. São Paulo: Senzala, 1915.

OLIVEIRA, Fabiano Gonçalves Cossermelli. O poder requisitório do Ministério Público frente a dados de caráter sigiloso. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 28, p. 69-88, 2008.

PROENÇA, Luis Roberto. *Inquérito civil. Atuação investigativa do Ministério Público a serviço da ampliação do acesso à justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

RODRIGUES, João Gaspar. A inconstitucionalidade da requisição/notificação indireta (art. 26, §1º, da lei n. 8.625, de 12.02.1993): violação aos arts. 5º, inc. LXXVIII e 127, §1º, da CF. In: XVIII CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CONAMP), 2009, Florianópolis. *Anais Eletrônicos...* Disponível em: <http://www.conamp2009.com.br/_img/relatorioFinalTeses.pdf>.

SILVA, Augusto Reis Bittencourt. Poder de requisição do Ministério Público. Da absoluta desnecessidade da prévia instauração de inquérito civil ou de procedimento administrativo. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1596, 14 nov. 2007. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10649>>. Acesso em: 6 jul. 2011.

Gestão pública brasileira e a plataforma estatística SAS – parceria com sucesso assegurado

Venilton Rodrigues de Melo*

Sumário: 1 Introdução. 2 Fundamentação Teórica. 3 Resultados. 3.1 Caso de Sucesso: CEMIG. 3.1.1 Melhor prevenir... . 3.1.2 Flexibilidade. 3.1.3 Segurança e Credibilidade. 3.1.4 Bom para acionistas e consumidores. 4 Conclusão e Recomendações. Referências.

Resumo: Já são questionamentos inevitáveis dos Gestores Públicos Brasileiros: “O que faremos com essa ‘montanha’ de dados que não pára de crescer? Poderemos transformar este problema em ferramenta gerencial essencial?” A resposta é: Sim! O *Business Intelligence* e o *Business Analytics* já evoluiu para lidar com o gigantismo do mundo dos dados e com todas as possibilidades de uso disponíveis para esses dados com o correspondente suporte à tomada de decisão em tempo real. A capacidade inigualável da Plataforma Estatística SAS de analisar estatisticamente de forma profunda e abrangente a totalidade dos dados das Instituições, traz à tona em tempo real, com simples *clicks* de *mouse* respostas para: O que aconteceu? O que está acontecendo? O que irá acontecer, quando e onde? Onde está exatamente o que procuramos? Que ações são necessárias? Por que isso está acontecendo? E se esta tendência continuar? O que irá acontecer daqui para frente? Quais seriam nossas melhores opções? A Plataforma Estatística SAS é uma solução integrada única no mundo, e sua aquisição pelos Governos é feita naturalmente pelo critério de INEXIGIBILIDADE.

Palavras-chave: Gestão Pública. Plataforma Estatística SAS. *Business Analytics*. Gestores Públicos Brasileiros.

* Estatístico. Especialista em Gestão Pública.

1 Introdução

A Ciência Estatística é resultante em grande parte do genial desenvolvimento teórico e prático do estatístico inglês Ronald A. Fisher (1890-1962), que aplicou seus estudos na Biologia Evolutiva, Genética e Agronomia.

Mas foi Walter A. Shewhart (1891-1967), estatístico americano, quem levou de forma primorosa a Ciência Estatística para o ambiente das Empresas, celebrando uma parceria perene que vem há décadas colecionando um grande número de vitórias no mundo inteiro. Ele desenvolveu, entre outras, uma importante e abrangente solução estatística gerencial conhecida como Controle Estatístico de Qualidade. A mesma é capaz de colocar sob controle estatístico ou condição de normalidade e aceitabilidade, qualquer sistema gerencial ou operacional, desde que submetido ao monitoramento estatístico, avaliação e decisão gerencial. O monitoramento estatístico sempre sinaliza, instantaneamente, ocorrências de **descontrole** (resultado gerencial, operacional ou de funcionamento, diferentes do esperado), **iminente descontrole** ou **futuro descontrole inevitável** se nada for feito, exigindo necessariamente uma ação gerencial imediata.

Shewhart ensinava que os padrões estatísticos identificados nos conjuntos de dados são as únicas explicações perfeitas das leis que regem o correspondente universo desses dados; e que as pesquisas realizadas através de coletas de dados, só podem servir de representações verdadeiras da realidade quando todo o processo de pesquisa submeter-se ao rigor e ao formalismo da Ciência Estatística.

Criou Shewhart o Ciclo PDCA, ferramenta gerencial poderosa para tomada de decisão de uso planetário. Demonstrou que 85% dos resultados alcançados por uma Instituição são conseqüências das decisões tomadas em nível gerencial.

Ou seja: qualidade dos serviços prestados, produtividade e credibilidade perante a sociedade, dependem em menor parte dos melhores esforços dos colaboradores e em maior parte da capacidade dos dirigentes para tomar as decisões corretas. “Nas decisões acertadas, os bons resultados são ‘méritos’ do Administrador; nas decisões erradas, o mau desempenho é culpa dos Colaboradores.” – esta é a fórmula do fracasso das Instituições em todas as épocas. Monitoramento Estatístico combinado com Previsão Estatística e Otimização sempre foram os melhores conselheiros dos tomadores de decisão. Em síntese, para Shewhart, uma Instituição pode ser vista como resultado da sua Cultura Organizacional e da Qualidade das Decisões de seus Dirigentes.

William E. Deming (1900-1993), outro estatístico americano, além de divulgar com entusiasmo as idéias de Shewhart, foi o principal responsável pela fantástica história de sucesso da economia japonesa, iniciada após o término da 2ª guerra mundial. O Japão há quatro décadas é a 2ª mais forte e **autêntica** economia de mercado do mundo. Em gratidão pelo seu trabalho, o Japão ofereceu-lhe o pagamento de *royalties*, que o Dr. Deming não aceitou. O Prêmio Deming, instituído pelo Japão, é uma das honrarias mais cobiçadas pelas Instituições em todo o mundo, devido ao seu alto prestígio e credibilidade no ambiente da Gestão Corporativa.

Deming desenvolveu uma Teoria sobre Gerenciamento e criou 14 Princípios de Aprimoramento Contínuo da Gestão. Dentre estes princípios podemos citar: eliminação definitiva da prática de contratar fornecimentos, serviços ou obras apenas “mergulhando” nos preços; em vez de ficar criando metas subjetivas, antes implantar institucionalmente uma estrutura de estatística capaz de fazer diagnósticos precisos, realizar previsões apuradas e construir modelos de previsão aprimorados e atualizáveis; gerenciar sem “ver” o futuro,

desprezando o suporte científico do monitoramento estatístico, previsões estatísticas e otimização com pesquisa operacional, transforma instituições saudáveis em instituições medíocres, pesadas e inoperantes, que só consomem recursos públicos.

A melhoria da gestão aumenta a eficiência e a produtividade e proporcionalmente aumenta a importância da Instituição na sociedade. Deming sintetizava sua teoria como: Qualidade Superior das Decisões Gerenciais, Produtividade e Interação com a Sociedade.

Os tomadores de decisão, gestores e ordenadores de despesas que têm acesso à inteligência analítica institucional, nível mais alto da informação institucional e evolução natural da inteligência institucional, conseguem: “ver” o futuro, dar destaque primordial à efetividade e governança e aprender com o passado, com a mesma clareza, objetividade e precisão. A inteligência analítica institucional é o “poder do conhecimento” dos verdadeiros visionários. Todos os tomadores de decisão, gestores e ordenadores de despesas bem sucedidos, são e sempre foram, essencialmente, verdadeiros visionários.

Em nossos dias, duas áreas cada vez mais importantes para o sucesso da gestão pública brasileira são: TI (Tecnologia da Informação) e a Estatística Computacional de Alta Performance.

A Empresa SAS – que é a própria Plataforma Estatística SAS (sigla de *Statistical Analysis System*) –, há vários anos entre as melhores e há dois anos consecutivos detentora do título de melhor empresa do mundo para se trabalhar pela Revista *Fortune*, é de longe a mais avançada solução em atividades gerenciais, do binômio BI (sigla de *Business Intelligence* – em português: Inteligência de Negócios ou Inteligência Corporativa ou Inteligência Institucional) e BA (sigla de *Business Analytics Intelligence* – em português: Inteligência Analítica de Negócios ou Inteligência Analítica Corporativa ou Inteligência Analítica Institucional ou simplesmente Inteligência Analítica).

Com a Plataforma Estatística SAS as Instituições Públicas Brasileiras podem: transformar dados em Conhecimento e Ciência; saber mais sobre as oportunidades e as ameaças; conhecer mais a realidade social, econômica e ambiental; gerenciar riscos; reduzir perdas e otimizar ganhos; inovar com segurança; surpreender a sociedade positivamente; agregar muito mais valor à atividade-fim; destacar-se exatamente em efetividade e governança; tornar-se *Benchmarking*; lançar tendências; encarar novos desafios; prever comportamentos; conhecer de forma profunda e abrangente o seu segmento de atuação na sociedade; simular cenários; ser mais ágeis; ser mais precisas; saber onde e como chegar; entender processos; aprender com o passado e antecipar o futuro.

Embora fundamentado em Estatística Computacional, o SAS já é também a referência mundial em gestão e análise de informações para forças de segurança de governos e de prevenção a fraudes e ameaças criminosas para organizações do setor público e privado e análises de redes sociais em geral, através de soluções de inteligência analítica para previsão e prevenção da criminalidade, das ações terroristas e outras ameaças públicas e proteção dos cidadãos.

A Ciência Estatística através de métodos computacionais avançados de análises simultâneas e sucessivas (monitoramento estatístico multivariado) dos dados (registros) das Instituições, combinadas com previsão e otimização estatísticas, foram os conhecimentos que mais contribuíram, nesta década, para a consolidação da Inteligência Analítica e Apoio à Decisão; não apresentando apenas Relatórios, mas **Respostas**, transformando em realidade o sonho de todo gestor, através de *clicks do mouse* nos ambientes *WEB, GIS e Cloud Computing*. Não existe mais espaço para a gestão sem conhecimento estatístico inferencial do presente e do futuro ditado pelas metas institucionais. A análise estatística computacional mostra-se mais poderosa

quanto mais aumentam as massas de dados e a complexidade dos métodos computacionais de análise. Quanto mais registros, mais precisas e confiáveis se tornam as conclusões estatísticas acerca da realidade. Os modelos estatísticos, enfim, combinam as soluções analíticas computacionais de alta performance com a dinâmica da produção de dados nas Instituições. Em outras palavras, quanto mais a TI evolui, mais poderosa se torna a Estatística Computacional de Alta Performance.

As Soluções Institucionais Integradas do SAS variam de nível, das básicas às mais avançadas. Com a complexidade das atividades nos ambiente institucionais, somente as soluções mais avançadas dão conta das demandas necessárias à tomada de decisão. São oito os níveis de análise.



Figura 1 – Primeiro grupo de análises do SAS Fonte: SAS

1 – Relatórios padronizados:

Fornecem respostas às perguntas: O que aconteceu?
Quando aconteceu?

Por exemplo: Relatórios financeiros mensais ou trimestrais.

Os relatórios são gerados regularmente e descrevem exatamente “o que aconteceu” em uma área específica ou globalmente. Eles são úteis até certo ponto, mas não para ajudar nas tomadas de decisões de longo prazo, que são, em essência, as estratégias institucionais.

2 – Relatórios elaborados conforme a necessidade (*ad hoc*):

Respondem às perguntas: Quantas ocorrências? Com que frequência? Onde?

Por exemplo: Relatórios personalizados que descrevem o número de pacientes de um hospital para cada código de diagnóstico referente a cada dia da semana.

Na melhor das hipóteses, os relatórios *ad hoc* possibilitam que você faça as perguntas que desejar e solicite relatórios personalizados, a fim de encontrar as respostas.

3 – Pesquisa comportamental (Processamento analítico online – em inglês é *OLAP – Online Analytical Processing*):

Fornecer respostas às perguntas: Onde exatamente está o problema? Como encontrar as respostas?

Por exemplo: Classifique e explore os dados disponíveis sobre diferentes tipos de usuários de telefones celulares e seus comportamentos quanto às suas chamadas telefônicas.

A pesquisa comportamental possibilita a realização de algumas descobertas. O OLAP permite que você mesmo manipule os dados, a fim de descobrir quantos são esses usuários, de que tipo e onde estão.

4 – Alertas:

Fornecem respostas às perguntas: Quando reagir? Quais ações reativas são necessárias imediatamente?

Por exemplo: Os executivos de vendas recebem um alerta quando as metas de vendas estão abaixo do esperado.

Com os alertas, você poderá aprender a identificar a existência de um problema e ser notificado quando algo similar acontecer novamente.

Os alertas podem ser encaminhados por *e-mail*, informações da *RSS (Received Signal Strenght*, ou força do sinal recebido) ou na forma de indicadores vermelhos em um placar ou painel.

The infographic consists of four horizontal rows, each representing a different level of SAS analysis. Each row features a circular icon on the left with a number, a central image showing a person interacting with a computer screen displaying various data visualizations, and a text box on the right. Row 8: 'OTIMIZAÇÃO' with a person running, text: 'Respondendo as Questões: Quais nossas melhores opções? Qual a melhor decisão em um cenário complexo?'. Row 7: 'MODELAGEM PREDITIVA (Dados, Texto e Voz)' with a person carrying a briefcase, text: 'Respondendo as Questões: O que deve acontecer daqui para frente? Como este efeito afeta meu negócio?'. Row 6: 'PREVISÕES E SIMULAÇÕES' with a person walking, text: 'Respondendo as Questões: O que fazer se essa tendência continuar? Quais os impactos? Quando devemos atuar?'. Row 5: 'ANÁLISES ESTATÍSTICAS' with a person standing, text: 'Respondendo as Questões: Porque isso esta acontecendo? Quais oportunidades poderíamos tratar?'. A SAS logo is visible in the bottom right corner of the infographic.

8 OTIMIZAÇÃO
Respondendo as Questões: Quais nossas melhores opções?
Qual a melhor decisão em um cenário complexo?

7 MODELAGEM PREDITIVA (Dados, Texto e Voz)
Respondendo as Questões: O que deve acontecer daqui para frente? Como este efeito afeta meu negócio?

6 PREVISÕES E SIMULAÇÕES
Respondendo as Questões: O que fazer se essa tendência continuar? Quais os impactos? Quando devemos atuar?

5 ANÁLISES ESTATÍSTICAS
Respondendo as Questões: Porque isso esta acontecendo?
Quais oportunidades poderíamos tratar?

Figura - Segundo grupo de análises do SAS

Fonte: SAS

5 – Análise estatística:

Fornecer respostas às perguntas: Por que isso está acontecendo? Que oportunidades eu estou perdendo? Quais são as ameaças?

Por exemplo: Os Bancos poderão descobrir por que um crescente número de clientes está optando pelo refinanciamento de suas casas.

A partir daqui, é possível começar a realizar algumas análises complexas, como Modelos de Frequência e Análises de

Regressão. Podemos iniciar procurando saber por que as coisas estão acontecendo, utilizando os dados armazenados e, então, começar a responder às perguntas, com base nos dados.

6 – Previsão:

Fornece respostas às perguntas: E se essas tendências continuarem? O que e onde será necessário? Quanto será necessário dispor de recursos de qualquer ordem?

Por exemplo: Os varejistas podem prever como a demanda por produtos individuais irá variar, de uma loja para outra.

Atualmente, a previsão compõe um dos mercados com maior potencial – e também um dos melhores aplicativos analíticos, e que pode ser utilizado em qualquer local. Em particular, a previsão de demanda nos auxilia a definir estoques, sem que o item fique escasso ou em excesso.

7 – Modelagem de previsão:

Fornece respostas às perguntas: O que acontecerá em seguida? Como isso afetará meu negócio?

Por exemplo: Hotéis e cassinos podem prever quais clientes terão maior interesse em adquirir pacotes de férias específicos.

Se você tiver 10 milhões de clientes e quiser fazer uma campanha de marketing, quem, mais provavelmente, responderá a ela? Como você pode segmentar esse grupo? E como determinará quem, mais provavelmente, deixará sua organização? A modelagem preditiva fornece essas respostas.

8 – Otimização:

Fornece respostas às perguntas: Como aperfeiçoar nossos procedimentos? Qual é a melhor decisão para um problema complexo?

Por exemplo: Considerando as prioridades institucionais, as restrições de recursos e a tecnologia disponível, determine o melhor meio de otimizar sua plataforma de TI, a fim de atender efetivamente à sociedade.

A otimização apóia a inovação, levando em consideração os recursos e as necessidades, e ajuda os gestores a encontrar o melhor meio possível de atingir os objetivos institucionais.

O objetivo do autor é despertar o interesse dos Gestores Públicos Brasileiros pelas poderosas soluções analíticas de Gestão Competitiva e Estratégia Corporativa do SAS. Entretanto, na prática a integração desses novos processos no ambiente institucional enfrenta obstáculos. Principalmente com relação ao pessoal de TI. Embora receba respaldo do Diretor-Geral da Empresa, que enxerga no Estatístico a chave para encontrar o seu próprio diferencial de gestão *versus* sucesso, mesmo assim, muitas vezes o profissional de estatística ainda enfrenta um relacionamento difícil com a área de TI.

O mundo corporativo já percebeu a importância de contar com profissionais com formação consolidada, de direito e de fato, em inferência estatística, que no Brasil são bacharéis, mestres, doutores ou pós-doutores em Estatística. Afinal, são eles que transformam números, gráficos e processos em conhecimentos relevantes para a gestão, com o rigor, o formalismo e a confiabilidade exigidos pelas Ciências Exatas. A Estatística é a Ciência Exata do Estado, mesmo atuando em ambientes de incerteza.

Para atender à área de Estatística, a área de TI precisa compreender a natureza do trabalho da Ciência Estatística. Trata-se de um processo de exploração, de muitas idas e vindas, em servidores potentes com vários processadores, desde a análise dos dados brutos até a obtenção de conclusões científicas que sejam de fato relevantes em termos de gestão.

Vale ressaltar que as “montanhas” de dados brutos podem ser parte decisiva das soluções em gestão institucional ou o principal problema em informação institucional – com o qual as instituições públicas já têm que lidar. E quanto mais adiar, pior será! E não dispor de intérpretes da realidade objetiva e concreta, que são os Estatísticos, é desprezar a veracidade e o detalhamento nas análises das informações, que são fatores extremamente críticos de sucesso institucional.

Por outro lado, os estatísticos têm dificuldades para entender porque a área de TI anseia por requisitos congelados, processos padronizados e, se fosse possível, uma perfeita e eterna estabilidade dos sistemas e modelos de dados. Ao pessoal de TI é necessário obter ambientes estáveis, seguros, confiáveis e robustos. Isso é da natureza da TI. Já a Ciência Estatística obtém conclusões precisas do presente e do passado e mais importante, obtém as únicas previsões verdadeiramente científicas do futuro, o qual é naturalmente instável e incerto.

O caminho entre os mundos de TI e de Estatística, no entanto, não é feito somente de pedras. Com o uso das soluções do SAS, pode ficar mais suave, graças à criação de ambientes que mantenham a segurança e controle nas mãos do pessoal de TI, sem eliminar a agilidade e a autonomia do pessoal de estatística. Normalmente as soluções do SAS são divididas em duas partes: uma usada pela TI e outra pelos estatísticos. Na parte usada pela TI os processos são estruturados e executados em regime regular e periódico. Há controle do que está sendo gerado, a partir de que fontes, com que regras, quando e para quem. Ou seja, um ambiente coerente com as necessidades e particularidade da missão da TI.

Na parte destinada ao uso dos estatísticos, o SAS cria um ambiente em que eles podem explorar os dados e gerar os dados derivados que se mostrarem necessários. Esse ambiente fica também sob certo controle de TI, mas não num nível em que, para criar um campo em uma tabela, o estatístico precise aguardar horas (dias?) para que um completo ciclo de *change management* seja realizado pelo pessoal de TI (administradores de bancos de dados, programadores, etc). Em síntese a atuação da Estatística Computacional de Alta Performance tem início a partir da disponibilização das “montanhas” de dados pela área de TI.

Ao adquirir uma visão clara do processo e o conhecimento sobre a natureza da atividade de uma e de outra área, os profissionais de ambos os lados podem promover a eliminação ou redução do conflito e se beneficiarem muito disso. O SAS lida há 34 anos com este problema e consegue transformar tal discussão em uma conversa, promovendo a harmonia entre as áreas. Entre TI e Estatística tem que prevalecer a Integração e a Independência.

Graças ao *Business Analytics*, que mudou o cenário das atividades empresariais, a primeira ação que os gestores podem realizar ao ligar seus computadores pela manhã, antes mesmo de ler os *e-mails*, é conferir as métricas de desempenho de suas empresas até o dia anterior, ou em futuro previsto estatisticamente ou em qualquer período passado, em todas as áreas e em todos os níveis, simultaneamente. Também os colaboradores podem fazer suas consultas, inclusive de performance *versus* mérito e da sua área de trabalho, em termos de contribuição para a formação dos indicadores parciais e global da Instituição, que são as informações do Painel de Indicadores/BSC/Sistema de Medição Institucional, gerados por Acordos de Nível de Serviço, Acordos de Nível Operacional, Monitoramento Estatístico e todos os outros registros administrativos e operacionais da instituição, nos três níveis estratégicos, em tempo real, assegurados os acessos e permissões próprios da segurança e hierarquia institucionais.

A introdução deste trabalho combinou conhecimentos do autor que é Estatístico com leituras de domínio público sobre o SAS, sem necessidade de creditar autoria.

Na fundamentação teórica o autor apresenta o entendimento e a visão de alguns profissionais, com relação à performance da Plataforma Estatística SAS.

Os resultados ao final do texto corroboram os posicionamentos dos profissionais, apresentando apenas um

dos vários casos de sucesso da Parceria com Sucesso Assegurado da Gestão Pública Brasileira com a Plataforma Estatística SAS.

2 Fundamentação teórica

Como as empresas privadas de grande porte, qualquer órgão público é obrigado a administrar uma quantidade quase imensurável de dados (registros). Mais que isso, precisa saber exatamente o que fazer com esses dados, a fim de manter a estrutura pública funcionando corretamente e poder tomar ações nas áreas de Saúde, Educação, Ação Social e Segurança Pública, para citar alguns exemplos. Combater a criminalidade com ações preventivas, oferecer benefícios sociais para eliminar a pobreza de maneira mais justa e melhorar a arrecadação, por meio da inibição da evasão fiscal, são alguns exemplos de otimização dos recursos públicos.

Essa é a proposta que o SAS traz para o Brasil: levar a ciência para as decisões estratégicas do governo. “Com a inteligência analítica, o setor público ganha mais ousadia. Nossa estratégia está alinhada à do próprio governo, que é otimizar seus recursos e evitar a evasão tributária.”¹

O maior desafio é a descentralização de informações.

Prefeituras e órgãos específicos como o Ministério do Desenvolvimento Social estão se movimentando para a adoção da inteligência analítica devido à necessidade de integração das diversas bases de dados, limpeza desses dados, extração de conhecimento e análise de grande volume de informações, monitoramento de processos críticos e exploração de informação estratégica para a tomada de decisão. A procura aumentou depois de 2005, com o objetivo de evitar fraudes em licitações e obter dados cada vez mais confiáveis pelo cruzamento de informações e análises

1 CARLOTTO, Ricardo apud MESQUITA, R. A. Vez do Setor Público. SASCOM. São Paulo: SAS Brasil, ano 2, n. 7, 2007, p. 18.

probabilísticas das diversas bases de informações espalhadas entre os órgãos. Após as descobertas de fraudes e os escândalos políticos que vêm ocorrendo, o governo federal está considerando os investimentos nesse tipo de solução como prioridade. Além disso, a preocupação em juntar as grandes massas de informações não passa apenas pela complexidade dessas informações, mas também pelo aumento no número de usuários que acessam as bases de dados.²

Módulos de consolidação financeira, *datawarehouse* e relatórios encabeçam a lista de investimentos dos ministérios e secretarias em inteligência analítica. Já em serviços, as maiores apostas estão na integração das bases de dados e na implementação e manutenção dos sistemas adotados.

O governo já cuidou dos *mainframes* e sistemas transacionais e, de um ano e meio para cá, começou a ter uma visão mais analítica. Sem inteligência para analisar informações, o setor não poderá alcançar os resultados necessários. Por exemplo, na área da Segurança Pública havia a necessidade de informatizar as delegacias, equipar os policiais e instalar câmeras nas ruas. Agora, chegou a hora de analisar os bancos de dados para poder agir não mais apenas reativamente, mas também preventivamente.³

Não há dúvida de que o setor público de qualquer país seja vítima constante de fraudes. Detectá-las é uma tarefa complexa e que exige muito esforço. A adoção cada vez maior de meios eletrônicos para interagir com cidadãos e empresas só potencializa o problema. Deficiências nos processos e falta de transparência levam à perda de bilhões de dólares todos os anos, em todo o mundo.

Arrecadação Tributária: A inteligência analítica entra em campo para, por exemplo, elevar a qualidade da gestão

2 REIS, Alexandre apud MESQUITA, R. A. Vez do Setor Público. SASCOP. São Paulo: SAS Brasil, ano 2, n. 7, 2007, p. 18.
3 OPREA, Mark apud MESQUITA, R. A. Vez do Setor Público. SASCOP. São Paulo: SAS Brasil, ano 2, n. 7, 2007, p. 19.

da arrecadação de impostos. Foi o que aconteceu com o Departamento de Receita Interna (BIR) das Filipinas, que precisava garantir a aplicação justa e eficiente da legislação tributária comercial para recuperar a própria capacidade de arrecadação. Segundo o órgão, as perdas eram decorrentes da complexidade da legislação e da dificuldade em acompanhar o grande crescimento do volume de transações comerciais.

Para reverter o quadro, o BIR desenvolveu um projeto de reconciliação de cobrança de impostos de grandes empresas, baseado na tecnologia SAS, que o permitiu acompanhar e auditar a aplicação da legislação tributária, consolidar e comparar dados de várias fontes e processá-los analiticamente. De acordo com o órgão, já no primeiro ano o retorno do investimento foi de 400%. O sistema tributário não foi reformado, mas o governo passou a identificar com maior rapidez e precisão os tributos sonegados. Cientes da nova capacidade de fiscalização (que inclui o monitoramento de discrepâncias fiscais por carta ou internet), os contribuintes mudaram gradualmente de atitude, o que acabou gerando um aumento da arrecadação fiscal.

Fundada em 2000 para centralizar as áreas de impostos e de alfândega do Peru, a Superintendência Nacional da Administração Tributária (Sunat) sempre lidou com altas taxas de evasão fiscal. No ano de sua criação, por exemplo, o órgão estimou o não pagamento de quase 48% do Imposto Geral sobre as Vendas (IGV) devido. A evasão é um ato consciente e doloso que pretende evitar, ou reduzir de forma sistemática, o pagamento das obrigações tributárias. Lamentavelmente, no Peru, a prática é bastante generalizada e tem ampla aceitação social. Para aumentar a qualidade da gestão do trabalho de arrecadação de impostos, o órgão adotou a solução SAS logo após a fusão.

Hoje, a Sunat processa analiticamente informações sobre negócios domésticos e de comércio exterior. Além disso, obteve

perfis mais precisos dos contribuintes e pode identificar, também com maior precisão, casos de evasão fiscal e subfaturamento de importações. Em pouco tempo, houve redução no volume de evasão e fraudes fiscais em 14%. Para a área de TI do órgão, a solução SAS mostrou-se compatível com os sistemas existentes na Superintendência e capaz de processar grandes volumes de dados com rapidez. Os próximos passos são a inclusão das operações de exportação e o aperfeiçoamento do processamento analítico das informações, visando o combate a fraudes e o aperfeiçoamento do sistema tributário peruano.

Combate à pobreza: No México, o desafio era combater a pobreza – apenas em 2000, 51% da população local conviveu com algum nível de dificuldade. Em 2001, o Departamento de Desenvolvimento Social (Sedesol) criou o Sistema de Informação Social (SIS) para identificar as reais necessidades dos lares mexicanos e desenvolver ações que melhorassem a qualidade de vida.

Para se ter idéia, informações dos beneficiários como endereço e condição social eram desconhecidos, o que impedia a identificação geográfica das áreas mais problemáticas do país. Hoje, o SIS combina as características populacionais, sócio-econômicas e de localização usadas pelos diversos programas sociais ligados ao Sedesol, e analisa essas informações com a solução do SAS. O primeiro erro identificado e eliminado foi a duplicação de beneficiários ou a inserção de não necessitados.

O segundo foi a exclusão de milhões de pessoas carentes dos programas de benefícios. E o terceiro, a falta de integração dos bancos de dados com informações de mais de 42,1 milhões de pessoas. Com a tecnologia, o programa beneficiou 5 milhões de famílias em 2005, em comparação aos 2,4 milhões de famílias de 2000. Já a distribuição de leite passou a servir 3,1 milhões de famílias, em comparação a 1,8 milhão beneficiadas anteriormente.

Gestão de custos: *Burlington*, no Canadá, por exemplo, adotou a solução SAS como apoio ao programa de crescimento da cidade, considerado complexo por não poder impactar **positivamente** o ambiente, a infra-estrutura e as contas fiscais do município. Hoje, o governo monitora os custos das diversas atividades envolvidas no programa com o grau necessário de precisão. Uma das descobertas foi que as taxas cobradas para permissão de construções cobriam apenas uma pequena parte dos gastos públicos com obras de apoio e fiscalização. Essas taxas foram ajustadas de acordo com um cronograma apresentado pela prefeitura à população e com regras alinhadas às características sócio-econômicas das várias regiões da cidade.

Para difundir suas soluções, que hoje já são consagradas em institutos públicos de pesquisa como Embrapa, IBGE, Inep e Ipea, o SAS pretende levar aos demais órgãos do governo seu portfólio de inteligência analítica e criar projetos divididos em fases, de forma que cada uma possa ser contemplada no período ideal para os órgãos interessados. MESQUITA (2007, p. 18-21)

Soluções de inteligência que auxiliem na análise, previsão de cenários e eficiência operacional na redução de custos, se antes eram necessárias, passam a ser imprescindíveis.

A gestão pública, mesmo em fase de calmaria, é um desafio e tanto para o governo. Pressionado como qualquer outro segmento da economia, o setor público precisa gerir e investir seus recursos de forma eficiente e prestar contas do seu trabalho à sociedade com a maior transparência possível

As soluções de inteligência analítica do SAS tornam-se aliada dos gestores públicos diante da complexidade de planejamento e gestão. Dados (registros) existem em abundância nos órgãos do Governo. São diversos bancos de dados, como do Ministério do Planejamento, Fazenda, entre outros. Além de dados estruturados, existem dados transitando por todo lado e nos mais diversos formatos. Uma das grandes vantagens das

soluções analíticas é que elas podem tratar e analisar dados a partir de toda e qualquer fonte que circule nas esferas públicas.

Por meio dessas soluções de inteligência analítica, os gestores conseguem extrair as informações e receber relatórios que mostram o atual panorama e os cenários futuros.

Mesmo munido de informações, o governo precisa saber usá-las, necessita de alternativas e rumos, fazer triangulações, incrementar os relatórios por meio de soluções analíticas e estatísticas para tomar a decisão correta.⁴

A melhor alternativa está além dos relatórios. É preciso analisar com base matemática e não intuitiva, simulando possíveis cenários. Por exemplo: qual o impacto real se o governo oferecer o incentivo fiscal de eliminação/redução do IPI na produção e venda de produtos de informática? *Com as soluções analíticas do SAS pode-se fazer a integração de dados e ainda a simulação de cenários e otimização do orçamento.*⁵

Soluções baseadas em modelos analíticos e preditivos podem e devem ser aliadas do governo na difícil tarefa de gerir o orçamento. Se os desafios são otimizar a execução orçamentária, economizar e captar mais recursos, entram em cena outras soluções de igual ou maior impacto, como sistemas de combate a fraudes e de gerenciamento de performance.

No caso de combate a fraudes, cartelização, contrabando, lavagem de dinheiro, crime organizado, enfim, trata-se de soluções que auxiliam na identificação de pagamentos impróprios ou indevidos de benefícios sociais, ou desvios dos recursos, garantindo que o recurso seja aplicado de acordo com o seu propósito. Na gestão de performance, as soluções analíticas criam indicadores que permitem ao governo definir uma estratégia que o auxilie na antecipação de ações corretivas, tanto no nível estratégico, como nos níveis tático e operacional

4 TUNES, Alexandre Tunes apud RUAS, A. Eficiência na Redução de Custos. SASCOM. São Paulo: SAS Brasil, ano 4, n.12, 2009, p. 17.

5 CARLOTTO, Ricardo apud RUAS, A. Eficiência na Redução de Custos. SASCOM. São Paulo: SAS Brasil, ano 4, n.12, 2009, p. 17.

do Planejamento Estratégico, lastreado pelo Monitoramento Estatístico, Acordo de Nível de Serviço, Acordo de Nível Operacional e o BSC, visando o cumprimento das metas e objetivos. E a solução pode ser implantada em cada instituição ou órgão, independente de planejamento estratégico.

O governo consegue acompanhar e medir todo o processo. Assim é possível criar um critério de avaliação. A instituição ou órgão que tiver maior pontuação, por exemplo, irá receber mais recursos. São soluções que apóiam os gestores nas tomadas de decisões.⁶ RUAS (2009, p. 16-17)

Descompasso. Essa palavra sintetiza a distância entre as estratégias de combate às fraudes utilizadas pelas empresas e as táticas adotadas pelos criminosos para a efetivação dessas práticas através de canais eletrônicos, especialmente junto ao segmento financeiro.

Essas organizações que compõem a Nova Máfia funcionam como um *supply chain* (cadeia de suprimentos em português) das fraudes virtuais e possuem uma logística extraordinária. Existem as pessoas que roubam, as que vendem e outras que compram informações. Além dos métodos cada vez mais sofisticados e variados, eles se conectam e se relacionam muito mais do que as próprias companhias.

O fato das empresas não compartilharem informações sobre incidentes dessa natureza, tanto no plano interno como no intercâmbio com concorrentes e o governo, tem ainda como agravantes a falta de integração dos sistemas, a insistência em um modelo reativo, a falta de recursos humanos e as estratégias que tratam as incidências de fraudes individualmente, sem correlacionar os eventos.⁷

Esses gargalos também incluem um erro conceitual na análise das fraudes, ainda muito focada no “o que”, em

6 FERNANDES, Flávio apud RUAS, A. Eficiência na Redução de Custos. SASCOM. São Paulo: SAS Brasil, ano 4, n.12, 2009, p. 17.

7 SWECKER, Chris apud DRASKA, M. Conexões para uma Visão Holística. SASCOM. São Paulo: SAS Brasil, ano 5, n. 15, 2010, p. 5.

detrimento da necessária transição para o “quem”, no caso de crimes, nas democracias.

As instituições estão jogando na defesa, quando na verdade já existe tecnologia para sair à caça dessas organizações, encontrar pontos comuns e identificá-las. A partir do momento em que se começa a relacionar toda essa cadeia, você consegue ver que realmente é uma rede e fica mais fácil controlar esse cenário.⁸

No combate às fraudes no ambiente financeiro e nas redes sociais o SAS pratica uma abordagem corporativa e analítica, baseada nas conexões e redes formadas pelos criminosos. O modelo do SAS propõe uma visão integrada do ponto de vista sistêmico e analítico, com a compreensão e detecção em tempo real das relações entre os indivíduos e suas conexões, a partir de regras, padrões de comportamento e possíveis distorções; incorpora as melhores práticas e um potencial analítico por trás do modelo (plataforma integrada de análise), de modo que as empresas possam migrar da atual postura reativa para um novo modelo de pró-atividade, capaz de prevenir futuras fraudes. DRSKA (2010, p.5)

3 Resultados

3.1 Caso de Sucesso: CEMIG

3.1.1 Melhor prevenir ...

Para atender exigências do novo modelo do setor elétrico, a Cemig decidiu refinar suas previsões de demanda de energia e adotar um sistema para obter exatidão e flexibilidade.

Depois de enfrentar o racionamento, em 2001, as empresas de energia elétrica se depararam com o desafio de adaptar-se ao

⁸ SWECKER, op.cit.,p.5.

novo modelo para o setor, instituído pelo Governo Federal, em março de 2004. Um dos pilares desse desenho são as regras para a compra de energia pelas distribuidoras, que exigem altíssimo nível de acurácia nas previsões de carga. Para aumentar a exatidão de suas previsões, a área de distribuição da Companhia Energética de Minas Gerais (Cemig) optou por adotar um sistema completo de projeção de demanda, combinado a uma ferramenta que torna homogêneas as informações obtidas em diferentes bases de dados.

Em maior ou menor grau, todas as distribuidoras brasileiras precisaram aperfeiçoar o processo de elaboração das previsões, tendo em vista o novo modelo para o setor elétrico. A partir de uma diretriz estratégica da diretoria para que a empresa se adequasse da melhor forma às novas regras, as equipes técnicas da Cemig analisaram as ofertas disponíveis no mercado mundial e indicaram a solução do SAS, hoje em fase final de implementação.

3.1.2 Flexibilidade

De acordo com Agostinho Faria Cardoso, superintendente da Assessoria de Compra e Venda de Energia no Atacado da Cemig, o desenvolvimento interno nunca foi uma opção. “Acreditamos que cada empresa tem sua expertise. A nossa é distribuir energia. O SAS conta com centenas de profissionais, como Estatísticos, Matemáticos e Engenheiros, que se dedicam a construir sistemas especializados, ou seja, certamente, eles estão mais a par dos avanços nessa área e podem fornecer a melhor metodologia e o melhor sistema de projeção.”

Para as previsões de carga de energia de médio e longo prazo, são utilizados indicadores do desempenho da economia, como o PIB (produto interno bruto) nacional, densidade populacional e expectativa de vendas no comércio. Nas de curto

e curtíssimo prazos, são levados em conta o comportamento regular dos consumidores, aspectos sazonais e previsões meteorológicas, além de eventuais condições emergenciais.

A partir de todas essas variáveis, o sistema SAS High-Performance Forecasting (HPF) elabora diversos cenários e faz a projeção das respectivas necessidades de energia em cada um deles. Para isto, o sistema combina vários recursos tecnológicos avançados, como redes neurais, modelos de séries temporais, árvores de decisão, entre outros.

Segundo o superintendente da Cemig, uma das principais vantagens do SAS HPF é a sua extrema flexibilidade. “O sistema não é uma caixa-preta. Podemos montar vários cenários e mudá-los conforme modifiquem-se as condições econômicas ou ambientais, por exemplo, e na medida em que fazemos as compras”, diz. “Além disso, ele é bastante amigável. É fácil para os nossos analistas organizarem os dados, alterá-los ou fazer consultas; enfim, interagir com o sistema é muito simples.”

Faria Cardoso destaca também o trabalho de consultoria. “Durante os oito meses do projeto, especialistas do SAS trabalharam em conjunto com nossos profissionais. O resultado foi um sistema totalmente parametrizado para previsão de carga de energia e também customizado para os tipos de arquivos utilizados pela Cemig”, explica. Paralelamente, a equipe da distribuidora passou por treinamento de modo a explorar todas as potencialidades do SAS HPF.

3.1.3 Segurança e Credibilidade

Para alimentar o sistema de projeções, a Cemig utiliza diferentes bases de dados, internas ou externas, como a da Câmara de Comércio de Energia Elétrica, instituição responsável por intermediar a compra de energia entre geradoras e distribuidoras. Para assegurar-se de que os dados são os mais

atualizados e eliminar eventuais conflitos entre eles, a Cemig usa o sistema de *datamining* Enterprise Miner, também do SAS.

“O SAS Enterprise Miner transforma os dados escritos em diferentes linguagens e diversas bases de dados em informações confiáveis que podem ser manuseadas com segurança”, conta o superintendente. “Não adiantaria termos um excelente sistema de projeção se ele fosse fundamentado em dados incorretos.”

De acordo com Faria Cardoso, foi muito importante, no processo de escolha, o acesso que os técnicos da Cemig tiveram à base de testes do SAS e aos clientes que já usam os sistemas. O superintendente comenta ainda que o fato de o SAS ser continuamente apontado, ao longo dos anos, como uma das melhores empresas para se trabalhar, foi um dos fatores que colaborou para a decisão.

3.1.4 Bom para acionistas e consumidores

A exatidão das previsões é vital porque a lei prevê que a distribuidora utilize 100% da energia que contratou, e as margens de variação permitidas são bem pequenas. Na prestação de contas anual à Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), caso a empresa tenha feito uma compra inferior em mais de 4% à energia distribuída, poderá incorrer em penalidades. O objetivo do governo, nesse quesito, foi estabelecer regras para assegurar que não falte energia.

No caso inverso, ou seja, se a distribuidora comprar energia a mais, ela somente pode repassar esse custo às tarifas se a margem de erro for de até 3%. Se tiver adquirido energia em um percentual acima deste, a distribuidora deve arcar com os custos sem transferi-los ao consumidor. Com essa regra, o governo quis garantir a menor tarifa possível.

Portanto, em quaisquer dos casos – compras a mais ou a menos –, previsões mal feitas se traduzem em prejuízo para

os acionistas. Por esse motivo, embora o sistema anterior funcionasse a contento, com um nível baixo de erros, a Cemig considerou que precisava aumentar ainda mais a qualidade e a acurácia de suas projeções.

Hoje, segundo o superintendente da Assessoria de Compra e Venda de Energia no Atacado, a Cemig dispõe de um sistema com uma ótima relação custo/benefício.

Quanto mais acertamos e quanto maior for a antecedência, maior também a chance de ter energia mais barata e menor o risco de falta”, comenta. “Isso é essencial para a Cemig, que baseia sua atuação no respeito a seus acionistas e consumidores. SAS (2010).

4 Conclusão e recomendações

Concluimos que a Plataforma Estatística SAS é uma solução integrada, única no mundo, de Inteligência Institucional e Inteligência Analítica Institucional, ferramentas gerenciais superiores inigualáveis de avaliação de performance, previsão e apoio à decisão; e sua aquisição pelos Governos é feita naturalmente pelo critério de INEXIGIBILIDADE.

Recomendamos fortemente aos Srs. que visitem ao menos uma das Instituições de Governo, de Estado ou outras que já incorporaram à sua gestão e operacionalização a Plataforma Estatística SAS, como é o caso da CEMIG ou a ANEEL

Brazilian public management and statistics platform sas – partnership with successfully secured

Abstract: There are already inevitable questioning between from Brazilian Public Institutions: “What are we going to do with this big amount of data that don't stop increasing? Are we able to turn this problem into an essentially management tool? “The answer is: Yes!

Business Intelligence and Business Analytics evolved to cope with the enormity of the data world and all the possibilities available to use these data with the corresponding support decision making in real time. The unparalleled capacity of the Statistical SAS Platform to analyze statistically in a deep and comprehensive data on all institutions, brings up real-time with simple mouse clicks answers to: What happened? What's happening? What, where and when is it going to happen? Where is exactly what we're looking for? What actions are really necessary? Why is it happening? What would be our best options? The Statistical SAS Platform is an integrated solution unique in the world, and its acquisition by governments is made naturally by the criterion of UNENFORCEABILITY.

Key-words: Public Management. Statistics Platform SAS. Business Analytics. Brazilian Public Managers.

Referências

- DRSKA, M. Conexões para uma Visão Holística. *Revista SASCOM*. Publicação do SAS Brasil, São Paulo, ano 5, n. 15, 2010, p. 5. Disponível em: <http://www.sas.com/offices/latinamerica/brazil/sascom/revistas/sascom_3q2010.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2010.
- MESQUITA, R. A. Vez do Setor Público. *Revista SASCOM*. Publicação do SAS Brasil, São Paulo, ano 2, n. 07, 2007, p. 18-21. Disponível em: <http://www.sas.com/offices/latinamerica/brazil/sascom/sascom_imprensa/sascom_3q2007.pdf>. Acesso em: 06 out. 2010.
- RUAS, A. Eficiência na Redução de Custos. *Revista SASCOM*. Publicação do SAS Brasil, São Paulo, ano 4, n.12, 2009, p. 16-17. Disponível em: <http://www.sas.com/offices/latinamerica/brazil/sascom/sascom_imprensa/sascom_1q2009.pdf>. Acesso em: 07 out. 2010.
- SAS. *Casos de sucesso: Cemig*. Empresas Públicas Brasileiras, 2010. Disponível em: <<http://www.sas.com/offices/latinamerica/brazil/success/cemig.html>>. Acesso em: 08 out. 2010.

Infrações Administrativas, Ministério Público e Estatuto do Idoso

Izabel Cristina Salvador Salomão*

Sumário: 1 Introdução. 2 Instituições de longa permanência: um lugar para viver ou para morrer?. 2.1 Violência *institucionalizada*. 2.2 Um estudo de caso: o município de Cariacica. 2.2.1 Instituição A. 2.2.2 Instituição B. 2.2.3 Instituição C. 2.2.4 Instituição D. 2.3 Providências cabíveis. 3 Construindo argumentativamente o perfil da autoridade competente. 3.1 Conselho do Idoso. 3.2 Poder Judiciário - Juízo Cível. 3.3 Ministério Público Estadual. 3.4 Poder Executivo. 4 Um caminho viável. 5 Conclusão. Referências.

Resumo: Diante da inexistência de disposição expressa no Estatuto do Idoso apontando a autoridade competente para apuração administrativa das infrações às normas de proteção ao idoso, previstas nos artigos 56 a 58 do referido diploma legal, este artigo analisa as hipóteses levantadas pela doutrina pátria e as possibilidades semânticas das regras estatutárias, concluindo por apontar o Poder Executivo como o mais apto a assumir a competência processante e a imposição das penalidades pecuniárias previstas. A fim de construir, argumentativamente, o perfil de autoridade competente compatível com a presidência do processo administrativo em questão, o presente estudo aborda algumas peculiaridades ontológicas das instituições sugeridas pela doutrina, bem como os óbices e consequências práticas da escolha equivocada pelo intérprete, ao tempo em que demonstra que a solução apontada se coaduna com os enunciados normativos constantes da Constituição Federal e do Estatuto do Idoso.

Palavras-chave: Estatuto do Idoso. Direitos fundamentais. Processo administrativo. Infrações administrativas. Penalidade pecuniária. Ministério Público. Autoridade competente.

* Promotora de Justiça no Estado do Espírito Santo e Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Vitória - FDV; membro da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público de Defesa dos Direitos dos Idosos e Pessoas com Deficiência - AMPID.

1 Introdução

Começamos tarde¹. Não necessariamente mal, mas definitivamente tarde. É indiscutível que a edição do Estatuto do Idoso representou um avanço na legislação pátria ao consolidar e ampliar direitos das pessoas idosas, tendo como móvel a garantia da cidadania e a proteção integral àqueles com idade igual ou superior a sessenta anos. Também não se questiona que de há muito carecíamos de uma política séria de enfrentamento ao abandono familiar e social e estatal dos idosos. Mas isso não é tudo, e muito ainda falta na efetivação da proteção a ser viabilizada pelo Estatuto.

O Estatuto do Idoso surgiu da necessidade de se assegurar a esta parcela da população uma maior responsabilização por parte da família, do Poder Público e da sociedade. É um holofote aceso evidenciando a necessidade de se garantir dignidade e respeito aos que, com o passar do tempo, foram sendo excluídos socialmente, como se passassem da “utilidade à inutilidade”.

De fato, os idosos nas sociedades ocidentais nunca foram valorizados como nas orientais, onde são conhecidos e respeitados em razão de sua experiência. Nas sociedades capitalistas, velhice traduz-se, historicamente, como falta de utilidade produtiva e, conseqüentemente, carta fora do baralho no jogo dos interesses que se comunicam entre os sistemas (Estado, mercado e mundo da vida), sendo relegados ao segundo plano onde os jovens produtores e consumidores figuram como os únicos alvos visados pelas Políticas Públicas, pela cadeia produtiva e até mesmo pela sociedade².

De outra banda, envelhecimento populacional, em números absolutos e relativos, é um fenômeno mundial e vem ocorrendo

1 Alusão feita a afirmação do professor L.R. Barroso ao se referir ao início verdadeiro do Brasil. Vinte Anos da Constituição Brasileira de 1988: o Estado a que chegamos *in* SOUZA NETO, Cláudio Pereira de...*et al.* Vinte anos da Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.27.

2 Neste sentido, Jonas Melman destaca, por exemplo, que: “Atualmente, ainda domina uma visão no imaginário social que desvaloriza a velhice. Vivemos numa cultura que valoriza a juventude, a fora, a beleza, o sucesso medido pelos resultados econômicos e pelos índices de produtividade. O idoso, na sociedade moderna, vivencia uma perda progressiva da importância de seu valor social.” *In*: Rompendo o Silêncio: faces da violência na velhice. BERZINS, Marília Viana, MALAGÜTTI, Willian. São Paulo: Martinari, 2010. p. 314.

a um nível sem precedentes. O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE³, por meio do Censo Demográfico de 2000, alertou todo o país para o fato de que 8,6% da população brasileira, acompanhando a tendência mundial, era, já aquela altura, constituída por pessoas com sessenta anos ou mais, o que significava a existência de catorze milhões de idosos no país. Reconhecendo-se que este percentual aumentou sensivelmente ao longo do século passado, estima-se que esta tendência perdure pelo século XXI, projetando-se para 2020 uma população idosa no total da população brasileira em torno dos 14%. Registre-se que o incremento ainda mais expressivo da população idosa se dá com os maiores de oitenta anos⁴, os “muito idosos”.

Se, conforme elucida o IBGE, em 1950 eram 204 milhões de idosos em todo o mundo e, já em 1998 este contingente alcançava 579 milhões de pessoas, apontando um crescimento de quase oito milhões de pessoas por ano, as projeções indicam que em 2050 a população nesta faixa etária alcançará 1,9 milhão de seres humanos. Os números mostram que, atualmente, uma em cada dez pessoas tem sessenta anos de idade ou mais e, para 2050, estima-se que a relação será de uma para cinco em todo o mundo, e de uma para três nos países desenvolvidos.

Alerta, ainda, o referido Instituto, que também seguindo a tendência mundial onde o número de pessoas com cem anos de idade ou mais aumentará quinze vezes, passando de 145.000 pessoas em 1999 para 2,2 milhões em 2050. Os centenários brasileiros que somavam 13.865 em 1991, e já em 2000 chegam a 24.576 pessoas, demonstram um aumento de 77%. São Paulo encima a lista de Estados brasileiros com o maior número de pessoas com cem anos ou mais (4.457), seguido pela Bahia (2.808), Minas Gerais (2.765) e Rio de Janeiro (2.029).

Na exata medida em que o Brasil deixa de ser uma nação de jovens com o decréscimo acentuado do número de nascimentos⁵,

3 Conferir em: <<http://www.ibge.gov.br>>. Acesso em: 01 dez. 2009.

4 CAMARANO, Ana Amélia. et al. Idosos brasileiros: indicadores de condições de vida e de acompanhamento de políticas. Brasília: Presidência da República, Subsecretaria de Direitos Humanos, 2005. p. 13.

5 Fenômeno já conhecido e estudado no velho mundo.

os brasileiros têm sua expectativa de vida aumentada por fatores como os avanços da medicina, conscientização da necessidade de uma vida saudável etc. Ainda segundo o IBGE, em 1940 a vida média do brasileiro sequer atingia os cinquenta anos de idade, e hoje esse indicador está em 72,78 anos. A se confirmar a projeção, a população do Brasil continuará ampliando a vida média para alcançar em 2050 o patamar de 81,29 anos, nível atual da Islândia (81,80), Hong Kong, China (82,20) e Japão (82,60).

Nesse passo, caminhou bem, ainda que tarde, a legislação pátria ao inserir no ordenamento jurídico um Estatuto do Idoso, reconhecendo a necessidade de proteção e valorização desta parcela crescente da população, e facilitando o acesso das pessoas idosas ao gozo de seus direitos, com o claro objetivo da preservação da dignidade e do respeito a tais cidadãos brasileiros.

A proteção dos idosos como alvo da atuação estatal veio firmada, timidamente, pela Constituição Federal em esparsos artigos que reconhecem a imperatividade de defesa destes cidadãos que, no ocaso da vida física, se encontravam em condição de miserabilidade e abandono⁶.

Muito embora reconhecidamente concisa⁷ no trato da proteção ao idoso, a Carta Maior foi taxativa e expressa em seu art. 1º, inciso III, ao estabelecer como fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana. É o que basta para tutela da aludida proteção.

6 CF/88 Art. 203. A assistência sócia será prestada a quem dela necessitar, independentemente da contribuição à seguridade social, e tem por objetivos.

I – a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência, à velhice;

...

V – a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

7 Ao contrário da forma prolixa (num movimento pendular e diametralmente oposto à fórmula utilizada para proteção da população idosa) debruçou-se sobre tantos outros temas que seriam melhor tratados pela legislação ordinária. Sobre o ponto ver BARROSO, Luiz Roberto. Vinte anos da Constituição brasileira de 1988: O Estado a que chegamos. In: SOUZA NETO, Carlos Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Org). Vinte anos da Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2009. p.47: "A Constituição brasileira, como assinalado, consubstanciou-se em um texto excessivamente detalhista e que, além disso, cuida de muitas matérias que teriam melhor sede na legislação infraconstitucional."

Sob a égide da *Lex Fundamentalis* de 1988, vivemos em um Estado Democrático de Direito onde a norma constitucional está necessariamente ligada a um contexto, ou seja, seu sentido somente será extraído diante do caso concreto. Não mais pré-fixado abstratamente, de modo a reger o futuro para sempre, mas construído pelo intérprete diante da experiência fática.

Entre as grandes transformações que tiveram lugar ao longo do século XX na teoria constitucional, destaque se dê a atribuição à norma constitucional de *status* de norma jurídica, superando-se assim o modelo europeu de Constituição como documento político, apenas incentivador da atuação dos Poderes constituídos, modelo este vigente até meados do século passado⁸. Já investidas na condição de normas jurídicas, as normas constitucionais passaram a ser dotadas de imperatividade e supremacia diante de todo o ordenamento jurídico, erigidas a paradigmas de validade das leis, verdadeiros axiomas para o tema desenvolvido neste estudo.

O advento da Lei 10.741/2003, muito embora patenteando a tendência legalista de nosso ordenamento, permeado pelo sentimento de que a letra da lei, por si só, tem o condão de modificar a realidade, sistematizou a ação estatal, familiar e da sociedade em benefício do idoso, entretanto não o fez com o primor que se esperava do legislador pátrio em matéria de tamanha relevância. Nesse contexto, foi legado ao intérprete a construção do perfil e definição da autoridade competente para presidência do processo administrativo e para imposição da penalidade pecuniária pertinente, nos moldes estabelecidos no art. 59 e seguintes do referido Estatuto. Esta, a trilha escolhida para o presente estudo.

⁸ BARROSO, Luiz Roberto. A doutrina brasileira da efetividade. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.68-69. (Temas de direito constitucional, Tomo 3)

2 Instituições de longa permanência: um lugar para viver ou para morrer? ⁹

No capítulo II do título IV que trata da política de atendimento ao idoso, o Estatuto cuida de descrever os princípios que regem as instituições de longa permanência para idosos, bem como as obrigações a que estão submetidas.

As Instituições de Longa Permanência para Idosos – ILPI têm sido um desafio e, na prática, de difícil conciliação com a aplicação do fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana aos idosos de todo o país. A razão que fundamenta tal assertiva é que no imaginário de grande parte da população brasileira, ainda não se construiu uma diferenciação consistente entre os antigos “asilos” ou “abrigos” e as atuais ILPI's, descritas pelo Estatuto (e, posteriormente detalhada em todos os aspectos pela RDC 283/05¹⁰, da ANVISA), situação traduzida como fonte de toda violência institucional¹¹ contra o idoso levada a termo neste país. Antes e acima de toda legislação aplicada está a sustentar e fundamentar a referida diferenciação a vigência do novo paradigma estabelecido pela Carta de Ottawa¹², resultante da Assembléia Internacional sobre Promoção da Saúde realizada no Canadá em 1986, que enfatizou a autonomia das pessoas e destacou a capacidade de mobilização da então chamada “população silenciosa”.

Os asilos existentes no Brasil há mais de quatrocentos anos foram criados para abrigar loucos, doentes e abandonados pela família e pela sorte, e estavam sempre relacionados à caridade (Igreja Católica), possuindo natureza eminentemente

9 Tema abordado na palestra Envelhecimento e ILPI: desafio do presente, proferida por Marília Berzins no II Encontro sobre Instituições de Longa Permanência para Idosos, dia 12 nov. 2009, no auditório da FAESA. Vitória/ES.

10 Resolução da Diretoria Colegiada 283/2005 da ANVISA, norma que define quais são os graus de dependência e as condições gerais de organização institucional baseada nos direitos dos idosos, incluindo recursos humanos, infra-estrutura, processos operacionais, etc.

11 Definida aqui como a exercida nos/pelos próprios serviços públicos, por ação ou omissão. BRASIL, Ministério da Saúde. Política nacional de redução da morbimortalidade por acidentes e violências. Brasília, 2002, Disponível em: <<http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/portaria737.pdf>>. Acesso em: 1º dez.2009.

12 OMS/OPAS. Promoción de la Salud: una antología. 1996. OMS/OPAS – publicação científica n. 557.

filantrópica¹³. Lugares como estes foram (e são) camufladores da violência de toda espécie ali praticada, na medida em que escondem do espaço público todos que não podem aparecer¹⁴, sob pena de ter que se apurarem responsabilidades e tipificar condutas hoje já não mais toleradas socialmente.

Por outro lado, as Instituições de Longa Permanência para Idosos¹⁵, no contexto do Estado Democrático de Direito estabelecido pela Carta Constitucional de 1988, onde o princípio dos princípios é o da dignidade da pessoa humana, são moradias, mas moradias disciplinadas pela lei, que devem oferecer um serviço de natureza híbrida, qual seja, médica e social por se tratar de um espaço com um sentido de gestão profissional. São lugares para viver e devem ser instituições abertas que mantêm relação com a sociedade, não “instituições totais”¹⁶, um espaço impermeável ao passar do tempo e apartado do mundo exterior por altos muros, portões e porteiros, cuja conduta poderia ser facilmente caracterizada como cárcere privado. Enfim, um lugar a ocultar o descaso da sociedade moderna.

O Brasil não conhece ao certo o número de idosos que residem em ILPI's¹⁷ ou residências coletivas, mas as condições físicas e estruturais destas “Instituições” são de fácil constatação.

Não raro nas zonas mais abandonadas pelo poder público, nos grandes e pequenos municípios, onde o Estado só se apresenta na forma policial e repressiva, encontram-se “Casas de Repouso”, “Lares”, “Colônias para Idosos” etc., sem que com isso os diferencie dos citados “asilos” onde se “depositam” aqueles que se transformaram, pelo peso da idade, em *personas non gratas* no convívio familiar e social.

13 Daniel Groisman aponta o Asilo “São Luiz para a Velhice Desamparada”, criado em 1890, como a primeira instituição para idosos, situada no Estado do Rio de Janeiro.

14 Considerações expostas pela palestrante, vide nota 10.

15 Modalidade asilar de atendimento ao idoso sem vínculo familiar ou condições de prover à própria subsistência de modo a satisfazer as suas necessidades de moradia, alimentação, saúde e convivência social.

16 Considerada aquela em que predomina um modelo de atendimento que se estrutura pela dominação do corpo do asilado que se incorpora no seu *habitus* pela força da rotina, da impossibilidade de outra escolha para uma vida digna, segundo BERZINS, Marília...*et al*, op.cit., p.281.

17 CAMARANO, op.cit., p.29.

Sem embargo da excepcionalidade da institucionalização apregoada pelo Estatuto do Idoso¹⁸, inúmeras são as hipóteses em que os idosos são encaminhados a viver em Entidades de Longa Permanência, afastados de sua família e círculo pessoal de amizades. Algumas situações são marcadas pelo conflito familiar e resultam na procura da família ou, às vezes, do próprio idoso, pela institucionalização. Outra hipótese frequente se dá quando muitas famílias não conseguem manter o idoso dependente em casa porque o cuidado se torna difícil e desgastante física e emocionalmente, (nos casos de necessidade de reabilitação, ausência temporária do cuidador domiciliar, estágios terminais de patologias e dependência elevada)¹⁹. Nestas circunstâncias depara-se com “lares” ironicamente denominados “Vovô Feliz”, “Luz da Vida” etc., que, a troco do benefício de prestação continuada²⁰ concedido pela Assistência Social, “amontoa” idosos sem qualquer estrutura e salubridade, com níveis desumanos de higiene e ausência total de regulamentação junto aos órgãos de fiscalização, onde os idosos aguardam (por vezes impacientemente) o momento de morrer.

2.1 Violência *institucionalizada*

Diferentes formas de violência têm como alvo mais freqüente a população idosa, seja ela física, emocional, econômica e financeira, além de outras, mais silentes, porém potencialmente tão danosas quanto as demais, como a violência estrutural e a institucional.

A violência estrutural reúne os aspectos resultantes da desigualdade social, do sofrimento decorrente da pobreza e da **miséria e a discriminação, que se expressa de inúmeras formas.**

18 Art. 37. O idoso tem direito a moradia digna, no seio da família natural ou substituta, ou desacompanhado de seus familiares, quando assim o desejar, ou, ainda, em instituição pública ou privada.

19 A assistência integral na modalidade de entidade de longa permanência será prestada quando verificada inexistência de grupo familiar, casa-lar, abandono ou carência de recursos financeiros próprios ou da família.

19 CHAIMOWICZ, F.; GRECO, D.B. Dinâmica da institucionalização dos idosos em Belo Horizonte. Revista de Saúde Pública, Brasil, v.33, n.5.1999, p.454-460.

20 Não apenas 70% como determina o § 2º, art. 35 do Estatuto do Idoso, mas de todo o benefício.

No caso brasileiro, pesquisas apontam que somente 25% dos idosos vivem com três salários mínimos ou mais, evidenciando a miséria e a pobreza da maioria deles, inseridos em famílias com as condições de miserabilidade²¹. Muito embora não seja a violência estrutural prerrogativa da população idosa, é inegável que diante da vulnerabilidade desse grupo a situação é extremamente agravada, funcionando como mais um fator de institucionalização em casas asilares.

A Violência institucional, disseminada por todo o mundo, no Brasil ocupa um capítulo muito especial nas formas de abuso aos idosos, e se realiza como uma agressão política, em nível macro-social produzida pelo Estado, e de maneira particular reproduzida nas instituições públicas de prestação de serviços e nas instituições de longa permanência para idosos – ILPI's, quer públicas, quer privadas²².

Conquanto no Brasil o aparato normativo em favor do idoso seja grande, a prestação de serviços pelo Estado (saúde, assistência e previdência social etc.) aparece como campeã de reclamações dos usuários idosos²³, o que evidencia um enorme fosso entre a teoria e a prática.

Intramuros, numa instituição de longa permanência para idosos, tal violência tem terreno fértil para suas mais variadas roupagens, apresentando-se desde travestida de ausência de estrutura física adequada ao grau de dependência dos idosos; ausência de cuidados médicos e alimentação adequados; até o isolamento ou a despersonalização dos institucionalizados que deixam de ter vontade e nomes próprios para serem tratados por "vovôs" e "vovós", absolutamente distanciados do convívio social.

21 MINAYO, Maria Cecília. Violência contra idosos: o avesso do respeito à experiência e à sabedoria. Brasília: Secretaria Especial de Direitos Humanos, 2004. p.30.

22 Ibid.

23 Minayo exemplifica citando a burocracia impessoal na prestação dos serviços, que reproduz a discriminação por classe, gênero e idade... As longas filas de que são vítimas, a falta de comunicação, ou comunicação confusa, e a ausência de uma relação pessoal compreensiva por quem precisa dos cuidados, constituem uma forma de violência das quais os idosos mais se queixam.

2.2 Um estudo de caso: o município de Cariacica

O município de Cariacica, situado na região metropolitana da Grande Vitória, Estado do Espírito Santo, com uma população de 356.536 habitantes, como tantos outros municípios do país, não conhece o número de seus filhos idosos. Notório, porém, que os idosos em situação de risco foram, historicamente, invisibilizados pela sociedade.

Contam-se às décadas o abandono estatal a esta parcela da população, o que oportunizou que inúmeras “pessoas de boa vontade” abrissem o próprio negócio custeados com a prestação de benefícios continuados percebidos pelos idosos, amontoando-os em espaços inadequados, insalubres e mal-cheirosos e, via de regra, escondidos por altos muros em pontas de ruas da periferia. Quando conhecidos e interditados judicialmente, em virtude da comunicação de algum vizinho insatisfeito com o odor ou barulho, tais espaços eram reproduzidos em outro bairro, sob outro nome, sem qualquer consequência²⁴.

Como resultado de uma série de fatores²⁵ foram desenvolvidas no município (citado com objetivo de fundamentar a aplicação do presente estudo) novas estratégias para fiscalização das ILPI's, com identificação, entre o ano de 2009 e início de 2010, de quatro instituições clandestinas, culminando com o fechamento, quer por Termo de Ajuste de Condutas com o Ministério Público, quer por interdição da Vigilância Sanitária Municipal. Muito embora sejam públicos os Inquéritos Cíveis onde houve a apuração em análise, as instituições serão designadas, para fins didáticos, da seguinte forma:

24 Caso do “Lar do Idoso Vovô Adão” interditado judicialmente por sentença judicial proferida em Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público Estadual (autos nº 200500414176) em 04 abr. 2006 e reaberto no bairro vizinho como “Lar do Idoso Vovô Alzenira”.

25 Mudança do panorama político municipal; criação de Promotoria de Justiça especializada na proteção do idoso; criação e implementação do Conselho Municipal do Idoso; criação e implementação da Vigilância Sanitária Municipal, etc.

2.2.1 Instituição A²⁶

A partir de relatório do serviço de assistência social do município, datado de março de 2007, acrescido de outras investigações preliminares foi instaurado, em abril do mesmo ano, Procedimento Preparatório na Promotoria de Justiça Cível de Cariacica – com atribuição na defesa e proteção da pessoa idosa e com deficiência, objetivando elucidar as reais condições em que se encontravam os quarenta internos.

Com o Relatório da Vigilância Sanitária apontando inúmeras irregularidades, desde oferta de alimentação com prazo de validade expirado, higiene precária, presença de portadores de transtorno mental, ausência de qualquer atividade de lazer ou ocupacional direcionada aos idosos, até superlotação da área da instituição com o dobro do número de internos recomendada pelo Ministério da Saúde (Portaria 819/1989), veio a conclusão que a entidade não atendia os requisitos (RDC 283/05), para funcionamento de instituição de longa permanência para atendimento a idosos.

Ouvida a proprietária da Instituição pelo Ministério Público foi acordado prazo para adequação das irregularidades identificadas, com cronograma de fiscalização e datas de cumprimento. Sanadas parte das irregularidades, lograva a proprietária êxito na prorrogação dos prazos, apostando, sempre, na inoperância da fiscalização municipal, no reduzido número de assistentes sociais e na impunidade de sua conduta - vez que apenas reproduzia uma postura já adotada com outra instituição asilar de idosos de propriedade de sua família, que fora fechada por determinação judicial em Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público Estadual²⁷, sem qualquer outra consequência.

²⁶ Inquérito Civil nº 003/2009

²⁷ Vide nota 18.

Com a reiteração do descumprimento pela proprietária da “Instituição A” das advertências da Vigilância Sanitária, que ainda mantinha a instituição sem qualquer registro ou autorização dos órgãos competentes, requisitou o *Parquet* à VISA Estadual a remoção dos idosos e portadores de transtorno mental e a interdição da ILPI, requisição não cumprida sob o argumento de inexistir local adequado para encaminhamento dos internos.

Com a modificação de inúmeros fatores²⁸, reunindo diversos Procedimentos Preparatórios e outras diligências investigativas pertinentes, instaurou o Ministério Público Inquérito Civil com encaminhamento de Notificação Recomendatória à proprietária, determinando cumprimento imediato das determinações legais, bem como requisição de instauração de Inquérito Policial. Com o comparecimento quase imediato da responsável na Promotoria de Justiça, foi assinado Termo de Ajustamento de Condutas com prazo de dez dias para encaminhamento de todos os internos e fechamento da instituição, sob pena de multa diária.

Registre-se que todo o encaminhamento dos idosos e portadores de transtorno mental ocorreu com o suporte da Secretaria de Assistência Social do município e monitorados pelo NASP – Núcleo de Assistência Psicossocial do Ministério Público do Estado do Espírito Santo;

2.2.2 Instituição B²⁹

Com o mesmo percurso de recalcitrância e desobediência às determinações da Vigilância Sanitária, desde 1997, aliadas à crença absoluta na impunidade, os proprietários da “Instituição B” sequer responderam ou compareceram para justificar o não cumprimento da Notificação Recomendatória encaminhada nos moldes da acima referida.

²⁸ Vide nota 19.

²⁹ Inquérito Civil nº 005/009

Após atualização de todos os relatórios (VISA, NASP e Assistência Social do município) e a confirmação do estado deplorável³⁰ em que eram mantidos os 18 internos na ILPI³¹, colhidas as informações necessárias e suficientes que comprovaram inúmeras violações à legislação infraconstitucional e, para além de tudo, ao direito constitucional à dignidade humana dos idosos institucionalizados na “Instituição B”, o Ministério Público, mobilizando a Vigilância Sanitária Municipal e Estadual; Secretaria Municipal de Assistência Social; Núcleo de Assistência Social do Ministério Público – NASP e Polícia Militar, orquestrou uma ação conjunta que culminou com a interdição da instituição de longa permanência para idosos pela Vigilância Sanitária e prisão em flagrante dos proprietários responsáveis em razão da descoberta de uma idosa em cárcere privado e pelos demais crimes perpetrados contra a integridade física e mental dos idosos.

2.2.3 Instituição C³²

Instituição asilar clandestina localizada no Bairro Rio Marinho, Cariacica, em funcionamento a cerca de um ano, contava na oportunidade com oito internos e inúmeras irregularidades, sem qualquer condição de habitabilidade, acessibilidade e segurança. Usando da mesma estratégia acima narrada e realizadas as investigações preliminares no bojo do Procedimento Preparatório, mobilizou o Ministério Público, a Vigilância Sanitária Municipal, Secretaria Municipal de Assistência Social, Núcleo de Assistência Social do Ministério Público – NASP e Polícia Militar, numa ação conjunta que teve como desfecho a interdição da instituição de longa permanência para idosos pela Vigilância Sanitária e o encaminhamento

30 Alguns isolados em uma construção nos fundos da instituição e fechados com grades e cadeados.

31 Com fotos que identificavam, inclusive, a existência de uma pocilga com quarenta porcos no quintal da Instituição, tornando o ar irrespirável.

32 PCCC nº 030/10

dos idosos pela Secretaria Municipal de Assistência Social a instituições adequadas e um caso de reintegração à família; tudo com acompanhamento e monitoramento do Núcleo de Assistência Social do Ministério Público – NASP; e

2.2.4 Instituição D³³

Largamente conhecida pela vizinhança, esta residência acolhia quatro idosos indesejados pela família; dois homens e duas mulheres, que compartilhavam um dormitório e o sanitário utilizado pelos demais membros da família. Sem qualquer atividade, dividiam o dia entre tomar sol numa área de 2m² aos fundos da residência e dormir.

A existência da mencionada instituição clandestina chegou ao conhecimento do Ministério Público por notícia dos vizinhos, indignados com o tratamento dispensado pela proprietária aos idosos, que ia de ofensas à dignidade destes às ameaças de castigos corporais. De igual forma, atuaram o Ministério Público, a Vigilância Sanitária Municipal, a Secretaria Municipal de Assistência Social, o Núcleo de Assistência Social do Ministério Público – NASP e a Polícia Militar, numa parceria que vem mudando o panorama do abandono de idosos no município de Cariacica e, no caso em questão, foi repetido o procedimento de encaminhamento e monitoramento dos idosos.

Diante dos quatro exemplos retronarrados que, com suas peculiaridades se reproduzem em todas as unidades da federação, um fator se mostrou constante: todos os idosos abrigados recebiam benefício de prestação continuada, o que faz com que instituições clandestinas, como as exemplificadas, se multipliquem com o único objetivo de apropriarem-se dos referidos benefícios, trancafiando os idosos em espaços insalubres e inacessíveis, coisificando-os.

33 PCCC nº 007/10

2.3 Providências cabíveis

Sem prejuízo da responsabilização civil e criminal dos proprietários das ILPI's, verifica-se a ocorrência da infração administrativa inserta no art. 56 do Estatuto do Idoso³⁴ que prevê a aplicação de multa, o que, seguramente, poderá ter um efeito pedagógico e de prevenção geral mais imediato que as lentas apurações judiciais.

Embora aparentemente simplista, o raciocínio esbarra com a ausência de entendimento sobre quem seria a autoridade competente para presidir o processo administrativo³⁵ e aplicar as sanções regulamentares. Marcos Ramayama posiciona-se:

O procedimento referido neste artigo é correlacionado às infrações administrativas elencadas nos artigos 56 a 58, com a finalidade de impor a multa administrativa.

O requerimento deve ser dirigido ao Conselho do Idoso, pois a imposição no âmbito do próprio Ministério Público implica em evidente desnaturação do processo administrativo.

Vê-se que o procedimento para a imposição de falta administrativa das entidades que abrigam idosos é diverso dos procedimentos referentes às faltas familiares (art. 45), assim, é de fremente necessidade a definição do órgão julgador das infrações administrativas, pois, simplesmente deslocar esta competência para a Vigilância Sanitária não dirime a *vexata quaestio*.

(...) No silêncio da lei, entendemos ser o Conselho Estadual do Idoso carente de regulamentação em vários Estados da Federação, ou, ainda, o próprio juiz com competência na vara cível, pois a medida administrativa poderá ser requerida na petição inicial, por exemplo, de uma medida cautelar inominada.³⁶

34 Art. 56. Deixar a entidade de atendimento de cumprir as determinações do art. 50 desta Lei:
Pena - multa

35 Art. 60. O procedimento para imposição de penalidade administrativa por infração às normas de proteção ao idoso terá início com requisição do Ministério Público ou auto de infração elaborado por servidor efetivo e assinado, se possível, por duas testemunhas.

36 RAMAYAMA, Marcos. Estatuto do idoso comentado. Rio de Janeiro: Roma Victor, 2004. p.76

Em sentido diverso, Damásio E. de Jesus:

Ainda que as normas não indiquem expressamente a competência jurisdicional (a autoridade competente, como se vê dos arts. 62 e 63), e nesse particular o legislador foi claramente infeliz, tem-se que a estipulação do valor da sanção pecuniária receberá sempre a apreciação do 'juiz', como indica o art. 58.³⁷

O entendimento esposado por Roberto Mendes de Freitas Júnior aponta solução distinta, *verbis*:

O Estatuto do Idoso não especifica qual é a autoridade pública competente para aplicação das penalidades referentes às infrações administrativas prevista nos artigos 56 a 58, da Lei 10.741/2003. Ante a lacuna da lei e a ausência de regulamentação sobre a matéria, cabe ao intérprete a definição.

Temos, para nós, que as infrações administrativas devem ser apuradas por meio de procedimento administrativo, instaurado perante o Poder Executivo Municipal, do local da infração, que terá competência para aplicação das penalidades correspondentes.³⁸

Fundamenta o autor seu posicionamento, afirmando que se o legislador almejasse que o procedimento referente às infrações administrativas fosse julgado pelo Juiz de Direito, o teria inserido no capítulo destinado ao processo judicial, e se não o fez, intentou, claramente, diferenciá-los.

Aduz, ainda, que a própria dicção do diploma legal corrobora este entendimento quando, no art. 60 reza que “o procedimento para imposição de penalidade administrativa (...) terá início por requisição do Ministério Público ou por Auto de infração (...)”.

37 JESUS, Damásio E. de. Estatuto do idoso anotado. Lei 10.741/2003, Aspectos Cíveis e Administrativos. São Paulo: Editora Damásio de Jesus, 2005. p. 172.

38 FREITAS JÚNIOR, Roberto Mendes de. Direitos e garantias do idoso: doutrina, jurisprudência e legislação. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p.185-186.

É de se considerar que, diante da ausência de previsão legal, inúmeras são as opções possíveis a apontar a autoridade competente para apuração administrativa de infração às normas de proteção ao idoso, reclamando, via de conseqüência, um processo de interpretação criativa, onde o intérprete torna-se co-participante do trabalho de criação do Direito e completa o trabalho do legislador ao realizar escolhas entre as soluções possíveis, à luz dos elementos do caso concreto.

O Direito como integridade³⁹, pelas lentes de Dworkin, nega que as manifestações do Direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Defende que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas e dessa forma combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como um processo em contínuo desenvolvimento.

Ao se entender o Direito como integridade, os casos de difícil resolução se apresentam diante de qualquer intérprete, e quando sua análise preliminar não fizer prevalecer uma entre as várias interpretações de acordo, nos moldes das leis aplicáveis, deve este fazer uma escolha racional, questionando-se qual delas seria a mais adequada não apenas do ponto de vista da moral política, mas tendo em vista a estrutura das instituições e decisões aceitáveis pela comunidade a qual a norma é endereçada.

Ocorre que as decisões que envolvem a atividade criativa do intérprete potencializam o dever de fundamentação, um maior ônus argumentativo, a comprovar a racionalidade da interpretação nessas situações. Se argumentação (do latim *argumentatio*) é o processo pelo qual se reúnem argumentos e/ou dados convergentes no sentido de respaldar uma determinada

39 DWORKIN, Ronald. O império do direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 272.

tese⁴⁰, necessário que se construa, argumentativamente, uma solução que goze de aceitabilidade racional e, leve em conta as consequências práticas produzidas no mundo dos fatos. Explicase.

3 Construindo argumentativamente o perfil da autoridade competente

Lastreados nos posicionamentos de estudos acadêmicos sobre o tema de qual seria a autoridade competente para presidir o procedimento de apuração administrativa de infração às normas de proteção ao idoso, urge que analise, sob a melhor luz, as possibilidades semânticas das normas do Estatuto, e as consequências práticas das soluções apontadas emergentes de cada direcionamento.

Registre-se que ao atribuir a fiscalização das entidades de atendimento ao idoso, quer governamentais, quer não governamentais, ao Conselho do Idoso, ao Ministério Público e à Vigilância Sanitária (bem como a outros órgãos ou instituições a depender de previsão legal), o Estatuto do Idoso apontou rota segura para se definir a autoridade competente para apurar administrativamente as infrações estabelecidas nos seus arts. 56 *usque* 58.

A primeira hipótese extraída das correntes doutrinárias seria a atribuição de competência processante ao Conselho do Idoso ao qual incumbiria, ao final do procedimento administrativo, a imposição de multa. Dessa alternativa emergem questionamentos que devem necessariamente ser respondidos previamente, sob pena de superficializar e consolidar um entendimento sem enfrentamento dos problemas que lhe subjazem. Como funcionam os Conselhos Gestores de Políticas Públicas no Brasil? Estariam os Conselhos do Idoso habilitados, capacitados e destinados a esse mister?

40 BARRETO, Vicente de Paulo. Dicionário de filosofia do direito, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 60.

3.1 Conselho do Idoso⁴¹

A década de 90 presenciou, com lastro nas determinações constitucionais, uma extraordinária explosão de criação de conselhos em todo o território nacional, eis que da Lei Maior se extraiu a obrigatoriedade de implementação de Conselhos de toda ordem: de saúde; de educação; de acompanhamento dos fundos vinculados a esses direitos; de assistência social e, posteriormente, Conselho do Idoso etc.

Muito embora os diversos tipos de conselhos de controle social instituídos no Brasil possuam características diferenciadas no que diz respeito à natureza, composição, funções, atribuições, estruturas e regimento, o objetivo primordial comum a todos eles é possibilitar a participação da sociedade como destinatária das políticas públicas a serem implementadas pelo Estado, em seu processo de elaboração, forma de implementação e fiscalização dos meios utilizados para tal.

Objetiva, ainda, em todos os níveis da federação (nacional, estadual e municipal) descentralizar as atividades do Estado, nos moldes do apregoadado pela Carta Constitucional, em seu art. 204, que prevê o princípio da descentralização política (inciso I), aliado à participação popular (inciso II), para elaboração e controle das ações de implementação nas três esferas de governo⁴².

Com a explosão de criação de conselhos de toda ordem, hoje os conselhos fazem parte da vida política de todos os municípios brasileiros, que se não possuem a totalidade dos determinados constitucionalmente, quer por ausência de criação, quer de implementação, é fato que, ao menos os de existência vinculada ao repasse de verbas de programas federais, Conselhos de programa, *brotaram* nestes entes federativos.

41 Trecho inserido em SALOMÃO, Izabel Cristina Salvador. Dissertação. Educação e Controle Social: Reflexões acerca da coesão interna entre autônias pública e privada. Dissertação em Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais. Faculdade de Direito de Vitória – FDV, Vitória, 2008. p. 73.

42 GUGEL, Maria Aparecida; MAIO, ladya Gama (Org.). Pessoas idosa no Brasil: abordagens sobre seus direitos. Brasília: Instituto Atenas; AMPID, 2009.

A utilização do verbo é proposital, *brotar* no sentido de jorrar; surgir; aparecer, o que se aplica também aos demais tipos de Conselhos, mas diversamente do que se dá com os vegetais, onde a semente aguarda no ventre da terra o necessário tempo de germinação, no seio social, essa eclosão não tem como trazer em si o amadurecimento necessário à completa preparação da experiência programada. Assim, a superação dos desafios lançados pela nova existência é imperativa.

Nessa esteira, foram criadas variadas espécies de conselhos, assim classificados pela pesquisa *Conselhos Municipais de Políticas Sociais* (IBAM, IPEA, Comunidade solidária, 1997)⁴³: a) Conselhos de programa; b) Conselhos temáticos; e c) Conselhos gestores ou conselhos setoriais ou de políticas públicas, estes últimos dizem respeito à dimensão da cidadania, à universalização de direitos sociais e à garantia ao exercício desses direitos.

No tocante ao suporte financeiro, já foi dito alhures⁴⁴ que atualmente, no Brasil, a realidade do Controle social nessas bases se dá em reuniões de Conselhos (quando não apenas colheita de assinaturas em atas pelos corredores) que por vezes ocorrem em salas improvisadas (almojarifados, cômodos de entulhos etc.) por falta de local específico destinado a tal finalidade, onde, por falta de consciência e capacitação para o desempenho da função de conselheiros, são tratados temas periféricos e irrelevantes, além de diversos do objetivo de planejamento e monitoramento das políticas públicas.

Para tanto, é necessário que os membros de um Conselho tenham um aprendizado de competências e conhecimentos específicos, na maioria das vezes completamente alheios à sua prática cotidiana.

43 SILVEIRA, Jaqueline Passos da. Dissertação. Limites, Riscos e potencialidades dos conselhos setoriais para a construção da Democracia, patriotismo constitucional e resgate da credibilidade das instituições político representativas. Dissertação em Mestrado em Direito Constitucional. Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, 2004. p. 78.

44 SALOMÃO, Izabel Cristina Salvador e ALMEIDA, Eneá de Stutz e. A mágica e a realidade do controle social: um ensaio sobre a educação no Brasil. In: Congresso Nacional do CONPEDI, 16, 2007. Anais eletrônicos. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

Ocorre que, muito embora a legislação pertinente preveja e imponha ao executivo, em todos os níveis, a obrigatoriedade de apoio técnico e capacitação dos conselheiros, isso não acontece na dimensão que deveria. O que se vê na rotina de reuniões dos Conselhos, os mais diversos, é a total falta de conhecimento específico, de capacitação técnica para a tarefa de acompanhamento, fiscalização e controle interno e externo.

Os Conselhos de direitos das pessoas idosas, já previstos na Lei 8.842/94, que instituiu a Política Nacional do Idoso⁴⁵, com competências específicas na construção, monitoramento e fiscalização das políticas públicas de atendimento às pessoas idosas foram incorporados no Estatuto do Idoso, que *claramente* determinou suas atribuições para zelo pelo cumprimento dos direitos dos idosos ali definidos:

Art. 53. O art. 7º da Lei 8.842, de 1994, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 7º Compete aos Conselhos de que trata o art. 6º desta Lei a supervisão, o acompanhamento, a fiscalização e a avaliação da política nacional do idoso, no âmbito das respectivas instâncias político-administrativas.

As atribuições dos Conselhos Municipais do Idoso vêm, como poucas variantes, seguindo as constantes na Cartilha de Orientação para criação de Conselhos de Direitos do Idoso⁴⁶:

São atribuições do Conselho Municipal de Direitos do Idoso:

- Formular, acompanhar, fiscalizar e avaliar a Política Municipal dos Direitos do Idoso, zelando pela sua execução;

- Elaborar proposições, objetivando aperfeiçoar a legislação pertinente à Política Municipal dos Direitos do Idoso;

45 Art. 6º - Os conselhos nacional, estaduais, do Distrito Federal e municipais do idoso serão órgãos permanentes, paritários e deliberativos, compostos por igual número de representantes e entidades públicas e de organizações representativas da sociedade civil ligadas às áreas.

Art. 7º - Compete aos conselhos de que trata o artigo anterior a formulação, coordenação, supervisão e avaliação da política nacional do idoso, no âmbito das respectivas instâncias político-administrativas.

46 AMPID - Associação Nacional dos Membros do Ministério Público de Defesa dos Direitos dos Idosos e Pessoas como Deficiência - Cartilha de Orientação para Criação de Conselhos de Direitos do Idoso, 2007. Disponível em: <http://www.ampid.org.br/Docs_ID/Criacao_Consehos_CNDI.php>. Acesso em: 2 dez.2009.

- Indicar as prioridades a serem incluídas no planejamento municipal quanto às questões que dizem respeito ao idoso;

-Cumprir e zelar pelo cumprimento das normas constitucionais e legais referentes ao idoso, sobretudo a Lei Federal nº 8.842, de 04/07/94, a Lei Federal nº 10.741, de 1º./10/03 (Estatuto do Idoso) e leis pertinentes de caráter estadual e municipal, denunciando à autoridade competente e ao Ministério Público o descumprimento de qualquer uma delas;

-Fiscalizar as entidades governamentais e não-governamentais de atendimento ao idoso, conforme o disposto no artigo 52 da Lei nº 10.741/03.

-Propor, incentivar e apoiar a realização de eventos, estudos, programas e pesquisas voltados para a promoção, a proteção e a defesa dos direitos do idoso;

-Inscrever os programas das entidades governamentais e não-governamentais de assistência ao idoso;

-Estabelecer a forma de participação do idoso residente no custeio da entidade de longa permanência para idoso filantrópica ou casa-lar, cuja cobrança é facultada, não podendo exceder a 70% (setenta por cento) de qualquer benefício previdenciário ou de assistência social percebido pelo idoso;

-Indicar prioridades para a destinação dos valores depositados no Fundo Municipal dos Direitos do Idoso, elaborando ou aprovando planos e programas em que está prevista a aplicação de recursos oriundos daquele.

-Zelar pela efetiva descentralização político-administrativa e pela participação de organizações representativas dos idosos na implementação de política, planos, programas e projetos de atendimento ao idoso;

-Elaborar o seu regimento interno.

Cabe, ainda, ao Conselho participar ativamente da elaboração das políticas públicas de atendimento ao idoso, velando pela sua inclusão nas peças orçamentárias municipais

(Plano Plurianual – PPA, Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO e Lei Orçamentária Anual – LOA), observando se a dotação orçamentária destinada à construção da referida política é compatível com as reais necessidades e prioridades estabelecidas, zelando pelo seu efetivo cumprimento, entre outras atribuições que se apresentem.

Importa, em síntese, concluir que a atribuição deste fórum formal de controle social cinge-se à elaboração, monitoramento e fiscalização das políticas públicas referentes aos idosos, bem como a fiscalização das Instituições de Longa Permanência para Idosos – ILPI's, passando ao largo de alguma competência para aplicação de multas, ou antes, do procedimento de apuração das infrações administrativas que implicarão na aplicação das referidas penalidades.

Considerando toda a herança histórico-cultural impregnada de autoritarismo, afastamento popular das causas públicas e ausência de formação democrática da sociedade brasileira, que é a matriz de todos os problemas inerentes ao controle social no Brasil, como conceber a inovação e acréscimo das atribuições dos conselhos, em especial do Conselho do Idoso - irmão mais jovem da família dos conselhos gestores de políticas públicas - se os chamados a representar o corpo social ainda não estão habilitados a executar as tarefas originariamente propostas?

Muito embora seja diamantino o crescimento em experiência democrática e no nível de aprendizado já alcançados pelas instâncias formais de controle social, resta evidenciado, pelo já expendido, que imputar ao Conselho do Idoso a atribuição do processamento da apuração administrativa das infrações às normas de proteção ao idoso não é a melhor solução a ser dada à problemática apresentada, tendo-se em vista, além das violações das determinações legais, as desastrosas conseqüências fáticas que desse encaminhamento adviriam.

3.2 Poder Judiciário - Juízo Cível

A segunda das hipóteses possíveis de autoridade competente para processar a apuração administrativa às normas de proteção ao idoso vem do posicionamento de Damásio E. de Jesus, sustentando que por não indicar a Lei 10.741/03 expressamente a competência jurisdicional, por atecnia do legislador, o entendimento é que a estipulação do valor da sanção pecuniária receberá sempre a apreciação do 'juiz', como indica o art. 58.

Em que pese a abalizada percepção do professor Damásio, a indicação do juízo cível como o mais indicado para apreciar a questão esbarra em óbices de várias matizes:

A uma, o empecilho da impossibilidade semântica do enunciado normativo em questão. Quando o art. 75 faz expressa referência ao início do procedimento "por requisição do Ministério Público", em nenhuma exegese, por mais extensiva que seja, poderá significar "por *requerimento* do Ministério Público", vez que só mediante *requerimento* poderá o *Parquet* iniciar um procedimento perante o Poder Judiciário, jamais por *requisição*.

A duas, pela própria localização topológica do referido dispositivo, inserido em capítulo diverso do referente à "Apuração Judicial de Irregularidades de entidade de atendimento" (capítulo VI), demonstrando a clara intenção do legislador em distingui-los, como acertadamente defendido por Freitas Júnior.

A três, não se poderá olvidar, como acima sustentado, na interpretação criativa de uma determinada norma, as consequências práticas decorrentes da solução possível escolhida no caso concreto. Como chamar para as barras do Poder Judiciário outras demandas, claramente dele excluídas, se

é notória a dificuldade deste desincubir-se da competência a ele atribuída pelo legislador constitucional e infraconstitucional? Acaso dever-se-ia desconsiderar o hercúleo esforço que o Judiciário se vê envolvido para cumprir as “metas” de julgamento dos processos - que se arrastam por anos nos escaninhos de suas serventias - impostas pelo Conselho Nacional de Justiça? Sem qualquer objetivo de diminuir a importância de um Poder Judiciário forte na manutenção do Estado Democrático de Direito, ver este Poder como único caminho para solução de conflito é, numa visão míope, vê-lo como superego de uma sociedade órfã⁴⁷.

Assim, sem embargo de resvalar pelo pecado do raciocínio óbvio, é cristalina a incompatibilidade e as inúmeras inconveniências de se judicializar a apuração administrativa das infrações às normas de proteção ao idoso. Restando, então, como alternativa válida e adequada, o processamento da referida apuração administrativa pelo Poder Executivo – sendo este o gestor das políticas públicas para o idoso, e um dos encarregados pelo Estatuto do Idoso para a fiscalização das Instituições de Longa Permanência para Idosos.

3.3 Ministério Público Estadual

Outra hipótese a ser considerada seria atribuir ao *Parquet* a função de instância para apuração, via procedimento administrativo, das infrações às normas de proteção ao idoso.

Nesse passo, acertada a manifestação doutrinária que entende que a imposição no âmbito do próprio Ministério Público, implica em evidente desnaturação do processo administrativo, onde a sanção pecuniária seria aplicada como resultado de um procedimento *sui generis* na Instituição, numa interpretação criativa que vai de encontro ao perfil constitucional do *Parquet*, vocacionado a proteção dos direitos fundamentais do idoso e

47 MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. In: Novos Estudos, CEBRAP, n. 58, nov. de 2000.

cujas atribuições, ao lado das atribuições de sua respectiva Lei Orgânica, foram cuidadosamente descritas, mesmo que em *numerus abertus*.

Poder-se-ia contra-argumentar estribado num alargamento do inciso V do art. 74⁴⁸ que prevê a instauração de procedimento administrativo, o que seria facilmente contestado, haja vista que o procedimento a que se refere o supracitado dispositivo é essencialmente investigativo, objetivando a colheita de elementos a respaldar e fundamentar: a) o arquivamento, em não se vislumbrando as violações da lei investigadas; b) o Termo de Ajustamento de Conduta, nas hipóteses de adequação do comportamento violador das determinações legais e; c) em último caso, quando restarem infrutíferas todas as tentativas de mediação dos conflitos e adequação das condutas lesivas levadas a termo pelo Ministério Público, restará o árduo caminho a ser percorrido pela Ação Civil Pública.

Por outro lado, a hipótese de atribuir-se ao *Parquet* a presidência do procedimento administrativo a ensejar a penalidade pecuniária ao violador das normas de proteção ao idoso, sequer tem fôlego para resistir a um mergulho até o § 2º do referido art. 74⁴⁹, que elucida que sem embargos das explicitadas, outras atribuições podem ser acolhidas pelo Ministério Público, conquanto *compatíveis* com a *finalidade e atribuições* da instituição Ministerial, o que definitivamente não alcança a imposição de penalidades, excluídas as acordadas em Termos de Ajustamento de Condutas.

48 Estatuto do Idoso - Art. 74. Compete ao Ministério Público:

V- instaurar procedimento administrativo e, para instruí-lo:

- a) expedir notificações, colher depoimentos ou esclarecimento e, em caso de não comparecimento injustificado da pessoa notificada, requisitar condução coercitiva, inclusive pela Polícia Civil ou Militar;
- b) requisitar informações, exames periciais e documentos de autoridades municipais, estaduais e federais, da administração direta e indireta, bem como promover inspeções e diligências investigatórias;
- c) requisitar informações e documentos particulares de instituições privadas;

49 Estatuto do Idoso - Art. 74. *(omissis)*

§ 2º As atribuições constantes deste artigo não excluem outras, desde que compatíveis com a finalidade e atribuições do Ministério Público.

3.4 Poder Executivo

Perseguindo, ainda, a análise sob a melhor luz das possibilidades semânticas das normas do Estatuto, e as consequências práticas das soluções apontadas, emergentes de cada direcionamento, alcança-se a hipótese de atribuir ao Poder Executivo (estadual e municipal) a competência para processamento de apuração administrativa das infrações às normas de proteção ao idoso.

Inserida nos limites da norma estatutária que identifica não apenas o Conselho do Idoso e o Ministério Público, mas também o Poder Executivo (por meio da Vigilância Sanitária) como responsável pela fiscalização das Instituições de Longa Permanência para Idosos – ILP's é racional e argumentativamente sustentável seja – diante dos óbices levantados – o Poder Executivo a assumir a competência processante.

Necessário lembrar ser imperioso para tal desiderato, que a referida autoridade competente seja dotada de poder de polícia para que proceda a aplicação das penalidades referentes às infrações administrativas previstas nos artigos 56 a 58, da Lei 10.741/2003. Quem mais autorizado para penalizar administrativamente pelo descumprimento das regras do Estatuto do Idoso senão o próprio gestor das políticas públicas endereçadas a esta parcela da população?

Nessa trilha, a solução apontada se coaduna com os enunciados normativos constantes da Constituição Federal e do Estatuto do Idoso, a saber:

a) Estabelece a CF/88 em seu “art. 230 – A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e lhes garantido o direito à vida”, o que indica, de forma irrefutável, o dever do Estado na garantia dos direitos constitucionalmente garantidos aos idosos;

b) Diante da determinação inserta na cabeça do art. 60, “o procedimento para imposição de penalidade administrativa (...) terá início por requisição do Ministério Público ou por Auto de infração (...)”, e, acrescenta-se, será dirigida ao órgão municipal (estadual ou federal) responsável especificamente pela fiscalização das infrações e aplicação das multas administrativas, previstas no Estatuto do Idoso, nos artigos 56 a 58;

De outra banda, afastadas as hipóteses aventadas no sentido de atribuir ao Conselho do Idoso ou ao Ministério Público competências que se afastam de sua vocação constitucional e legal; e refugindo-se, ainda, (após providências extrajudiciais, em sua totalidade), de resvalar para as barras de um Poder Judiciário abarrotado e impossibilitado de, em tempo hábil, atender ao caráter pedagógico de aplicação da penalidade administrativa (e por isso mesmo, não judicial); encontra-se na atribuição de tal tarefa ao Poder Executivo Municipal, uma solução com consequências fáticas de possível viabilidade, conforme a seguir elucida-se.

4 Um caminho viável

Em que pese a pluralidade de soluções possíveis na eleição da autoridade competente para presidir o processamento da apuração administrativa em tela, por todo o exposto, melhor se coaduna com a ontologia das instituições apontadas a eleição do Poder Executivo para tal mister.

Um caminho viável seria a criação de um órgão de fiscalização no âmbito da Secretaria Municipal de Assistência Social, mas que poderá ser fruto da congregação de esforços entre esta, a Secretaria Municipal de Saúde, por meio da Vigilância Sanitária, e o Procon.

É necessário que se estabeleça o âmbito de atuação e a vinculação administrativa deste órgão que, dotado do poder de

polícia administrativa, seria legitimado para apurar as infrações administrativas ao Estatuto do Idoso, bem como promover ações educativas, no sentido de auxiliar as instituições, órgãos e estabelecimentos de modo geral, quer públicos, privados, ou com finalidade social, que prestam serviços a idosos, a cumprir o estabelecido a Lei Federal n.º 10.741 de 1º de Outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), no tocante à prioridade absoluta e na defesa dos demais direitos estabelecidos no art. 50 do referido diploma.

Nesse sentido, há que se considerar que a Política Nacional do Idoso, estabelecida pela Lei nº 8.842, de 1994 prevê a congregação de esforços dos órgãos e entidades públicos das áreas da assistência social; saúde; educação; trabalho e previdência social; habitação e urbanismo; justiça; e cultura, esporte e lazer em ações coordenadas destinadas a assegurar os direitos sociais do idoso, dada a complexidade e amplitude da temática. Por sua vez, o Decreto nº 1.948, de 1996, que regulamenta a Política Nacional do Idoso, reputa à Secretaria Especial de Direito Humanos a competência de articular e apoiar a estruturação da rede nacional de proteção e defesa dos direitos da pessoa idosa. Aplicando a este raciocínio o princípio constitucional da descentralização político-administrativa aduz-se que, no âmbito municipal, as secretarias que desenvolvam ações relacionadas aos direitos do idoso estariam envolvidas diretamente na implementação da Política Nacional do Idoso.

Inegavelmente tal eleição logrará encontrar despreparado e desaparelhado qualquer que seja o ente federativo responsável, tendo em vista a novidade desta construção interpretativa.

Nessa vertente, outro caminho não há que uma construção dialogada entre Ministério Público e o gestor público, cuja interlocução (no caso do município), a título de sugestão, poderá iniciar *v.g.* depois de instaurado Procedimento Preparatório, objetivando a investigação do cumprimento das normas do Estatuto do Idoso, que determinam a apuração

administrativa das infrações às suas normas. Para tanto, sugere-se seja encaminhado ofício pelo Promotor de Justiça ao Prefeito Municipal para que este indique, no prazo assinalado, o órgão municipal responsável pela fiscalização das ILPI's e também pela aplicação das penalidades administrativas constantes dos arts. 56 a 58 do referido diploma, em caso de descumprimento, mais adequado será a notificação recomendatória em tal sentido.

Argumente-se, na oportunidade, que nada adiantará o Ministério Público realizar seu papel fiscalizador se não houver a apuração e a penalização pelo Poder Executivo, inviabilizando a aplicação das sanções cabíveis por falta de órgãos incumbidos legalmente desta atribuição. Razoável, ainda, que se solicite, no supracitado ofício, o encaminhamento das verbas oriundas das multas administrativas para o Fundo Municipal do Idoso, vez que nada mais justo que parte da verba para financiamento das políticas públicas destinadas aos idosos seja proveniente exatamente daqueles que descumpram as regras de proteção à população idosa contidas no Estatuto, surgindo assim, um ciclo que se retroalimentará até que todos cumpram seus deveres, cientes da criteriosa atuação do Poder Executivo.

Como suporte à efetivação da criação do órgão fiscalizador, conveniente ainda que se municie o poder executivo com modelo de Projeto de Lei que cria no âmbito da Secretaria de Assistência Social, o PROIDOSO⁵⁰, disciplinando a aplicação das multas previstas nos arts. 56 a 58 da Lei 10.741/03, com criação de cargos para seus membros, ou ainda utilizando-se de servidores oriundos da Secretaria Municipal de Assistência Social, do PROCON e da Vigilância Sanitária, objetivando, assim, contornar a dificuldade financeira e realização de concursos, que têm o condão de inviabilizar projetos com estes em municípios menores.

⁵⁰ Nome sugerido para o órgão encarregado da apuração administrativa de infração às normas de proteção ao idoso.

Anote-se, por derradeiro, que como desobstrutor dos canais de comunicação entre a sociedade civil e o Estado, deverá o Promotor de Justiça buscar adrede a parceria do Conselho do Idoso, expondo seus argumentos e ouvindo esse fórum formal de controle social, no afã de melhor alcançar os objetivos de materialização dos direitos dos idosos, via procedimento administrativo, para imposição de penalidades administrativas.

A apuração a que se refere o presente estudo é de interesse absoluto da sociedade, haja vista que experimentará diretamente os nefastos efeitos da atuação desrespeitosa dos violadores das mencionadas disposições estatutárias e da proliferação de instituições asilares clandestinas, como as exemplificadas no item anterior. Nesse passo, não se olvide que o Conselho do idoso reúne representantes do poder executivo e da sociedade civil, fórum privilegiado para se articular esforços, objetivando a efetivação dos direitos assegurados à população dessa faixa etária.

5 Conclusão

O escorço extraído da proposta de construir argumentativamente o perfil da autoridade competente para presidência do procedimento administrativo e aplicação das penalidades dele decorrentes poderá ser assim estruturado:

- A sociedade brasileira enlaçada ao Estado caminha com passos largos. Os últimos vinte anos foram lépidos na persecução e superação do atraso na efetivação dos direitos sociais. Muito se fez e muito ainda está por fazer. Vias desobstruídas de participação social na elaboração das soluções para os problemas que afligem a sociedade é objetivo determinante da atuação do Ministério Público;

- O Estatuto do Idoso veio a lume com o claro objetivo de regulamentar e detalhar a forma de defender a dignidade e bem-

estar dos idosos, garantindo-lhes o direito à vida. Estas as razões de definir infrações administrativas, crimes e suas respectivas penalidades;

- Vivemos em um Estado Democrático de Direito onde a norma constitucional, sob a égide da Constituição Federal de 1988, ganha *status* de norma jurídica, dotada de imperatividade e supremacia diante de todo o ordenamento jurídico, sendo imprescindível que funcione como filtro axiológico⁵¹ pelo qual a legislação infraconstitucional deve ser lida e interpretada;

- O Estatuto do Idoso estabelece sanções administrativas aplicáveis às entidades de atendimento ao idoso, aos profissionais de saúde ou responsável por estabelecimento de longa permanência e àqueles que deixarem de cumprir a prioridade no atendimento ao idoso, o que inclui uma gama de possibilidades, tais como instituições bancárias, da administração pública, e demais instituições que prestem atendimento ao idoso. Tendo em vista a atecnia do legislador estatutário ao não definir a autoridade competente para apuração administrativas das infrações às normas de proteção ao idoso, imperativa a co-participação do intérprete na criação do Direito, realizando sua escolha entre as soluções possíveis, à luz das consequências fáticas advindas desta eleição;

- A necessidade de justificação racional da construção interpretativa é questão de primacial relevância para a cientificidade do Direito, demandando, para tanto, maior ônus argumentativo do intérprete;

- Ao construir argumentativamente o perfil da autoridade competente para a apuração administrativa objeto deste estudo, analisou-se as instituições indicadas pela doutrina pátria, quais sejam, Conselho do Idoso, Ministério Público, Poder Judiciário e Poder Executivo; a vocação constitucional e as consequências práticas da atribuição de tal competência;

51 BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.95.(Temas de Direito Constitucional. Tomo 4).

- Conclui o presente artigo por eleger o Poder Executivo, por meio de um órgão criado para tal finalidade, como o mais indicado para apuração administrativa das infrações previstas nos artigos 56 a 58 do Estatuto do Idoso e imposição das penalidades pecuniárias, levando-se em conta os limites das possibilidades semânticas das normas estatutárias, nos moldes da Política Nacional do Idoso, do princípio da descentralidade administrativa e, para além de tudo isso, como meio de buscar assegurar aos idosos a dignidade constitucionalmente garantida.

Administrative infringements, Public Prosecutor Office and Elderly Statute

Abstract: Given the lack of express provision in the Elderly Statute on pointing the competent authority for the administrative ascertainment of infringements to the elderly protection's norms - provided in the articles 56 to 58 in referred law-, this article analyzes the hypothesis raised by this country's main doctrine and the semantic possibilities of statutory norms, concluding by pointing the Executive Power as the best capable institution for assuming the processing competency as well as the imposition of the pecuniary penalties provided. In order to build, argumentatively, the profile of a competent authority compatible with the presidency of such administrative process, this paper approaches some ontological peculiarities of institutions suggested by the doctrine, as well as the obstacles and practical consequences of wrong choice by the law interpreter, at the same time that it demonstrates that the proposed solution matches with the normative wording part of the Federal Constitution and the Elderly Statute.

Keywords: Elderly Statute. Fundamental rights. Administrative process. Administrative infringements. Pecuniary penalties. Public Prosecutor's Office. Competent authority.

Referências

- ALMEIDA, Eneá de Stutz; SALOMÃO, Izabel Cristina Salvador. *A mágica e a realidade do controle social: um ensaio sobre a educação no Brasil*. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 16., 2007, Belo Horizonte. *Anais eletrônicos...* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.
- AMPID – Associação Nacional dos Membros do Ministério Público de Defesa dos Direitos dos Idosos e Pessoas como Deficiência - *Cartilha de Orientação para Criação de Conselhos de Direitos do Idoso*, 2007. Disponível em: <http://www.ampid.org.br/Docs_ID/Criacao_Consehos_CNDI.php>. Acesso em: 2 dez. 2009.
- BARRETO, Vicente de Paulo. *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BARROSO, Luiz Roberto. *A doutrina brasileira da efetividade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. (Temas de direito constitucional. Tomo 3).
- _____. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. (Temas de direito constitucional. Tomo 4).
- BERZINS, Marília Viana; MALAGUTTI, Willian. *Rompendo o Silêncio: faces da violência na velhice*. São Paulo: Martinari, 2010.
- BRASIL, Ministério da Saúde. *Política nacional de redução da morbimortalidade por acidentes e violências*. Brasília, 2002. Disponível em: <<http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/portaria737.pdf>>. Acesso em: 1º dez. 2009.
- CAMARANO, Ana Amélia. et al. *Idosos brasileiros: indicadores de condições de vida e de acompanhamento de políticas*. Brasília: Presidência da República, Subsecretaria de Direitos Humanos, 2005.
- CHAIMOWICZ, F.; GRECO, D.B. Dinâmica da institucionalização dos idosos em Belo Horizonte. *Revista de Saúde Pública*, Brasil, v. 33, n. 5, 1999.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- FREITAS JÚNIOR, Roberto Mendes de. *Direitos e garantias do idoso: doutrina, jurisprudência e legislação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- GUGEL, Maria Aparecida; MAIO, Iadya Gama. *Pessoas idosa no Brasil: abordagens sobre seus direitos*. (Org.)- Brasília: Instituto Atenas; AMPID, 2009.

JESUS, Damásio E. de. *Estatuto do idoso anotado. Lei 10.741/2003. Aspectos civis e administrativos*. São Paulo: Damásio de Jesus, 2005.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. *Novos Estudos*, CEBRAP, n. 58, nov. 2000.

MINAYO, Maria Cecília. *Violência contra idosos: o avesso do respeito à experiência e à sabedoria*. Brasília: Secretaria Especial de Direitos Humanos, 2004.

OMS/OPAS. *Promoción de la Salud: una antología*. OMS/OPAS – publicação científica n. 557, 1996.

RAMAYAMA, Marcos. *Estatuto do idoso comentado*. Rio de Janeiro: Roma Victor, 2004.

SALOMÃO, Izabel Cristina Salvador. Dissertação. *Educação e controle Social: Reflexões acerca da coesão interna entre autonomias pública e privada*. Dissertação em Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais. Faculdade de Direito de Vitória – FDV, Vitória, 2008.

SILVEIRA, Jaqueline Passos da. Dissertação. *Limites, Riscos e potencialidades dos conselhos setoriais para a construção da Democracia, patriotismo constitucional e resgate da credibilidade das instituições político representativas*. Dissertação em Mestrado em Direito Constitucional. Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, 2004.

SOUZA NETO, Carlos Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Org). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2009.

O Princípio do Poluidor-Pagador

Joyce Pacheco Santana*

Sumário: 1 Introdução. 2 Aspectos gerais dos princípios do direito ambiental. 3 Princípio do poluidor-pagador. 3.1 Conceito. 3.1.1 Críticas quanto ao conceito. 3.2 Histórico. 3.3 Objetivos. 4 Óbices quanto à aplicação. 5 Conclusão. Referências.

Resumo: Não há dúvidas de que o dano ambiental está na pauta da atualidade e vários são os mecanismos utilizados com o intuito de proteger o meio ambiente, dentre eles, o Princípio do Poluidor-Pagador. O instituto do Poluidor-Pagador estabelece ao responsável pela poluição, a obrigação de assumir as despesas referentes à prevenção, reparação e repressão do prejuízo experimentado pelo meio ambiente. Nesse artigo científico reside a preocupação de desmistificar o errôneo jargão de que "pago, logo posso poluir". É necessário fugir da concepção de que se vende o direito de poluir, portanto, busca-se abordar o tema com o seu real significado, elementos identificadores, críticas e dificuldades quanto a sua implementação em nosso ordenamento jurídico.

Palavras-Chave: Meio ambiente. Poluição. Princípio do Poluidor-Pagador.

1 Introdução

É notável, que os problemas ambientais são cada vez mais intensos, já que, são patentes as degradações ambientais e implicações nos ecossistemas sem precedentes. Nesse ínterim, coloca-se a questão ambiental como tema primordial a ser debatido pelos Estados, mercado e sociedade, levando-se em consideração que tais problemas possuem estreita ligação com

* Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Amazonas. Pós-Graduada em Direito Processual Penal pela Escola Superior de Advocacia. Delegada da Polícia Civil do Estado do Amazonas.

a atividade econômica, à medida que esta explora os recursos naturais através de uma cadeia produtiva para atender a uma determinada demanda.

Em consonância, o dano ambiental não é necessariamente atual e demonstra-se de difícil ou, na maioria das vezes, de impossível reparação, já que, é imperiosa a dificuldade em identificar os sujeitos da relação jurídica obrigacional; a árdua tarefa em caracterizar o nexa causal e, conseqüentemente, alcançar o reparo ao dano; além de existirem inúmeros obstáculos no momento de determinar o valor correspondente à lesão ocasionada ao meio ambiente.

O desenvolvimento não pode ocorrer a qualquer custo e, muito menos, em detrimento à vida. Todavia, a evolução do Direito Ambiental não ocorre de forma plena, em razão das dificuldades de sua aplicabilidade ao caso concreto.

Apesar da abundância de leis, até hoje não há um código ambiental. E, por conseguinte, as mesmas estão todas dispersas, dificultando, e muito, o trabalho do operador do direito. No entanto, são nessas adversidades, que os princípios desempenham relevantes funções, dentre elas a de servir de elo para concretizar a Justiça.

Os princípios são normas que possuem papel fundamental no ordenamento jurídico, devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes. Conforme o art. 4º da LICC “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

O princípio do poluidor-pagador, - que nesse artigo científico será adotado muitas vezes pela sigla PPP, pelo qual é mais conhecido - pode ser entendido como um instrumento econômico e também ambiental, que exige do poluidor, ao ser identificado, suportar os custos das medidas cabíveis para a eliminação ou, pelo menos, da neutralização dos prejuízos ambientais.

Essas perspectivas estão elencadas no Art. 4º, VII da Lei 6.938/81¹, pois, levam em conta que os recursos ambientais são escassos, portanto, sua produção e consumo geram reflexos ora resultando degradação, ora resultando escassez dos bens ambientais.

Este artigo científico buscará traçar as principais características de um dos mecanismos aptos à proteção ambiental. Procurará abordar as tendências do postulado poluidor-pagador no contexto ambiental, e de como ele pode servir de instrumento para proteção ao meio ambiente.

Para tanto, o primeiro capítulo abordará os aspectos gerais dos princípios, dando ênfase à aplicabilidade dos mesmos no ordenamento jurídico brasileiro na área do Direito Ambiental.

No tópico seguinte, será explanado o tema central do artigo científico, o princípio do poluidor-pagador, abordando o conceito e o significado da palavra; um breve histórico que remonta o início das conferências e tratados internacionais que deram vida a esse instrumento protetor do meio ambiente; os objetivos e a sua abrangência.

Por fim, no último capítulo, serão ventiladas as dificuldades relacionadas à aplicabilidade do princípio do poluidor-pagador, concentrando-se nas diversas problemáticas do tratamento insatisfatório deste princípio, bem como as dificuldades que existem para a sua aplicabilidade, buscando explorar os óbices enfrentados para que o mesmo tenha plena eficácia ao caso concreto.

2 Aspectos gerais dos princípios do direito ambiental

A palavra princípio significa o alicerce, a base ou o fundamento de alguma coisa. Trata-se de um vocábulo de origem latina e tem o sentido de aquilo que se torna primeiro.

¹ Art. 4º - A Política Nacional do Meio Ambiente visará:

[...]

VII - à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados, e ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos.

No ordenamento jurídico, os princípios são preceitos gerais que se originam nas normas, sejam elas positivadas ou não. Constituem pressupostos lógicos com o intuito de fornecer às leis orientação e coerência que são necessários para a efetivação da racionalidade jurídica na tentativa de se fazer uma justiça sem mácula. Portanto, os princípios possuem o poder de traduzir os valores mais essenciais da Ciência Jurídica.

No entendimento de Roque Antônio Carraza:

O princípio jurídico é um enunciado lógico implícito ou explícito que, por conta de sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes da Ciência Jurídica e por isso mesmo vincula de modo inexorável o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam.²

Transgredir o mandamento de um princípio é bem mais grave que violar o comando de uma norma. A não obediência ao princípio resulta na ofensa de um mandamento obrigatório e implica também na transgressão de todo um sistema de comandos. Constitui uma das mais graves modalidades de desatenção à legalidade ou constitucionalidade, já que, o desrespeito ao princípio representa a reação contra todo o sistema jurídico, invertendo-se, assim, os seus valores fundamentais.

Os princípios, propriamente ditos, são a base do mundo jurídico, não existem normas legais que os contraditem. Geraldo Ataliba dispõe sobre o assunto:

Princípios são linhas mestras, os grandes nortes, as diretrizes magnas do sistema jurídico. Elas expressam a substância última do querer popular, seus objetivos e desígnios, as linhas mestras, da administração e jurisdição. Por estes não podem ser contrariados, têm que ser prestigiados até a última conseqüência.³

2 CARRAZA, Roque Antônio. Curso de Direito Constitucional Tributário. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 31.

3 ATALIBA, Geraldo. Hipótese de Incidência Tributária. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 26.

Os princípios são um dos valores primordiais do direito, encontram-se no ápice hierárquico, quando equiparados às demais regras, que perfazem o ordenamento jurídico. Os princípios têm como característica um determinado grau de afastamento e pouco peso normativo, porque não configuram uma decisão concreta a ser necessariamente tomada.

Socorrendo-se aos ensinamentos do doutrinador Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo:

Os princípios são ideias centrais de um sistema, estabelecendo suas diretrizes e conferindo a ele um sentido lógico, harmonioso e racional, o que possibilita uma adequada compreensão de sua estrutura. Os princípios determinam o alcance e o sentido das regras de um dado subsistema do ordenamento jurídico, balizando a interpretação e a própria produção normativa.⁴

Os princípios são o alicerce das regras jurídicas, sendo necessário que essas se adéqüem aos princípios e não o contrário, e quando essa ordem não for obedecida, deverá ser determinada a anulação do dispositivo.

Insta observar, que as funções primordiais dos princípios, que no caso é desempenhar funções de interpretação das normas legais, integração e harmonização do sistema jurídico e aplicação ao caso concreto, são universais a qualquer âmbito de atuação do direito, o que por sua vez, alcança o campo do Direito Ambiental.

Os princípios estruturantes do Direito Ambiental surgiram no plano internacional, que foram materializados através de meras recomendações, declarações de intenções de conferências das organizações internacionais. Ademais, as declarações dos princípios representam "verdadeiros inventários de valores reconhecidos pela sociedade internacional"⁵.

4 ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 16. ed. São Paulo: Método, 2008. p. 187.

5 Apud LEITE, José Rubens Morato. Inovações em Direito Ambiental. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000. p. 64.

O direito ambiental sob a ótica de uma ciência jurídica traz em seu bojo a autonomia científica. Por mais que tenha o caráter interdisciplinar, este possui como principal disposição oferecer às gerações presentes e futuras garantia de preservação da qualidade de vida junto à proteção ambiental. Ao partir dessa concepção, primorosas são as palavras de Antunes:

O Direito Ambiental pode ser definido como: um direito que se desdobra em três vertentes fundamentais, que são constituídas pelo direito ao meio ambiente, direito sobre o meio ambiente e direito do meio ambiente. Tais vertentes existem, na medida em que o Direito Ambiental é um direito humano fundamental que cumpre a função de integrar os direitos à saudável qualidade de vida, ao desenvolvimento econômico e à proteção dos recursos naturais. Mais do que um Direito autônomo, o Direito Ambiental é uma concepção de aplicação da ordem jurídica que penetra, transversalmente, em todos os ramos do Direito. O Direito Ambiental, portanto, tem uma dimensão humana, uma dimensão ecológica e uma dimensão econômica que se devem harmonizar sob o conceito de desenvolvimento sustentado.⁶

Os princípios são considerados a base do direito ambiental, já que, a mesma possui a função de colaborar para o bom entendimento do assunto e orientar uma aplicação eficaz e satisfatória das normas concernentes à proteção do meio ambiente.

No pensamento de Rehbender: “os princípios guardam a capacidade quando compreendidos como princípios gerais de influenciar a interpretação e a composição de aspectos cinzentos do direito ambiental”⁷. Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin apontam as quatro principais funções dos princípios do Direito Ambiental no que diz respeito a sua compreensão e aplicação:

6 ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, p. 10.

7 Apud DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 156.

a) são os princípios que permitem compreender a autonomia do Direito Ambiental em face dos outros ramos do Direito; b) são os princípios que auxiliam no entendimento e na identificação da unidade e coerência existentes entre todas as normas jurídicas que compõem o sistema legislativo ambiental; c) são dos princípios que se extraem as diretrizes básicas que permitem compreender a forma pela qual a proteção do meio ambiente é vista na sociedade; d) e, finalmente, são os princípios que servem de critério básico e inafastável para a exata inteligência e interpretação de todas as normas que compõem o sistema jurídico ambiental, condição indispensável para a boa aplicação do Direito nessa área.⁸

As normas que regulam o Direito Ambiental são provenientes de uma competência legislativa concorrente entre os diversos entes federativos, é possível encontrar além das convenções, recomendações e tratados internacionais, uma série de leis e decretos federais, estaduais, distritais e municipais. E existe também uma desproporcional multiplicação de resoluções e deliberações editadas pelos conselhos, contando-se ainda com a imensa proliferação de portarias expedidas pelos órgãos administrativos que atuam na área do meio ambiente.

Ora, mediante intrincado ordenamento jurídico do Direito Ambiental, não raro, essas normas são elaboradas por técnicos ambientais e até por representantes das associações de classe ou de movimentos sociais que adotam uma redação confusa ou obscura sob o ponto de vista da técnica legislativa.

E será justamente, na ocasião em que ocorrer os conflitos normativos, os princípios terão sua primordial aplicação, porque eles funcionam como vetores de interpretação com o objetivo de darem coerência e integração quanto às lacunas existentes no campo do Direito.

⁸ Apud MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Princípios Fundamentais do Direito Ambiental. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, n. 2, p. 52, abr./jun. 1996.

Portanto, os princípios devem ser levados em consideração em todas as decisões do Poder Público, especialmente em relação às políticas públicas ambientais, já que grande parte dos setores da atividade pública, de uma forma ou de outra, refletem na questão ambiental.

3 Princípio do poluidor-pagador

O princípio do poluidor-pagador é um dos mais importantes postulados do Direito Ambiental. O seu conteúdo representa o verdadeiro resguardo a quem está preocupado em cuidar da tutela ambiental. Logo, não há como negar que o PPP, constitui um robusto pilar no âmbito jurídico do meio ambiente.

No entanto, a proposição da palavra poluidor-pagador não pode ser interpretada ao pé da letra, pois ele diz menos do que se pretende, dando a errônea idéia de que a problemática se resolve num simples pagar, se isso fosse verdade, o princípio em estudo correria o risco de ter mau êxito.

Esse entendimento é elucidado de forma primorosa por Édis Milaré: "Trata-se do princípio do poluidor-pagador (poluiu paga os danos), e não de pagador-poluidor (pagou, então pode poluir)"⁹.

3.1 Conceito

O conceito do Princípio do Poluidor-Pagador deve ser analisado de forma ampla e irrestrita, pois, há uma grande complexidade quanto ao seu significado. O instituto do poluidor-pagador impõe ao poluente o dever de arcar com as despesas de prevenção, reparação e repressão do dano ambiental.

Chega a ser óbvio que quem paga pela poluição é o poluidor. Porém, a dificuldade está em afirmar quem é o poluidor.

⁹ MILARÉ, Édis. Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 101.

Se a poluição decorre do processo produtivo, não há problemas em apontar o produtor como poluidor. Mas, se a poluição provém do próprio bem produzido, ou de uma conjugação de ambos, ou se a poluição resultar de uma série de fatores simultâneos ou sucessivos, como identificar esse poluidor?

Há outra problemática que reside na seguinte questão: será poluidor aquele que se beneficia com o exercício da atividade poluente ou aqueles que criam condições ao desenvolvimento da indesejada poluição?

Diante de tantas dúvidas, faz-se necessário, transcrever a definição do termo poluidor, disposto na lei 6.938/81, no art. 3º, inciso IV, que expressa ser “poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável direta ou indiretamente por atividade causadora de degradação ambiental”.

Portanto, na mesma hipótese em que o Poder Público pode figurar no pólo passivo, a coletividade (indivíduo, sociedades civis, etc.) também pode arcar com a degradação ambiental. Todavia, não será toda a coletividade que deverá ser responsabilizada pela poluição, esta deverá ser limitada a quem causou o dano. Pois, é inconveniente chamar para participar do ônus aquele que não é o responsável pelo processo produtivo ou que com ele não tirou qualquer proveito.

Por sua vez, Derani com bastante simplicidade aponta a figura do poluidor:

todas aquelas pessoas integrantes de uma corrente consecutiva de poluidores – que contribuem com a poluição ambiental, pela utilização de materiais danosos ao meio ambiente como também pela sua produção ou que utilizam processos poluidores.

Se o prejuízo ambiental for proveniente de uma atividade produtiva, aponta-se o produtor como o responsável para arcar com tais prejuízos. Ora, se os produtores passarem a suportar os

custos, óbvio que eles serão repassados para os consumidores através dos preços. E dificilmente essa transferência será evitada.

De acordo com Benjamin, o PPP apoia-se na teoria da compensação, paga quem provoca a ação poluente, na medida do custo desta, e na teoria do valor, impondo o pagamento a quem se beneficia da poluição, na medida em que recebeu os benefícios. No entanto, o alcance desse postulado é mais amplo do que apenas a simples compensação do dano e o seu pagamento em pecúnia, ele inclui todos os custos de proteção ambiental, abrangendo aí os custos de prevenção e de reparação do dano causado.¹⁰

Bastante elucidativas são as palavras de Aragão: “o consumidor se beneficia do consumo de um bem, e estimula, com sua procura, produção do bem que é em si, poluente, ou que o foi pela sua produção. Logo, ele deve ser considerado poluidor, embora *indirecto*”¹¹

Em relação ao Direito Internacional, a Organização para Cooperação e para o Desenvolvimento Econômico (OCDE), através da Recomendação C (72) 128, de maio de 1972, definiu o Princípio do Poluidor Pagador como:

[...] o princípio que usa para afetar os custos das medidas de prevenção e controle da poluição, para estimular a utilização racional dos recursos ambientais escassos e para evitar distorções ao comércio e ao investimento internacional, é o designado princípio do poluidor-pagador. Este princípio significa que o poluidor deve suportar os custos do desenvolvimento das medidas acima mencionadas, decididas pelas autoridades públicas para assegurar que o ambiente esteja num estado aceitável [...]¹²

10 BENJAMIN, Antônio Herman. O princípio do poluidor-pagador e a reparação do dano ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 228.

11 ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza. O princípio do poluidor-pagador. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1997, p. 194.

12 *Ibidi*, p. 60.

O PPP ao visualizar o uso racional dos recursos naturais, acaba por atribuir um preço pela utilização dos bens que a natureza proporciona. Porém, o pagamento desse preço não atribui ao poluidor o direito de poluir, ou seja, de usufruir do meio ambiente da maneira que lhe convier, sem a devida fiscalização ou responsabilização pelos danos que venha causar.

Por isso, Antunes assevera: “O Princípio do Poluidor-Pagador deve ser admitido em termos, justamente pelo fato de que este não pode, em hipótese alguma, se tornar um instrumento que “autorize” a poluição ou que permita a “compra do direito de poluir”¹³.

3.1.1 Críticas quanto ao conceito

Em dicionários da língua portuguesa, verifica-se que pagar significa “satisfazer o valor de; remunerar; gratificar; recompensar; retribuir; restituir na mesma espécie, sofrer um castigo ou pena”¹⁴. “Satisfazer (dívida, encargo, etc.); satisfazer o preço ou valor de; sofrer vingança; desforra em consequência de; pagar; reembolsar alguém do que lhe é devido”¹⁵.

Urge ressaltar, que os dicionários utilizados para pesquisar a palavra são de épocas completamente distintas, o primeiro é datado na sua bibliografia o ano de 1943 e o segundo, o ano de 2000. Apesar, do largo espaço de tempo, as definições são bastante similares, dando entender que pagar representa a restituição na mesma espécie.

O vocábulo na língua portuguesa (pagar) ou na língua inglesa (*to pay*) possui procedência do latim, sendo originados da mesma palavra – *pacare*. Portanto, há a necessidade de ir a fundo sobre o significado do vocábulo a fim de que não ocorram distorções e incertezas em relação à abrangência do princípio

13 ANTUNES, Paulo Bessa. Direito Ambiental. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001. p. 505.

14 LIMA, H; BARROSO, G. Pequeno dicionário da língua portuguesa: português/português. São Paulo: Civilização brasileira, 1943, p. 1039.

15 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Mini Aurélio: o minidicionário da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000, p. 508.

do poluidor-pagador para não permitir a prevalência do mero pagamento em dinheiro.

Todavia, muitas são as críticas existentes quanto à denominação dada ao princípio do poluidor-pagador. A indeterminação em relação ao conteúdo normativo do PPP e também de seu alcance é um fator que torna a aplicação deste princípio obscura e vulnerável no que tange a sua eficácia. É urgente uma intervenção concretizadora do legislador com o intuito de definir o seu âmbito subjetivo, a saber: o conteúdo, a extensão e os limites das obrigações dos poluidores.

É necessário ainda, fazer um exercício de interpretação extensiva ao princípio, considerando a ética ambiental e os aspectos da natureza que não ostentam (ao menos em sua totalidade) condições de fruição e valoração econômica.

Segundo Morato Leite:

A sigla inglesa (PPP) bem ilustra o equívoco ou certas imprecisões e dificuldades observadas ao se pretender conceituar o princípio na doutrina. Aparentemente, o princípio importa necessariamente na transferência dos custos e ônus geralmente suportados pela sociedade na forma de emissões de poluentes ou resíduos sólidos, para que seja suportado primeiro pelo poluidor, e os custos de que tratamos não objetivam originariamente a reparação e o ressarcimento monetário, através da fórmula indenizatória e compensatória reproduzida pela legislação civilista, mas envolvem todos os custos relativos, principalmente, à implementação de medidas que objetiva evitar o dano, medidas de prevenção ou mitigação da possibilidade de danos, que devem ser suportados primeiro pelo poluidor, em momento antecipado, prévio à possibilidade da ocorrência de qualquer dano ao ambiente.¹⁶

16 LEITE, José Rubens Morato. Direito ambiental contemporâneo. Barueri: Manole, 2004. p. 77.

E é justamente, nesse diapasão que se deve ampliar tal postulado para que se contemple não só a reparação, mas a prevenção. Pois, assim, já alertava Machado:

A reparação do dano não pode minimizar a prevenção do dano. É importante salientar esse aspecto. Há sempre o perigo de se contornar a maneira de se reparar o dano, estabelecendo-se uma liceidade para o ato poluidor; como se alguém pudesse afirmar “poluo, mas pago.”¹⁷

3.2 Histórico

Obviamente, que a dominação do homem sobre a natureza e a sua abundância não mais se sustentam perante a sociedade. Aos poucos, constatou-se que a humanidade estava colocando em risco a sua própria vida e a perpetuação das espécies por causa do uso desregrado da natureza.

Mas, a real preocupação do homem com o meio ambiente só foi exacerbada após a Segunda Guerra Mundial. Nos anos 70, os temas ambientais foram intensamente discutidos. E por essa razão, esta década é considerada como o ápice das discussões sobre as questões ambientais. É oportuno destacar, que nesse período, foi realizada a Conferência de Estocolmo (1972), ocasião em que foram produzidas as diretrizes ambientais que deram origem à grande parte das legislações ambientais conhecidas atualmente, que com o passar dos anos estão sofrendo ajustes para melhor se adaptarem à atualidade.

Em 1972, o princípio do poluidor-pagador foi formulado como princípio econômico pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE (*Organization for Economic Co-Operation and Development*)¹⁸ - mediante a adoção da Recomendação C(72) 128 de 26 de maio de 1972. Em seu

17 MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito ambiental brasileiro. 3. ed. São Paulo: RT, 1991. p. 197.

18 Documento disponível em: < <http://www.oecd.org> >.

anexo 4, o Princípio do Poluidor-Pagador é abordado da seguinte forma:

O princípio a ser usado para alocar custos das medidas de prevenção e controle da poluição para encorajar (estimular) o uso racional dos recursos ambientais escassos e para evitar distorções do comércio internacional e investimentos é denominado de princípio do poluidor-pagador.

Este princípio significa que o poluidor deve arcar com os custos referentes à execução das medidas acima mencionadas, impostas pelas autoridades públicas para garantir que o ambiente possa ficar num nível aceitável. Ou seja, os custos dessas medidas devem refletir no preço dos bens e serviços, cuja produção e consumo são causadores de poluição.

Isabel Marques interpreta o princípio abordado pela OCDE da seguinte forma:

O PPP significa que o poluidor deve suportar os custos do desenvolvimento das medidas de *controlo* da poluição decididas pelas autoridades públicas para garantir que o ambiente esteja num estado aceitável, ou, noutras palavras, que os custos de tais medidas sejam *refletidos* nos preços dos bens ou serviços que causam poluição na sua produção ou/e consumo.¹⁹

Uma das primeiras definições do princípio foi concebida, segundo Araújo, pelo Conselho das Comunidades Europeias, em novembro de 1973, da seguinte forma:

As pessoas naturais ou jurídicas, sejam regidas pelo direito público ou pelo direito privado, devem pagar os custos das medidas que sejam necessárias para eliminar a contaminação ou para reduzi-la ao limite fixado pelos padrões ou

¹⁹ SILVA, Isabel Marques da. O princípio do poluidor-pagador. Estudos de direito do ambiente, sessões do seminário de 2002 de direito do meio ambiente. Coimbra: Publicações Universidade Católica, 2003. p. 102.

medidas equivalentes, que assegurem a qualidade de vida, inclusive os fixados pelo poder público competente.²⁰

O Tratado de Maastricht, assinado no ano de 1992, que institui e rege a União Européia prevê em seu art. 130º R/2, o seguinte:

A política da Comunidade no domínio do ambiente visará a um nível de proteção elevado, tendo em conta a diversidade das situações existentes nas diferentes regiões da Comunidade. Basear-se-á nos princípios do poluidor-pagador, da precaução e da ação preventiva, da correção, prioritariamente na fonte, dos danos causados ao ambiente. As exigências em matéria de proteção ambiental devem ser integradas na definição e aplicação das demais políticas comunitárias.

Até então, esse postulado só encontrava referências em textos de normas internacionais abrangentes apenas à União Européia e aos países membros da OCDE. Foi a partir da Declaração do Rio, em 1992, que o PPP tomou amplitude mundial, sendo incorporado aos textos de tratados e convenções internacionais.

Diz o Princípio 16, da Declaração do Rio/92:

Tendo em vista que o poluidor deve, em princípio, arcar com o custo decorrente da poluição, as autoridades nacionais devem procurar promover a internalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, levando na devida conta o interesse público, sem distorcer o comércio e os investimentos internacionais.

Os custos resultantes da poluição devem estar incluídos nos custos de produção dos agentes econômicos poluidores, essa exigência é conhecida como internalização das externalidades²¹. Essa teoria econômica foi que deu vida ao princípio do poluidor-pagador.

20 ARAÚJO, Cláudia Campos de. Meio ambiente e sistema tributário: novas perspectivas. São Paulo: SENAC, 2003. p. 76.

21 As externalidades são fenômenos comuns nas ciências econômicas, que são caracterizadas pelo desvio de mercado, por produzirem efeitos indesejáveis nas atividades produtivas.

Mas, de acordo com a definição da OCDE, por esse ser um tratado eminentemente econômico, é fácil constatar que o princípio do poluidor-pagador não objetivava, inicialmente, uma completa internalização dos custos da poluição ambiental, já que, bastava o poluidor incumbir-se de arcar com o valor inerente a qualquer prevenção, medidas de controle, ou de restauração de alguma degradação que eram determinadas pelas autoridades públicas, que estas já se davam por satisfeitas.

Ao longo do tempo, o PPP passou por algumas evoluções, a ponto de se tornar um princípio jurídico universalmente reconhecido. A proposição em estudo é utilizada para alocação dos custos de prevenção da poluição e de medidas de controle com o escopo de estimular o uso racional dos recursos naturais, mediante adoção de novas tecnologias e de equipamentos antipoluição por parte do produtor, além de permitir a transferência do ônus econômico de prevenção ou correção a quem tirou proveito da degradação ambiental, que na maioria das vezes, recai sobre a figura do consumidor. Não obstante, tudo isso só será possível quando houver uma completa internalização dos custos ambientais por parte do poluidor, que constitui objetivo chave para que a aplicabilidade do princípio em comento tenha plena eficácia.

Como adverte Benjamin:

Numa sociedade como a nossa, em que, por um lado, o descaso com o meio ambiente ainda é a regra, e, por outro, a Constituição prevê o meio ambiente como bem de uso comum do povo, só podemos entender o princípio do poluidor-pagador como significado de internalização total dos custos da poluição. Nem mais, nem menos.²²

Conforme foi exposto, é notável a amplitude que o PPP conquistou com o lapso dos anos, porém, uma análise dos

22 BENJAMIN. Antônio Herman. O princípio do poluidor-pagador e a reparação do dano ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 231.

inúmeros textos que abordam esse assunto, é perceptível que o caráter contemporâneo do princípio do poluidor-pagador não variou em sua essência ao ser comparado com o sentido clássico, anunciado pela OCDE, nos anos 70, qual seja, o seu direcionamento para a prevenção.

Diante da honrosa função a qual o princípio do poluidor-pagador está encarregado, verificam-se na próxima sessão, os mais variados intentos que este postulado possui para cumprir o fim a que se destina, proteção do meio ambiente.

3.3 Objetivos

O princípio do poluidor-pagador não tem como objetivo permitir a degradação ambiental mediante um preço e nem se limita a compensar os danos causados. O referido princípio também não é uma punição, porque mesmo que o pagador não cometa qualquer infração, pode haver a exigência de pagamento, dessa forma, não são necessárias provas cabais de que o poluidor está de fato cometendo algum crime ambiental para que o PPP entre em ação e ocorra a cobrança quanto ao uso dos recursos naturais.

A própria empresa que é licenciada ambientalmente e possui autorização administrativa para poluir não está isenta de pagar pela poluição produzida, logo, não libera o empreendedor do dever de recuperar a perda ambiental. Em outras palavras, há o dever de reparar e indenizar, independentemente, se a atividade produtiva ultrapassa ou não as normas de emissão de agentes poluentes. Essas assertivas passam pelo pressuposto de que a contaminação, apesar de tolerada, é indesejada.

Então, pode-se concluir que, por mais que haja o licenciamento da atividade poluidora, ou o pagamento de tributos por parte das empresas, o PPP continua em vigor sem qualquer óbice. Em hipótese alguma tais elementos podem

conceder o direito adquirido de poluir. Caso contrário, ocorreria o esvaziamento da eficácia do poluidor-pagador.

Para Oliveira, o princípio possui dois sentidos: o primeiro seria o impositivo, que representa o dever do Estado de cobrar do poluidor, ou seja, tributar a sua atividade poluidora, fazendo-o arcar com o custo dos serviços públicos referentes à preservação e recuperação do meio ambiente ou à fiscalização e monitoramentos ambientais. O segundo seria o seletivo, que indica prioritariamente ao poder público que a tributação deve ser graduada de forma a estimular atividades, processos produtivos ou consumos compatíveis com a proteção ambiental, desencorajando a utilização de tecnologias ultrapassadas, assim como a produção e o consumo de bens prejudiciais ao meio ambiente.²³

O que o PPP também pretende é redistribuir equitativamente os custos da proteção em caso de degradação ambiental, determinando que os mesmos sejam suportados por quem de fato poluiu, bem como, por quem utilizou os recursos naturais, ou daquele que, de alguma forma, dele tirou algum proveito.

Nunes, embasado num entendimento conciso afirma que não acha justo nem ético que o custo da destruição seja partilhado por toda a sociedade, não tendo o poluidor nenhum ônus específico na distribuição das perdas ambientais.²⁴

Essa dinâmica ficou conhecida como externalidades negativas, pois só uma das partes da relação de produção obteria os ganhos, sendo as perdas ambientais decorrentes da exploração do meio, socializadas, ou seja, bancadas por todos da sociedade.

É notável que o princípio em debate visa imputar ao poluidor os custos sociais da poluição; forçar o produtor a introduzir tecnologias mais avançadas e menos poluidoras;

23 OLIVEIRA, José Domingues. Direito e meio ambiente: proporcionalidade, tipicidade aberta, afetação da receita. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 26.

24 NUNES, Cleucio Santos. Direito Tributário e meio ambiente. São Paulo: Dialética, 2005. p. 50.

minimizar o custo administrativo e o tempo de aplicação de eventuais sanções. Diante dessas circunstâncias, é notável que o PPP busca desestimular a produção e o consumo de bens que sejam danosos ao meio ambiente.

Pode-se acrescentar que o princípio objetiva tornar para o degradante mais vantajoso arcar com eventuais despesas realizadas com a finalidade de atenuar a destruição do meio ambiente, ao invés, de continuar a produzi-las na mesma escala, sem qualquer redução da poluição.

É necessário que o poluidor seja o primeiro pagador, a fim de integrá-lo no processo de decisão quanto aos custos econômicos de sua própria produção, com o fim precípuo de haver uma espécie de avaliação do custo e benefício decorrentes das decisões que regem o processo produtivo.

É importante frisar que o Princípio do Poluidor-Pagador não se fundamenta estritamente na responsabilidade, mas abrange também a solidariedade social e a prevenção mediante imposição dos custos ambientais a quem manipulou o produto ou dele tirou proveito: produtor, transportador, consumidor.

O PPP, além de contribuir para evitar a socialização dos prejuízos e prevenir um eventual dano, colabora na busca da equidade, já que, o custo, conforme foi esclarecido várias vezes, deve ser cobrado daqueles que de alguma forma tiraram vantagens do bem poluente, isentando, assim, quem não contribuiu para a degradação.

O princípio do poluidor-pagador tem as seguintes funções primordiais: a de prevenção, reparação, internalização e redistribuição dos custos ambientais. Portanto, não corresponde a um postulado privativamente contabilizador e nem se restringe ao instituto da responsabilidade, já que, reside em sua disposição de espírito o propósito de preparar-se antecipadamente para evitar um mal possível.

4 Óbices quanto à aplicação

É inquestionável a importância do PPP na prática de uma efetiva proteção ao meio ambiente. A simplicidade em seu conceito é apenas aparente, omitindo complexos problemas econômicos e jurídicos, chegando a ponto de sofrer críticas severas, que são muitas vezes pertinentes.

Na verdade, o PPP é uma solução parcial aos problemas ambientais, porque este representa uma abordagem vaga e com múltiplos significados, sendo necessária uma maior concretização em lei ou regulamento.

Salienta Rehbinder que na prática política, aplica-se no sentido limitado de que o poluidor suporta apenas os custos de controle da poluição que surgem devido à regulamentação ambiental; não há intenção de uma completa internalização do custo. Além disso, o princípio não é absoluto. Com frequência, aplica-se o princípio do encargo comum, o que significa que o público suporta os custos da proteção do ambiente.²⁵

Aragão reconhece a ampla aceitação do PPP, mas constata que as “aplicações práticas do princípio do poluidor-pagador têm sido tanto em nível estadual como em nível internacional, vagas, incoerentes e freqüentemente contraditórias”²⁶.

Primeiramente, há o perigo de interpretarem o princípio em estudo como uma equação de caráter econômico: “pago, logo posso poluir”²⁷. Nessas circunstâncias, é necessário ter o devido cuidado para que o postulado não seja visto como uma permissão para aqueles que possuem poder aquisitivo, possam comprar o direito de poluir. É imprescindível que não ocorra distorção quanto a sua interpretação.

Há ainda, a dificuldade de se provar o nexu causal, ou seja, se o prejuízo causado foi efetivamente praticado por esse

25 Apud AMARAL, Diogo Freitas. Direito do ambiente. Lisboa: INA, 1994. p. 257.

26 ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza. O princípio do poluidor-pagador. Universidade de Coimbra: Coimbra, 1997. p. 10.

27 BENJAMIN. Antônio Herman. O princípio do poluidor-pagador e a reparação do dano ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 227.

ou aquele poluidor. Muitas vezes, esta prova é inalcançável, principalmente, quando os degradantes em potencial estão concentrados em um mesmo local e a origem da poluição nem sempre pode ser determinada.

A título de exemplo, pode-se citar um distrito industrial, onde todas as indústrias despejam os seus dejetos em um mesmo rio. Diante dessa situação, há o empecilho de valorar quem poluiu mais e de quem poluiu menos, se todos tiveram a sua parcela de contribuição para degradação desse bem ambiental.

Existe também o fenômeno da poluição transfronteiriça em que se constata diversas fontes poluentes em locais não pontuais ou de difícil determinação, como é o caso da contaminação da água da chuva por gases sulfurosos, que são originados no local X, mas essa chuva contaminada cairá na localidade Y, prejudicando apenas quem mora nessa área, que não possui qualquer vínculo com a fonte poluidora.

Nesse contexto, acertadas são as palavras de Machado:

Além da existência do prejuízo, é necessário estabelecer-se a ligação entre a sua ocorrência e a fonte poluidora. Quando somente é um foco emissor não existe nenhuma dificuldade jurídica. Quando houver pluralidade de autores do dano ecológico, estabelecer-se o liame causal pode resultar mais difícil, mas não é tarefa impossível.²⁸

A própria constatação da perda ambiental não é tarefa das mais fáceis. A atividade produtiva pode ser realizada neste exato momento, mas os seus efeitos externos podem ser constatados na mesma ocasião ou após anos e anos, ou quem sabe, até mesmo em outra geração.

Além disso, existem aquelas hipóteses, em que o bem lesado pode ser constatado sem qualquer demora. Mas, tal dano, naquele momento, é ínfimo em relação a suas futuras conseqüências, sendo que será com base no primeiro problema detectado que calcularão o valor total a ser pago.

²⁸ MACHADO, Paulo Afonso. Direito Ambiental Brasileiro. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 22

Verificam-se falhas na aplicação deste princípio, quando as emissões de poluentes são aceitáveis, lidando com problemas ambientais ainda pouco conhecidos, mas, que podem no futuro atingir proporções consideráveis. O PPP não pode prever com exatidão problemas ambientais futuros, que são causados por atividades atuais, porque ainda não há domínio dos seus posteriores efeitos.

A doutrina já alertou exaustivamente que não se deve confundir o PPP com a idéia de que pagando, poderá poluir. Mas, caso tenha poluído irregularmente, irá indenizar. E é nessa vertente, que Derani é bastante enfática ao afirmar que o princípio em estudo significa uma concessão de privilégios a poluir para o predador que pode pagar, constituindo uma ferramenta ímpar para esmagar a concorrência.

A autora expõe que da produção decorre o pagamento e a disposição a pagar. Por isso, paga quem detém o poder de compra. O PPP não consegue atingir os fins a qual está proposto, que é conservação dos recursos naturais, porque há uma transferência do uso da natureza para faixas cada vez mais estreitas da sociedade. Um instrumento que seria para afastar a poluição afasta a concorrência e concede privilégios para poluir.²⁹

Esse fenômeno, explicitado acima por Derani, normalmente ocorre quando o preço a ser cobrado pela poluição é bem menor em relação ao preço da tecnologia necessária para coibir ou amenizar a degradação ambiental, pois o poluidor dará preferência em continuar e causar o dano para em seguida repará-lo, ao invés, de investir na empresa a fim de que reduza a emissão de agentes poluentes.

O PPP procura induzir o poluidor a cuidar dos agentes poluentes, originados na sua atividade produtiva. Mas, para haver eficiência do sistema é necessário o tratamento ou o emprego de tecnologias limpas que tenham um custo menor do que a manutenção da poluição.

29 DERANI, Cristiane. Direito Ambiental Econômico. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 112.

Outro fator preponderante para o bom êxito do princípio em debate é fazer com que as medidas de prevenção tenham um valor econômico diminuto frente à reparação. Portanto, para uma boa implementação do PPP a atividade poluente não pode, em nenhuma hipótese, trazer benefícios econômicos para o poluidor, pelo contrário, os custos das medidas de prevenção devem ser mais baratos em relação aos custos para eliminação ou redução dos efeitos decorrentes da lesão ambiental. Caso contrário, o poluidor irá preferir ressarcir a degradação ambiental, formando um ciclo vicioso, que futuramente será insuportável para o meio ambiente.

Transcrevem-se as palavras de Canotilho e Morato Leite:

[...] os pagamentos decorrentes do princípio do poluidor-pagador devem ser proporcionais aos custos estimados, para os agentes econômicos, de precaver ou de prevenir a poluição. Só assim, os poluidores são “motivados” a escolher entre poluir e pagar ao Estado, ou pagar para não poluir investindo em processos produtivos ou matérias prima menos poluentes, ou em investigação de novas técnicas e produtos alternativos.³⁰

Isso significa que a prevenção deve ser bem mais trabalhada que a repressão, haja vista que os valores de uma ação reparadora serão maiores e menos eficazes que a ação preventiva. Assim, por exemplo, preservar uma mata nativa apresenta um resultado muito mais eficaz que restaurá-la ao seu estado natural após um desmatamento.

Ademais, ao ocorrer a falha no instituto da prevenção, aplica-se em seguida, o da reparação, que nem sempre tem o poder de recuperar a perda ambiental em sua totalidade. Ou seja, não há como restaurar o *status quo* de uma paisagem, substituir uma espécie que foi extinta, pois não existe uma recuperação

30 CANOTILHO, J. G.; LEITE, J. R. M. op. cit., p. 49.

integral. Pode-se verificar que a aplicação do princípio em estudo, não trabalha apenas pela recomposição do dano, mas também, pela sua substituição proporcional a um valor monetário.

Segundo Bender

[...] só estaria de fato assegurado o que pode ser calculado monetariamente, assim sendo, não poderia ser enquadrado na relação custo-benefício senão fosse possível transformar o valor de um bem em um equivalente monetário³¹.

E, nessas circunstâncias, o PPP enfrenta mais um desafio, que é quantificar em dinheiro o prejuízo de maneira adequada, porque a degradação, muitas vezes, é de difícil estimativa pecuniária.

Normalmente, o preço do bem é avaliado conforme o caráter utilitário que este pode oferecer para a sociedade, isto é, só serão contabilizados os bens que tiverem valor no mercado, bens que sejam produtíveis, apropriados e possuindo valor de troca.

Logo, a reparação do bem não corresponde ao seu real valor social, já que, há utilidades que não possuem preço em sua troca - muitas vezes, por sua valoração ser desconhecida - e como resultado, não possuem valor no mercado. Além do mais, os bens que possuem valor cambial, representam uma parcela insignificante, quando equiparados aos demais objetos que constituem a biota.

De acordo com as ponderações de Aragão:

Atribuir um valor social ao ambiente é tarefa árdua, já que o valor social do ambiente não decorre unicamente do lucro que a sua exploração comercial proporciona ou da sua utilização como meio de lazer. Os estudos que têm sido feitos para a determinação do valor social do ambiente demonstram precisamente que a generalidade

31 DERANI, op.cit., p.297.

dos indivíduos reconhece um valor ao ambiente em si mesmo e não apenas pelas utilidades que proporciona.³²

As deficiências em valorar os recursos naturais e uma eventual degradação ambiental residem na dificuldade de identificar o custo social do prejuízo, que pode ser de conhecimento parcial. Outra dificuldade de valoração está em atribuir um encargo pecuniário aos bens ambientais, que são variáveis, segundo o momento histórico das perdas ambientais, sem contar que a estimativa de um preço será segundo a ótica de quem o está valorando.

O doutrinador Sedim, com bastante acuidade afirma que os métodos existentes não permitem uma avaliação rigorosa, pois levam em conta uma diversidade de fatores que envolvem opções pessoais, presentes e futuras, pesquisadas geralmente em mercados hipotéticos, estando, por esse motivo, sujeitos a uma infinidade de distorções, que afetam os resultados finais das pesquisas realizadas e, conseqüentemente, os valores obtidos com sua aplicação jamais serão exatos.³³

Primorosas são as palavras de Milaré:

[...] não objetiva, por certo, tolerar a poluição mediante um preço, nem se limita apenas a compensar os danos causados, mas sim, precisamente, evitar o dano ao ambiente. Nesta linha, o pagamento pelo lançamento de efluentes, por exemplo, não alforria condutas inseqüentes, de modo a ensinar o descarte de resíduos fora dos padrões e das normas ambientais. [...] ³⁴

Portanto, para que o PPP tenha eficiência e supra as expectativas dos pressupostos do Direito Ambiental é

32 ARAGÃO, op.cit., p. 236-237.

33 SEDIM, José de Souza Cunhal. Responsabilidade civil por danos ecológicos. Coimbra: Cedoua/Almedina, 2002, p. 152-153

34 MILARÉ, Édis. Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 101.

necessário que se tome todas as medidas tendentes a evitar a lesão à natureza. Em razão das inúmeras virtuosidades que este postulado traz em seu bojo, verifica-se um consenso mundial em adotá-lo como princípio basilar que objetiva tutelar o meio ambiente. Mas, que lamentavelmente, muitas vezes, é apenas nominal frente aos incontáveis óbices e distorções que esse postulado sofre ao longo das mudanças sociais.

5. Conclusão

É evidente, que os recursos naturais são escassos e que o uso na atividade produtiva, assim como, o consumo gera impactos ambientais, logo, uma ação descomedida acarreta-lhes degradação e redução. Soma-se ainda ao fato, de que a existência de recursos naturais gratuitos, sem que seja imposto um valor pela sua utilização, torna-se fatal a ocorrência da deterioração do meio ambiente.

Em face de essa situação, os doutrinadores são uníssomos em afirmar que o princípio do poluidor-pagador constitui um dos mecanismos aptos a dirimir essa problemática, já que, sua aplicação tem dentre os diversos objetivos, o suporte dos custos econômicos proveniente das ações de proteção ambiental em favor da sociedade.

No entanto, não há como negar que o PPP é bastante complexo e comporta variadas interpretações. Mas, de certo, esse postulado não se resume num simples pagamento. A poluição não pode ser tolerada mediante um preço, sua meta primordial não está na reparação e nem na repressão ao dano ambiental, e sim, preveni-lo, procurando evitar que o pior aconteça.

O PPP possui como finalidade primordial a prevenção, mas, caso ocorra degradação, seu objetivo seqüencial será o retorno ao *status quo ante*, não sendo possível a reparação do dano com a mesma espécie, recorre-se à compensação e o pagamento em pecúnia.

É notável a boa intenção do Poder Público em adotá-lo, mas, a complicação em identificar os sujeitos responsáveis pela degradação; a árdua tarefa em estipular a proporção do prejuízo e determinar um valor para o dano ambiental; as dificuldades para se caracterizar o nexó causal constituem empreitadas espinhosas que acabam por impedir uma boa desenvoltura deste postulado.

Le principe pollueur-payeur

Résumé: Il ne fait aucun doute que les atteintes à l'environnement sont à l'ordre du jour et divers mécanismes sont utilisés pour le protéger, parmi eux, le principe pollueur-payeur. Le principe pollueur-payeur établit la prise en charge, par le pollueur, des coûts de la prévention, la réparation et la répression des dommages subis par l'environnement. Par conséquent, cet article découle d'une préoccupation afin de démystifier le faux jargon sur lequel ce principe est souvent identifié, c'est à dire, «je paie, donc je peux polluer». Il est nécessaire de changer le concept de "droit de polluer", donc, on cherche à répondre à la question sur son sens réel, ses éléments identifiants, les défis et les difficultés liées à leur mise en œuvre.

Mots-clés: L'environnement. La pollution. Le Principe pollueur-payeur.

Referências

- ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 16. ed. São Paulo: Método, 2008.
- AMARAL, Diogo Freitas. *Direito do ambiente*. Lisboa: INA, 1994.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Dano Ambiental: uma abordagem conceitual*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.
- _____. *Direito Ambiental*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.
- ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza. *O princípio do poluidor-pagador: pedra angular da política comunitária do ambiente*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1997.

- ARAÚJO, Cláudia Campos de. *Meio ambiente e sistema tributário: novas perspectivas*. São Paulo: SENAC, 2003.
- ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- BENJAMIN, Antonio Herman. *O princípio do poluidor-pagador e a reparação do dano ambiental: Prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- _____. Responsabilidade Civil pelo Dano Ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, RT, São Paulo, v. 9, ano 3, jan./mar. 1998.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Actos Jurídicos Públicos e responsabilidade por danos ambientais*. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito, 1993.
- _____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1999.
- CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- COLOMBO, Silvana. Aspectos conceituais do princípio do poluidor-pagador. *Revista Eletrônica Mestrado Educação Ambiental*, v. 13, jul./dez. 2004. Disponível em: <<http://www.remea.furg.br/edicoes/vol13/art2.pdf>>. Acesso em: 08 ago. 2008
- DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Mini Aurélio: o minidicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000.
- LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. *Direito ambiental na sociedade de risco*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.
- LIMA, H; BARROSO, G. *Pequeno dicionário da língua portuguesa: português/português*. São Paulo: Civilização brasileira, 1943.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 3. ed. São Paulo: RT, 1991.
- _____. *Direito Ambiental Brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Princípios Fundamentais do Direito Ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 2, abr./jun. 1996.
- NUNES, Cleucio Santos. *Direito Tributário e meio ambiente*. São Paulo: Dialética, 2005.

OLIVEIRA, José Domingues. *Direito e meio ambiente: proporcionalidade, tipicidade aberta, afetação da receita*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

SEDIM, José de Souza Cunhal. *Responsabilidade civil por danos ecológicos: da reparação do dano através da restauração natural*. Coimbra: Coimbra, 1998.

SILVA, Isabel Marques da. *O princípio do poluidor-pagador*. Estudos de direito do ambiente, sessões do seminário de 2002 de direito do meio ambiente. Coimbra: Publicações Universidade Católica, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

Os tratados de Direitos Humanos como fontes do Direito Processual Civil

Vitor Fonsêca*

Sumário: 1 Introdução. 2 Por uma renovada Teoria das Fontes do Direito. 3 A urgente revisão das fontes do Direito Processual Civil. 4 A força normativa dos tratados. 5 Os tratados de Direitos Humanos como fontes do Direito Processual Civil. 6 Conclusões. Referências.

Resumo: O trabalho trata dos efeitos dos tratados de direitos humanos no direito processual civil brasileiro. Inicialmente, analisa-se a visão atual sobre os tratados como fontes de direitos. Depois, demonstra-se como os tratados influenciam o direito interno. Em seguida, apresenta-se como os tratados de direitos humanos são considerados pelo direito processual civil brasileiro. O trabalho conclui pela necessidade de adaptar o novo Código de Processo Civil, a jurisprudência brasileira e os estudos científicos aos tratados de direitos humanos e à sua interpretação pelos tribunais internacionais.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Direito Processual Civil

1 Introdução

Os tratados não são objeto de estudos mais aprofundados pelo Direito Processual Civil. Em geral, os processualistas cuidam especialmente da lei, como fonte do direito processual, em razão da natureza jurídica do Código de Processo Civil. Por isso, os tratados não são alvo de maiores considerações por parte da doutrina.

O presente trabalho parte da seguinte hipótese: se houver um rearranjo das fontes do direito, cujo resultado seja uma nova posição normativa dos tratados, qual seria sua contribuição a ser concedida ao Direito Processual Civil?

* Mestre e Especialista em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Professor de Direito Processual Civil dos cursos de pós-graduação *lato sensu* do UNINORTE. Promotor de Justiça no Amazonas.

Limitou-se a pesquisa a caracterizar a influência dos tratados de direitos humanos no direito interno e, especialmente, no Direito Processual Civil. Justificou-se o corte metodológico em razão do conteúdo dos tratados internacionais de direitos humanos, equiparado por muitos internacionalistas e constitucionalistas aos direitos fundamentais do homem, e em razão da pouco fluxo de informações sobre os referidos tratados na doutrina processual.

A dúvida consiste em aferir qual a postura científica deve ser adotada pelo processualista em face de normas processuais previstas em tratados internacionais. Ao analisar o conteúdo do direito ao juízo natural, por exemplo, deveria o processualista socorrer-se dos instrumentos internacionais de direitos humanos e da jurisprudência da Corte Interamericana e da Corte Européia de Direitos Humanos ou essa metodologia deve limitar-se ao âmbito do Direito Internacional? Trata-se, como se vê, de repensar o método de trabalho da doutrina processual civil, de modo a conformá-la a temas mais contemporâneos.

Como objetivo específico, pretende-se alcançar novas hipóteses científicas do Direito Processual Civil, a partir da influência dos tratados internacionais de direitos humanos, de maneira que novas áreas de pesquisa sejam suscitadas, sempre com o maior escopo de contribuir para o desenvolvimento da racionalidade e da legitimidade do Direito Processual Civil.

Para tanto, o trabalho, inicialmente, apresenta a constatação preliminar sobre a necessidade sempre atual de rever os conceitos da teoria das fontes do direito, principalmente no âmbito do Direito Processual Civil, para, então, tentar sustentar a força normativa dos tratados. Ao final, a partir do influxo dos tratados de direitos humanos, demonstra-se como esses instrumentos internacionais têm sido recebidos pela doutrina e pela jurisprudência brasileiras em casos que envolvam direitos processuais.

2 Por uma renovada Teoria das Fontes do Direito

A discussão dogmática das fontes do direito talvez nunca existisse se as normas jurídicas tivessem origem única. Se, por hipótese, apenas o texto constitucional fosse autorizado a produzir normas jurídicas, todas as decisões sobre eventuais conflitos de interpretação deveriam ser fundamentadas na letra da constituição, razão pela qual fonte do direito seria apenas o que o constituinte dissesse. Não haveria dúvidas quanto à busca da resposta para os problemas jurídicos.

É evidente, porém, que a hipótese está longe de ser confirmada. Vê-se hoje, ao contrário, uma variedade cada vez maior de fontes do direito. Ou melhor: vê-se hoje a discussão cada vez mais profunda sobre novas fontes do direito e isso não é pouco para a dogmática jurídica. O reconhecimento de novas fontes do direito (e/ou a superação de velhas fontes) convida os juristas a ouvir outros centros de comandos normativos que, até aquele momento, não eram considerados como obrigatórios. Em palavras mais simples: trata-se de confirmar a existência de “alguém mais” para dizer o que é o direito.

O problema do reconhecimento das fontes do direito, desde o início de sua formulação teórica, não mudou tão constantemente de foco metodológico como se poderia pensar.

No início, discutia-se, principalmente, qual era o papel das chamadas “fontes materiais” no contexto jurídico. A polêmica em torno do “espírito do povo” (*Volksgeist*), como fonte do direito, é exemplo da tentativa de se imprimir maior legitimidade aos valores sociais aferidos junto à comunidade, e não junto ao legislador.

Mais tarde, a visão normativista entendeu serem fontes do direito apenas aquelas que tivessem fundamento em normas superiores do mesmo ordenamento jurídico. Daí a crítica contundente à classificação entre fontes materiais

e fontes formais de alguns autores. Se as fontes do direito implicam uma estrutura normativa de poder, que garanta a execução dos comandos normativos, não se poderia entender as fontes materiais como fontes do direito. Na verdade, as fontes materiais seriam objeto de estudos filosóficos ou sociológicos dos motivos éticos ou dos fatos econômicos que condicionam o aparecimento e as transformações das regras de direito. Não apresentariam as fontes materiais, portanto, qualquer caráter de processo de produção de normas jurídicas¹. Essa discussão, longe de parecer encerrada, ainda se submete a embates teóricos atuais, principalmente quando velhos conceitos como a “norma fundamental” (*Grundnorm*) reaparecem com “nova roupagem”².

Mais tarde, ainda com a tese normativista, foi dado maior realce às normas jurídicas individuais como fontes do direito. Talvez se pensasse que apenas as normas jurídicas gerais seriam fontes do direito. Não resta dúvida que a lei, como fonte geral, abstrata e obrigatória para todos, se reveste do caráter de fonte de direito. Todos devem obediência, por exemplo, ao Código Tributário Nacional. A fácil assimilação das normas jurídicas gerais como fontes do direito não pode conduzir, porém, à conclusão que as normas jurídicas individuais não seriam fontes jurídicas. Uma sentença, ao regular uma situação jurídica concreta e individualizada (em regra, sem vincular terceiros, dada a eficácia *inter partes* da sentença), também é fonte do direito, pois “são tanto parte integrante da ordem jurídica, como as normas jurídicas gerais com base nas quais são produzidas”³. Assim sendo, uma sentença que, em benefício do contribuinte, condena o Fisco a repetir o pagamento indevido de tributos também é fonte do direito (tanto quanto o Código Tributário Nacional).

Ainda no século XIX, o centro da preocupação científica em torno das fontes do direito baseou-se, principalmente, em

1 HECK, Luís Afonso As fontes do direito. Revista dos Tribunais; REALE, Miguel. Lições preliminares de direito, p. 139-142.

2 COSTA, Adriano Soares da. Fontes do direito e fato jurídico: resposta a Târek Moysés Moussallem, Revista Tributária.

3 KELSEN, Hans. Teoria pura do direito, p. 258-259.

identificar os centros irradiadores e hierarquizados do direito. Duas perguntas eram as mais formuladas: 1) quem poderia dizer o que é o direito?; e 2) a quem cabia a “última palavra” em caso de conflito? A construção escalonada do ordenamento jurídico, muitas vezes chamadas de “pirâmide jurídica”, é decorrência tardia dessa preocupação de como identificar, racionalizar, sistematizar e, principalmente, valorar as diversas fontes do direito em sua hierarquia (normas superiores e inferiores)⁴. Essa é a razão pela qual, nos dias de hoje, fala-se que os direitos conferidos pela constituição são caracterizados por uma particular “capacidade de resistência”, ou seja, são normas de hierarquia superior⁵.

Percebe-se, logo, que os estudos das fontes do direito ao longo do tempo refletem mais do que a mera identificação do que seja direito em cada ciclo histórico, pois se baseiam, outrossim, na identificação de quais critérios são aceitos para qualificar como “jurídico” esta ou aquela norma. Quando se estudam as fontes do direito, busca-se, pois, reajustar o quadro normativo, com a inclusão de novos componentes ou a exclusão de velhos, e reposicionar as normas jurídicas em sua hierarquia, com nova caracterização de superioridade e inferioridade.

O resultado dessa dupla função científica das fontes do direito - a identificação do que sejam fontes e de qual a hierarquia entre elas - indica que a teoria das fontes não é produto dogmático pronto e acabado, enquanto variarem os centros irradiadores de normas. Se, no curso da história, os juristas identificam “reposicionamentos” entre as fontes do direito, a teoria deve ser constantemente revista e renovada, de modo a autorizar a seleção normativa legítima para cada momento histórico.

Talvez resida nessa última constatação o maior dos equívocos a respeito das fontes do direito. Se a suposição da imutabilidade dos “centros irradiadores” das fontes fosse

4 BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico, p. 48-56.

5 GUASTINI, Riccardo. Das fontes às normas, p. 251-268.

correta, então haveria obstáculos previsíveis para o estudo das fontes jurídicas. Identificadas todas as centrais jurídicas, o estudo das fontes do direito tornar-se-ia inútil. Entretanto, a suposta perenidade dos “centros irradiadores” não subsiste diante de olhos mais abertos à realidade normativa.

3 A urgente revisão das fontes do Direito Processual Civil

Estudar as fontes do direito processual civil parece antiquado se não houver, no planejamento, o traçar de novos objetivos científicos, com fundamento em outra metodologia. Estudar as fontes do direito processual civil com os olhos voltados para o contexto no qual surgiu o Código de Processo Civil de 1973, por exemplo, seria apenas um recurso histórico, talvez muito útil para diversos fins acadêmicos, mas não necessariamente atrelado às necessidades dos juristas contemporâneos. As fontes do direito processual civil - como técnica de racionalização e sistematização - devem ser reorganizadas, a partir das contribuições mais recentes dos estudos em Direito Processual Civil.

Obviamente, a teoria das fontes do direito deve ainda gozar de prestígio entre os processualistas. Afinal, “o Direito Processual só o é enquanto provém de uma das fontes do Direito Processual”⁶. No direito brasileiro, por exemplo, nem as leis municipais (art. 22, I, da Constituição de 1988) nem as medidas provisórias (art. 62, §1º, I, “b”, da Constituição de 1988) produzem normas válidas de direito processual civil. Ambas, portanto, estão fora do quadro das fontes do direito processual civil. Eventual norma processual, aprovada por lei na Câmara Municipal, não é válida e padece do vício chamado de “inconstitucionalidade formal”.

Uma hipótese de fonte de direito processual civil bastante marginalizada pela doutrina, mas de relevância prática

⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil, p. 15-23.

induvidosa, é o regimento interno dos tribunais. O recurso de embargos de divergência, por exemplo, não possui procedimento regulado pelo Código de Processo Civil. Pelo contrário, é a própria lei que faz remissão aos regimentos internos: “Observar-se-á, no recurso de embargos, o procedimento estabelecido no regimento interno” (art. 546, parágrafo único, CPC e art. 960, *caput*, Projeto do Novo CPC). Destarte, os regimentos internos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça constituem fontes do direito processual civil da maior importância.

Não basta, porém, como se viu, apenas identificar as fontes. Deve-se enquadrá-las na estrutura escalonada do ordenamento jurídico, com o fito de posicioná-las como norma superior ou inferior.

A jurisprudência, por essa razão, deve ser objeto de imediato redimensionamento no âmbito das fontes do direito processual. Eventual dúvida sobre sua natureza de fonte real (quanto ao seu surgimento e influência) ou de fonte formal (quanto à sua aplicação) merece uma análise mais criteriosa da doutrina⁷, principalmente diante das últimas reformas empreendidas no sistema processual brasileiro, que deram efeitos cada vez mais profundos ao conjunto das reiteradas decisões dos tribunais. A súmula vinculante (art. 103-A, Constituição de 1988) é amostra das mais contundentes de que os processualistas devem encontrar as similaridades e as diferenças entre a jurisprudência brasileira e o sistema inglês do *stare decisis*, com o estabelecimento, inclusive, de fronteiras mais claras de quando o precedente torna-se fonte de direito (força vinculante, jurisprudência dominante etc.) ou não⁸.

Os princípios são outro exemplo de fonte de direito, cuja difusão e consistência normativa entre os processualistas têm história recente. Se antes os princípios eram enxergados

7 CAVALCANTE, Mantovanni Colares. Estudo sistemático do objeto e das fontes do direito processual civil brasileiro, 2006.

8 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Interpretação da lei e de precedentes: *civil law e common Law*, Revista dos Tribunais; José Rogério Cruz e Tucci, Precedente judicial como fonte do direito, p. 18-26.

como simples “direcionamentos de conduta”, hoje a doutrina majoritária os considera como espécie de normas jurídicas, com força normativa suficiente para impor, inclusive, comportamentos não previstos pelo legislador⁹. Paradigma desse novo papel dos princípios é a manifestação mais recente dos tribunais de criar uma espécie de “procedimento contraditório” (com intimação e oitiva da parte adversa), quando os embargos de declaração ostentarem os chamados “efeitos infringentes” ou “modificativos”, a despeito de não haver dispositivo de lei nesse sentido¹⁰.

De todo modo, não é suficiente a mera repetição das antigas fontes do direito processual civil, sem haver a necessária adequação e reorganização dessas fontes, de acordo com os valores consagrados na quadra histórica. Por isso, cabe ao processualista a tarefa minuciosa de esforçar-se para reestruturar as fontes da dogmática jurídico--processual, com a dedução de novos critérios de identificação e de hierarquia dessas mesmas fontes.

4 A força normativa dos tratados

Apesar de serem objeto de poucos estudos pela doutrina processual civil, os tratados hoje aparecem como sugestão de parâmetro normativo para se identificar e classificar as normas processuais civis. Talvez a escassez dos trabalhos científicos seja justificada pela resistência normalmente atribuída à eficácia própria dos tratados. Muitos dos processualistas talvez ainda carreguem o velho preconceito de que tratados são apenas “atos unilaterais” do Chefe do Governo.

De maneira bastante aguda em nossos tempos, a assinatura de diversos tratados, - acompanhada de sua implementação e de sua efetividade nos Estados-sinatários -, influenciou o próprio

⁹ ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, p. 82-86.

¹⁰ Superior Tribunal de Justiça, 1ª. Turma, AgRg no Ag 1179308/RJ, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 05 ago. 2010, DJe 16 ago. 2010.

modo de como se entender a “soberania” do Estado. Isso ocorreu porque o núcleo decisório foi deslocado do Estado para outro eixo. O Estado se vê numa “situação de subordinação a decisões com base em outros centros irradiadores de normas”¹¹.

Cumprir lembrar que a idéia de soberania fincava-se no princípio da exclusão do estrangeiro. O Estado soberano não podia admitir concorrentes. Diante do Estado não poderia existir mais que relações de sujeições. Em termos genéricos, essa foi a base filosófica da sustentação de vários Estados ocidentais¹², inclusive o Estado Democrático de Direito instituído no Brasil¹³.

A força obrigatória dos tratados parece indicar verdadeiro e novo desafio ao clássico desenvolvimento da noção de soberania estatal. Como explicar a submissão do Estado a tratados internacionais, isto é, como explicar que o Estado se sujeite, inclusive, a mecanismos internacionais de controle das normas previstas nos tratados?

Se, de fato, houve uma mudança na idéia da soberania estatal, não se pode dizê-la necessariamente inédita. O chamado Estado Constitucional fez superar a “homogeneidade” formal e a posição central da lei. A “soberania” do parlamento e da lei foi redimensionada pela ampliação do conceito normativo de Constituição (a lei torna-se vinculada à constituição). Reformularam-se até mesmo os contornos do princípio da legalidade. Esse “ajustamento” da legalidade repercutiu, obviamente, na teoria das fontes do direito, pois o eixo central foi deslocado da lei para a constituição¹⁴.

Entretanto, a mudança do paradigma da legalidade para a constitucionalidade deu-se, ainda, no âmbito interno do Estado. O novo “eixo irradiador” de normas jurídicas tornou-se a Assembléia Constituinte, inerente à estrutura interna do Estado.

11 FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação, p. 239-240.

12 ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil, p. 10-12.

13 SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos de direito público, p. 49-54.

14 DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição, p. 15-29.

Os próprios mecanismos de controle de constitucionalidade são internos e participam da organização estatal. A diferença é que, nos tratados internacionais, a mudança do paradigma foi alçada para o âmbito externo. O Estado nacional assina e ratifica os tratados, com obrigações jurídicas assumidas perante a comunidade internacional, e torna-se sujeito a mecanismos de controle não mais internos, mas fora de seu próprio conjunto de organismos estatais. A “nova central” de produção jurídica inclui o Estado, mas nele não se exaure. Daí a dificuldade de alguns em aceitar a jurisdição obrigatória de um corpo judicial permanente como a Corte Internacional de Justiça (“Corte de Haia”)¹⁵.

Diante dos tratados internacionais, o conceito de soberania tradicional teve que se amoldar a duas novas realidades¹⁶: 1) mecanismo de bloqueio de competência - o bloqueio de competência significa dizer que um tratado internacional é usado como mecanismo de bloqueio de discussão e produção normativa interna. Ocorre, portanto, uma espécie de “engessamento” da atividade legislativa interna, abrangendo, inclusive, reformas constitucionais, em razão de compromissos internacionais assumidos pelo Estado. Por exemplo, os chamados “tratados-leis” (ou tratado normativo) em matéria tributária, em interpretação do art. 98 do Código Tributário Nacional, não podem ser “revogados” pela legislação interna¹⁷; 2) mecanismo de transferência de competência - o Estado transfere ou desloca a competência para interpretar e decidir conflitos em face dos tratados a outros organismos internacionais. É exemplo desse mecanismo de transferência o Parecer Consultivo n. 4 da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre a liberdade de expressão e informação e o correspondente acórdão do

15 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de direito internacional público, p. 841-848.

16 RAMOS, André de Carvalho. A expansão do direito internacional e a constituição brasileira: novos desafios. Crise e desafios da constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras, p. 294-296.

17 ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito tributário na Constituição e no STF: teoria e jurisprudência, p.16-161.

Supremo Tribunal Federal sobre o fim da exigência de diplomas universitários para jornalistas¹⁸.

Por isso, é válido afirmar que os tratados, como fontes do direito, são “regras de *input*”¹⁹. São instrumentos “jurídicos”, e não meramente “políticos”, porque acrescentam elementos ao ordenamento jurídico, uma vez que todo tratado em vigor obriga as partes (daí a identificação como fonte de direito).

Um Estado-parte, aliás, em cumprimento à cláusula *pacta sunt servanda*, não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado (arts. 26 e 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados). Os tratados seriam uma farsa se fosse possível ao Estado-parte contrariá-los em suas normas internas. Bastaria a qualquer Estado signatário do tratado dispor, em sua legislação doméstica, contrariamente ao tratado para descumprir-lo.

Entender o tratado como “norma jurídica”, dentro do ordenamento jurídico, e não como um ato simplesmente “diplomático” ou “político”, conduz a mais facilmente aceitar a submissão das normas internas às obrigações assumidas internacionalmente. Como qualquer outra norma jurídica, o tratado deve ser inserido no contexto do ordenamento jurídico. O fenômeno da assinatura e da ratificação dos tratados internacionais, por isso, parece indicar a existência de novas fontes normativas decorrentes de limites externos e internos ao ordenamento jurídico²⁰.

Quanto aos limites externos, o ordenamento jurídico nunca elimina totalmente a estrutura normativa precedente. Existem limites externos ao ordenamento jurídico, verdadeiras barreiras que não podem ser simplesmente abandonadas. Exemplo disso é o fenômeno da “recepção”. A superveniência de uma nova constituição não implica a revogação automática de toda legislação infraconstitucional a ela antecedente. Segundo a

18 STF, Pleno, RE n. 511.961/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 17 jun.2009, Dje 12 nov. 2009.

19 Tercio Sampaio Ferraz Júnior, op. cit., p. 223-228.

20 BOBBIO, op. cit., p. 37- 48.

doutrina, com o fenômeno da recepção, acontece um “processo de ressignificação” do direito infraconstitucional compatível com a nova constituição, abrindo margem ao surgimento de um novo fundamento de validade, mas mantendo-se o conteúdo das normas²¹.

Além desses limites externos, o ordenamento jurídico também autoriza expressamente limites internos. São hipóteses em que o próprio poder cria “novas centrais” de produção de normas jurídicas. O próprio sistema faz remissão às fontes das quais também se originam outras normas jurídicas. Exemplo clássico é a expedição de regulamentos pelo Presidente da República para a fiel execução das leis (art. 84, IV, Constituição de 1988).

Os tratados podem também ser considerados limites internos. É a Constituição de 1988 que autoriza, no art. 5º., §2º., que os direitos e garantias nela expressos não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Diz ainda que compete privativamente ao Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional (art. 84, VIII, Constituição de 1988). O próprio texto constitucional faz, portanto, a remissão aos limites do ordenamento jurídico-constitucional brasileiro. Logo, a legislação nacional não se basta.

Os tratados assumiram um novo papel paramétrico para as normas jurídicas internas. Já é hábito ouvir o dogma que deve haver compatibilidade entre as normas legais e as normas constitucionais. Deve-se acostumar, também, a falar que os tratados devem ser respeitados pelas normas internas.

Em certos países, os tratados internacionais compõem o próprio repertório do bloco de normas constitucionais a servirem de parâmetro para o controle pela jurisdição constitucional.

21 ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional, p. 16-17; MENDES, Gilmar et al, Curso de Direito Constitucional, p. 203-204.

Na Europa, aliás, cada vez mais se utiliza, como parâmetro de constitucionalidade, não mais da Constituição interna dos países, mas, em matéria de direitos fundamentais, da Convenção Européia de Direitos Humanos e, em geral, de outros tratados²². No direito inglês, as decisões da Corte Européia de Direitos Humanos, a respeito da interpretação da Convenção Européia de Direitos Humanos, têm forte influência sobre a definição do que seja uma “audiência justa”²³.

No Brasil, a doutrina mais preocupada com essa nova realidade dos tratados ensina que toda norma jurídica submete-se a três tipos de controle: o controle de constitucionalidade, o controle de suprallegalidade e o controle de convencionalidade²⁴.

O controle de constitucionalidade é bastante conhecido e considerado o mais importante mecanismo para resguardar a ordem e a unidade do sistema jurídico, fundamentado em duas premissas: a) a supremacia da constituição; e a b) rigidez constitucional²⁵. No Brasil, adota-se um sistema misto ou eclético, no qual se combina o método difuso com o método concentrado de controle de constitucionalidade: no primeiro deles, qualquer juiz, em caráter incidental, pode afastar a aplicação de norma reputada contrária à constituição; no segundo, resguarda-se ao Supremo Tribunal Federal o papel central de declarar a inconstitucionalidade, em caráter principal, de atos normativos inconstitucionais. Trata-se do chamado “privilégio do legislador” (o legislador tem seu próprio juiz)²⁶. É exemplo a declaração de inconstitucionalidade, pelo STF, de norma prevista em constituição estadual que prevê a participação do Poder Legislativo estadual na escolha do Procurador-Geral de Justiça, em total desacordo com o art. 128, § 3º, da Constituição de 1988²⁷.

22 SAMPAIO, José Adércio Leite, A constituição reinventada pela jurisdição constitucional, p. 181-191.

23 ANDREWS, Neil O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra, p. 39-45.

24 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O controle jurisdicional da convencionalidade das leis, p. 64-97.

25 BARROSO, Luís Roberto O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência, p. 01-03.

26 ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil: ley, derechos, justicia, p. 56-68.

27 STF, Pleno, ADI n. 3.727/RN, rel. Min. Carlos Ayres Britto, julgado em 12 maio 2010, DJE 10 jun. 2010.

Por outro lado, o controle da supralegalidade ocorre quando os tratados ratificados e em vigor devem prevalecer sobre o comando da lei. O Supremo Tribunal Federal adotou o *status* normativo supralegal dos tratados, o que “torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão”²⁸. O *status* supralegal significa que os tratados ostentam superioridade hierárquica em relação às normas infraconstitucionais. Considerando que a Constituição de 1988 prevê expressamente o controle de constitucionalidade dos tratados (art. 102, III, “b”), as normas internacionais dos tratados deveriam ceder apenas diante das normas constitucionais.

Por fim, o controle de convencionalidade deu novo impulso à força normativa dos tratados. O chamado “controle de convencionalidade” funciona como controle das normas jurídicas a partir de sua compatibilidade em face das normas internacionais assumidas nos tratados internacionais de direitos humanos.

Inicialmente, o controle de convencionalidade foi descrito como um “mecanismo coletivo”, no qual é apurado se determinada conduta do Estado é compatível com as normas internacionais. Esse controle seria realizado por organismos internacionais, responsáveis pela efetividade dos tratados. No Brasil, por exemplo, desde o final de 1998, reconhece-se a jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, como intérprete dos direitos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos.

Mais tarde, o controle de convencionalidade foi reinterpretado para ser entendido como “controle difuso e concentrado de convencionalidade, por intermédio de meios judiciais de declaração de invalidade de leis incompatíveis com tais tratados, tanto por via de exceção como por meio de ação direta”. Desse modo, deve o Brasil, internamente, fazer o

28 STF, Pleno, RE n. 349.703/RS, rel. Min. Carlos Ayres Britto, julgado em 03 dez.2008, DJE 04 jun.2009.

controle de compatibilidade de suas próprias normas jurídicas a partir das obrigações internacionais assumidas pelo país, de modo a não depender dos mecanismos internacionais coletivos e externos. O controle de convencionalidade poderia ser exercido no controle concentrado de constitucionalidade - no caso de tratados internacionais de direitos humanos aprovados pelo *quorum* qualificado no art. 5º, §3º, da Constituição de 1988, isto é, os tratados "formalmente constitucionais" - ou exercido no controle difuso de constitucionalidade - na hipótese de instrumentos internacionais de direitos humanos incorporados ao ordenamento brasileiro sem o *quorum*, ou seja, os tratados "materialmente constitucionais"²⁹.

O controle de convencionalidade, porém, avança mais do que o controle de suprallegalidade. Nem mesmo as normas constitucionais - que são invariavelmente normas internas - escapam do crivo da compatibilidade com os tratados internacionais de direitos humanos. No Caso *Open Door and Dublin Well Woman vs. Irlanda* e no Caso *A Última Tentação de Cristo vs. Chile*, a Corte Européia de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, respectivamente, decidiram que as normas constitucionais devem ser compatíveis com as normas convencionais inseridas nos tratados internacionais de direitos humanos. No Brasil, ao afastar a prisão civil para o depositário infiel, prevista no art. 5º, LXVII, em razão do disposto no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 7º, 7), o STF também aderiu aos precedentes dos tribunais internacionais de direitos humanos, afastando implicitamente a norma constitucional em favor da norma convencional³⁰.

Embora não tenha acolhido expressamente a tese de que os tratados de direitos humanos devam prevalecer sobre normas constitucionais que contrariem aqueles instrumentos

29 MAZZUOLI, op.cit., p. 64-97; PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional, p. 59-81.

30 STF, Pleno, RE n. 349.703-RS, rel. Min. Carlos Ayres Britto, julgado em 03 dez. 2008, DJE 04 jun. 2009.

internacionais, a posição do Supremo Tribunal Federal privilegia o dever do Estado de adotar disposições de direito interno compatíveis com as normas convencionais, presente em algumas cláusulas de tratados de direitos humanos (art. 2º., Convenção Americana de Direitos Humanos, por exemplo). A adoção de tal cláusula implica o dever jurídico de “adequar” o direito interno às disposições convencionais, principalmente por aqueles países cuja legislação doméstica não esteja totalmente compatibilizada com o tratado internacional. Assim sendo, cabe ao Estado-parte legislar ou revogar leis, a fim de promover o necessário ajustamento de seu ordenamento aos compromissos assumidos perante a comunidade internacional³¹.

5 Os tratados de Direitos Humanos como fontes do Direito Processual Civil

Todo tratado internacional deve ser objeto de compatibilidade com as normas do direito interno. Seja a partir do controle de suprallegalidade (tratados ditos comuns) ou a partir do controle de convencionalidade (tratados de direitos humanos), as normas domésticas devem submeter-se às obrigações internacionais assumidas pelo país. Os resultados dessa constatação devem repercutir, obviamente, no Direito Processual Civil.

Há inúmeros exemplos de direitos processuais garantidos em tratados internacionais de direitos humanos, assinados e ratificados pelo Brasil, que devem ter sua vigência exigida no país. Deve ser garantida à criança, por exemplo, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado (art. 12.2, Convenção da ONU Sobre os Direitos da Criança). O direito a ser ouvido pelo órgão judicial competente,

31 GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica, p. 30-35.

em prazo razoável, também não pode se restringir ao âmbito penal e deve ser estendido ao processo civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza (art. 8.1, Convenção Americana sobre Direitos Humanos).

A doutrina brasileira tenta aos poucos inserir os tratados como fontes do direito processual civil. A menção às garantias judiciais constantes do Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos) é mais recorrente entre os processualistas³², principalmente quando se trata do duplo grau de jurisdição³³, ao passo que a discussão em torno de eventual conflito entre o art. 90 do CPC e o Código Bustamante (Convenção de Havana), a respeito da litispendência internacional, ocupa relativo espaço³⁴. Mais amplamente, ainda se debate se os tratados situam-se ou não no mesmo plano das leis em geral³⁵. De maneira mais contida, porém, alguns estudos processuais debruçam-se sobre precedentes de tribunais internacionais, como o Caso Zimmermann e Steiner vs. Suíça³⁶ e o Caso Capuano vs. Itália³⁷ da Corte Europeia de Direitos Humanos.

Com fundamento na Convenção Americana de Direitos Humanos, o Supremo Tribunal Federal, por sua vez, já decidiu por excessos de prazo injustificáveis do processo judicial³⁸. Também com fulcro no chamado Pacto de San José, o STF julgou pela ilegitimidade da medida coercitiva da prisão civil do depositário infiel, ainda que se cuide de depositário judicial³⁹. Contrariando o art. 8.2.h da mencionada Convenção, todavia, o mesmo Supremo Tribunal Federal atribuiu caráter apenas relativo ao duplo grau de jurisdição⁴⁰.

32 DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil, p. 73.

33 NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na constituição federal, p. 178-179.

34 GRECO FILHO, Vicente. Direito processual civil, p. 183-191; CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil, p. 19-20.

35 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo et al. Teoria geral do processo, p. 79; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Teoria geral do processo civil contemporâneo, p. 22.

36 CARVALHO, Fabiano. EC n. 45: reafirmação da garantia da razoável duração do processo, Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004, p. 218-221.

37 TUCCI, José Rogério Cruz e. Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal), p. 69-75.

38 STF, 2ª. Turma, HC n. 91.662, rel. Min. Celso de Mello, julgado em 04 mar. 2008, Dje 03 abr. 2008.

39 STF, 2ª. Turma, HC n. 96.772, rel. Min. Celso de Mello, julgado em 09 jun. 2009, Dje 20 ago. 2009.

40 STF, 2ª. Turma, AgRgAI n. 601.832, rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 17 mar. 2009, Dje 02 abr. 2009.

Em todos esses exemplos, os juízes devem aplicar as normas internacionais, independentemente de regulação interna pelo Código de Processo Civil ou pela legislação extravagante, pois os tratados, nesse ponto, têm aplicabilidade imediata. Mais que isso, a fórmula *iura novit curia* (“o juiz conhece a lei”), pela qual o juiz deve dar ao fato narrado pelo autor o enquadramento legal adequado⁴¹, aplica-se integralmente aos tratados⁴². O juiz não precisa ser “lembrado” de que tal tratado exista e de que deva ser aplicado. É seu dever *ex officio* conhecer o conteúdo dos tratados ratificados pelo país e fazê-los incidir ao caso concreto, independentemente de provocação da parte interessada.

Por fim, cumpre ressaltar a importância de se observar as normas dos tratados internacionais, especialmente os de direitos humanos, no âmbito do processo. “Para o Direito Internacional, o ato judicial é um fato a ser analisado como outro qualquer”. O Estado responde internacionalmente pelos atos de quaisquer de seus poderes (Poder Executivo, Poder Legislativo ou Poder Judiciário) ou por quaisquer de seus órgãos. Como manifestação do poder estatal, a função jurisdicional pode cometer excessos ou omissões, abusos ou violações que contrariem normas internacionais de direitos humanos. O Poder Judiciário, em sua atuação no processo, não está imune à obrigatoriedade da obediência às normas convencionais⁴³.

Nasce daí, portanto, uma das maiores preocupação dos processualistas em relação aos tratados internacionais. Em quais hipóteses a ameaça ou a lesão a direitos processuais do cidadão pode configurar violação às normas convencionais? De que forma o Estado-juiz deve preservar a força vinculante dos tratados internacionais no âmbito do processo? Quais são os casos em que o Estado pode ser responsabilizado por sua atuação na função jurisdicional?

41 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Omissão judicial e embargos de declaração, p. 144-165

42 STJ, 3ª. Seção, IDC n. 1, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 08 jun. 2005, DJ 10 out. 2005, p. 217.

43 RAMOS, André de Carvalho. Responsabilidade internacional do estado por violação de direitos humanos, Revista CEJ, p. 56-58.

A jurisprudência dos tribunais internacionais de direitos humanos fornece muitos exemplos de decisões nas quais os Estados-partes foram condenados por não respeitarem garantias processuais de seus cidadãos: a) a Nicarágua foi condenada a pagar vinte mil dólares em razão de demora não razoável de processo judicial⁴⁴; b) o Brasil já foi condenado a pagar indenização por danos morais, por não ter colocado à disposição de seu cidadão recursos judiciais efetivos e idôneos para combater eventual lesão de direitos⁴⁵; c) a Turquia foi condenada por violação a direitos humanos, porque não forneceu meios para que o réu exercesse amplamente sua defesa por advogado⁴⁶; d) o Reino Unido foi condenado por não ter assegurado a seu cidadão um órgão judicial com independência - garantia judicial a ser demonstrada pela forma de indicação dos membros do Poder Judiciário, pela existência de garantias dos juízes contra pressões externas e pela imparcialidade dos juízes em relação às partes⁴⁷.

6 Conclusões

Diante do exposto, os processualistas não podem desviar-se do estudo das obrigações assumidas pelos Estados perante a comunidade internacional. Os tratados são fontes de direito para o processo, e não atos meramente políticos ou diplomáticos. Cabe ao estudioso do Direito Processual Civil inserir os tratados em suas hipóteses de investigação, de modo a garantir a efetividade do controle supralegal e convencional das normas jurídicas internas.

A partir do presente estudo, sugere-se a investigação da compatibilidade atual do Projeto do Novo Código de Processo

44 Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Genie Lacayo vs. Nicarágua, Sentença de 29 de janeiro de 1997.

45 Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Escher e outros vs. Brasil, Sentença de 06 de julho de 2009.

46 Corte Européia de Direitos Humanos, Caso Ocalan vs. Turquia, Sentença de 12 de maio de 2005.

47 Corte Européia de Direitos Humanos, Caso Grieves vs. Reino Unido, Sentença de 16 de dezembro de 2003.

Civil, que está em tramitação no Congresso Nacional, com as normas internacionais assumidas pelo país, especialmente os tratados internacionais de direitos humanos. Cumpre lembrar que o Projeto, em seu art. 12, determina que “A jurisdição civil será regida unicamente pelas normas processuais brasileiras, ressalvadas as disposições específicas previstas em tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário”.

Indica-se também, como hipótese científica, a comparação entre as normas processuais internas brasileiras com as normas internacionais, de modo a se encontrar pontos de expansão daquelas primeiras. São hipóteses em que a legislação interna confere maior proteção aos direitos do que os compromissos internacionais. Em palavras mais simples: trata-se de buscar direitos nacionais mais “favoráveis” ao homem do que os direitos internacionais previstos nos tratados. Exemplo disso é o direito ao defensor. Se, por um lado, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos outorga a toda pessoa, dentro do processo, o “direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado” (art. 8.2.e, Convenção Americana sobre Direitos Humanos), a Constituição do Brasil de 1988, por outro lado, afirma ser a Defensoria Pública “instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados” (art. 134, *caput*, Constituição de 1988). Assim sendo, o direito ao “defensor”, previsto na norma constitucional brasileira, é, em tese, mais amplo do que o disposto na norma convencional, pois tutela o cidadão dentro ou fora do processo, inclusive no âmbito administrativo e ainda lhe outorga, na legislação infraconstitucional, o direito a simples orientação jurídica, sem necessidade do “litígio judicial” (Lei Complementar Federal n. 80/1990).

Nesse último caso, eventual “conflito” poderia ser facilmente resolvido pelo chamado critério internacional *pro*

homine, ou seja, deve prevalecer a norma que melhor proteja os direitos fundamentais do homem. A norma *pro homine*, aliás, outorga maior prevalência à norma que reconheça mais amplamente os direitos humanos, independentemente da fonte de ordem da obrigação que se trate.

Os precedentes dos tribunais internacionais, especialmente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, devem ocupar, por isso, maior espaço no campo doutrinário no país, de modo que o conteúdo de direitos processuais fundamentais, como o direito à ampla defesa, seja formatado a partir da experiência das condenações internacionais do Brasil e de outros países. Cogita-se que outros direitos processuais, geralmente marginalizados pela doutrina brasileira, poderiam emergir da análise dos tratados e da jurisprudência internacionais, como é o caso do direito ao intérprete.

Outro ponto que merece maior atenção científica é a análise da compatibilidade entre as garantias processuais previstas na Constituição de 1988 e as garantias processuais contidas na Convenção Americana de Direitos Humanos. Por exemplo, a visão hermenêutica mais ou menos generalizada de que o duplo grau de jurisdição não teria caráter absoluto, em razão do sistema constitucional de recursos e de organização judiciária, resistiria ao controle da convencionalidade do art. 8.2.h da Convenção Americana de Direitos Humanos? Ações cíveis de competência originária dos tribunais seriam compatíveis com as obrigações internacionais assumidas pelo Brasil?

Outra linha de pesquisa direciona-se aos mecanismos processuais do “controle de convencionalidade”. Seria possível discutir, por exemplo, o cabimento de recurso extraordinário contra decisão que tenha contrariado tratado internacional de direitos humanos, a despeito da previsão do art. 105, III, “a”, da Constituição de 1988 (que prevê a hipótese de recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça quando a decisão recorrida contrariar tratado ou negar sua vigência).

Por fim, uma análise criteriosa da jurisprudência dos tribunais superiores, especialmente do Supremo Tribunal Federal, poderá revelar se os acórdãos dos tribunais pátrios encontram-se em conformidade com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, especialmente em relação à interpretação das garantias judiciais previstas no art. 8º. da Convenção Americana de Direitos Humanos e em relação a outros direitos humanos previstos nos demais instrumentos internacionais ratificados pelo Brasil.

Human rights treaties as sources of Brazilian civil procedure law

Abstract: The paper addresses the effects of human rights treaties on Brazilian civil procedure law. First, it analyzes the current overview of the treaties as law sources. Then, it demonstrates how treaties influence the domestic law. Further on, it shows how the human rights treaties are considered in Brazilian civil procedure law. The paper concludes it is necessary to adapt the new civil procedure code, the Brazilian court decisions and the scientific studies to the human rights treaties and to its interpretation by international courts.

Keywords: Human Rights. Civil Procedure Law

Referências

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito tributário na Constituição e no STF: teoria e jurisprudência*. 12.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10.ed. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 15.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. v.1.

CARVALHO, Fabiano. EC n. 45: reafirmação da garantia da razoável duração do processo. *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004*. Coordenação de Teresa Arruda Alvim Wambier et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CAVALCANTE, Mantovanni Colares. Estudo sistemático do objeto e das fontes do direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 31, v. 131, jan. 2006.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo et al. *Teoria geral do processo*. 22.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

COSTA, Adriano Soares da. Fontes do direito e fato jurídico: resposta a Tárek Moysés Moussallem. *Revista Tributária*, São Paulo: Revista Tributária, v. 50, 2003.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana de Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

HECK, Luís Afonso. As fontes do direito. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 677, 1992.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MENDES, Gilmar et al. *Curso de direito constitucional*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

RAMOS, André de Carvalho. A expansão do direito internacional e a constituição brasileira: novos desafios. *Crise e desafios da constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras*. Coordenação de José Adércio Leite Sampaio. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. Responsabilidade internacional do estado por violação de direitos humanos. *Revista CEJ*, Brasília: Conselho da Justiça Federal; Centro de Estudos Judiciários, n. 29, 2005.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Interpretação da lei e de precedentes: *civil law e common law*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 893, mar. 2010.

_____. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 8.ed. Madri: Trotta, 2008.

Síntese histórica da Responsabilidade Civil e a necessidade de demonstração de culpa ante a falta de serviço público: requisito para configurar a responsabilidade do estado

Adriano Figueredo Carneiro*

Sumário: 1 Introdução. 2 Evolução Histórica da Responsabilidade Civil. 3 O Princípio geral da responsabilidade civil, sua natureza jurídica e seus pressupostos. 4 Responsabilidade subjetiva do Estado pela falta de serviço público. 5 Amplitude Jurisprudencial. 6 Conclusão. Referências.

Resumo: Síntese histórica da responsabilidade civil e a necessidade de demonstração de culpa ante a falta de serviço público: requisito para configurar responsabilidade Estatal, é um estudo que, além de estudar a história do instituto da responsabilidade civil, tenta pacificar um entendimento sólido a respeito da responsabilidade do Estado por condutas omissivas negativas, ou seja, quando o agente público, nesta qualidade, não intermediou, ou não fez parte da relação causa e efeito (falta de serviço). Deixa claro que por condutas comissivas e omissiva positivas, ou seja, quando agente público age com dolo ou culpa, fazendo parte da relação de causalidade (causa-efeito), gerando, assim, qualquer dano, a responsabilidade é objetiva. Por outro lado, quando a conduta for omissiva negativa a responsabilidade será subjetiva. O presente trabalho visa destrinchar o instituto da responsabilidade civil e proporcionar aos leitores subsídios para se posicionarem em uma das duas teses existentes. Diante disto chega-se a uma conclusão, pretendendo assim contribuir e evoluir com a discussão no âmbito jurídico.

Palavras chave: Responsabilidade. Civil. Estado. Omissão.

* Assessor Técnico da Assessoria Jurídica da Polícia Militar do Ceará, graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza, em Segurança Pública pela Academia de Polícia Militar General Edgard Facó. Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Cândido Mendes.

1 Introdução

O instituto da responsabilidade extracontratual do Estado, ente juridicamente organizado e detentor do poder soberano, vem em constante evolução. Este instituto surgiu no Direito Francês, no século XVIII, através da construção do Conselho de Estado, decorrente do *imperium*, onde certas pessoas ou instituições detinham poderes de excluir, em determinados casos, a responsabilidade dos administradores, com raras exceções legais, promovendo assim uma irresponsabilidade do Estado perante seus administrados.

Já na segunda metade do século XIX, a situação antes adotada pelo Direito Francês teria se modificado, a partir do momento em que o administrado, comprovando a culpabilidade do Estado pela não execução do serviço público, por sua má execução ou por sua execução atrasada, ou seja, pela “falta de serviço”, incorporava ao seu patrimônio jurídico o direito de responsabilizá-lo por eventuais danos causados aos seus bens, daí surgiria a responsabilidade subjetiva do Estado.

Pouco tempo depois, viria a responsabilidade objetiva do Estado por atos lícitos ou ilícitos, de modo que se o Estado causasse danos ou prejuízos aos administrados, estes não precisariam comprovar a culpabilidade da pessoa jurídica de Direito Público, necessitando sim, apenas comprovar o dano e o nexos causal, ou seja, uma relação direta e imediata entre o comportamento e o dano, a fim de indenizar o administrado conforme suas perdas. O instituto da responsabilidade extracontratual do Estado ingressou no ordenamento jurídico Brasileiro a partir da Carta Magna de 1946 em seu art.194 e estava em plena evolução, daí a razão de surgirem, à época, decisões das mais variadas.

A doutrina e a jurisprudência, diante desta discussão, têm se posicionado de várias maneiras, ora com decisões fundamentadas na teoria da culpa, ora na teoria do risco, de modo a interpretar o art. 37, § 6º da Constituição Federal de 1988 como sendo de responsabilidade subjetiva, em alguns casos, e em outros de responsabilidade objetiva. Em defesa da responsabilidade subjetiva, quando da falta de serviço, encontramos vários juristas, quais sejam: Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Helena Diniz, Odília Ferreira da Luz, Caio Tácito, Themístocles Brandão Cavalcanti e Aguiar Dias; por outro lado em defesa da responsabilidade objetiva do Estado, quando da falta de serviço, encontraremos: Odete Medauar, Celso Ribeiro Bastos, Hely Lopes Meirelles, Weida Zancaner Brunini e Yussef Said Cahali.

A redação do art. 37 § 6º da atual Constituição Brasileira dá margem à interpretação das mais variadas, no que diz respeito à forma como se dá a responsabilização do Estado, se objetiva ou subjetiva. Para responsabilizar objetivamente o Estado por danos aos administrados, a causa terá que ser, necessariamente, originária de um agente público, nesta qualidade, ou seja, atos comissivos e omissivos positivos do Estado, representados pelos seus agentes, ou seja, o Estado tem que agir por meio do agente público. Verificaremos, portanto, neste trabalho, que os casos de omissão negativa, ou seja, onde o agente em hipótese alguma fez parte direta e imediata do ato causador do dano, não há que se falar em responsabilidade civil objetiva. O agente tem que necessariamente praticar algum ato, seja ele comissivo ou omissivo positivo, para que o administrado não necessite demonstrar a culpabilidade do ente estatal. Verificaremos também, que se não for possível identificar a conduta do agente, deverá, então, a vítima do evento danoso provar a culpabilidade do Estado.

2 Evolução Histórica da Responsabilidade Civil

Nos primórdios da civilização humana os fatos que davam origem a danos a pessoas de determinadas sociedades eram repudiados de forma coletiva, ou seja, a própria comunidade reunia-se e sancionava o agressor da mesma forma e grandeza da ofensa, fazendo com que aquela sanção servisse de exemplo para aquela comunidade. Tal característica de reparação obstacularizava futuras ações que poderiam advir de determinada sociedade.

Sucedese a compensação de indivíduo para indivíduo. Ao contrário dos atuais pressupostos da responsabilidade civil, quais sejam: dano, ou prejuízo, a culpa do autor do dano e a relação de causalidade entre o fato e o dano, neste momento não havia que demonstrar a culpa do autor do fato, sendo-lhe imputados toda a responsabilidade originária do fato danoso. Não havia normas para limitar as ações destes indivíduos; de imediato a ação danosa era repudiada ou compensada com outra da mesma forma. Vejamos o que diz a respeito da responsabilidade civil nos primórdios da civilização humana, Carlos Roberto Gonçalves (2005, p. 04), em sua obra a Responsabilidade Civil: “Dominava, então, a vingança privada, “forma primitiva, selvagem talvez, mas humana, da reação espontânea e natural contra o mal sofrido; solução comum a todos os povos nas suas origens, para a reparação do mal pelo mal”.

Da forma primitiva passa-se para a compensação econômica, ainda não se falando de culpa. Uma forma mais abrandada de reparação, evitando a reação natural do ser humano para com outro ser humano. O ofendido recebia todas as vantagens financeiras como forma de recompensa ao prejuízo sofrido; ressalte-se que ainda não há a presença do Estado soberano na intermediação do conflito, sendo uma forma voluntária do indivíduo.

Em uma nova evolução, nosso instituto passa agora a fazer diferença entre a “pena”, isso dentro da esfera do direito penal, e a “reparação dos danos”, agora a recomposição dos prejuízos advindos da conduta danosa, no âmbito civil. É na Lei Aquília, oriunda do Direito Romano, que se começa a delimitar todos os estudos de reparação de danos, vindo a se discutir a relação da culpa entre o fato danoso e o dano propriamente dito. Veja-se uma passagem da obra Responsabilidade Civil, de Maria Helena Diniz:

A Lex Aquilia de damno veio a cristalizar a idéia de reparação pecuniária do dano, impondo que o patrimônio do lesante suportasse o ônus da reparação, em favor do valor da res, esboçando-se a noção de culpa como fundamento da responsabilidade, de tal sorte que o agente se isentaria de qualquer responsabilidade se tivesse procedido sem culpa. Passou-se a atribuir o dano à conduta culposa do agente. A Lex Aquilia de damno estabeleceu as bases da responsabilidade extracontratual, criando uma forma pecuniária de indenização do prejuízo, com base no estabelecimento de seu valor. (DINIZ, 2003, p.10).

Observa-se agora que, além do Estado intervir nas relações entre as pessoas, temos o conceito de culpa, como pressuposto da responsabilidade civil, firmando assim normativamente, através de um contrato social, a indenização pecuniária, e abolindo de uma vez a precariedade e a conduta primitiva do ser humano. Obviamente, pela forma autocrática e soberana do Estado, muito humildemente tinha-se falado em responsabilidade extracontratual do Estado, fazendo diferenciação entre os “atos de império” e os “atos de gestão”, um promovendo a irresponsabilidade civil e o outro a responsabilidade, respectivamente.

Foi na França, no século XVIII, que todo esse embasamento científico, a respeito do instituto ora estudado, gerou critérios mais aprofundados e seguros, até porque a sociedade evoluiu e, por conseguinte aumentou os conflitos nela existentes. Podendo-se falar que foi no Direito Francês que ocorreu um aperfeiçoamento da *Lex Aquilia*.

Na segunda metade do século XVIII, com o *boom* do desenvolvimento industrial, surgiu a teoria do Risco que, sem abandonar a teoria da culpa até o momento estudada, inova com a responsabilidade objetiva, protegendo de todas as formas as vítimas de condutas danosas. Observemos estudo de Carlos Roberto Gonçalves em sua obra Responsabilidade Civil:

A responsabilidade seria encarada sob o aspecto objetivo: o operário, vítima de acidente de trabalho, tem sempre direito a indenização, haja ou não culpa do patrão ou do acidentado. O patrão indeniza, não porque tenha culpa, mas porque é dono da maquinaria ou dos instrumentos de trabalho que provocaram o infortúnio....

A responsabilidade objetiva funda-se em um princípio de equidade, existente desde o direito romano: aquele que lucra com a situação deve responder pelo risco ou pela desvantagens dela resultantes...Quem auferir os cômodos(ou lucros) deve suportar os incômodos(ou riscos) (GONÇALVES, 2005, p. 06-07)

Mesmo de maneira deficiente, observa-se uma atenção maior nas relações trabalhistas entre empregador e empregado, no que diz respeito à responsabilidade civil de um para com o outro. Momento em que, nestas relações, ocorreu uma passagem da responsabilidade subjetiva para a responsabilidade objetiva. Neste momento, da evolução histórica, verificamos que mesmo sem deixar a noção de culpa, ou da responsabilidade subjetiva, a doutrina dá lugar para a responsabilidade objetiva, advindo a noção de risco; desta maneira existindo tanto normatizações

para uma linha de pensamento como para outra. De modo que, dentro de um determinado ordenamento jurídico, existiam fatos positivados seguindo as doutrinas tanto da responsabilidade objetiva como da responsabilidade subjetiva.

Atualmente, a Responsabilidade Civil se coaduna com os mais diversos ramos do Direito, ora seguindo a teoria do Risco, ora seguindo a teoria da Culpa, dependendo muito da origem das condutas danosas, de seus sujeitos, e do nexos causal, sempre existindo dentro de um mesmo sistema discussões acirradas sobre o instituto ora estudado.

A responsabilidade civil apresenta uma evolução pluridimensional, pois sua expansão se deu quanto à sua história, aos seus fundamentos, à sua extensão ou a área de incidência (número de pessoas responsáveis e fatos que ensejam a responsabilidade) e a sua profundidade ou densidade (exatidão de reparação) (DINIZ, 2003, p.09).

Atualmente, no Brasil, temos a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988. Com a redação maior, seguiu novamente o fundamento da responsabilidade objetiva do Estado na reparação de danos sofridos por seus administrados, porém inovou com a inclusão de responsabilidade para todas as pessoas jurídicas, seja de direito público ou privado, prestadoras de serviços públicos. Verifica-se novamente a individualização do ato, na pessoa do agente público, e o direito de ação regressiva do Estado para com este mesmo agente:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. (BRASIL, Constituição de 1988).

2 O Princípio geral da Responsabilidade Civil, sua natureza jurídica e seus pressupostos

Estamos convivendo em comunidade, as relações humanas, o contato humano está diuturnamente em equilíbrio. Quando este equilíbrio é rompido, e surge a partir daí um conflito entre pessoas, dando origem a um evento danoso ou prejudicial a um dos sujeitos, estamos diante a um caso de Responsabilidade Civil. Portanto, entende-se que o princípio geral da responsabilidade civil é o de não prejudicar ninguém.

Em uma relação humana o direito de um termina quando começa o do outro, em não respeitando este limite tem-se, advindo o prejuízo, a responsabilidade civil de um para com o outro. Portanto, todo o princípio da responsabilidade civil se resume em não prejudicar ninguém, em não lesionar física ou moralmente os sujeitos de uma comunidade social, é o princípio fundamental do *neminem laedere*.

Após análise do princípio geral da responsabilidade civil, baseado no princípio fundamental do *neminem laedere*, como mandamento geral, passa-se a analisar a natureza jurídica do instituto ora em estudo.

Se o mandamento geral deste instituto é o de não prejudicar a ninguém, obviamente se houver um evento danoso entre sujeitos, haverá a obrigação do agente causador do dano em ressarcir todo o prejuízo advindo do fato, ou ressarcir aquilo que deixou de ganhar, ou ressarcir terceiros relacionados com o fato ou com o sujeito credor da relação prejudicante-

prejudicado. Diante disso, claramente, expomos que uma das espécies de natureza jurídica da responsabilidade civil é o caráter compensatório.

Sendo o ato danoso oriundo de uma ação lícita ou ilícita, posteriormente irá surgir com base neste evento uma sanção civil, mas que terá no final do processo um caráter sancionatório. De modo a atribuir à parte lesante uma pena pecuniária pela sua ação.

Diante disso observa-se outra espécie da natureza jurídica da responsabilidade civil que é, sem dúvida alguma, a sancionadora, procurando a partir daí colocar o sujeito lesante, pela sua conduta, numa situação em que ele se sinta apenado - no sentido *lato* - pelo seu ato. Posteriormente, vindo a compensar ou indenizar os prejuízos que a outrem sofreu.

Passa-se, adiante, a falar sobre os pressupostos da responsabilidade civil. O primeiro refere-se à **conduta humana**, o ato humano, seja comissivo ou omissivo, lícito ou ilícito, voluntário e individualizado, do próprio agente ou de terceiros, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado.

A civilista Maria Helena Diniz ensina, em seu estudo, que conduta é uma ação humana, voluntária e individualizada, uma iniciativa promovida por vontade própria, sem qualquer imposição, mesmo que o ato executado se indique como um dever da pessoa, vejamos:

Deverá ser voluntário no sentido de ser controlável pela vontade a qual se imputa o fato, de sorte que excluídos estarão os atos praticados sob coação absoluta; em estado de inconsciência, sob o efeito de hipnose, delírio febril, ataque epilético, sonambulismo, ou por provocações de fatos invencíveis como tempestade, incêndios desencadeados por raios, naufrágios, terremotos, inundações etc. (DINIZ, 2003, p.40).

O segundo pressuposto da responsabilidade civil é o **dolo ou culpa do agente**. Dolo é a violação intencional, consciente e voluntária do dever jurídico, é a exteriorização de sua vontade, é a demonstração de seu “querer”. A culpa é a falta de diligência normal, por imperícia, imprudência ou negligência.

Ratifica-se que a regra da reparação civil é a da responsabilidade subjetiva, tendo a vítima que demonstrar a culpa, em *stricto sensu*, do sujeito lesante, porém existirá casos em que a responsabilidade será objetiva, com base na teoria do risco e da culpa presumida.

O terceiro pressuposto da responsabilidade civil é a **relação de causalidade ou nexó causal**, sendo o binômio causa-efeito entre a ação ou omissão humana e o prejuízo sofrido por um dos sujeitos do evento danoso. De modo que, se a causa não está relacionada com o evento danoso não há que se falar em responsabilidade civil. Demonstra-se os elementos objetivos do evento. Por exemplo, se alguém comprar um vestido em uma loja, e chegando em casa sua filha desbota o vestido, de forma que fique inservível, não há que se falar em responsabilidade civil da loja, pois não há relação de causa e efeito.

Por último o **dano sofrido pela vítima**. O dano nada mais é que o prejuízo que a vítima tem em virtude do evento danoso, podendo ser material ou simplesmente moral. O material é o prejuízo financeiro, que poderá ser calculável e posteriormente liquidado; o prejuízo moral é o prejuízo intangível, porém alvo de ser calculado e liquidado.

3 Responsabilidade subjetiva do Estado pela falta de serviço público

Atualmente pode-se encontrar em algumas jurisprudências, doutrinas e artigos jurídicos brasileiros o entendimento de que o Estado seria responsável objetivamente por qualquer dano

que seu administrado sofresse pela não prestação, ou pelo não cumprimento de alguns deveres constitucionais dispostos na Carta Magna, mais precisamente pela falta de serviço - não execução do serviço público, má execução ou por sua execução atrasada. Estas doutrinas e jurisprudências afirmam que o Estado estaria obrigado a reparar, objetivamente, os danos sofridos pelas pessoas, caso as obrigações de serviços públicos como: segurança, saúde, educação, etc. não funcionassem, funcionassem tardiamente ou funcionassem mal. Entende-se errôneo este pensamento, pois o Estado não agiu positivamente, ou seja, por intermédio de agente público, atuando em serviço ou em razão da função.

Sabe-se que alguns deveres constitucionais do Estado para com a sociedade dependem de políticas públicas para o seu alcance, e que estas obrigações, como educação, saúde, segurança e outros, sempre serão metas a serem buscadas e em constante execução pela máquina administrativa do Estado, sempre com finalidade de uma convivência harmoniosa na comunidade.

Seria um absurdo aqui idealizar que em todo distrito e município do território brasileiro houvesse um hospital com todo o aparato pessoal e material para atender o cidadão; que em todo quarteirão das cidades e municípios do Brasil existisse uma dupla de policial a fornecer o serviço de segurança às comunidades locais; que em toda a localidade houvesse uma escola com logística necessária para proporcionar uma educação de qualidade e garantir aquele cidadão sua inclusão no concorrido mercado de trabalho futuramente.

Verifica-se que os artigos 144, 196 e 205 da Constituição Federal de 1988 elencam deveres do Estado para com a sociedade, quais sejam de segurança, saúde e educação, bem como outros que aqui não é citado, porém dentro de uma normalidade e dentro de um padrão de serviço público é irrazoável e desproporcional exigir a presença do Estado em

todo o espaço físico do ente federativo. Observe o que dispõe o *caput* dos artigos acima mencionado:

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

[...]

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

[...]

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. (BRASIL, Constituição de 1988)

Observa-se que o legislador Constitucional deu um maior grau de importância há alguns direitos sociais, quais sejam, o de segurança, saúde e educação, porém não significa dizer que, dentro do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, princípios constitucionalmente consagrados, o Estado terá, objetivamente, o dever de reparar todos os danos advindos das áreas de segurança, saúde e educação. Neste caso chegaremos a teoria do risco integral, a qual não encontra amparo sistêmico, nem legal.

Estamos de frente a uma discussão por demais debatida a responsabilidade civil, qual seja, a falta de serviço. Na responsabilidade objetiva, o sujeito passivo da ação – no caso em estudo o ente Estatal - terá que responder pelas ações ou omissões independentemente de culpa, não importando se o ato jurídico ocorreu com imperícia, imprudência ou negligência,

diferentemente dos casos onde exista a “falta de serviço”, ou seja, nos casos de ausência ou retardo no funcionamento do serviço público.

Caso haja falta de serviço nos deveres constitucionais de prestação de segurança, saúde, educação, dentre outros, verificando-se a falta de uma delas é, porém, razoável a constatação da culpa, mesmo se ocorrer a inversão do ônus da prova, desde que haja normalidade na prestação de serviço e que o agente público não tenha intermediado o fato danoso, com dolo ou culpa. Assim observa Celso Antônio Bandeira de Mello (2005, p.959):

Finalmente,quadraadvertirquearesponsabilidade por comportamentos omissivos não se transmuda em responsabilidade objetiva nos casos de “culpa presumida”, pois, se o Poder Público provar que não houve omissão culposa ou dolosa, descaberá responsabilizá-lo; diversamente do que ocorre na responsabilidade objetiva, em que nada importa se teve, ou não, culpa: responderá do mesmo modo.

É entendimento plausível e coerente afirmar que em caso de omissão positiva, pela qual ocorre uma inércia do Estado, por meio de um agente público, nesta qualidade, tendo o dever de agir e não o fez, a responsabilidade é objetiva, não sendo necessária a comprovação da culpabilidade do Poder Público na prestação do serviço. Concorda-se com o pensamento de Mello (2005, p. 960):

A responsabilidade estatal repontará apenas, consoante reiteradamente vimos afirmando, se o Estado não agiu para impedir o dano, embora estivesse juridicamente obrigado a obstá-lo, ou se, tendo agido, atuou insuficiente, portanto abaixo dos padrões a que estava de direito compelido.

Do mesmo modo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2006, p. 625):

Porém, neste caso, entende-se que a responsabilidade não é objetiva, porque decorrente do mau funcionamento do serviço; omissão na prestação do serviço tem levado a aplicação da teoria da culpa do serviço público (faute du service); é a culpa anônima, não individualizada; o dano não decorreu de atuação de agente público, mas de omissão do poder público.

[...]

O Estado responderá se ficar caracterizada a sua omissão, a sua inércia, a falha na prestação do serviço público;

[...]

a culpa do serviço público, demonstrada pelo seu mau funcionamento, não-funcionamento ou funcionamento tardio é suficiente para justificar a responsabilidade do Estado (grifo nosso).

Mais uma vez verificamos a diferença que a doutrina menciona, quanto a falta de serviço, ficando mais claramente visível quando Di Pietro fala que se o dano não ocorreu de atuação direta do agente público, como consagra o art. 37, §6º, da Constituição Federal de 1988, não há que se falar em responsabilidade objetiva do Estado, de modo que é necessária a caracterização da omissão, a demonstração da falta do serviço público, para justificar a responsabilidade do Estado, ou seja, é indispensável, na instrução processual, a demonstração da culpa do Poder Público, nos casos de danos provenientes da falta de serviço.

A falta de serviço é o termo usado por nossa doutrina para especificar o retardo do serviço público, ou a inexistência do serviço público, ou seu mau funcionamento, obviamente, tudo dentro de um padrão de normalidade de serviço. O Estado, como pessoa jurídica, não poderia ser onipresente, onisciente e onipotente.

Entende-se, portanto, que na esfera dos atos omissivos negativos, ou seja, aqueles em que o agente público não tenha intermediado o fato danoso, com dolo ou culpa, deve-se verificar a culpa do Estado na obrigação de reparar, fundamentado na teoria da culpa.

A própria Carta Magna de 1988 deixa claro que quando há uma ação positiva do Estado, por intermédio do agente público nessa qualidade, a responsabilidade é objetiva, porém do contrário, não, a responsabilidade é subjetiva. Enfim, danos provenientes da falta de serviço é caso de responsabilidade subjetiva do Estado.

4 Amplitude jurisprudencial

Abaixo veremos farta jurisprudência, as quais demonstram que pela falta de serviço a responsabilidade do Estado é subjetiva, com fundamento na teoria da culpa. Momento em que não partindo, diretamente e imediatamente, a conduta omissiva de agente público, atuando em serviço ou em razão da função, ou seja, a conduta sendo omissiva negativa, a responsabilidade estatal é subjetiva. Repita-se que a *faute du service* é quando o serviço público não funcionou, funcionou mal ou funcionou tardiamente, dentro do padrão de normalidade. Senão vejamos:

Prestação de serviço de saúde mantido em hospital municipal – Necessidade da comprovação da ocorrência de comissão ou omissão decorrente de imprudência, negligência ou imperícia quer por parte do médico, quer por parte da pessoa jurídica de direito público. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 144.363-5/5-SP. Agravante: Gerci Ermina da Anunciação. Agravado: Prefeitura Municipal de São Paulo. Relator Des. Laerte Sampaio. São Paulo, 7 dez.1999. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 775, p. 247-250, maio 1999.

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS. EPIDEMIA DE DENGUE. DANO COLETIVO E ABSTRATO. RESPONSABILIDADE CIVIL POR OMISSÃO. SERVIÇO DEFICIENTE NÃO-CONFIGURADO. INDENIZAÇÃO INDEVIDA. 1. O art. 127 da Constituição Federal estabelece a competência do Ministério Público para promover a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis por meio da ação civil pública, na forma do art. 129 da Carta Magna e do art. 1º, IV, da Lei n. 7.347/85, abarcando quaisquer direitos transindividuais, sejam eles difusos ou coletivos, ou mesmo individuais homogêneos, não havendo “taxatividade de objeto para a defesa judicial” de tais interesses. 2. A responsabilidade civil por omissão, quando a causa de pedir da ação de reparação de danos assenta-se no fa ute du service publique, é subjetiva, uma vez que a ilicitude no comportamento omissivo é aferido sob a hipótese de o Estado deixar de agir na forma da lei e como ela determina. 3. A responsabilidade civil do Estado, em se tratando de implementação de programas de prevenção e combate à dengue, é verificada nas seguintes situações distintas: a) quando não são implementados tais programas; b) quando, apesar de existirem programas de eficácia comprovada, mesmo que levados a efeito em países estrangeiros, o Estado, em momento de alastramento de focos epidêmicos, decida pela implementação experimental de outros; c) quando verificada a negligência ou imperícia na condução de aludidos programas. 4. Incabível a reparação de danos ocasionada pela faute du service publique quando não seja possível registrar o número de vítimas contaminadas em decorrência de atraso na implementação de programa de combate à dengue, não tendo sido sequer comprovado o efetivo atraso ou se ele teria provocado o alastramento do foco epidêmico. 5. Incabível a reparação de danos ocasionada abstratamente à coletividade, sem que

seja possível mensurar as pessoas atingidas em razão de eventual negligência estatal, mormente em havendo fortes suspeitas de que a ação estatal, se ocorrida atempadamente, não teria contribuído para evitar o dano nas proporções em que se verificou. 6. Recurso especial do Município Currais Novos não-conhecido. 7. Recursos especiais da União e da Funasa providos em parte. REsp 703471 / RN; RECURSO ESPECIAL 2004/0162624-3. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA (1123)

Por entender ausente o nexo de causalidade entre a ação omissiva atribuída ao Poder Público e o dano causado a particular, a Turma conheceu e deu provimento a recurso extraordinário para, reformando o acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, afastar a condenação por danos morais e materiais imposta ao mesmo Estado, nos autos de ação indenizatória movida por viúva de vítima de latrocínio praticado por quadrilha, da qual participava detento foragido da prisão há 4 meses. A Turma, assentando ser a espécie hipótese de responsabilidade subjetiva do Estado, considerou não ser possível o reconhecimento da falta do serviço no caso, uma vez que o dano decorrente do latrocínio não tivera como causa direta e imediata a omissão do Poder Público na falha da vigilância penitenciária, mas resultara de outras causas, como o planejamento, a associação e a própria execução do delito, ficando interrompida, portanto, a cadeia causal. STF – RE 369820/RS – Rel. Min. Carlos Velloso – Julgado em 4 nov. 2003 – Informativo n. 329 STF.

Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, esta numa de suas três vertentes, a negligência, a imperícia ou a imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta do serviço. (RE 369.820, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 27 fev. 2004)

Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, esta numa de suas três vertentes, a negligência, a imperícia ou a imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta do serviço. (RE 369.820, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 27 fev. 2004)

Responsabilidade civil do Estado: fuga de preso — atribuída à incúria da guarda que o acompanhava ao consultório odontológico fora da prisão — preordenada ao assassinio de desafetos a quem atribuía a sua condenação, na busca dos quais, no estabelecimento industrial de que fora empregado, veio a matar o vigia, marido e pai dos autores (...). (RE 136.247, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 18 ago. 2000)

Veículo registrado pelo Detran, mas que veio a ser apreendido pela polícia por ser objeto de furto. Não se pode impor ao Estado o dever de ressarcir o prejuízo, conferindo-se ao certificado de registro de veículo, que é apenas título de propriedade, o efeito legitimador da transação, e dispensando-se o adquirente de diligenciar, quando da sua aquisição, quanto à legitimidade do título do vendedor. Fora dos parâmetros da causalidade não é possível impor ao Poder Público o dever de indenizar sob o argumento de falha no sistema de registro. (RE 215.987, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 12 nov.1999)

Se de um lado, em se tratando de ato omissivo do Estado, deve o prejudicado demonstrar a culpa ou o dolo, de outro, versando a controvérsia sobre ato comissivo — liberação, via laudo médico, do servidor militar, para feitura de curso e prestação de serviços — incide a responsabilidade objetiva. (RE 140.270, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 18 out. 1996)

Veículo admitido a registro, pelo Departamento Estadual de Trânsito, a requerimento do adquirente, mas que depois se verificou haver

sido objeto de furto. Ausente o nexo causal, entre a atividade do funcionário e o prejuízo enfrentado pelo mencionado adquirente, não se acha caracterizada a responsabilidade civil do Estado. Precedentes do Supremo Tribunal: RREE 64.600, 86.656 e 111.715. (RE 134.298, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 13 mar. 1992)

ADMINISTRATIVO. INTERVENÇÃO/LIQUIDAÇÃO DO BANCO ECONÔMICO. DANO MORAL SOFRIDO POR EMPREGADO. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO FISCALIZATÓRIA DO BANCO CENTRAL DO BRASIL. RESPONSABILIDADE CULPOSA. PROVA DO DANO. NEXO DE CAUSALIDADE. INEXISTÊNCIA.

1. Segundo cediça jurisprudência, a responsabilidade do Estado por omissão não é objetiva, dependendo da demonstração de dolo ou culpa.
3. O que levou o Grupo Econômico à liquidação extrajudicial foi a má-gestão de seus administradores, que descumpriram as leis e enganaram os investidores, e não a fiscalização do Banco Central do Brasil ou a ausência dela.
4. O Poder Público, no exercício de seu poder de polícia sobre o mercado de capitais, tem o dever de fiscalizar, mas não o de se responsabilizar pelas fraudes cometidas pelos gestores de instituições financeiras, muito menos o de garantir os lucros da especulação financeira e a honorabilidade dos funcionários dessas instituições.
5. O apelante, ao aceitar o convite para ser um alto executivo do Banco Econômico S/A, tinha o dever de conhecer a grave situação econômico-financeira da empresa que, segundo o TCU, era notória há mais de dez anos, vez que se trata de profissional de longa experiência no ramo, cuja competência não foi posta em dúvida.
6. Inexiste nexo de causalidade entre a alegada omissão fiscalizatória do Banco Central e a interrupção da carreira de bancário do apelante, porquanto seu emprego foi preservado com a transferência para o Banco Excel, do qual exonerou-se a pedido.

7. Apelação improvida. (AC 199904010331653/RS, 3ª Turma, DJU 06 set. 2000, p. 183).

RECURSO ESPECIAL. DNER. RESPONSABILIDADE CIVIL POR ACIDENTE CAUSADO EM RODOVIA FEDERAL. LEGITIMIDADE PASSIVA. OMISSÃO DO ESTADO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. MÁ CONSERVAÇÃO DA RODOVIA FEDERAL. CULPA DA AUTARQUIA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. REDUÇÃO. 300 SALÁRIOS MÍNIMOS. PRECEDENTES.

O Departamento Nacional de Estradas de Rodagem - DNER é legítimo para figurar no pólo passivo da presente demanda, em que se discute o cabimento de indenização por danos morais à esposa de vítima falecida em decorrência de acidente de trânsito em rodovia federal.

A referida autarquia federal é responsável pela conservação das rodovias federais e pelos danos causados a terceiros em decorrência de sua má preservação. No campo da responsabilidade civil do Estado, se o prejuízo adveio de uma omissão do Estado, invoca-se a teoria da responsabilidade subjetiva. Como leciona Celso Antonio Bandeira de Mello, “se o Estado não agiu, não pode logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar ao evento lesivo” (“Curso de direito administrativo”, Malheiros Editores, São Paulo, 2002, p. 855).

Na espécie, a Corte de origem e o Juízo de primeiro grau concluíram, com base no exame acurado das provas dos autos, que o acidente que levou à morte da vítima foi provocado por buracos na rodovia federal, que levaram ao esvaziamento dos pneus do veículo acidentado e o conseqüente descontrole de sua direção. Dessa forma, impõe-se a condenação à indenização por danos morais ao DNER, responsável pela conservação das rodovias federais, nos termos do Decreto-lei n. 512/69. Com efeito, cumpria àquela autarquia zelar pelo bom estado das rodovias e proporcionar satisfatórias

condições de segurança aos seus usuários. (STJ - REsp 549812/CE, Rel. Min. Franciulli Netto, DJU 31 maio 2004, p. 273, a Segunda Turma)

6 Conclusão

Apesar da grande discussão doutrinária e jurisprudencial este estudo trouxe algumas contribuições científicas a cerca do instituto da responsabilidade civil do Estado por condutas omissivas. Ainda hoje há decisões judiciais que nos levam a crer que dependendo do fato concreto a responsabilidade civil do Estado por omissão pode ser subjetiva ou objetiva.

É de grande relevância ressaltar que em nosso sistema jurídico Brasileiro todo tipo de responsabilidade civil objetiva se encontra positivado em nosso ordenamento jurídico, sendo regra a responsabilidade subjetiva aos causadores de danos causados em vítimas de evento danoso, ou seja, teremos que observar todos os pressupostos do instituto para a devida reparação, quais sejam: ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, relação de causalidade ou nexu causal, e o dano sofrido pela vítima.

A nossa Carta Magna em seu art. 37, § 6º, deixa bem claro que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. Entende-se que a relação de causa e efeito tem que se originar de uma ação ou omissão do agente público, atuando de serviço ou em razão da função, deste modo terá, obviamente, configurada a responsabilidade civil do Estado de modo objetivo, ou seja, sem demonstração de culpa. Portanto, presunção *iure et de iure* de culpa.

Ao contrário veremos se o dano não partiu do agente público. Nos casos de omissão Estatal pela falta de serviço, ou

seja, quando o serviço público não funcionou, funcionou mal ou tardiamente, não podemos individualizar o ato no agente público, de modo que a responsabilidade civil do Estado pela reparação é subjetiva, ou seja, teremos que deixar comprovada a culpabilidade do Estado.

Dentro de uma prestação de serviço público normal, isto é, dentro dos padrões de normalidade, com certa proporcionalidade entre a execução do serviço e o reconhecimento social, não há que se falar em responsabilidade objetiva pela falta de serviço. Se assim fosse, adotaríamos a teoria do risco integral para o Estado, ou seja, responsável por todo o dano à sociedade.

Por fim, até pelo disposto na Constituição Federal, deixa-se claro que por condutas comissivas e omissivas específicas, ou positivas, isto é, onde o Estado agiu de forma positiva, por intermédio de um agente público, nessa qualidade, podendo-se individualizar a conduta do servidor, de modo direto e imediato no evento danoso, a responsabilidade civil do Estado é objetiva. Do contrário, quando observamos a omissão genérica, ou negativa, isto é, não se observa a ação ou omissão do agente público, seja porque o serviço não funcionou, funcionou mal ou tardiamente - falta de serviço - a responsabilidade é subjetiva.

The historical evolution of tort law and the need for proof of guilt before the lack of public service: State responsibility for setting requirements

Abstract: Is a study that, in addition to studying the history of the institute of civil liability, attempts to pacify a solid understanding about the responsibility State Pipeline omission negative, ie, when the public servant, as such, not brokered, or was not part of the cause and effect relationship (lack of service). Makes it clear that conduct by omission commissive and positive, ie, when public officer acts with malice or negligence, part of the causal (cause-effect), thus generating any damages, liability is strict. On the other hand, when the conduct is

negative omission liability will be subjective. The present work aims to unravel the institution of civil liability and provide readers with subsidies to position themselves in one of two existing theories. Before this comes to a conclusion, intending thereby to contribute and evolve with the discussion in the legal sense.

Keywords: Responsibility. Civil. State. Omission

Referências

BRASIL. *Constituição Política do Império do Brazil, de 25 de Março de 1824*. Registrada na Secretaria de Estado dos Negocios do Imperio do Brazil a fls. 17 do Liv. 4º de Leis, Alvarás e Cartas Imperiaes. Rio de Janeiro em 22 de Abril de 1824. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 2 set. 2004.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de Fevereiro de 1889*. *Diário Oficial [da] União*. Rio de Janeiro, de 24 de Fevereiro de 1889. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 2 set. 2004.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de Julho de 1934*. *Diário Oficial [da] União*. Rio de Janeiro em 16 de Julho de 1934. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 2 set. 2004.

_____. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de Novembro de 1937*. *Diário Oficial [da] União*. Rio de Janeiro em 10 de Novembro de 1937. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 2 set. 2004.

_____. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de Setembro de 1946*. *Diário Oficial [da] União*. Rio de Janeiro em 18 de Setembro de 1946. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 2 set. 2004.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 20 de Outubro de 1967*. *Diário Oficial [da] União*. Brasília em 20 de Outubro de 1967. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 2 set. 2004.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de Outubro de 1988. *Diário Oficial [da] União*. Brasília em 5 de Outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 2 set. 2004.

_____. *Interesse Público – Revista Bimestral de Direito Público. Responsabilidade Civil do Estado: Jurisprudência Seleccionada*. Disponível em: <www.interessepublico.com.br>. Acesso em: 04 nov. 2004.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

DINIZ, Maria Helena. *Responsabilidade Civil*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. v. 2.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

Sustentabilidade Urbana e as Funções Sociais da Cidade

Dillings Barbosa Maquiné*

Sumário: 1 Introdução. 2 A sustentabilidade urbana e a função normativa dos princípios no Direito Urbanístico. 2.1 O desafio da sustentabilidade urbana. 3 A Função Social da Propriedade. 4 A Função Social da Cidade. 5 A Função Ambiental da Cidade. 6 Conclusão. Referências.

Resumo: No século XX, o fenômeno da urbanização, como consequência direta da industrialização, marcou, especialmente, as nações de primeiro mundo e as “em desenvolvimento”. No Brasil, esse modelo socioeconômico provocou mudanças sócio-espaciais drásticas e consequências ambientais muito graves, notadamente nos grandes centros urbanos, marcados por problemas de extrema gravidade e de difícil solução. Nesse contexto, a edição da Lei nº 10.257/2001 – Estatuto da Cidade, que regulamentou o capítulo de Política Urbana – arts. 182 e 183 da Constituição, representou inegável avanço na luta por um território urbano mais justo, democrático e sadio. Informada por princípios constitucionais, urbanísticos e ambientais, especialmente a função social da propriedade e as funções social e ambiental da cidade, a Lei passa a respaldar os municípios na adoção de instrumentos legais que garantem a todos os setores da sociedade a equânime distribuição dos ônus e benefícios sócio-territoriais decorrentes da urbanização, bem como a realização das funções sociais da cidade pela implementação do Plano Diretor, permitindo também a regularização das áreas ocupadas irregularmente. Desse modo, analisa-se como o conteúdo normativo dos princípios relativos ao planejamento urbano e ao urbanismo, levados a efeito por meio da política urbana, possibilitam a efetivação do *direito a cidades sustentáveis*, com provisão de serviços

* Agente Técnico Jurídico do Ministério Público do Estado do Amazonas. Graduado em Direito e em História pela Universidade Federal do Amazonas – UFAM e Especialista em Direito Tributário pela mesma Instituição. Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas – UEA. Professor Universitário das áreas de Direito Penal e Direito Ambiental.

urbanos e ambientais, consoante aspiração social positivada na Constituição Federal, no Estatuto da Cidade e no Plano Diretor.

Palavras-chave: Cidades sustentáveis. Princípios jurídicos. Funções da cidade. Estatuto da Cidade. Plano Diretor.

1 Introdução

Com o advento da Carta Republicana de 1988, o Direito Urbanístico passou, de fato, a ocupar posição de destaque no cenário jurídico e político, dada a importância reconhecida à Política Urbana como elemento essencial da Ordem Econômica e Financeira – art. 170 e seguintes do Texto Magno.

Essa política visa a realizar o *pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes*, sendo o Plano Diretor, consoante o § 1.º do art. 182 da Constituição, o instrumento básico dessa política. Considerando a cidade como importante aspecto do meio ambiente, é dizer-se que a Política Urbana objetiva a *qualidade do meio ambiente urbano* além da *ordenação de seu território*, conforme se infere da opinião de Silva:

[...] a Política Urbana tem por objetivo construir e ordenar um meio ambiente urbano equilibrado e saudável. É que a *qualidade do meio ambiente urbano* constitui, mesmo, um ponto de convergência da qualidade do meio ambiente natural (água, ar e outros recursos naturais) e da qualidade do meio ambiente artificial (histórico-cultural), pois a 'qualidade de vida das pessoas que se reúnem nas comunidades urbanas está claramente influenciada por quanto sucede nos meios, natural e obra do Homem, que se acham diretamente relacionados' (SILVA, 2004, p. 219).

Desse modo, os planos urbanísticos, a intervenção estatal e a toda a atividade privada com fins urbanísticos não deve se

ater apenas às questões básicas relativas ao controle do uso do solo, arruamento, equipamentos públicos etc., mas, sobretudo, enfatizar a defesa dos recursos naturais urbanos, como a água, o ar, o solo e as áreas verdes, visando ao resguardo da qualidade do meio ambiente urbano. Nesse sentido, o papel do Estado é fundamental nessa atividade, como ente que edita normas, concebe-as em formas de programas, coordena e executa as políticas relacionadas ao desenvolvimento social e ambientalmente equilibrado da cidade.

Ao definir a competência legislativa da União¹ para editar normas gerais sobre direito urbanístico (art. 24, I c/c o § 1º), deixando aos Estados a competência suplementar (art. 24, § 2º), bem como competência suplementar em favor dos Municípios (art. 30, II), a Carta Republicana² deixa evidenciada a necessidade de uma articulação de competências com vistas a um planejamento urbano coordenado, de modo que os entes locais e regionais devem desenvolver essas políticas de modo a dar respostas às suas necessidades específicas sem olvidar das diretrizes ditadas pelo governo central, observando-se os princípios constitucionais e urbanísticos que informam a matéria.

1 Lei nº 10.257/2001 – Estatuto da Cidade, Art. 3º - Compete à União, entre outras atribuições de interesse da política urbana:

I – legislar sobre normas gerais de *direito urbanístico*;

II – legislar sobre normas para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios em relação à *política urbana*, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional;

III – promover, por iniciativa própria e em conjunto com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;

IV – instituir diretrizes para o *desenvolvimento urbano*, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos;

V – elaborar e executar *planos nacionais e regionais de ordenação do território* e de desenvolvimento econômico e social. (original sem grifos)

2 CF/88, Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico;

[...]

§ 1º - No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º - A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

Art. 30 - Compete aos Municípios:

[...]

II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

Nesse sentido, em decorrência da generalidade das normas editadas pela União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios devem nelas basear-se para realizar suas próprias competências considerando suas realidades diversas e suas especificidades (SARNO, 2002, p. 69), na formulação de suas políticas de desenvolvimento urbano.

Nesse contexto político-jurídico em que se evidencia a importância da questão urbana no Brasil, o tema do *direito a cidades sustentáveis* também exsurge. É um direito cujo reconhecimento impõe a necessidade de uma postura mais pró-ativa dos administradores públicos na determinação de políticas que dirijam o desenvolvimento do meio ambiente urbano rumo à sustentabilidade, para que se obtenham as condições naturais e materiais mínimas necessárias à plena fruição dos direitos dos cidadãos.

Reconhecendo-se a cidade como importante aspecto do meio ambiente (SILVA, 2004, p. 18) e como espaço por excelência para a realização dos direitos (SÉGUIN, 2005, p. 5), impõe-se a necessidade de se efetivar os preceitos constitucionais e legais relativos à política urbana, no intuito de se atingir os resultados previstos na Lei Maior.

O *direito à cidade*,³ segundo Saule Júnior (2001, p. 23), está embasado no ordenamento constitucional nos princípios da *dignidade da pessoa humana* e da *cidadania*, traduzindo-se, assim, em um direito fundamental. Entende o autor que:

3 Direito consagrado pela Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Urbanos, realizada em Istambul, em junho de 1996. Na opinião de Séguin, nas questões urbanísticas está compreendida a integração cidade/campo e, quanto à normatização dessas questões, a edição do Estatuto da Cidade - Lei nº 10.257/2001 colocou os operadores do Direito diante de três preocupações: 1) o direito à cidade; 2) o direito da cidade; e 3) o direito na cidade. No primeiro se está diante da existência de um sistema de normas, princípios e políticas públicas que garantam o pleno desenvolvimento humano, devendo o *direito à cidade* ser tratado como um Direito Humano. O segundo, *direito da cidade*, constitui-se pelas exigências da própria cidade que reclama obras e serviços para que possa continuar e cumprir sua função social. E, finalmente, o *direito na cidade*, englobando os direitos do cidadão urbano, que tem de reconhecer que em um meio urbano os direitos são diferenciados como, p. ex., a separação entre o Direito de Propriedade Imóvel e o Direito Edilício (SÉGUIN, 2005, p. 6).

O Direito à Cidade compreende os direitos inerentes às pessoas que vivem nas cidades de ter condições dignas de vida, de exercitar plenamente a cidadania, de ampliar os direitos fundamentais (individuais, econômicos, sociais, políticos e ambientais), de participar da gestão da cidade, de viver num meio ambiente ecologicamente equilibrado e sustentável (SAULE JÚNIOR, 2001, p. 23).

O direito a cidades sustentáveis, por sua vez, também é um direito fundamental, informado pelos mesmos princípios citados e corolário do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, visto que a cidade (o meio urbano) é um dos aspectos do meio ambiente. A cidade, pela Carta Republicana, a exemplo da propriedade, também deve cumprir sua *função social*.

Reconhecidamente, os direitos fundamentais requerem prestações estatais positivas, ou seja, são direitos que somente se concretizam por meio de políticas públicas específicas, diferentemente dos direitos civis que, em princípio, requerem do Estado certa inércia para que os cidadãos tenham a liberdade necessária para o exercício desses direitos.

A realização do direito a cidades sustentáveis é um dos fundamentos da Política de Desenvolvimento Urbano, prevista nos artigos 182 e 183 da Constituição Federal de 1988 e no artigo 2.º, inciso I, da Lei n.º 10.257/01 (Estatuto da Cidade).⁴ Tanto a Carta Republicana quanto o Estatuto expressam textualmente que o desenvolvimento urbano deve fazer realizar as *funções sociais da cidade*, sendo a garantia do direito a cidades sustentáveis a primeira diretriz a ser observada na implementação da política urbana.

4 Art. 2.º - A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das *funções sociais da cidade e da propriedade urbana*, mediante as seguintes diretrizes gerais:

I - garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações; (g. n.)

2 A sustentabilidade urbana e a função normativa dos princípios no Direito Urbanístico

Um sistema jurídico, como se sabe, é composto por normas, as quais se subdividem em princípios e regras.⁵ Sobre o estudo acerca da natureza ontológica do princípio enquanto norma jurídica, Harada (2004, p. 13) chama a atenção para o fato de que parte da doutrina confunde *princípio* com *norma geral*, talvez motivada pelo fato de que alguns dos princípios são traduzidos por meio de preceitos constitucionais ou legais (princípio da legalidade, da isonomia etc.).

Os princípios têm força vinculante (imperatividade), vez que eles representam o marco inicial na escala de concreção do direito. Situam-se entre os valores e as normas, por isso são munidos do mais alto grau de abstração, a exemplo das normas gerais, que representam o segundo estágio da concreção de valores jurídicos (HARADA, 2004, p. 13).

Bandeira de Mello apresenta conceito clássico acerca da função e importância do *princípio* no âmbito do sistema jurídico:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. Violar um princípio é mais grave do que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos (MELLO, 1996, p. 545-546).

5 Para Alexy, as *normas* jurídicas se subdividem em *princípios* e *regras*. O *princípio*, embora muitas vezes não esteja expresso no ordenamento, (quase sempre vem implícito), é norma integrante e informadora do sistema jurídico, sendo obrigatória, portanto, a sua observância e obediência, a exemplo das regras (ALEXY, 1999, p. 57-59).

Os princípios têm tríplice função, como assinala Pinheiro (2004, p. 33). Primeiro, têm função *informadora*, servem de fundamento para o ordenamento jurídico, inspirando o legislador. Têm função *integradora*, pois atuam como fonte supletiva no caso de ausência de lei. Têm, ainda, função *interpretadora*, servem de critério orientador para o operador do Direito.

Os princípios apresentam grande importância como elementos do sistema jurídico. Essa importância se dá

[...] porque sistema hoje não é mais entendido apenas como conjunto de normas, mas sim como conjunto qualificado pelo inter-relacionamento e ordenação. E são exatamente os princípios que 'costuram' umas regras a outras, contribuindo para a formação de um sistema (PINHEIRO, 2004, p. 34).

No presente estudo, os princípios servem de âncora às normas e institutos criados em prol da sustentabilidade da cidade e da distribuição justa de infra-estrutura necessária à funcionalidade urbana. Não devem tais princípios afastar-se dos da Administração Pública, previstos no art. 37 da Constituição Federal,⁶ além dos reputados ao Direito Urbanístico.

Diversos princípios constitucionais informam a ordem urbanística. Com respeito à função normativa dos princípios constitucionais na nova ordem constitucional, Dias chama a atenção para o fato de que:

Essa perspectiva interpretativa de que os princípios constitucionais possuem superioridade hierárquica face às regras e de que as regras são concreções de princípios, sendo que os princípios estão na dimensão de validade e as regras na dimensão da eficácia, passou a se tornar

⁶ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

gradativamente uma posição hegemônica em nossos tribunais superiores, representando uma nova fase do positivismo jurídico que muitos denominam de pós-positivismo. Ao lado dessa perspectiva normativa de princípios temos a ampla utilização como elemento hermenêutico do princípio da proporcionalidade que quando se detêm no problema da colisão de princípios passa a empregar uma lógica de ponderação de interesses (DIAS, 2005, p. 1-2).

Dentre os diversos princípios jurídicos aplicáveis às políticas públicas relativas à sustentabilidade urbana, e que têm assento no ordenamento pátrio, destacam-se os princípios da *Função Social da Propriedade*, da *Função Social da Cidade* e da *Função Ambiental da Cidade*.

Antes da abordagem desses princípios, impõe-se uma reflexão acerca do conceito de desenvolvimento sustentável aplicado ao meio ambiente urbano, com base no ordenamento pátrio e na legislação ambiental internacional.

2.1 O desafio da sustentabilidade urbana

A partir da Conferência Rio-92, patrocinada pela Organização das Nações Unidas – ONU, a noção de *sustentabilidade* passou a ocupar crescente espaço nas discussões e atualmente está expressa, especialmente, no documento chamado Agenda 21 brasileira, o qual busca orientar as políticas ambientais no País, incluindo as relativas às cidades, irradiando-as do nível nacional para os Estados e Municípios, refletindo-se em planos e regulamentos (REZENDE, 2003, p. 141).

Hodiernamente, o ideal de *sustentabilidade* passou a informar praticamente todos os processos de desenvolvimento socioeconômico, como princípio de gestão racional dos recursos naturais e humanos disponíveis.

A Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano, da qual o Brasil é signatário, nos Princípios 2, 5, 13 e 14,⁷ faz alusão direta à questão da sustentabilidade e aos seus elementos integrantes, como a gestão e o uso racional dos recursos naturais bem como sua conservação para o benefício das futuras gerações. A preocupação com o meio ambiente urbano também se queda presente, como se vê nos Princípios 15 e 16.⁸

A origem da expressão *desenvolvimento sustentável*, enquanto conceito, é decorrente da Conferência de Estocolmo, que oportunizou, logo depois, a criação do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente – PNUMA e o surgimento da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, em 1983. Essa comissão, após sucessivas reuniões e discussões, elaborou o conhecido *Relatório Brundtland*,⁹ apresentado em 1987 à Assembleia Geral das Nações Unidas, o qual, pela primeira vez, estabeleceu o conceito de *desenvolvimento sustentável*.

7 Declaração de Estocolmo, Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano – de 5 a 16 de julho de 1972.

Princípio 2 – Os recursos naturais da terra incluídos o ar, a água, a terra, a flora e a fauna e especialmente amostras representativas dos ecossistemas naturais devem ser preservados em benefício das gerações presentes e futuras, mediante uma cuidadosa planificação ou ordenamento.

Princípio 5 – Os recursos não-renováveis da terra devem empregar-se de forma que se evite o perigo de seu futuro esgotamento e se assegure que toda a humanidade compartilhe dos benefícios de sua utilização.

Princípio 13 – Com o fim de se conseguir um ordenamento mais racional dos recursos e melhorar assim as condições ambientais, os Estados deveriam adotar um enfoque integrado e coordenado de planejamento de seu desenvolvimento, de modo a que fique assegurada a compatibilidade entre o desenvolvimento e a necessidade de proteger e melhorar o meio ambiente humano em benefício de sua população.

Princípio 14 – O planejamento racional constitui um instrumento indispensável para conciliar as diferenças que possa haver entre as exigências do desenvolvimento e a necessidade de proteger e melhorar o meio ambiente.

8 Declaração de Estocolmo.

Princípio 15 – Deve-se aplicar o planejamento aos assentamentos humanos e à urbanização com vistas a evitar repercussões prejudiciais sobre o meio ambiente e a obter os máximos benefícios sociais, econômicos e ambientais para todos. A esse respeito, devem-se abandonar os projetos destinados à dominação colonialista e racista.

Princípio 16 – Nas regiões onde exista o risco de que a taxa de crescimento demográfico ou as concentrações excessivas de população prejudiquem o meio ambiente ou o desenvolvimento, ou onde a baixa densidade de população possa impedir o melhoramento do meio ambiente humano e limitar o desenvolvimento, deveriam ser aplicadas políticas demográficas que respeitassem os direitos humanos fundamentais e contassem com a aprovação dos governos interessados.

9 Como sabido, esse relatório foi presidido pela então Primeira-Ministra da Noruega, Gro Harlem Brundtland. Seguindo a tendência já verificada nos movimentos ambientalistas da época, criticava o modelo de desenvolvimento adotado pelos países industrializados e reproduzido pelas nações em desenvolvimento, baseado na exploração intensa e inconseqüente dos recursos naturais, desestruturando diversos ecossistemas naturais.

Segundo Saleme (2004, p. 210), uma das mais primorosas conclusões desse relatório, mas que já havia sido salientada pela Convenção de Estocolmo, foi a de que o desenvolvimento sustentável está intimamente ligado às políticas públicas e decisões governamentais. Uma política bem direcionada conduziria a uma educação adequada e consciente, uma distribuição razoável de renda e infraestrutura capaz de manter o meio ambiente satisfatoriamente protegido e estável.

Como reafirmado no *Relatório*, os Estados em geral devem manter estrutura democrática e as decisões políticas governamentais devem, como condição *sine qua non* para a validade de seus atos, considerar os aspectos frágeis do meio ambiente não só de seu território como também do de seus vizinhos (SALEME, 2004, p. 212).

A Carta do Rio de Janeiro sobre Desenvolvimento e Meio Ambiente,¹⁰ aprovada pela Conferência Geral das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento – Rio de Janeiro, 13 e 14/6/1992, faz referência direta ao ideal de desenvolvimento sustentável nos Princípios 1, 3, 4, 5, 7, 8, 9, 12, 20, 21, 22, 24 e 27,¹¹ com destaque para o reconhecimento do *direito ao desenvolvimento* no Princípio 3, bem como a adoção do *Princípio da Precaução* no Princípio 15,¹² para a defesa do meio ambiente, a ser observado pelos Estados.

O ordenamento jurídico pátrio adotou o *desenvolvimento sustentável* como princípio norteador do progresso

10 Na opinião de Saleme, a Conferência de Estocolmo de 1972 foi o marco inicial do processo de formação e consolidação do *Direito Ambiental Internacional*, como novo ramo jurídico. Reafirmada a sua importância pela aprovação das Resoluções 21 e 22, como um direito supra-estatal, sua maior preocupação seriam as necessidades vitais para a manutenção da vida sobre os Estados do Planeta *versus* a coexistência pacífica das soberanias (SALEME, 2004, p. 212).

11 Princípio 1 – Os seres humanos constituem o centro das preocupações relacionadas com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva em harmonia com a natureza.

[...]

Princípio 3 – O direito ao desenvolvimento deve exercer-se de forma tal que responda equitativamente às necessidades de desenvolvimento e de proteção à integridade do sistema ambiental das presentes e futuras gerações.

12 Princípio 15 – Com a finalidade de proteger o meio ambiente, os Estados deverão aplicar amplamente o critério da precaução, de acordo com suas capacidades. Quando houver perigo de dano grave ou irreversível, a falta de certeza científica absoluta não deverá ser utilizada como razão para postergar adoção de medidas eficazes, em função dos custos, para impedir a degradação do meio ambiente.

socioeconômico do País. A Constituição Federal de 1988, no *caput* do art. 225, preconiza que *todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado [...] impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de preservá-lo e defendê-lo para as presentes e futuras gerações*, de modo que o progresso material sem o devido e necessário resguardo do meio ambiente fere o princípio constitucional do desenvolvimento sustentável.

A sustentabilidade, então, se orienta no sentido de se utilizar racionalmente o capital natural disponível, de modo a conservá-lo também para as futuras gerações, implicando postura de finitude e auto-restrição, o que vai de encontro aos reclames consumistas da hodierna sociedade de mercado.

O desafio da sustentabilidade urbana impõe a existência de instrumentos jurídicos ordenadores, mas neles não se esgota, na medida em que são também fundamentais, nesse processo, a participação dos Poderes Públicos, o compromisso dos dirigentes políticos com a *res publica*, a iniciativa do setor empresarial, a ação das organizações não-governamentais e demais setores da sociedade organizada e as comunidades locais. Ou seja, todos, devem estar contemplados e envolvidos nas políticas de melhoria da qualidade de vida na urbe e na restauração dos ecossistemas urbanos degradados. E isso diz respeito a uma série de questões em torno de determinantes socioeconômicos, políticos, jurídicos, culturais e biofísicos.

O desenvolvimento sustentável, no que concerne às cidades, migrou de um conceito puramente ambiental-natural para transformar-se em tópico do Direito Urbanístico, propondo-se a encontrar a solução para problemas do território urbano enquanto meio ambiente construído, compatibilizando as necessidades humanas, nos seus variados aspectos, com a função socioambiental da cidade e da propriedade (SÉGUIN, 2005, p. 59).

Para Jacobi (2002, p. 386), a noção de sustentabilidade implica uma necessária inter-relação entre justiça social,

qualidade de vida, equilíbrio ambiental e necessidade de desenvolvimento com respeito à *capacidade de suporte* do meio. Esse último conceito se reporta aos aspectos biofísicos, intrínsecos aos ecossistemas e que, portanto, condicionam a ação antrópica sobre o meio.

Ademais, o mesmo autor adverte que se deve também confrontar o ideal de sustentabilidade urbana com o *paradigma da sociedade de risco*, que implica a necessidade da multiplicação das práticas sociais pautadas pela ampliação do direito à informação, à participação e à educação ambiental, redundando em transparência na gestão dos riscos socioambientais urbanos e mesmo condições para, ao menos, reduzir-se o perigo de dano ao meio ambiente (JACOBI, 2002, p. 386).

Como adverte Silva (2003, p. 136) há a necessidade de se democratizar os processos de escolhas prioritárias relativas às políticas de desenvolvimento urbano, no âmbito de cada sociedade, além da efetiva participação do setor privado, como parceiro da Administração, na tutela do meio ambiente construído e na recuperação dos ecossistemas urbanos degradados.

A realização do *direito a cidades sustentáveis* é um dos fundamentos da Política de Desenvolvimento Urbano, prevista nos arts. 182 e 183 da Constituição Federal de 1988, e no art. 2º, inciso I, da Lei nº 10.257/01 (Estatuto da Cidade).¹³ Tanto a Carta Republicana quanto o Estatuto expressam textualmente que o desenvolvimento urbano deve fazer realizar as *funções sociais da cidade*, sendo a garantia do *direito a cidades sustentáveis* a primeira diretriz a ser observada na implementação da política urbana.

A realização desse direito requer que toda atividade produtiva em sociedade seja pautada pela observância dos

13 Art. 2º - A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das *funções sociais da cidade e da propriedade urbana*, mediante as seguintes diretrizes gerais:

- garantia do *direito a cidades sustentáveis*, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações; (g. n.)

princípios da *função social da propriedade e da cidade e da função ambiental da cidade*, como se passa a demonstrar.

3 A Função Social da Propriedade

Pinheiro (2004, p. 41) salienta que, de todos os princípios do direito urbanístico,¹⁴ o princípio nuclear é mesmo o da *função social da propriedade*, repetido por diversas vezes na Carta Republicana e objeto central do Estatuto da Cidade – Lei nº 10.257/2001.

A função social da propriedade não está restrita ao bem imóvel, mas a todo e qualquer bem ou patrimônio que pertença ao particular ou ao ente público, como salienta Silva (2003, p. 8). A preocupação em oferecer um instrumental jurídico-político necessário à efetivação dos interesses coletivos fez com que o constituinte de 1988, por diversas vezes, se reportasse no texto constitucional a esse princípio.

A doutrina da função social da propriedade, como empregada no direito,¹⁵ encontra sua origem na filosofia política positivista.¹⁶ Como destaca Pinto (2005, p. 165), essa filosofia desenvolveu-se na França durante a Revolução Industrial do século XIX e teve como principais formuladores Saint-Simon e Comte. Sua proposta de reforma das instituições políticas pode ser resumida na idéia de um Estado tecnocrático, comandado pelo Executivo e fortemente intervencionista.

14 Garcez salienta que os princípios constitucionais são verdadeiros vetores reguladores da disciplina do parcelamento e ocupação do solo urbano, porque estabelecem a correlação entre exploração econômica, ordem social e desenvolvimento sustentável, impondo uma interação e compatibilização das normas urbanísticas e ambientais para a proteção do meio ambiente urbano, natural e construído (GARCEZ, 2005, p. 358).
15 A expressão *função social da propriedade* também foi empregada pela Doutrina Social da Igreja, com significado completamente distinto. Essa doutrina associou a função social à idéia de caridade, ou seja, distribuição voluntária da riqueza dos ricos para os pobres. Tal noção exerceu grande influência na política e no direito, mas não teve impacto no direito urbanístico (PINTO, 2005, p. 160).

16 O *positivismo* designa a doutrina filosófica consagrada por Augusto Comte e seus seguidores (também chamado de *cientificismo* ou *tecnocratismo*). Não se trata, portanto, do positivismo elaborado por Hans Kelsen, nem de qualquer outra forma de positivismo jurídico. Saint-Simon, reconhecendo o caráter anárquico do mercado de então (séc. XIX), propôs como alternativa a subordinação dos empresários à direção do Estado, permitindo-lhes conservar a propriedade, mas transformando-os em verdadeiros funcionários públicos. A regulamentação da atividade produtiva seria completa, não restando aos proprietários qualquer liberdade de iniciativa. Essa seria a concepção a que foi dada a denominação de "função social da propriedade". A formulação inicial da doutrina deveu-se a Saint-Simon, mas foram seus seguidores, entre eles Augusto Comte, que a sistematizaram. Comte não estava preocupado com a distribuição da riqueza, mas sim com seu uso produtivo. (PINTO, 2005, p. 160-161).

A alusão à função social da propriedade já se via na Constituição Federal de 1934.¹⁷ E ainda, como assevera Beznos (2002, p. 120), a Constituição de 1967, com a redação que lhe deu a Emenda 1/1969, arrolava no título referente à Ordem Econômica e Social, em seu art. 160, III, entre os princípios basilares da realização do desenvolvimento nacional e da justiça social, a *função social da propriedade*.

Seu conteúdo não é meramente programático; pelo contrário, deve ter eficácia plena. Como princípio constitucional, é diretamente aplicável, vinculando os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário e toda a atividade humana em sociedade, a qual deve compartilhar toda a energia positiva em prol do desenvolvimento socioeconômico e ambiental.

Embora ainda hoje se observe no atual ordenamento jurídico brasileiro um ranço da concepção novecentista da propriedade como direito absoluto, pleno, pelo qual o proprietário teria as faculdades de usar, gozar e dispor livremente da propriedade – a chamada *propriedade-direito* –, tem-se visto prevalecer o entendimento de que o reconhecimento da função social transformou a noção de propriedade, declarando-a *propriedade-função*, cujo uso e tutela jurídica se vinculam ao atendimento dos benefícios que sua utilização social e ambientalmente adequada pode outorgar à sociedade.¹⁸

A Constituição Federal de 1988, como já dito, estabelece a necessidade do cumprimento da função social no art. 5º, inciso

17 O até hoje vigente Decreto-Lei nº 25, de 30/11/1937 (Lei de Tombamento), editado vinte dias após o advento da Constituição de 1937, organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, estabelecendo ao proprietário o dever de preservar o bem tombado, como um dever decorrente da propriedade. Este ônus estabelecido ao proprietário é o instrumento *pioneiro* de definição da função social da propriedade e sua necessária adequação. Ao estabelecer o dever de preservar o imóvel tombado, estabelece o Decreto-Lei a conduta adequada ao interesse social, do que se conclui dizer que a postura diversa implicaria o exercício do direito de propriedade contra o interesse social, repudiado pela Constituição de 1934 (GUIMARAENS, 2005, p. 267).

18 Na opinião de Harada (2004, p. 20-21), o direito de propriedade não pode mais ser reconhecido como um direito meramente individual. "A inserção do princípio da função social da propriedade, sem impedir a existência da instituição, modifica sua natureza, de modo que a propriedade deveria ser prevista como instituto de Direito Econômico. A propriedade não pode ser abolida, porque está garantida pela Carta Constitucional (art. 5º, XXII), porém, reconhece-se que a propriedade de base individualista cedeu lugar à propriedade de finalidade social."

XXIII; art. 170, inciso III; art. 182, *caput* e § 2º; art. 185, parágrafo único; e art. 186, *caput*).¹⁹

E como destaca Figueiredo (2005, p. 299), embora a Carta Republicana, no art. 182 e seus parágrafos, ao tratar da função social da propriedade urbana, não faça nenhuma referência direta à proteção do meio ambiente, não significa dizer que inexistia uma dimensão ambiental na caracterização da função social da propriedade urbana, uma vez que as áreas urbanas constituem um aspecto do meio ambiente.

A função social não se constitui limite ao direito de propriedade, uma vez que ela não compõe obrigação imposta ao proprietário. A razão disso é que limites e obrigação são elementos externos a qualquer instituto do direito. A função social é, antes, elemento *conformador* da propriedade, que aparece como uma de suas muitas facetas, tratando-se, pois, de elemento intrínseco à propriedade.

Nesse sentido é também a opinião de Reis e Liso (1998, p. 124-125), para quem o conceito de propriedade encerra em si a função social e o direito de propriedade será, por

19 Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXIII - a propriedade atenderá a sua *função social*;

Art. 170 - A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]

III - *função social* da propriedade;

Art. 182 - A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das *funções sociais* da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 2º - A propriedade urbana cumpre sua *função social* quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

Art. 184 - Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua *função social*, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

Art. 185. *Omissis*.

Parágrafo único. A lei garantirá tratamento especial à propriedade produtiva e fixará normas para o cumprimento dos requisitos relativos a sua *função social*.

Art. 186. A *função social* é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I - aproveitamento racional e adequado;

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores. (g. n.)

conseqüência, legítimo na medida em que a função social estiver sendo cumprida. Essa função também não se confunde com os limites impostos à propriedade por força do poder de polícia do Estado²⁰ ou das disposições civis do direito de vizinhança – esses são elementos externos à propriedade.

De fato, como salienta Aguiar, a função social faz parte da essência do direito de propriedade, cuja inserção no rol das garantias constitucionais firma a convicção de que o direito de propriedade possui, além dos poderes que lhe são inerentes, deveres comuns aos direitos patrimoniais, em proveito da sociedade. De modo que os direitos individuais sobre as coisas só se justificam pela missão social que também devem ter e para a qual terão de necessariamente contribuir (AGUIAR, 1996).

O atendimento da função social da propriedade, seja privada ou de domínio público, trata-se, pois, de direito subjetivo público e eventuais violações que venha sofrer devem ser repelidas como se infere, por exemplo, do disposto no § 4º do art. 182 da CF/88,²¹ já regulamentado pelo Estatuto da Cidade.

A função social da propriedade não foi olvidada pelo legislador quando da elaboração do Código Civil de 2002, vez

20 Como destaca Pinto, na doutrina jurídica ianque não existe a figura da função social da propriedade. O direito de propriedade é tido como um direito fundamental, sujeito apenas a restrições fundadas no poder de polícia ou no domínio eminente (desapropriação). O autor frisa que grande parte dos estudos de direito urbanístico é dedicado à distinção entre ambas as situações, uma vez que só há indenização no segundo caso. Comparando os sistemas urbanísticos europeu continental e britânico com o modelo ianque, o autor entende que "o sistema americano é o mais liberal, admitindo como fundamentos apenas o poder de polícia e o domínio eminente, únicas restrições admitidas constitucionalmente ao direito de propriedade. Os sistemas europeus são mais intervencionistas, partindo da supremacia do interesse geral, na Grã-Bretanha, e da função social da propriedade no continente. Nos Estados Unidos, o zoneamento é visto como uma expressão do poder de polícia, que restringe uma faculdade supostamente ilimitada anteriormente existente no direito de propriedade. Na Europa Continental, admite-se a conformação do direito de propriedade pelos planos urbanísticos, que seria a técnica de operacionalização do princípio da função social da propriedade no direito urbanístico" (PINTO, 2005, p. 95 e 104-105).

21 Art. 182 – *Omissis*.

§ 4º - É facultado ao poder público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I - parcelamento ou edificação compulsórios;

II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

que o § 1º do art. 1.228²² prescreve que o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com sua função econômica, social, paisagística e ambiental.

Como destaca Silva (2003, p. 10), no que diz respeito ao cumprimento da função social da cidade, esta somente será alcançada quando a soma das propriedades urbanas que a constituem também atingirem a sua função social. De modo que somente haverá a almejada cidade sustentável ou cumpridora de suas funções mediante a aplicação dos instrumentos legais que exigem de cada propriedade individual o cumprimento de sua função social.

4 A Função Social da Cidade

O Brasil, já há algumas décadas, é um país urbanizado.²³ E como apontado por Harada (2004, p. 15), considerando-se que mais de dois terços da população brasileira reside nas cidades,²⁴ era natural que o legislador constituinte se preocupasse particularmente com o bem-estar de seus habitantes, conferindo-lhes direito a cidades social e ambientalmente sustentáveis para as presentes e futuras gerações. Trata-se, pois, de direito subjetivo público de cada cidadão, com o poder de exigir do Poder Público local as condições de melhoria social da cidade.

22 Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

23 No Brasil, o percentual da população que vive nas áreas urbanas atingiu 81,25% dos habitantes no ano 2000, estando na Região Sudeste a maior parte dos municípios com maior predominância de população urbana. O século XX marca o período em que o País mais se urbanizou. A evolução do crescimento da população urbana e do processo de urbanização é bastante significativa. Chegamos ao ano 2000 com apenas pouco mais de 18% da população brasileira vivendo em áreas rurais, ao contrário do que se verificava na década de 1950, quando 63,8% viviam no campo e 36,2% nas cidades (IBGE, 2003). O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE considera, no cálculo da população urbana, todos os residentes nas sedes dos municípios e demais áreas definidas pelas respectivas legislações municipais.

24 Como salienta Silva, se, do ponto de vista urbanístico, um centro populacional adquire a característica de cidade, quando possui unidades edilícias e equipamentos públicos, do ponto de vista jurídico a definição de cidade foi dada no Brasil pelo Decreto-Lei nº 311, de 02.03.1938, que dispôs sobre a divisão territorial do país, transformando em cidades todas as sedes municipais existentes, independentemente de suas características estruturais e funcionais (SILVA, 2003, p. 130).

Na opinião de Silva (2003, p. 10) a função social da cidade, constitucionalmente prevista no art. 182, consiste em buscar a equidade urbana, o acesso de toda a população às condições básicas de moradia e existência dignas, salientando que o bem comum, generalizado e não direcionado, deve ser objetivo de toda a gestão urbana.

Consoante a Constituição Republicana de 1988, a política urbana visa a realizar o *pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes*. Sendo a cidade importante aspecto do meio ambiente, é dizer-se que o atendimento dessas funções objetiva a qualidade do meio ambiente urbano, com vistas à sua sustentabilidade.

Entende Saule Júnior (1998, p. 50-51) que as funções sociais da cidade, na verdade, são interesses difusos, pois não há como identificar os sujeitos afetados pelas atividades e funções nas cidades na medida em que os proprietários, moradores, trabalhadores, comerciantes, migrantes têm como contingência habitar e utilizar um mesmo território. A relação que se estabelece entre esses sujeitos é a cidade, que é um bem de vida coletivo. Ela deve, portanto, atender aos interesses da população de ter um meio ambiente sadio e condições dignas de vida. Não há como dividir, portanto, suas funções entre pessoas e grupos pré-estabelecidos, sendo o seu objeto indivisível.

Outra característica, que identifica como interesses difusos as funções sociais da cidade, é a intensa litigiosidade, a presença de complexos conflitos urbanos, como o caso da luta para a preservação de bacias e mananciais, utilização de áreas públicas e verdes para fins de moradia, destinação de áreas para implantação de usinas e incineradores de lixo em bairros residenciais, entre outros exemplos de litígios e disputas que se observam no universo urbano. A função social da cidade estará sendo cumprida de forma plena quando houver redução das desigualdades sociais, promoção da justiça social e melhoria da qualidade ambiental da vida urbana (SAULE JÚNIOR, 1998, p. 51).

Como se percebe, a *função social* ou as *funções sociais* da cidade dizem respeito ao mesmo objeto, ou seja, a busca da equidade urbana, que permita, concretamente, o acesso de toda a população às condições básicas para uma existência digna no ambiente urbano, bem como os interesses difusos indivisíveis que dizem respeito aos diversos serviços urbano-ambientais de que necessitam as pessoas que habitam esse mesmo espaço territorial.

Conforme salientado por Ribeiro, a cidade sustentável, como espaço democrático, deve ser para todos, visto que a inter-relação meio ambiente-homem deve ser concebida e realizada de tal modo a possibilitar a integração/interação de todos os habitantes da cidade, incluindo-se os distintos grupos de cidadãos como as pessoas portadoras de deficiências e os idosos. Adverte o autor que:

O grande desafio é romper com as barreiras *visíveis* e *invisíveis* impeditivas da inclusão social dessas pessoas. As primeiras são os impedimentos de concreto, as barreiras físicas, arquitetônicas que resultam em falta de acessibilidade aos espaços, enquanto que as segundas são o preconceito, a diferença, a ignorância e, portanto, as mais difíceis de serem enfrentadas. As primeiras existem, certamente, porque há um contexto social que permite as segundas (RIBEIRO, 2005, p. 184).

Nota-se, assim, que a interpretação do conceito de função social, como adverte Alfonsin (2004, p. 67), não deve ser dissociada do conceito de *dignidade humana*, que inspira diversos valores éticos dentre os quais a solidariedade. Nesse sentido:

Enquanto os cidadãos (palavra com a mesma raiz de cidade...) necessitados não alcançarem uma consciência ético-política de que a defesa de sua dignidade própria é pessoal e espacialmente

indelegável, sem deixar de ser solidária, territorial e temporalmente improrrogável, e enquanto os proprietários privados urbanos de grandes extensões de terras não conseguirem compatibilizar a sua autonomia privada com a solidariedade, toda a discussão aqui desenvolvida em torno do bem comum não passará de um mero exercício da razão.

De forma prática, o atendimento das funções sociais da cidade coincide com a efetivação dos direitos humanos para os habitantes das cidades, na medida em que diz respeito a interesses difusos que compreendem o acesso à moradia, ao trabalho, à saúde, à educação,²⁵ cultura, esporte, lazer, aos equipamentos e serviços urbanos, transporte público, saneamento básico, enfim, aos direitos que são inerentes às condições dignas de vida na cidade.²⁶

5 A Função Ambiental da Cidade

A Constituição Federal de 1988 dispôs, em seu art. 225, *caput*, que *todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras*

25 De fato, trabalho, saúde, educação e outros do gênero constituem, em essência e na perspectiva jurídica-política, direitos fundamentais, inalienáveis, portanto.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS – Adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948.

Artigo XXIII

1. Toda pessoa tem direito ao *trabalho*, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.

Artigo XXV

1. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família *saúde e bem estar*, inclusive alimentação, vestuário, *habitação*, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.

Artigo XXVI

1. Toda pessoa tem direito à *instrução*. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito. (g. n.)

26 CF/88, Art. 6º - São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

gerações. Essa regra, genericamente, à evidência, contempla o princípio da função ambiental da propriedade (BOTREL, 2004, p. 21). E, considerando que o universo urbano é um importantíssimo aspecto do meio ambiente, reconhece-se que a cidade também possui uma função ambiental.

Tratando da questão relativa às funções sociais da cidade, previstas tanto na Carta Republicana quanto no Estatuto da Cidade, Rossit expressa a mesma opinião quanto à *função ambiental da cidade*:

O Estatuto da Cidade confere mecanismos para implementar não só a função social da cidade e da propriedade urbana, bem como para implementar seu atributo ambiental.

É na Constituição Federal que se encontra o fundamento da função ambiental da cidade e da propriedade. Seu art. 225, com efeito, enuncia que todos têm direito à sadia qualidade de vida. Note-se a inserção do adjetivo *sadio*. Não basta a qualidade de vida, mas, como visto, a *sadia* qualidade de vida.

A evolução e disseminação dos núcleos urbanos determinaram a necessidade de incluir essa questão, de natureza ambiental, nos planejamentos urbanos (ROSSIT, 2005, p. 78).

No art. 182, *caput*, da Constituição Federal, a política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, *tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem estar de seus habitantes*, sendo o Plano Diretor o principal instrumento da política urbana. Essas diretrizes gerais estão fixadas no Estatuto da Cidade, as quais devem ser observadas pelo plano diretor para garantia do bem-estar dos habitantes e para atendimento das funções da cidade.

Muitas das diretrizes trazidas pelo Estatuto da Cidade ultrapassam um sentido meramente ordenador do território urbano, encerrando, enfim, um conteúdo de inegável tutela da

sustentabilidade do meio ambiente urbano, como se observa em diversos dispositivos do art. 2º,²⁷ assim como do art. 4º, onde está previsto o planejamento municipal, com os instrumentos legais do *plano diretor* e do *zoneamento ambiental*, e os institutos políticos e jurídicos, a exemplo da *instituição de unidades de conservação* e, como elemento prévio a certos licenciamentos ambientais e urbanísticos, o *Estudo Prévio de Impacto Ambiental* (EIA ou EPIA) e o *Estudo Prévio de Impacto de Vizinhança* (EIV ou EPIV),²⁸ dentre outros dispositivos.

Esse entendimento fica muito claro quando se depara com o que dispõe o parágrafo único do art. 1º do Estatuto da Cidade, o qual estabelece que as normas dessa Lei visam a regular a política urbana, para que o uso da propriedade urbana atinja, inclusive, o *equilíbrio ambiental*:

27 Art. 2º - A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

[...]

IV - planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente;

[...]

VI - ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar:

[...]

f) a deterioração das áreas urbanizadas;

g) a poluição e a degradação ambiental;

[...]

VIII - adoção de padrões de produção e consumo de bens e serviços e de expansão urbana compatíveis com os limites da sustentabilidade ambiental, social e econômica do Município e do território sob sua área de influência;

[...]

XII - proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico;

XIII - audiência do Poder Público municipal e da população interessada nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído, o conforto ou a segurança da população;

28 Art. 4º - Para os fins desta Lei, serão utilizados, entre outros instrumentos:

[...]

III - planejamento municipal, em especial:

a) plano diretor;

[...]

c) zoneamento ambiental;

[...]

V - institutos jurídicos e políticos:

[...]

d) tombamento de imóveis ou de mobiliário urbano;

e) instituição de unidades de conservação;

f) instituição de zonas especiais de interesse social;

[...]

q) regularização fundiária;

VI - estudo prévio de impacto ambiental (EIA) e estudo prévio de impacto de vizinhança (EIV).

Art. 1^a – Na execução da *política urbana*, de que tratam os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, será aplicado o previsto nesta Lei.

Parágrafo único. Para todos os efeitos, esta Lei, denominada Estatuto da Cidade, estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o *uso da propriedade urbana* em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do *equilíbrio ambiental*. (g. n.)

Com o reconhecimento constitucional do plano diretor como principal instrumento da política urbana, fica evidenciada a competência exclusiva do Município em exercer suas atividades licenciadora e sancionatória em relação ao meio ambiente, pois competir-lhe-á, mais do que aos outros entes federativos, dar cumprimento à função ambiental da cidade e da propriedade²⁹ (BOTREL, 2004, p. 21).

O ordenamento pátrio, como assevera Figueiredo (2005, p. 301), prevê a observância da variável ambiental no espaço urbano não apenas no Estatuto da Cidade, mas também em outros diplomas legais igualmente importantes, como o Código Florestal. O mesmo se percebe no Código Civil e na Lei de Política Nacional do Meio Ambiente.

No parágrafo único de seu art. 2^o, o Código Florestal – Lei nº 4.771/65, impõe a observância nos planos diretores e leis de uso do solo, o respeito aos princípios e limites previstos no *caput* e incisos do dispositivo, no caso de áreas urbanas, assim entendidas as compreendidas nos perímetros urbanos definidos em lei municipal, e nas regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, em todo o território abrangido. Infere-se desse dispositivo a impossibilidade legal de os municípios tornarem

29 A autora salienta ainda que o Estatuto da Cidade, considerando a competência privativa do Município, para legislar e atuar em matéria ambiental no meio urbano, veio, finalmente, tornar obrigatório o plano diretor, a fim de que os municípios atuem de fato e de direito sobre o assunto, competência que lhes havia sido negado, antes e depois da Constituição de 1988, pela Lei nº 6.938, de 1981, que, no seu artigo 10, deu competência exclusiva para os Estados-membros licenciarem todas as atividades potencialmente poluidoras, ainda que puramente locais, “numa inconstitucionalidade gritante que alguns, de má-fé, procuram ainda defender” (BOTREL, 2004, p. 21).

mais flexíveis os parâmetros estabelecidos no Código, como forma de tutelar diretamente o patrimônio florístico e hídrico no âmbito dos aglomerados urbanos.³⁰

Como ressalta o mesmo autor, se se considerar que a degradação das matas ciliares e a impermeabilização das áreas de várzea constituem talvez os principais geradores de enchentes e inundações nas grandes cidades, chegar-se-á à conclusão de que o descumprimento do disposto no art. 2º, parágrafo único, do Código Florestal, nas áreas urbanas, acarreta um custo social elevadíssimo para os cofres públicos e sacrifícios incomensuráveis para a população atingida pelas calamidades públicas (FIGUEIREDO, 2005, p. 302).

Como referido, o reconhecimento da função ambiental também está expresso no novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 2002) no que concerne à propriedade, conforme o art. 1.228, parágrafo único, que dispõe:

Art. 1.228 – *Omissis*.

Parágrafo único. O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as finalidades

30 Art. 2º - Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas:

a) ao longo dos rios ou de qualquer curso d'água desde o seu nível mais alto em faixa marginal cuja largura mínima será:

1 - de 30 (trinta) metros para os cursos d'água de menos de 10 (dez) metros de largura;

2 - de 50 (cinquenta) metros para os cursos d'água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinquenta) metros de largura;

3 - de 100 (cem) metros para os cursos d'água que tenham de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) metros de largura;

4 - de 200 (duzentos) metros para os cursos d'água que tenham de 200 (duzentos) a 600 (seiscentos) metros de largura;

5 - de 500 (quinhentos) metros para os cursos d'água que tenham largura superior a 600 (seiscentos) metros;

b) ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d'água naturais ou artificiais;

c) nas nascentes, ainda que intermitentes e nos chamados "olhos d'água", qualquer que seja a sua situação topográfica, num raio mínimo de 50 (cinquenta) metros de largura;

d) no topo de morros, montes, montanhas e serras;

e) nas encostas ou partes destas, com declividade superior a 45°, equivalente a 100% na linha de maior declive;

f) nas restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues;

g) nas bordas dos tabuleiros ou chapadas, a partir da linha de ruptura do relevo, em faixa nunca inferior a 100 (cem) metros em projeções horizontais;

h) em altitude superior a 1.800 (mil e oitocentos) metros, qualquer que seja a vegetação.

Parágrafo único. No caso de áreas urbanas, assim entendidas as compreendidas nos perímetros urbanos definidos por lei municipal, e nas regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, em todo o território abrangido, observar-se-á o disposto nos respectivos planos diretores e leis de uso do solo, respeitados os princípios e limites a que se refere este artigo. (g.n.)

econômicas e sociais e de modo a serem preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

A Lei nº 6.938/81 – Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, em seu art. 3º, contempla, de igual modo, a função ambiental:

Art. 3º - Para os fins previstos nesta lei, entende-se por:

I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas;

Vale salientar que a referida Lei conceitua *meio ambiente* de modo incompleto, na medida em que restringe seu significado ao *meio ambiente natural*, evidenciando que seu texto não está de acordo com a nova ordem constitucional e com a doutrina de vanguarda, que inclui no conceito de meio ambiente os aspectos do *meio ambiente cultural* e do *meio ambiente urbano* ou *construído* (ou *artificial*), além do *meio ambiente do trabalho*. Todavia o conceito ainda é útil se interpretado de acordo com a nova tutela jurídica dada ao meio ambiente pela atual Carta Republicana.

O meio ambiente tem, portanto, a função de abrigar e reger a vida em todas as suas formas. A cidade, enquanto aspecto do meio ambiente, também possui essa função ambiental, já que, por excelência, é o local de habitação e vivência da maior parte da população da Terra e local de desenvolvimento de grande parte da atividade humana.

A função ambiental da cidade deverá ser atendida pela implementação do plano diretor, de acordo com as diretrizes do

Estatuto da Cidade, sem se olvidar de que a sua implementação deve visar, precipuamente, à efetivação do direito humano ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, na medida em que o meio urbano é, como já se disse, importante aspecto do meio ambiente, conforme salientado por Silva (2004, p. 18).

Na opinião de Rocha (1999, p. 20), a correlação entre o microsistema ambiental e o urbanístico efetiva-se em decorrência de seus objetos mediatos e comuns: a proteção e defesa da qualidade de vida e do bem-estar dos habitantes da cidade. Por conseqüência, na defesa ambiental propriamente dita e na ordenação dos espaços habitáveis, o que se objetiva é a concretização das funções sociais da cidade.

O estudo da função ambiental da cidade é, assim, matéria afeta tanto ao Direito Ambiental (proteção do meio ambiente) como ao Direito Urbanístico (organização dos espaços habitáveis), de modo que se pode dizer que, em certo grau, ambos objetivam a gestão ambiental sustentável do território urbano.³¹

E o Estatuto da Cidade, se efetivamente posto em prática nos municípios brasileiros, por meio de planos diretores e leis locais pautadas pelo ideal de sustentabilidade, será importante instrumento para a qualidade de vida urbana, reduzindo, p. ex., a poluição hídrica, sonora, visual e atmosférica, bem como gerenciando os resíduos e aumentando os espaços ambientalmente saudáveis além da proteção do patrimônio cultural (histórico, arquitetônico, paisagístico, turístico), bem como o ordenamento do trânsito, visando à melhor circulação das pessoas, bens e serviços, tornando efetivo, assim, o *direito a cidades sustentáveis*.

31 Para Granziera, a relação entre o Direito Ambiental e o Direito Urbanístico tem como ponto de partida a edição do Decreto-Lei nº 1.413, de 14-08-75, que dispõe sobre o controle da poluição do meio ambiente provocada por atividades industriais, estabelecendo que "nas áreas críticas será adotado esquema de zoneamento urbano, objetivando, inclusive, para as situações existentes, viabilizar alternativa adequada de nova localização, nos casos mais graves, assim como, em geral, estabelecer prazos razoáveis para a instalação de equipamentos de controle de poluição" (art. 4º) (GRANZIERA, 2009, p. 470).

6 Conclusão

O desenvolvimento urbano deve, sob pena de conflito com os mais importantes princípios e valores que norteiam nosso sistema jurídico vigente, atender às necessidades essenciais da população urbana, respeitar e fazer valer os direitos humanos e objetivar o desenvolvimento sustentável. Isso porque o desenvolvimento urbano apresenta como elemento condicionante *a pessoa*, por ser o sujeito central do desenvolvimento, de modo a romper com a concepção que entende as pessoas como meros fatores de produção.

É esse desenvolvimento que deve fazer realizar as *funções sociais da cidade* como efetivação do *direito a cidades sustentáveis*, consoante prescrito no art. 182 da Carta Magna, e no art. 2º, inciso I, do Estatuto da Cidade, salientando-se que essas funções, compatibilizadas com o princípio da *dignidade da pessoa humana*, no dia-a-dia da vida em sociedade dizem respeito especialmente à moradia digna, ao trabalho, ao lazer e ao consumo consciente.

As *funções da cidade* constituem interesses difusos, pois não há como individualizar os sujeitos afetados pelas atividades citadinas e pelas relações estabelecidas no âmbito da cidade, na medida em que todos os seus habitantes têm como contingência habitar e usar esse mesmo universo indivisível – a cidade. Assim, a função social da cidade estará sendo cumprida de forma plena quando houver redução das desigualdades sociais, promoção da justiça social e melhoria da qualidade ambiental urbana.

As cidades necessitam ser socialmente mais justas. Esta justiça se traduz especialmente nas esferas econômica e ambiental. Alcançar tal desiderato depende estreitamente de ações com vistas a um repensar e reconstruir um ambiente que leve em conta as necessidades cotidianas dos cidadãos, mas que também não se esqueça de considerar o paradigma de felicidade social e culturalmente construído. Necessita-se de uma urgente política urbana nacional integradora, que vise a uma melhor

distribuição da riqueza, aperfeiçoamento da justiça social e permanente compromisso com a salvaguarda da natureza e dos recursos naturais.

Desse modo, impõe-se a necessidade de iniciativas que tenham por fim a realização do direito a cidades sustentáveis, considerando que este direito tem um sentido profundamente social, na medida em que dele depende a realização de uma série de outros direitos fundamentais.

Urban Sustainability and the social functions of the city

Abstract: In the 20th century, the phenomenon of urbanization, marked, especially, the first world nations and the ones in development. In Brazil, this social economic model induced drastic social-spatial changes and very serious environment consequences, notably in large urban centers, surrounded by concerns of extreme severity and of hard solution. In this context, the edition of Law nº 10.257/2001 - City Statute, that regulated the Urban Politic chapter - articles 182 and 183 of the Constitution, represented an undeniable advancement in the fight for a fairer, democratic and healthy urban territory. Informed by constitutionals, urbanistics and environmentals principles, especially the property social function as well the social and environmental function of the city, the Law begins to support the counties in the adoption of legal apparatus that guarantee to all society sectors equal distribution of the social-territorial onus and benefits caused by urbanization, as well like the implementation of the city social functions by the Master Plan, allowing too the regularization of the lands unevenly occupied. Therefore, one can analyze how the regulatory content of the principles related to city planning and urbanism, accomplished by the urban politic, enable the law to sustainable cities to be a reality, with the availability of urban and environment politic, consonant social aspiration contained in the Federal Constitution, City Statute and in the Master Plan.

Keywords: Sustainable cities. Legal principles. City Functions. City statute. Master Plan.

Referências

- AGUIAR, Joaquim Castro. *Direito da cidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático. Luís Afonso Heck (Trad.). *Revista de Direito Administrativo*, n. 217, jul./set. 1999.
- ALFONSIN, Jacques Távora. A função social da cidade e da propriedade privada urbana como propriedades de funções. In: ALFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio (Orgs.). *Direito à moradia e segurança da posse no Estatuto da Cidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 41-79.
- BEZOS, Clóvis. Desapropriação em nome da Política Urbana. In: DALLARI, Adilson Abreu e FERRAZ, Sérgio (Orgs.). *Estatuto da Cidade: Comentários à Lei Federal 10.257/01*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 118-137.
- BOTREL, Karla. Direito urbanístico. In: MUKAI, Toshio. *Temas atuais de Direito Urbanístico e Ambiental*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 11-28.
- BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – Atlas do Censo Demográfico – 2000, publicado em 29 dez. 2003. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br>>. Acesso em: 10 mar. 2006.
- DIAS, Maurício Leal. A função social ambiental da cidade como princípio constitucional. *Jus Navigandi*. Terezina, ano 9, n. 565, 23 jan. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6210>>. Acesso em: 11 jun. 2006.
- FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin. Função ambiental da propriedade urbana. In: BENJAMIN, Antonio Herman (Org.). *Paisagem, Natureza e Direito*. São Paulo: Instituto o Direito por um Planeta Verde, vol. 2, 2005. p. 299-326.
- GARCEZ, Rochelle Jelinek. Licenciamento ambiental e urbanístico para o parcelamento do solo urbano. In: BENJAMIN, Antonio Herman (Org.). *Paisagem, Natureza e Direito*. São Paulo: Instituto o Direito por um Planeta Verde, v. 2, 2005, p. 357-379.
- GUIMARAENS, Maria Etelvina B. Função social da cidade e da propriedade urbana. In: BENJAMIN, Antonio Herman (Org.). *Paisagem, Natureza e Direito*. São Paulo: Instituto o Direito por um Planeta Verde, v. 2, 2005, p. 265-281.

- GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito Ambiental*. São Paulo: Atlas, 2009.
- HARADA, Kiyoshi. *Direito urbanístico: Estatuto da Cidade*. Plano Diretor Estratégico. São Paulo: NDJ, 2004.
- JACOBI, Pedro. Meio ambiente urbano e sustentabilidade: alguns elementos para a reflexão. In: CAVALCANTI, Clóvis (Org.). *Meio ambiente, desenvolvimento sustentável e políticas públicas*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002. p. 384-390.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- PINHEIRO, Renata P. *Desapropriação para fins urbanísticos em favor de particular*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico: Plano Diretor e Direito de Propriedade*. São Paulo: RT, 2005.
- REIS, Miguel; LISO, Carlos Henrique. A concessão de direito real de uso na regularização fundiária. In: FERNANDES, Edésio (Org.). *Direito Urbanístico*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes. Uma cidade para todos. In: GARCIA, Maria (Coord.). *A cidade e seu estatuto*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. p. 165-204.
- ROCHA, Julio César de Sá da. *Função ambiental da cidade: direito ao meio ambiente urbano ecologicamente equilibrado*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.
- ROSSIT, Liliana Allodi. Das cidades fortificadas aos loteamentos fechados. In: GARCIA, Maria (Coord.). *A cidade e seu estatuto*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. p. 55-92.
- SALEME, Edson Ricardo. Normas e políticas públicas no Direito Ambiental Internacional. In: *Hiléia: Revista de Direito Ambiental da Amazônia*. ano 2, n. 2, Manaus: Edições Governo do Estado do Amazonas/Secretaria de Estado da Cultura/Universidade do Estado do Amazonas, 2004. p. 201-213.
- SARNO, Daniela Campos Libório Di. Competências urbanísticas. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Orgs.). *Estatuto da Cidade: Comentários à Lei Federal 10.257/01*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 61-100.

SAULE JÚNIOR, Nelson. *Direito à Cidade: Trilhas legais para o Direito às Cidades Sustentáveis*. São Paulo: Pólis/Max Limonad, 2001.


_____. O Tratamento Constitucional do Plano Diretor como instrumento de Política Urbana. In: FERNANDES, Edésio (Org.). *Direito Urbanístico*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SÉGUIN, Élida. *Estatuto da Cidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Maurício Fernandes da. A desafetação de áreas verdes advindas de aprovação de loteamentos perante a tutela ambiental. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 113, 25 out. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4208>>. Acesso em: 06 abr. 2006.

_____, Solange Teles da. Políticas públicas e estratégias de sustentabilidade urbana. In: *HILÉIA: Revista de Direito Ambiental da Amazônia*. Manaus: UEA, n. 1, ago./dez. 2003, p. 121-137.



Trabalho Forense

LEGUM SUSTENTATIO MAC

Exceção de suspeição contra membro do Ministério Público

Autos xxx

Exceção de suspeição

Excipiente: xxx

Excepto: Órgão do Ministério Público xxx

Ato: Promoção

Trata-se de arguição de exceção de suspeição feita por xxx, através de sua advogada, contra o órgão do Ministério Público atuante na comarca de xxx, ora subcritor, alegando que:

O então Promotor (Representante/vítima e testemunha na Ação Penal em face do excipiente – Proc. N. xxx- xxx. Zona Eleitoral, conforme espelho em anexo emitido pelo TRE-AM, processo que tramita sob a égide de vossa Excelência) atuara no processo em epígrafe (ação Penal n. xxx- (Proc. n. de origem xxx) – TJ-AM Ação Penal xxx), em especial nas ALEGAÇÕES FINAIS, *demonstrando de forma implícita o seu rancor* contra o ora Excipiente/denunciado na ação Principal, inclusive, omitindo e induzindo este Juízo ao erro que se refere ao recebimento da denúncia... (fls. 03).

Juntou cópia fac-similada de substabelecimento (fls. 06) e outros documentos (fls. 07/11).

O agente judicante determinou abertura de vistas ao subscritor para manifestação.

É o breve relato.

I Considerações iniciais

Em sua atuação como fiscal do valor justiça (*custos justí*), o Ministério Público tem as vestes de parte em relação ao que faz,

e se avizinha do juiz, no tocante ao motivo de agir. Visto por esse prisma, as atribuições ministeriais ao mesmo tempo em que são dignas, são também árduas, pois materializam-se na eterna conciliação entre a parcialidade da parte e a imparcialidade do juiz. Inclusive, o agente ministerial está sujeito aos mesmos motivos de suspeição e de impedimento do juiz, cf. art. 258, *in fine*, do CPP e art.138, I, do CPC. Em relação à insuspeição do Ministério Público, há três correntes que se entrecrocaram: a dos que entendem que os órgãos do Ministério Público são irrecusáveis; a dos que entendem que eles são recusáveis apenas quando *parte principal*, mas não quando *parte adjunta* (“custos legis”); e a dos que entendem que eles podem ser recusados pelas mesmas causas que justificam a rejeição dos juízes. Nossa lei instrumental penal acolheu a última corrente (CPP, art. 258).

Dando realce à imparcialidade do Ministério Público quando age como *custos legis*, o STF já decidiu:

A qualificação do Ministério Público como órgão interveniente defere-lhe posição de grande eminência no contexto da relação processual, na medida em que lhe incumbe o desempenho imparcial da atividade fiscalizadora pertinente à correta aplicação do direito objetivo. Possibilidade de o Regimento Interno dos Tribunais conferir ao Ministério Público, enquanto *custos legis*, a prerrogativa do prazo ilimitado nas sustentações orais¹.

Entende Eduardo Espínola Filho que o Ministério Público

constituindo-se parte na ação penal, só o é, em aspecto formal, não perdendo o seu caráter de órgão público, cujo interesse é unicamente a apuração rigorosa da verdade e a punição, apenas, do culpado².

1 STF, ADIMC 758/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, TP, dec. 22/04/93, Em. de Jurisp., Vol. 1739-03, p. 449, DJ de 08/04/94, p. 7.240; RTJ 154/426.

2 Código de Processo Penal Brasileiro Anotado, III/242.

Já para Roberto Lyra

o Promotor Público não é parte pela simples razão de ser obrigado à imparcialidade (...) mas, se se quiser, por absurdo, considerar o Promotor Público simples parte, ele constitui a mais bela encarnação do advogado, emprestando o seu talento, a sua cultura, a sua ação, e, às vezes, a sua vida, à causa social,

concluindo que

o Promotor Público não é *parte* pela impessoalidade de sua investidura, em cujo exercício fala para fins gerais por todos e não por um. Nem se compreende *parte* obrigada à imparcialidade e sujeita aos mesmos motivos de suspeição e de impedimento do Juiz. Processualmente, mesmo, o Promotor Público não é parte. Parte seria, então, a Justiça Pública, isto é, o conjunto dos órgãos oficiais incumbidos da repressão: a Polícia, o Ministério Público, a Magistratura, o Cartório, o Oficial de Justiça, cuja ação se desenvolve harmonicamente³.

Aos sujeitos processuais, Juiz e Promotor, não se deve pretender funções distintas dos princípios informativos de suas instituições, pois não se pode transmutar a idéia institucional, sob pena de não ser mais Magistratura ou Ministério Público, e sim, outro sujeito processual. Se a imparcialidade é um atributo comum aos dois órgãos, embora adstrita ao fim institucional, não se pode polemizá-la a pretexto de duplicidade funcional, que inexistente. A magistratura *sentada* e a magistratura *em pé* (termos antigos, mas que retratam a similaridade entre as duas instituições) são duas autoridades paralelas e independentes, que devem concorrer para a mesma missão, mas o ofício do Ministério Público é absolutamente distinto e separado do juiz.

A história confirma satisfatoriamente que o Juiz e o Promotor têm berço comum. No juízo inquisitorial, que cobriu

³ Teoria e Prática da Promotoria Pública, p. 64 e 84.

todo o longo período da Idade Média, estavam reunidos numa só pessoa. A *Constitutio Criminalis Carolina*, do Santo Império, promulgada por Carlos V, em 1532, consagrava a acusação *ex officio*, confiada aos juízes. São, pois, irmãos gêmeos, separados funcionalmente apenas por um desdobramento histórico. Esta dupla face, ora de magistrado, ora de advogado, marca toda a evolução institucional do Ministério Público.

O Ministério Público é imparcial porque nasceu sob o signo da dignidade, da necessidade insopitável de defesa dos mais relevantes interesses da sociedade. É o que nos dizem velhos comentários de insignes juristas como ROCHE-FLAVIN que, em 1617, dizia ter-se criado, finalmente, *um órgão imparcial*, sobranceiro a interesses e paixões e armado de poderes para defender a sociedade (*Treize livres des parlements de France*, vol. II, cap. VII, n. XV). E esta imparcialidade do *parquet* de tal forma impressionou o vetusto RASSAT que, este chegou a vislumbrar na sua criação o advento de um milagre (*Le Ministère Public entre son passé et son avenir*, pág. 13). CARNELUTTI chegou, inclusive, a construir-lhe a imaginosa figura de parte imparcial (LEZIONI, V. I, n. 10). É inegavelmente imparcial, pois chega a recorrer em favor do acusado que acredita ser inocente (Fernando da Costa Tourinho Filho, *Processo Penal*, vol. IV/264; Roberto Lyra, *Teoria e Prática da Promotoria Pública*, p. 64; José Frederico Marques, *Elementos de Direito Processual Penal*, vol. IV/206 e 264)⁴.

Em Portugal, consigna Alberto dos Reis, a respeito do atributo da imparcialidade ministerial:

O Ministério Público, ou intervenha como parte activa e principal, ou como parte acessória e secundária, deve unicamente e sempre sustentar a verdade e a justiça, manter a mais estrita imparcialidade, e ser estranho às paixões e doestos, como verdadeiro representante que é dos interesses gerais do Estado e da sociedade e órgão

⁴ João Francisco Moreira Viegas, Ministério Público: sua Atuação no Cível, RJTJSP 117:29.

do poder executivo, cujo fim é fazer observar a lei e administrar rectamente a justiça⁵.

A preocupação de imparcialidade, todavia, não deve traduzir-se em atitudes pusilânicas, esquivas ou reticenciosas, comprometedoras do programa institucional do Ministério Público e dos seus compromissos funcionais. O Promotor de Justiça, como homem público, na sua mais bela e nobre modalidade, deve renunciar, no exercício da função, a qualquer reserva mental, a qualquer preconceito, a qualquer facciosismo em prol de uma atitude linear (é dizer, imparcial) na busca por justiça.

II Intuito procrastinatório - Procuração sem poderes especiais - pedido de sobrestamento do processo

Há um nítido carácter procrastinatório na presente exceção de suspeição. E chegamos a essa conclusão por alguns indícios, facilmente verificáveis, constantes na petição assinada pela advogada xxx. Ou seja, claramente a advogada tenta ganhar tempo para seu cliente, talvez com o intuito de impedir ou retardar que o processo alcance o 2º. grau de jurisdição. Vejamos os indícios:

1º- O art. 98 do Código de Processo Penal determina que:

Quando qualquer das partes pretender recusar o juiz, deverá fazê-lo em petição assinada por ela própria ou *por procurador com poderes especiais*, aduzindo as suas razões acompanhadas de prova documental ou do rol de testemunhas.

O que consta dos autos é um substabelecimento, com reservas, sem qualquer menção aos poderes especiais exigidos pela lei para a arguição de suspeição do magistrado ou membro do Ministério Público (art. 98 c/c o art. 258 do CPP). Tudo faz

⁵ Alberto dos Reis, Ministério Público, Internet, <<http://www.smmpp.pt/Público.htm>>.

crer que a causídica atuou sem autorização do seu constituinte (ou talvez sem consultá-lo), na ânsia de lograr alguns preciosos dias no livro caixa da prescrição penal.

Esse aspecto formal, de acordo com pacífica jurisprudência, impede o conhecimento da exceção.

Suspeição - Exceção - Juiz de direito - Alegação de falta de imparcialidade em virtude de amizade íntima com a filha da vítima, que também é magistrada - Arguição desacompanhada de instrumento de procuração com poderes especiais - Inteligência do artigo 98 do Código de Processo Penal - Vício formal que impede o conhecimento da exceção - Cumulação de pedido com exceção de incompetência territorial - Inadmissibilidade em virtude da incompatibilidade de ritos - Exceções não conhecidas (TJSP, Exceção de Suspeição n. 53.839-0 - São Paulo - Câmara Especial - Relator: Otterer Guedes - 18.02.99).

CRIMINAL - EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO - PEDIDO FORMULADO POR ADVOGADO SEM PODERES ESPECIAIS - ART. 98 DO CPP - INCIDÊNCIA DO ART. 256 DO CPP.

I - NÃO SE PODE CONHECER DE EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO SE O ADVOGADO SUBSCRITOR DO PEDIDO NÃO TEM PODERES ESPECIAIS PARA ARGUÍ-LA - APLICAÇÃO DO ART. 98 DO CPP;

II - A INICIAL SE ENCONTRA MAL FUNDAMENTADA E O FEITO DEFICIENTEMENTE INSTRUÍDO;

III - ESPÉCIE EM QUE, SE CONHECIDO O INCIDENTE, NÃO PODERIA SER ACOLHIDO, EIS QUE SE VISLUMBRA HIPÓTESE DE SUSPEIÇÃO MOTIVADA POR PROVOCAÇÃO DA PARTE, ENSEJANDO A INCIDÊNCIA DO DISPOSTO NO ART. 256 DO CPP" (TRF2, EXSUSP 0 96.02.14562-5, Relator(a): Desembargador Federal VALMIR PEÇANHA, Julgamento: 24/06/1996, Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA, Publicação: DJU - Data 03/12/1996).

2º- Às fls. 02 (da petição de exceção de suspeição) a referida advogada apõe os seguintes dizeres em letras garrafais que saltam aos olhos (como que a gritar): *"POR DEPENDÊNCIA - URGENTE - SOBRESTAMENTO DO PROCESSO"*. Às fls. 03 (também da petição de exceção de suspeição), a causídica requer *"seja susgado o processo penal supramencionado até que seja julgado o presente incidente"*. Às fls. 04 (também da petição de exceção de suspeição) volta a repetir: *"requer primeiramente o sobrestamento do processo em epígrafe"*. Ou seja, acima de tudo, interessa ao excipiente a *SUSPENSÃO DO PROCESSO* criminal já em fase de alegações finais.

A suspensão ou sobrestamento do processo (como quer a dedicada advogada) não se obtém com a simples petição de exceção de suspeição. De acordo com o art. 102 do CPP "quando a parte contrária reconhecer a procedência da arguição, poderá ser susgado, a seu requerimento, o processo principal, até que se julgue o incidente da suspeição". Tal dispositivo não se aplica nesse caso, pois a arguição é feita contra membro do Ministério Público. Ou seja, supostamente a parte contrária seria justamente o excepto. E certamente, o processo seria suspenso ou sobrestado se houvesse o reconhecimento da suspeição, o que não é o caso.

Ao clamar pelo sobrestamento do feito criminal, a advogada subscritora, ciente da norma legal atrás aludida (dado o seu notório saber jurídico e zelo extremoso pelas causas do excipiente), tentou obter por vias enviesadas e ao arrepio do direito, os prefalados e valiosos dias de retardo.

III Falta de indicação de qualquer causa configuradora de suspeição

A advogada subscritora da exceção de suspeição alude em sua peça a um vago rancor do excepto contra o ora excipiente, mas em nenhum momento evidencia o substrato fático desse

suposto “rancor”. Faz referência ao fato do subscritor ser representante, vítima e testemunha (fls. 03) num determinado processo criminal eleitoral contra o ora excipiente.

E de forma confusa alude, em outra parte de sua peça, que o subscritor “como fiscal da lei e *AUTOR* daquela Ação não se vestira da devida isenção e imparcialidade que lhe é obrigatória, tornando-se suspeito para atuar no processo em epígrafe” (fls. 04). Ou seja, de acordo com a advogada, o subscritor atuou no referido processo eleitoral criminal na condição de *REPRESENTANTE, VÍTIMA, TESTEMUNHA E AUTOR DA DENÚNCIA*.

Temos então dois artificiosos obstáculos jogados pela advogada subscritora da exceção. 1º- O rancor alimentado pelo excepto em relação ao excipiente; 2º- a atuação, mesmo com esse suposto rancor, na condição de representante, vítima, testemunha e autor da denúncia (no referido processo eleitoral criminal).

Tais obstáculos, pelo fato de serem artificiosos, não resistem à mais perfunctória análise.

Desde quando temos a demonstração de rancor quando um agente público simplesmente se limita a agir no estrito limite de suas funções? O fato do subscritor ter recebido um ofício do Juiz xxx (também uma das vítimas das difamações do excipiente) comunicando o fato e encaminhando áudio com acusações injuriosas, e de posse de tais elementos ter encaminhado ao Procurador Regional Eleitoral e Procurador-Geral de Justiça para a adoção das medidas cabíveis, não autoriza a qualquer um a afirmar que há rancor por conta disso. O que há de fato é exercício legítimo de suas funções públicas. Inclusive, um dos deveres funcionais dos membros do Ministério Público é zelar por suas prerrogativas e pelo bom nome da instituição. E isto foi feito de forma oficial, impessoal e dentro dos mais rigorosos princípios jurídicos.

A respeito dispõe o art. 43, II, da Lei n. 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público):

São deveres dos membros do Ministério Público, além de outros previstos em lei: **II** - zelar pelo prestígio da Justiça, por suas prerrogativas e pela dignidade de suas funções.

Diante de uma acusação supostamente injuriosa (assacada num determinado comício político) do excipiente contra um juiz eleitoral (Dr. xxx) e dois promotores de justiça (o subscritor e a Dra. xxx), devidamente retratada num áudio enviado pelo Juiz da Comarca ao subscritor na qualidade de Promotor de Justiça e Eleitoral, qual a atitude mais consentânea a um membro do Ministério Público? Quedar-se inerte e omissivo, aceitando com essa atitude omissiva que as instituições (Judiciário e Ministério Público) fossem maculadas em sua honorabilidade? Diante da norma inserta no aludido art. 43, II, da Lei n. 8.625/1993, estando em jogo o prestígio da Justiça e a dignidade de suas funções, a única atitude exigível do subscritor era enviar o material ao Procurador Regional Eleitoral e Procurador-Geral de Justiça para adotar as providências cabíveis: apurar a veracidade ou inveracidade das acusações. O que efetivamente foi feito.

Ao proceder dessa forma, o subscritor não agiu por motivo pessoal ou qualquer outro sentimento menos nobre, mas tão-somente movido pelo dever funcional. Acrescente-se, por fim, se o ora excepto não tivesse adotado nenhuma providência, como a comunicação do fato (acusação assacada pelo ora excipiente contra membros do Ministério Público e Judiciário) às autoridades mencionadas (Procurador Regional Eleitoral e Procurador-Geral de Justiça), dentro da vinculatividade de um dever funcional (art. 43, II, da Lei n. 8.625/1993), seria passível de punição disciplinar (pois além do excepto, haviam dois outros agentes públicos vitimizados: um membro do Ministério Público e outro do Judiciário).

Ademais, ao remeter o áudio incriminador ao Ministério Público Federal e à Procuradoria-Geral de Justiça, o excopto fez uso também do permissivo legal inserto no art. 40 do CPP, e de acordo com a jurisprudência essa providência não o torna suspeito:

Alegação de suspeição da magistrada por ter sido ela quem requisitou a instauração de inquérito policial em desfavor do réu que não pode prosperar porque a excopta simplesmente acatou o que dispõe o art. 40 do CPP. Precedentes desta Egrégia Câmara Especial (TJSP, Exceção de Suspeição 990102245764 SP, Rel. Eduardo Gouvêa, Julg. 18 out. 2010, Órgão Julgador: Câmara Especial, Publ. 03/11/2010, in: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17190188/excecao-de-suspeicao-es-990102245764-sp-tjsp>>).

De acordo com a lei processual penal (art. 254),

o juiz dar-se-á por suspeito, e, se não o fizer, poderá ser recusado por qualquer das partes:

I - se for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer deles;

II - se ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente, estiver respondendo a processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia;

III - se ele, seu cônjuge, ou parente, consanguâneo, ou afim, até o terceiro grau, inclusive, sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes;

IV - se tiver aconselhado qualquer das partes;

V - se for credor ou devedor, tutor ou curador, de qualquer das partes;

VI - se for sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo.

Em nenhum parágrafo, linha ou frase das razões fixadas na exceção de suspeição subscrita pela advogada xxx há a menção a qualquer dessas causas configuradoras de suspeição. O que há, repito, é a alusão a um vago rancor (uma espécie de *rancor*

implícito – fls. 03), mas a advogada não indica de onde surgiu, como se corporificou e como se consolidou tal rancor. Sequer indica provas capazes de comprovar suas afirmativas⁶. E como o rol das causas legais é exaustivo, e não exemplificativo, cai na orfandade esse metafísico rancor (até porque, na prática, inexistente, pelo menos por parte do subscritor dessa peça).

A jurisprudência a respeito da taxatividade rol de causas é pacífica:

É de se rejeitar a exceção de suspeição se o excipiente não indica alguma das causas configuradoras (...) elencadas no art. 254 do CPP, **cujo rol é taxativo, não comportando ampliação**" (TJ/SP, in RT 699:328) Na mesma trilha: TJ/PR (RT 665:314), TJ/SP (RT 542:333) e TJ/SC (RT 508:404).

PENAL. PROCESSUAL PENAL. EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO DO JUIZ. ART. 254 DO CPP. HIPÓTESES TAXATIVAS. PARCIALIDADE DO JUIZ NÃO DEMONSTRADA. EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO IMPROVIDA.

1. 'Em tema de suspeição do magistrado não podem ser alegadas pelas partes outras causas que não as estritamente enumeradas na lei (art. 254 do Código de Processo Penal)' (RT 508/404). Rol taxativo.

2. Os excipientes não indicaram, na sua petição inicial, qualquer das hipóteses elencadas no art. 254, do CPP, razão pela qual não se justifica o acolhimento da presente exceção de suspeição. Precedentes desta Corte.

3. Exceção de suspeição improcedente (TRF1, EXSUSP 10784 PA, Relator(a): Desembargador Federal Carlos Olavo, Julgamento: 09/08/2010, Órgão Julgador: Terceira Turma, Publicação: e-DJF1 p.214 de 03/09/2010).

⁶ "A suspeição importa alijamento do magistrado de seu mister jurisdicional, envolvendo matéria de ordem moral de alta relevância. Nesse passo, para o acolhimento da suspeição é indispensável prova indubitosa da parcialidade do juiz" (STJ, Recurso Especial n. 582.692-SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 20 maio 2010, in: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=974866&sReg=200301503523&sData=20100527&formato=PDF>).

PROCESSUAL PENAL. VARA DO JÚRI. EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO. INOCORRÊNCIA. ROL DO ART. 254 DO CPP É TAXATIVO. ALEGAÇÃO NÃO SE AJUSTA AS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI. INEXISTÊNCIA DE INTERESSE PESSOAL DO EXCEPTO - EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO REJEITADA. DECISÃO UNÂNIME.

1. Alegação de suspeição que não se enquadrar nas hipóteses elencadas no art. 254, do Código de Processo Penal, não deve ser acolhida se nenhum interesse ou sentimento pessoal do excepto em referência ao excipiente tiver sido comprovado.

2. Portanto, despacho de expediente que determina a volta dos autos conclusos para pronúncia não configura motivo para declarar suspeição de juiz da causa de pedido fora das hipóteses do art. 254 do CPP.

3. Exceção que se rejeita por falta de amparo legal" (TJPE, Exceção de Suspeição 188409 PE, Relator(a): Marco Antonio Cabral Maggi, Julg. 03/02/2010, Órgão Julgador: 4ª Câmara Criminal, Publ. 29, in: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15312333/excecao-de-suspeicao-exs-188409-pe-001200501250242-tjpe>).

IV Malícia ou má-fé do excipiente. aplicação de multa (art. 101, CPP)

O art. 101 do Código de Processo Penal tem a seguinte redação:

Julgada procedente a suspeição, ficarão nulos os atos do processo principal, pagando o juiz as custas, no caso de erro inescusável; *rejeitada, EVIDENCIANDO-SE A MALÍCIA DO EXCIPIENTE, a este será imposta a multa de duzentos mil-réis a dois contos de réis.*

Existem alguns fatos que evidenciam a malícia ou má-fé do excipiente ao manejar, de forma irresponsável e leviana, o instituto da exceção de suspeição. São eles:

I- Afirmar que o excepto atuou no processo eleitoral criminal n. 42009 como "Autor daquela ação" (fls. 04) é uma *AFIRMAÇÃO ESSENCIALMENTE MENTIROSA E CARREGADA DE MÁ-FÉ*. Para confirmar essa *MENTIRA*, basta verificar o documento junto pela própria advogada (espelho de andamento processual), às fls. 09, onde consta um despacho do Dr. xxx (Juiz eleitoral): "Em razão das prerrogativas pertinentes às testemunhas arroladas pelo *autor da denúncia, Ministério Público Federal*, expeça-se Cartas Precatórias...". Aí está, o autor da ação ou denúncia foi o Ministério Público Federal, na pessoa do Procurador da República, Dr. xxx, e não como afirma a Sra. advogada, o excepto. Outrossim, seria uma tremenda erronia técnica, o ora excepto ser autor de uma denúncia e se autoarrolar como testemunha! Só num mundo fantasioso onde as árvores crescem com as raízes para cima!

Tal conduta do excipiente no processo civil seria litigância de má-fé ("alterar a verdade dos fatos" – CPC, art. 16, II). Como estamos na seara do processo penal, a sua conduta incide na parte final do art. 101 do Código de Processo Penal ("malícia do excipiente": aplicação de multa).

II- A ânsia pela suspensão do processo criminal (já em fase de alegações finais), conforme assinalado acima no item II, 2^o. (dessa promoção), em total descompasso com o art. 102 do CPP, deixa claro o objetivo dessa desastrada exceção de suspeição: ganhar tempo (inclusive a advogada atuou sem deter poderes especiais, tal o aqodamento para conseguir a suspensão do processo). E ganho de tempo ilegal no processo civil é litigância de má-fé ("usar do processo para conseguir objetivo ilegal" – CPC, art. 16, III), mas no processo penal incide a parte final do art. 101 do Código de Processo Penal ("malícia do excipiente": aplicação de multa).

III- A terceira circunstância é a mais contundente no intuito de espiolhar a malícia ou má-fé do excipiente e também representa uma pá de cal nessa desastrada exceção de suspeição. O art. 256 do Código de Processo Penal é uma

norma extremamente saudável em impedir a chicana e o uso do processo como instrumento dócil nas mãos de espertalhões e chicanistas. Diz o referido dispositivo legal: “A suspeição não poderá ser declarada nem reconhecida, quando a parte injuriar o juiz ou de propósito der motivo para criá-la”.

Se inexistisse tal norma seria muito fácil excluir um juiz ou promotor indesejável (seja pelo rigor e zelo cerberescos no exercício da função, pela incorruptibilidade, pela combatividade, etc.), bastaria que a parte proferisse uma afirmação injuriosa contra o agente, transformando-o em vítima, representante ou testemunha para torná-lo suspeito em todos os processos em que tivesse interesse. É o que deseja o excipiente. A declaração injuriosa foi proferida pelo excipiente contra o excepto e outros agentes no exercício da função, certamente com o propósito de “criar uma suspeição”, afastando esses agentes (incluindo o excepto) dos processos onde tivesse algum interesse. É princípio consagrado no Direito que o indivíduo não pode se beneficiar da própria torpeza (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans* – “a ninguém é dado alegar a própria torpeza em seu proveito”) e o art. 256 do CPP existe exatamente para positivar esse princípio no âmbito do processo penal.

CRIMINAL - EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO - PEDIDO FORMULADO POR ADVOGADO SEM PODERES ESPECIAIS - ART. 98 DO CPP - INCIDÊNCIA DO ART. 256 DO CPP.

I - NÃO SE PODE CONHECER DE EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO SE O ADVOGADO SUBSCRITOR DO PEDIDO NÃO TEM PODERES ESPECIAIS PARA ARGUÍ-LA - APLICAÇÃO DO ART. 98 DO CPP;

II - A INICIAL SE ENCONTRA MAL FUNDAMENTADA E O FEITO DEFICIENTEMENTE INSTRUÍDO;

III - ESPÉCIE EM QUE, SE CONHECIDO O INCIDENTE, NÃO PODERIA SER ACOLHIDO, EIS QUE SE VISLUMBRA HIPÓTESE DE SUSPEIÇÃO

MOTIVADA POR PROVOCAÇÃO DA PARTE, ENSEJANDO A INCIDÊNCIA DO DISPOSTO NO ART. 256 DO CP. (TRF2, EXSUSP 0 96.02.14562-5, Relator(a): Desembargador Federal VALMIR PEÇANHA, Julgamento: 24/06/1996, Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA, Publicação: DJU - Data 03/12/1996).

No processo civil, a conduta do excipiente de argüir incidente manifestamente infundado (dada a clareza do art. 256, do CPP) implicaria em litigância de má-fé (“provocar incidentes manifestamente infundados” – CPC, art. 16, VI), no processo penal incide a parte final do art. 101 do Código de Processo Penal (“malícia do excipiente”: aplicação de multa).

Todavia,

é possível a aplicação da multa prevista para a má-fé, no Código de Processo Civil, por analogia, ao processo penal, por força do art. 3º do CPP. Ademais, a penalidade imposta não é material, mas processual, aplicável a qualquer processo judicial, caso não haja norma especial a respeito. Tem por escopo resguardar o processo, de natureza pública, dos subterfúgios ilegalmente direcionados a procrastinar o término do feito” (TRF, 2ª R., EDcl-EDcl 2003.51.01.500281-0, Primeira Turma Especializada, Rel. Des. Fed. Abel Gomes, julg. 21/01/2009, DJU 06/02/2009, pág. 65).

Por todas estas razões, dada a manifesta improcedência da presente exceção de suspeição, requer esse agente ministerial seja rejeitada liminarmente, reconhecendo-se a malícia ou má-fé do excipiente e aplicando a multa prevista no art. 101 do Código de Processo Penal. Dado o fato de que a advogada atuou sem deter poderes específicos para ajuizar a presente exceção

(CPP, art. 98), assumindo o risco pelas afirmações aleivasas e imbuídas de má-fé, requer o MP seja a multa estendida a ela também (em responsabilidade solidária, nos termos do art. 18, §1º., do CPC c/c o art. 3º., do CPP), sem prejuízo de comunicação ao seu órgão de classe para as providências cabíveis.

xxx, xxx de dezembro de xxx

JOÃO GASPAR RODRIGUES

Promotor de Justiça

Parecer sobre denúncia em face de fundação - Patente

PROCESSO Nº 086/2010-MP/47ª PJFME

**ASSUNTO: DENÚNCIA EM FACE DA FUNDAÇÃO ABC -
PATENTE**

INTERESSADO: MARIO DE TAL

PARECER

MÁRIO DE TAL protocolou representação no Ministério Público do Estado do Amazonas onde apresenta denúncias contra a Fundação ABC, alegando, resumidamente, que:

a) a entidade faz propaganda se dizendo representante do Instituto Nacional de Propriedades Industriais-INPI, o que, segundo o Secretário de Planejamento do Estado do Amazonas não corresponderia a verdade.

b) auditoria nos atos dos diretores pois ingressaram com ação judicial em nome da entidade, sem autorização do conselho.

c) concessão de liminares sem a devida fundamentação, usando a entidade tráfico de influência junto aos juízes e desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas.

Anexou documentos na representação, bem como cópia de vários processos judiciais.

É, em resumo, o relatório.

Esta Promotora analisará cada um dos três itens apresentados e objetos da reclamação do representante.

DA PRELIMINAR

COMPETENCIA

A CF/88, em seu artigo 109, inciso I prevê que 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 e de acidentes do trabalho e as sujeitas a justiça do trabalho e justiça eleitoral, serão da competência da Justiça Federal.

Portanto, a lide em exame tem particular interesse do Instituto Nacional de Proteção Industrial-INPI, autarquia federal, integrante da administração indireta da União, razão pela qual, evidentemente todo e qualquer conflito deverá ser submetido a Justiça Federal e ao Ministério Público Federal.

De início já se afasta a atribuição deste órgão ministerial em atuar na presente representação, que, aliás, já está sendo instruída no Ministério Público Federal.

DO MÉRITO DA REPRESENTAÇÃO

A)- DA LEI DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL – breve exame Lei 9279/96: nova Lei de Propriedade Industrial

O assunto objeto da presente representação versa matéria pertinente a Nova Lei da Propriedade Industrial que regula os direitos e as obrigações relativos à propriedade industrial.

A proteção aos direitos relativos à propriedade industrial se efetua através da concessão de patentes de invenções e de modelo de utilidade; mediante a concessão de registro de desenho industrial e de registro de marca; repressão às falsas indicações geográficas e pela repressão à concorrência desleal. Gama Cerqueira diferencia invenção de descoberta. Para ele, a *invenção*, de modo geral, consiste na criação de uma coisa até então inexistente, a *descoberta* é a revelação de uma coisa existente na natureza.. Ele explica que descobrir é o ato de anunciar ou revelar um princípio científico desconhecido, mas preexistente na ordem natural, e inventar é dar aplicação prática ou técnica ao princípio científico, no sentido de criar algo novo, aplicável no aperfeiçoamento ou na criação industrial.

Já modelo de utilidade é toda disposição ou forma nova obtida ou introduzida em objetos conhecidos, desde que se prestem a um trabalho ou uso prático. A disposição ou forma nova refere-se a ferramentas, instrumentos de trabalho ou utensílios que nele são empregados para aumentar ou desenvolver a sua eficiência ou utilidade. A proteção conhecida ao modelo de utilidade somente diz respeito à forma ou à disposição nova que traga melhor utilização à função a que o objeto ou parte de máquina se destina.

Modelo industrial é toda forma plástica que possa servir de tipo de fabricação a um produto industrial e ainda se caracteriza por nova configuração ornamental. Desenho industrial é toda disposição ou conjunto novo de linhas ou cores que, com fim industrial ou comercial, possa ser aplicado à ornamentação de um produto, por qualquer meio manual, mecânico ou químico, singelo ou combinado.

São elementos da propriedade industrial os privilégios de invenção, os modelos de utilidade, os desenhos industriais, as marcas de indústria, de comércio e de serviço, o uso dos nomes comerciais, os títulos de estabelecimento e as expressões de propaganda.

Esta lei também se aplica ao pedido de patente ou de registro proveniente do exterior e depositado no país por quem tem proteção assegurada por tratado ou convenção em vigor no Brasil e, também, aos nacionais ou pessoas domiciliadas em país que assegure aos brasileiros ou pessoas aqui domiciliadas a reciprocidade de direitos iguais ou equivalentes.

Para efeito de igualdade de condições, as disposições dos tratados em vigor no Brasil são aplicáveis às pessoas físicas e jurídicas nacionais ou aqui domiciliadas. Os direitos de propriedade industrial são considerados bens móveis, para efeitos legais.

A proteção da propriedade industrial tem por objeto as patentes de invenção, os modelos industriais, as marcas

de indústria, de comércio e de serviço, o nome comercial e as indicações de proveniência ou denominações de origem, bem como a repressão da concorrência desleal.

Da titularidade

A Lei nº9.279/96 assegura o direito do autor de invenção ou modelo de utilidade de obter patente que lhe garanta a propriedade de tal invenção, sendo estabelecida uma presunção de autoria em relação ao requerente da patente.

O inventor é o sujeito do direito sobre a invenção de que é resultante o direito de obter a patente, isto é, do reconhecimento do Estado ao privilégio de uso exclusivo. A invenção não registrada com as cautelas que a lei impõe, caindo sob o conhecimento público, vulgarizando-se, não proporciona ao inventor o uso monopolístico decorrente do privilégio. Em consequência, o registro tem efeito constitutivo, pois na falta dele não subsiste o direito de exploração, assegurado pelo privilégio concedido pelo Estado.

Com a patente de invenção (documento comprobatório da autoria da invenção) fica assegurado não só a propriedade do invento, como também o direito de exploração do mesmo. É assegurado ao autor de invenção ou modelo de utilidade o direito de obter a patente que lhe garanta a propriedade, nas condições estabelecidas pela lei.

Presume-se o requerente legitimado a obter patente, salvo prova em contrário. A patente pode ser requerida em nome próprio, ou pelos herdeiros ou sucessores do autor, pelo cessionário ou por aquele a quem a lei ou contrato de trabalho ou de prestação de serviços determinar que a titularidade pertença.

A presunção, portanto, é de que seja o inventor quem requer a patente, aperfeiçoando-se essa presunção no caso da

oposição de terceiro, que declara ser o legítimo autor. Só então a autoridade se verá na contingência de, examinando as provas apresentadas pelos interessados, proclamar o verdadeiro inventor, concedendo-lhe a patente do privilégio.

Se se tratar de invenção ou de modelo de utilidade realizado em conjunto por duas ou mais pessoas, a patente poderá ser requerida por todas ou qualquer uma delas, mediante nomeação e qualificação das demais, a fim de que sejam ressaltados os respectivos direitos.

O inventor será nomeado e qualificado, podendo requer a divulgação ou não de sua nomeação. Se dois ou mais autores tiverem realizado a mesma invenção ou modelo de utilidade, de forma independente, será assegurado o direito de obter patente àquele que provar o depósito mais antigo, independentemente das datas de invenção ou criação. Caso haja retirada de depósito anterior sem produção de qualquer efeito dará prioridade ao depósito imediatamente posterior.

Da patenteabilidade

As Invenções e Modelos de Utilidade Patenteáveis

É patenteável a invenção que atenda aos requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial. Por novidade, entende-se (art. 11) tudo aquilo que não se ache compreendido no estado da técnica, que compreende tudo que não tiver sido divulgado por escrito ou oralmente, até a data do depósito do pedido de patente de invenção.

A atividade inventiva pressupõe uma atividade de criação, no campo técnico, pelo inventor. A aplicação industrial consiste na atualidade prática da invenção e na correspondência desta à exigência ou necessidade buscada pelo inventor, configurando, em suma, uma ideia aplicada no campo técnico, podendo ser utilizada ou produzida em qualquer tipo de indústria.

É patenteável como modelo de utilidade o objeto de uso prático, ou parte dele, suscetível de aplicação industrial, que apresente nova forma ou disposição, envolvendo ato inventivo, o qual resulte em melhoria funcional no seu uso ou na sua fabricação. As criações que não podem ser consideradas como invenções, nem modelo de utilidade são encontradas no art. 10 da lei 9279/96 e são: as descobertas, as teorias científicas e os métodos matemáticos; as concepções puramente abstratas; os esquemas, os planos, os princípios ou os métodos comerciais, contábeis, financeiros, educativos, publicitários, de sorteio e de fiscalização; as obras literárias, arquitetônicas, artísticas e científicas ou qualquer criação estética; programas de computador em si; apresentação de informações; regras de jogos, técnicas e métodos operários ou cirúrgicos, bem como métodos terapêuticos ou de diagnóstico, de aplicação no corpo humano ou animal; e o todo ou parte de seres vivos naturais e materiais biológicos encontrados na natureza ou ainda que dela isolados, incluindo o genoma ou germoplasma de qualquer ser vivo natural e os processos biológicos naturais.

A invenção e o modelo de utilidade são considerados novos quando compreendidos no estado da técnica. Este é constituído por tudo tornado acessível ao público antes da data de depósito do pedido de patente, através de prescrição escrita ou oral, por uso ou qualquer outro meio, no Brasil ou no estrangeiro, salvo o disposto nos artigos 12, 16 e 17.

Será considerado estudo da técnica o conteúdo completo de pedido depositado no Brasil, e ainda não publicado, para fins de aferição da novidade, a partir da data de depósito, ou da prioridade reivindicada, desde que venha a ser publicado, ainda que posteriormente. O mesmo vale para o pedido internacional de patente depositado segundo tratado ou convenção em vigor no Brasil, havendo processamento nacional.

Não é considerado estado de técnica a divulgação de invenção ou modelo de utilidade, quando ocorre durante os 12

meses que precedem a data de depósito ou a da prioridade do pedido de patente, se promovida pelo inventor; pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), através da publicação oficial do pedido de patente depositado sem o consentimento do inventor; ou por terceiros, baseados apenas em informações obtidas direta ou indiretamente do inventor ou em decorrência de ator por ele realizados.

O Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI – pode exigir do inventor declaração relativa à divulgação, acompanhadas ou não de provas, de acordo com as condições estabelecidas no regulamento.

A invenção ou o modelo de utilidade são dotados de atividade inventiva sempre que, para um técnico no assunto, não decorram de maneira evidente ou óbvia do estado da técnica. A invenção e o modelo de utilidade são considerados suscetíveis de aplicação industrial quando podem ser utilizados ou produzidos em qualquer tipo de indústria.

Da Prioridade

O depósito de pedido feito no exterior dá ao depositante o direito de prioridade à obtenção de patente no Brasil, caso tal país mantenha com o nosso tratado ou convenção sobre patente de invenção. Será assegurado direito de prioridade ao pedido de patente feito em país que mantenha acordo com o Brasil, ou em organização internacional, que produza efeito de depósito nacional, nos prazos estabelecidos no acordo, não podendo ser o depósito invalidado nem prejudicado por fatos ocorridos dentro deste prazos.

A reivindicação de prioridade é feita no ato de depósito, podendo ser suplementada dentro de sessenta dias por outras prioridades anteriores à data do depósito no Brasil. Essa reivindicação é comprovada por documento de origem, o qual

deve conter número, data, título, relatório descritivo e, se for o caso, reivindicações e desenhos, acompanhados de tradução simples da certidão de depósito ou documento que seja equivalente e que contenha dados identificadores do pedido, cujo teor é de inteira responsabilidade do depositante.

A inovação trazida pela nova Lei da Propriedade Industrial, no que se refere à prioridade estrangeira consiste em que o documento de prioridade não mais necessita de tradução juramentada, bastando tradução simples ou declaração de conformidade do depositante. Se a comprovação por documento não se efetuar na ocasião do depósito, ela deverá ocorrer em até cento e oitenta dias contados a partir da data do depósito. Para os pedidos internacionais depositados em países que mantêm acordo com o Brasil, em virtude de tratado, a tradução da certidão de depósito ou de documento equivalente deverá ser apresentada até o prazo de sessenta dias contados da data do início do processamento nacional.

Se o pedido de patente depositado no Brasil estiver fielmente contido no documento da origem, apenas é suficiente uma declaração do depositante sobre isto para substituir a tradução simples. Se se tratar de prioridade obtida por cessão, o documento correspondente deverá ser apresentado dentro de 180 dias contados a partir da data do depósito, ou, se for o caso, 60 dias contados da data da entrada no processamento nacional, sendo dispensada a legislação consular no país de origem. Se a comprovação da prioridade não for feita dentro dos prazos estabelecidos, acarretará em perda de prioridade.

Nos casos de pedido depositado com reivindicação de prioridade, o requerimento para antecipação de publicação deverá ser instruído com a comprovação da prioridade. O pedido de patente de invenção ou de modelo de utilidade originalmente depositado no Brasil, sem apresentar reivindicação de prioridade e não publicado, será assegurado o direito de prioridade ao pedido posterior sobre a mesma matéria depositado no Brasil

pelo mesmo requerente ou sucessores, dentro do prazo de um ano.

Esta prioridade só será admitida para a matéria do pedido anterior, não incluindo a matéria nova introduzida. Será considerado, para todos os fins, arquivado, o pedido anterior ainda pendente. Não poderá servir de base a reivindicação de prioridade o pedido de patente proveniente de divisão de pedido anterior.

Das Invenções e dos Modelos de Utilidade Não Patenteáveis

Não são patenteáveis: o que for contrário a moral, aos bons costumes, à segurança, à ordem e à saúde públicas; as substâncias, matérias, misturas, elementos ou produtos de qualquer espécie, bem como a modificação de suas propriedades físico-químicas e os respectivos processos de obtenção ou modificação, quando forem resultantes de transformação do núcleo atômico; e o todo ou parte de seres vivos, exceto os microorganismos transgênicos que atendem aos três requisitos de patenteabilidade (que são: novidade, atividade inventiva e aplicação industrial, os quais estão previstos no art. 8º), e que não sejam mera descoberta.

De acordo com a Lei da Propriedade Industrial, microorganismos transgênicos são organismos (exceto o todo ou parte de plantas ou animais) que expressam, mediante intervenção humana direta em sua composição genética, uma característica normalmente não alcançável pela espécie humana em condições naturais.

Do pedido de patente

O pedido de patente, de acordo com as condições estabelecidas pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial

deve conter: requerimento; relatório descritivo; reivindicação; desenhos (se for o caso); resumo; e comprovante do pagamento da retribuição relativa ao depósito. (Art. 19)

O pedido de patente será submetido a exame formal preliminar e, caso devidamente instruído, será protocolado com a data de sua apresentação. O pedido de patente que não contiver as condições estabelecidas pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial (art. 19), mas que contiver dados relativos ao objeto, ao depositante e ao inventor, poderá ser entregue, mediante recibo datado, ao INPI, o qual estabelecerá as exigências a serem cumpridas, no prazo de trinta dias, sob pena de devolução ou arquivamento da documentação.

Cumpridas as exigências, o depósito será considerado como efetuado na data do recibo. (Art. 21, parágrafo único) O depósito é um ato mais complexo que o simples protocolo do pedido, em razão dos efeitos que produz. Ele assinala não só a anterioridade da apresentação da criação industrial ao INPI - o que implica a definição do titular do direito, em caso de sobreposição de pedidos - mas também o início da contagem de importantes prazos, inclusive o da duração da patente.

Das condições do Pedido

O pedido de patente de invenção tem de se referir a uma única invenção ou a um grupo de invenções inter-relacionadas de maneira a compreenderem um único conceito inventivo. O pedido de patente de modelo de utilidade deve se referir a um único modelo principal, o qual pode incluir uma pluralidade elementos diferentes, adicionais ou variantes construtivas ou configurativas, desde que seja mantida a unidade técnico, funcional e corporal do objeto.

O relatório deve descrever de forma clara e suficientemente o objeto, de modo que seja possível sua realização por técnico no

assunto. O relatório também deve indicar, se for o caso, a melhor forma de execução (pena de nulidade). Em caso de material biológico essencial à realização prática do objeto do pedido, que não pode ser descrito na forma prevista e que não estiver acessível ao público, será suplementado o relatório por depósito do material em instituição autorizada pelo INPI ou indicada em acordo internacional. As invenções devem ser fundamentadas no relatório descritivo, definindo a matéria objeto da proteção, de modo claro e preciso e caracterizando as particularidades do pedido.

O pedido de patente pode ser dividido em dois ou mais, de ofício ou a requerimento do depositante, até o fim do exame. Para isso, o pedido dividido tem que fazer referência específica ao pedido original e não exceder à matéria constata do pedido original. Será arquivado o requerimento de divisão que não apresentar tais requisitos.

Os pedidos divididos serão protocolados com a data do depósito do pedido original e apresentará o benefício de prioridade deste, se for o caso. Cada pedido dividido estará sujeito a pagamento das retribuições correspondentes.

O pedido de patente abandonado ou retirado será obrigatoriamente publicado. O pedido de retirada deve ser apresentado em até dezesseis meses, contados a partir da data do depósito ou da prioridade mais antiga. Dará prioridade ao depósito imediatamente posterior a retirada de um depósito anterior sem produção de qualquer efeito.

Do Processo e do Exame do Pedido

O processo pelo qual se obtém a patente de invenção se inicia com a apresentação do pedido de depósito no Instituto Nacional da Propriedade Industrial. Em seguida, há o exame da invenção e a obtenção da patente.

O pedido de patente será mantido em sigilo durante dezoito meses contados da data do depósito ou, da prioridade mais antiga (quando houver). Decorrido tal prazo, será publicado. Uma exceção à esta regra é o pedido de patente de objeto de interesse à defesa nacional, o qual será processado em caráter sigiloso e não será sujeito à publicação prevista na Lei da Propriedade Industrial.

A publicação do pedido de patente pode ser antecipada através de requerimento do depositante. Ficarão a disposição do público, no INPI, cópia do relatório descritivo, das reivindicações, do resumo e dos desenhos. Na publicação constarão apenas dados identificadores do pedido de patente.

Após publicado o pedido de patente e até o final do exame, é facultada a apresentação, pelos interessados, de documentos e informações para subsidiarem o exame. O exame só será iniciado decorridos sessenta dias após a publicação do pedido de patente. Até o requerimento do exame, o depositante poderá efetuar alterações para melhor esclarecer ou definir o pedido de patente, desde que tais alterações se limitem à matéria inicialmente revelada no pedido.

O exame do pedido de patente deve ser requerido pelo depositante ou por qualquer interessado, no prazo de 36 (trinta e seis) meses contados da data do depósito, sob pena de arquivamento do pedido. O pedido de patente pode ser desarquivado, sob requerimento do depositante, dentro de sessenta dias contados do arquivamento, mediante pagamento de uma retribuição específica, sob pena de arquivamento definitivo.

Após requerido o exame, deverão ser apresentados, sempre que solicitado, no prazo de sessenta dias, sob pena de arquivamento do pedido: objeções, buscas de anterioridade e resultados de exame para concessão de pedido correspondente em outros países, quando houver reivindicação de prioridade; documentos necessários à regularização do processo e exame do pedido; e tradução simples da certidão de depósito ou

documento equivalente, caso esta tenha sido substituída pela declaração prevista pelo art. 16, § 5º.

De acordo com o art. 35 da LPI, por ocasião do exame técnico, será elaborado o relatório de busca e parecer relativo a: patenteabilidade do pedido; adaptação do pedido à natureza reivindicada; reformulação do pedido ou divisão; ou exigências técnicas.

O depositante será intimado para manifestar-se no prazo de noventa dias, se o parecer for pela não patenteabilidade ou pelo não enquadramento do pedido na natureza reivindicada ou se formular qualquer exigência. Não respondida a exigência, o pedido será definitivamente arquivado. Respondida a exigência, mesmo que não cumprida, ou contestada sua formulação, e ocorrendo ou não manifestação sobre a patenteabilidade ou o enquadramento, dar-se-á prosseguimento ao exame.

Concluso o exame, será proferida a decisão, deferindo ou indeferindo o pedido de patente.

Logo, podemos resumir as fases do pedido de patente dessa forma:

1º) Pedido de depósito (+ 60 dias)

2º) publicação

3º) exame do pedido (mediante requerimento do depositante. Prazo de 36 meses sob pena de arquivamento do pedido).

4º) decisão: deferimento ou indeferimento do pedido de patente.

Da Concessão e da Vigência da Patente

A patente será concedida depois de deferido o pedido e comprovado o pagamento da retribuição correspondente, sendo expedida a respectiva carta-patente.

De acordo com o art. 40 da Lei nº 9279/96, a propriedade e o direito de uso exclusivo da invenção não são perpétuos. Versa o artigo que a patente de invenção terá vigor por 20 anos contados

a partir da data do depósito do pedido, ou prazo de 10 anos a contar da data de sua concessão.

Da Proteção conferida pela Patente

Dos Direitos

O teor das reivindicações constante no relatório descritivo e nos desenhos determinará a extensão da proteção conferida pela patente. A patente confere o direito de impedir terceiro, sem consentimento do titular, de produzir, usar, colocar à venda ou importar: produto objeto de patente, ou produto diretamente por processo patenteado. Além disso, a LPI ampara o *contributory infringement*, ao conferir ao titular da patente o direito de impedir que terceiros contribuam para que outros pratiquem tais atos.

Ocorre violação de direito da patente de processo, quando o possuidor ou proprietário não comprovar, por meio de determinação judicial específica, que o seu produto foi obtido por processo de fabricação diverso daquele protegido pela patente. Logo, em caso de violação de patente de processo de fabricação, compete ao acusado o ônus de provar que seu produto foi obtido por processo diverso do protegido pela patente.

Não se considera violação de patente a preparação de medicamento de acordo com prescrição médica para casos individuais, executada por profissional habilitado, bem como o medicamento assim preparado.

A nova lei se aplica aos pedidos de patentes em andamento,

exceto quanto à patenteabilidade das substâncias, matérias ou produtos obtidos por meios ou processos químicos e as substâncias, matérias, misturas ou produtos alimentícios, químico-farmacêuticos, medicamentos de qualquer espécie, bem como os respectivos processos de obtenção ou modificação(art. 229).

Para estes, a atual lei prevê uma revalidação condicional (pipeline), para quem tenha esse direito garantido por tratado ou convenção em vigor no Brasil (que é o Acordo TRIPs), do primeiro pedido de patente depositado no exterior (art. 230). Esse direito é condicional, porque depende de o objeto da patente não ter

sido colocado em qualquer mercado, por iniciativa direta do titular ou por terceiro com seu consentimento, nem tenham sido realizados por terceiros, no país, sérios e efetivos preparativos para a exploração do objeto do pedido ou da patente.

Esse depósito deverá ser feito dentro do prazo de um ano contado da publicação da lei (art. 230, § 1º). Preenchidos esses requisitos, a patente será conhecida tal como concedida no país de origem (§ 3º), pelo prazo remanescente de proteção do país de origem (§ 4º). Se o pedido de patente já foi depositado no Brasil, o requerente deverá dele desistir e depositar novo pedido na forma da lei (§ 5º). Esse direito se estende aos nacionais ou domiciliados no país, ficando assegurada a data da divulgação do invento para o início do prazo de vigência de vinte anos de proteção (art. 231).

A nova *Lei da Propriedade Industrial, de acordo com a Constituição do Brasil*, assegura o direito adquirido de quem fabricava o produto a prosseguir na sua fabricação, sem pagamento de royalties retroativos ou futuros (art. 232). É assegurado ao titular da patente o direito de obter indenização pela exploração indevida de seu objeto, inclusive no que diz respeito à exploração ocorrida entre a data da publicação do pedido e a da concessão da patente. Se o infrator obteve conhecimento, através de qualquer meio, do conteúdo do pedido depositado, anteriormente à publicação, contar-se-á o período da exploração indevida para efeito da indenização a partir da data de início de exploração.

Do Usuário Anterior

Será assegurado à pessoa de boa fé que explorava seu objeto no país, antes da data de depósito ou de prioridade de pedido de patente, o direito de continuar a exploração na forma e condições anteriores, sem ônus.

Esse direito não será assegurado à pessoa que tenha tido conhecimento do objeto da patente através da divulgação oficial do pedido, desde que tal pedido tenha sido depositado no prazo de um ano, contado da divulgação.

Da Nulidade da Patente

Se a patente for concedida de forma contrária às disposições da Lei da Propriedade Industrial, ela será tida como nula. A nulidade parcial ocorre quando a nulidade não incide sobre todas as reivindicações; apenas sobre parte delas, constituindo as demais matérias patenteáveis por si mesmas.

A nulidade produzirá efeito ex tunc, ou seja, a partir da data do depósito do pedido.

Do Processo Administrativo de Nulidade

Art. 50. A nulidade da patente será declarada administrativamente quando:

- I - não tiver sido atendido qualquer dos requisitos legais;
- II - o relatório e as reivindicações não atenderem ao disposto nos arts. 24 e 25, respectivamente;
- III - o objeto da patente se estenda além do conteúdo do pedido originalmente depositado; ou
- IV - no seu processamento, tiver sido omitida qualquer das formalidades essenciais, indispensáveis à concessão.

O processo de nulidade pode ser instaurado de ofício ou através de requerimento de qualquer pessoa com legítimo

interesse, dentro do prazo de seis meses, contados a partir da concessão da patente.

Da Ação de Nulidade

A ação de nulidade da patente pode ser proposta a qualquer momento da vigência da mesma, pelo INPI ou por qualquer pessoa com legítimo interesse. O prazo para contestação do réu titular da patente será de sessenta dias; transitada em julgado a decisão da ação de nulidade, o INPI publicará anotação, a fim de que terceiros fiquem cientes.

Da Cessão e das Anotações

Poderão ser cedidos, total ou parcialmente, o pedido de patente ou a patente, ambos de conteúdo indivisível.

Art. 59. O INPI fará as seguintes anotações:

I - da cessão, fazendo constar a qualificação completa do cessionário;

II - de qualquer limitação ou ônus que recaia sobre o pedido ou a patente; e

III - das alterações de nome, sede ou endereço do depositante ou titular.

Das licenças

Da Licença Voluntária

O titular de patente ou o depositante pode realizar contrato de licença para exploração, podendo, o titular, conceder todos os poderes ao licenciado para agir em defesa da patente. Havendo aperfeiçoamento em patente licenciada, este pertencerá a quem o fez, sendo assegurado à outra parte contratante o direito de preferência para o seu licenciamento.

Da Oferta de Licença

Pode o titular da patente requerer ao INPI que a coloque em oferta com fins de exploração. Cabendo ao INPI a publicação da oferta. O titular da patente pode requerer o cancelamento da licença, nos seguintes casos: se o licenciado não iniciar a exploração efetiva dentro do prazo de um ano da concessão; interromper a exploração por tempo superior a um ano; ou ainda, se não forem obedecidas as condições da exploração.

Da Licença Compulsória

A licença também pode ocorrer de forma compulsória. Ficará submetido a ter a patente licenciada de forma compulsória, o titular que exercer seus direitos de forma abusiva, ou por meio dela praticar abusos de poder econômico, que sejam comprovados nos termos da lei, por decisão administrativa ou judicial.

Também são motivos de licença compulsória:

I – a não exploração do objeto da patente no território brasileiro por falta de fabricação ou fabricação incompleta do produto, ou, ainda, a falta de uso integral do processo patenteado, ressalvados os casos de inviolabilidade econômica, quando será admitida a importação; ou

II – a comercialização que não satisfizer às necessidades do mercado.

Da Patente de Interesse da Defesa Nacional

O pedido de patente das invenções que significam interesse à Segurança Nacional devem ser originário do Brasil, sendo o seu trâmite de caráter sigiloso, não havendo a etapa das publicações como ocorre nos demais processo de concessão de patentes.

Do Certificado de Adição de Invenção

Caso haja aperfeiçoamento ou desenvolvimento introduzido ao objeto da invenção, a lei permite no seu art. 76 mediante requerimento do depositante do pedido ou titular da patente, um certificado de adição a fim de proteger tal modificação no invento. O pedido de certificado de adição será examinado de acordo com o mesmo procedimento de concessão de patentes.

Da Extinção da Patente

A extinção da patente dar-se pela expiação do prazo de vigência, pela renúncia do titular, pela caducidade, por falta de pagamento da anuidade ou pela ausência de procurador no Brasil com poderes de representar judicial e administrativamente o domiciliado no estrangeiro.

A caducidade ocorre quando no prazo de 2 anos após a 1º concessão de licença compulsória, o titular não sana ou previne o abuso ou desuso, com exceção dos motivos justificáveis. Se a patente for concedida em desacordo com as normas da LPI (art. 46), ela será tida como nula.

Da Retribuição Anual

A partir do início do terceiro ano da data do depósito estarão sujeitos ao pagamento de retribuição anual o depositante do pedido e o titular da patente. Tal pagamento deverá ser efetuado dentro dos três primeiros meses de cada ano, podendo, também ser feito, independente de notificação, dentro dos 6 meses subsequentes, mediante pagamento de retribuição adicional. Caso não se efetue o pagamento da retribuição anual, ocorrerá o arquivamento do pedido ou a extinção da patente.

Da Restauração

O pedido de patente e a patente poderão ser restaurados, se o depositante ou o titular o requerer, dentro de três meses, contados a partir da data de arquivamento do pedido ou da extinção da patente, mediante pagamento de retribuição específica. (Art. 87).

Da Invenção e do Modelo de Utilidade Realizado por Empregado ou Prestador de Serviço.

Se a invenção ocorrer durante a vigência de contrato de trabalho ou de prestação de serviço, tendo por objeto a pesquisa ou a atividade inventiva, dispõe a lei que o invento será de exclusiva propriedade do empregador. Nesse caso, faculta conceder ao empregado ou não participação nas consequências econômicas da criação.

Caso a invenção não seja decorrente de contrato de trabalho, e não tendo o empregado se utilizado de quaisquer recursos e utensílios pertencentes ao empregador, a propriedade da invenção será apenas do empregado.

Se a invenção resultar do uso de recursos do empregador, juntamente com a contribuição pessoal do empregado, a propriedade será comum desde que não haja disposição contratual contrária.

INTERPRETAÇÃO PRÁTICA

No caso específico, o representante firmou um contrato de prestação de serviço com a Fundação ABC e, durante a vigência deste contrato, "inventou".

Assim, conforme afirma a lei da propriedade industrial, os direitos do invento são do empregador. No caso a Fundação ABC, que poderá conceder ao empregado, ou contratado, participação nos resultados do invento.

ASSIM NADA DE IRREGULAR NA ATIVIDADE DA ENTIDADE, se ela entender não ser caso de o empregado, contratado, participar no resultados do invento.

DOS ESTATUTOS DA FUNDAÇÃO ABC - REPRESENTAÇÃO JUDICIAL DA ENTIDADE

Segundo a moderna doutrina fundacional quem deve representar a entidade, em juízo ou fora dele, é o diretor-presidente, no caso específico da ABC, o estatuto assim determina.

Vejamos o que ensina Sabo Paes:

A representação orgânica, normalmente referida como representação ativa e passiva nos atos jurídicos e extrajudiciais, cabe à aquele que é designado no estatuto, recaindo o encargo, normalmente a um membro da diretoria (diretor-presidente)

As atribuições da Diretoria Executiva e se seus integrantes - podem a título exemplificativo serem assim enumeradas:

Compete ao Diretor-presidente

Representar a fundação em juízo ou fora dele, podendo delegar essa atribuição em caso específico, e constituir mandatários e procuradores.

Portanto analisando o que dispõe o estatuto da entidade, bem como a doutrina dominante não existe o que discutir no que concerne a esta questão pois o presidente do Conselho tem autoridade para determinar que a Diretora Presidente representa a entidade judicial e extrajudicialmente

A este respeito diz o estatuto da entidade:

Artigo 18- Ao Presidente do Conselho Diretor compete:

I- Representar a ABC em juízo ou fora dele, ativa ou passivamente, podendo para tanto delegar poderes e constituir mandatários;

Artigo 19- Ao Diretor-Presidente compete:

I- Representar a ABC em juízo ou fora dele, ativa ou passivamente, mediante determinação do Presidente do Conselho-Diretor, podendo subestabelecer.

Logo, não assiste razão ao representante neste aspecto.

DAS DECISÕES JUDICIAIS

No tocante as supostas irregularidades, ou utilização de tráfico de influência nas decisões judiciais, como envolve Juízes e Desembargadores do Tribunal de Justiça do Amazonas, cabe ao representante encaminhar documentos ao Conselho Nacional de Justiça, com sede em Brasília, e a Corregedoria do Tribunal de Justiça do Amazonas.

Deve, também, recorrer da decisão, por meio de seu representante legal, (advogado), e não o Ministério Público, por se tratar de interesse individual.

CONCLUSÃO

Por tudo o acima exposto, não existindo razões para a instauração de Inquérito Civil ou de procedimento preparatório ao IC, o Ministério Público, por esta agente ministerial se posiciona pelo arquivamento das presentes peças de informação com remessa ao Conselho Superior do Ministério Público, para cumprimento do previsto no inciso XVII, do artigo 43 da Lei Complementar n. 11/93.

Manaus, 01 de janeiro de 2011

KATIA MARIA ARAUJO DE OLIVEIRA
Promotora de Justiça

Referências

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. 9. ed. São Paulo: Saraiva 1992.

MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial*. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. v.1. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

SILVEIRA, Newton. *A propriedade Intelectual e As Novas Leis Autorais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

**GRÁFICA
MODERNA**

IMPRESSÃO E ACABAMENTO

Fones: (92) 3237-8791 / 3613-8836 / Telefax: (92) 3237-7422
E-mail: graficamoderna@netium.com.br

Este livro foi impresso sobre papel offset 90g/m²
pela Gráfica Moderna em Novembro de 2011



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça