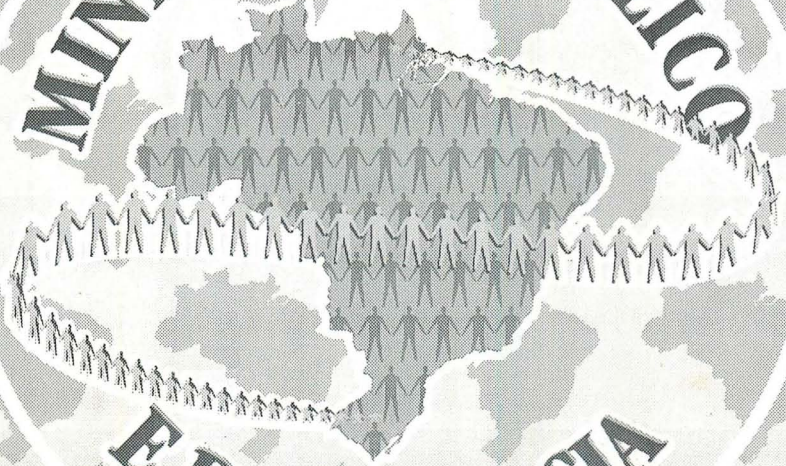
MINISTÉRIO PÚBLICO E DEMOCRACIA



LIVRO DE TESES

TOMO III

FORTALEZA - CEARÁ

26 A 29 DE MAIO DE 1998

CENTRO DE CONVENÇÕES EDSON QUEIROZ

Promoção/Realização:

CONAMP - Confederação Nacional do Ministério Público
Presidente Geral: ***Achiles de Jesus Siquara Filho***

ACMP - Associação Cearense do Ministério Público
Presidente Executivo: ***Edilson Santana Gonçalves***

Apoio:

Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Ceará
Procurador-Geral: ***Nicéforo Fernandes de Oliveira***

Tribunal de Justiça do Estado do Ceará
Presidente: José Maria de Melo

BIBLIO[illegible]DA
ASSO[illegible]ÇÃO CEA-
[illegible]E DO MINISTÉRIO
[illegible]BLICO
AQUISIÇÃO: 1 1
CONTRO[illegible]

12º CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

TEMA CENTRAL

MINISTÉRIO PÚBLICO E DEMOCRACIA

Fortaleza, 26 a 29 de maio de 1998

LIVRO DE TESES
TOMO 3

PROMOÇÃO E REALIZAÇÃO:
CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO – CONAMP
ASSOCIAÇÃO CEARENSE DO MINISTÉRIO PÚBLICO – ACMP

12º CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Presidente de Honra	**Tasso Ribeiro Jereissati** Governador do Estado do Ceará

COMISSÃO ORGANIZADORA NACIONAL

Presidente-Geral	**Achiles de Jesus Siquara Filho** Presidente da CONAMP
Presidente-Executivo	**Edilson Santana Gonçalves** Presidente da ACMP
Secretário-Geral	**Cláudio Barros Silva** Assessor da CONAMP

R347.73
C759i
1998
ex.1

COMISSÃO EXECUTIVA LOCAL

Coordenadoria Executiva: Joseana França Pinto Mota

Coordenadoria Social: Isabel Maria Salustiano Arruda Pôrto

Coordenadoria Científica: Maria do Socorro Pereira da Costa

Coordenadoria de Recepção: Rosemary de Almeida Brasileiro

Coordenadoria Financeira: Sofia Farias Lima de Melo

Apresentação

A Constituição democrática de 1988 conferiu ao Ministério Público prerrogativa social de larga e significativa proporção.

Em assim sendo, torna-se fácil compreender que o cidadão espera da instituição, efetiva e profícua atuação, marcada pela operosidade, seja na fiscalização para a manutenção dos direitos individuais, seja no combate à ilicitude, seja na defesa dos oprimidos e discriminados, encetando luta constante, visando a concretização das garantias do cidadão, conquistadas com sacrifício, no curso da história do país.

O XII Congresso Nacional do Ministério Público, através das proposições que nele serão debatidas, abordará os mais variados temas relativos à contemporânea problemática social, apontando soluções e diretrizes, com o escopo de alcançar o ideário de Justiça, eis que, esta é a magnífica missão, o indeclinável intinerário, a mais importante atribuição confiada ao Ministério Público.

Fortaleza (CE), maio de 1.998.

Nicéforo Fernandes de Oliveira
Procurador-Geral de Justiça

Edilson Santana Gonçalves
Presidente – executivo do XII Congresso Nacional do Ministério Público

EDITADO E IMPRESSO
NO PARQUE GRÁFICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DO CEARÁ
CENTRO ADMINISTRATIVO GOV. VIRGÍLIO TÁVORA
AV. MINISTRO JOSÉ AMÉRICO, S/N
CAMBEBA - MESSEJANA
FORTALEZA - CEARÁ
60839 - 900

NOTA:
ESTE LIVRO DE TESES, EDITADO EM 4(QUATRO) VOLUMES, FOI IMPRESSO DIRETAMENTE DOS ORIGINAIS EM DISQUETE DAS TESES ENVIADAS. ASSIM, OS ERROS DE DATILOGRAFIA E FORMA DE APRESENTAÇÃO DOS MESMOS, SÃO DE INTEIRA RESPONSABILIDADE DOS AUTORES.

Congresso Nacional do Ministério Público,
(12: Fortaleza: 1998)
Livro de teses. Fortaleza: Associação do
Ministério Público do Estado do Ceará/ ACMP. 1998.
4v.

1. Ministério Público - Congressos.

ÍNDICE

TESES DO XII CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

COMISSÃO TEMÁTICA I – ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA ÁREA CRIMINAL, DIANTE DAS MODIFICAÇÕES DO DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

TESES:	PAG.
01 - Controle externo da atividade policial: Do discurso à prática – Autor: Manuel Pinheiro Freitas (CE)	16
02 - Ministério Público e Segurança Pública – Uma proposta prática para o controle externo da atividade policial – Autor: Anco Márcio Valle (RJ)	44
03 - Os órgãos de Segurança Pública e o papel controlador do Ministério Público – Autores: Luiz Renato Azevedo da Silveira e outros (ES)	52
04 - O controle externo da polícia – Autor: Guilherme Costa Câmara (PB)	60
05 - A efetivação do controle externo da polícia: propostas de execução de medidas – Autora: Anamaria Campos Tôrres (PE)	73
06 - A efetividade do controle externo da atividade policial – Autores: José Rodrigues Pinheiro e outros (ES)	79
07 - O controle da atividade policial na produção da prova de escuta telefônica (lei 9296/ 96), excepcionada pela Constituição Federal – Autor: Ludgero Francisco Sabella (SP)	104
08 - Meios alternativos de solução de litígios: a transação penal – Autor: Luiz Roberto Salles Souza (SP)	112
09 - Lei 9.099/ 95: Alternativa à punição – Autores: Edison Miguel da Silva Júnior e outro (GO)	129
10 - O descumprimento da transação penal – Autor: Eduardo M. Cavalcanti (RN)	147
11 - O descumprimento da transação penal e o oferecimento de denúncia – Autora: Maria Fátima Vaquero Ramalho Leyser (SP)	163

12 - Inexigibilidade da formação do corpo de delito para a transação e a instauração do processo no Juizado Especial Criminal – Autor: Miguel Batista de Siqueira Filho (TO) **170**

13 - Juizado Especial Criminal como instância apuradora do delito de lesão corporal – Autor: Francisco Raulino Neto (PI) **188**

14 - Inconstitucionalidade parcial do artigo 87 da Lei Nº 9.099/ 95 – Autores: Marcelo André de Azevedo e outro – (GO) **195**

15 - A necessidade de intimação da vítima virtual para comparecimento à audiência preliminar nos casos de *aberratio ictus* com unidade de resultado – Autor: Francisco de Assis Santos Lauzid (PA) **200**

16 - O direito de representação e o procedimento criminal da Lei 9.099/ 95 – Autor: João Batista Machado Barbosa (RN) **206**

17 - A representação nos crimes de lesões corporais leves e culposas, e a posição do Ministério Público diante da hipótese de decadência desse direito – Autora: Elaine Castelo Branco Souza (PA) **221**

18 - Possibilidade de retratação da representação, após o oferecimento de denúncia – Autor: Anastácio Nóbrega Tahim Júnior (RN) **231**

19 - Competência nas hipóteses de concurso de crimes - Autor: Anastácio Nóbrega Tahim Júnior (RN) **237**

20 - Aditamento da denúncia com alteração da capitulação, em qualquer fase processual, para permitir a aplicação das medidas despenalizadoras previstas na Lei 9.099/ 95 – Autora: Hortênsia Gomes Pinho (BA) **240**

21 - Inclusão dentre as condições obrigatórias do SURSIS processual, previsto na Lei 9.099/ 95, da prestação de serviço à comunidade e exclusão da proibição de freqüentar determinados lugares, tornando-a facultativa – Autora: Hortênsia Gomes Pinho (BA) **247**

22 - Política criminal brasileira e alternativas à pena privativa de liberdade – Autor: Paulo Roberto Dantas de Souza Leão (RN) **252**

23 - O devido processo legal consensual e a execução das penas restritivas de direitos – Autor: David Medina da Silva (RS) **260**

24 - Execução penal e penas alternativas – Autora: Elza Roxana Álvares Saldanha (PE) **274**

25 - A execução penal e a inconversibilidade da pena de multa – Autor: Francisco Raulino Neto (PI) **280**

26 - Justiça rápida e eficiente: uma realidade – Autores: Rogério Schietti M. Cruz e outros (DF) 291
27 - A plena democracia na prática dos julgamentos pelo Tribunal do Júri – A necessidade de reformas – Autor: Marcellus Ugiette (PE) 301
28 - A necessidade de reforma do Júri Popular como forma de compatibilização e aprimoramento de seu mecanismo ao Estado Democrático de Direito – Autora: Ana Cláudia de Morais (CE) 307
29 - A ignorância por imposição legal ou democracia pífia na morada das liberdades – Autores: Wandílson Lopes de Lima e outro (PB) 314
30 - O crime organizado e propostas para atuação do Ministério Público – Autor: Mário Antônio Conceição (MG) 321
31 - O artigo 594, do Código de Processo Penal e a impunidade – Autores: Antônio Marco Polo Cavalcanti Dias e outro (PB) 347
32 - O Ministério Público e a manipulação ideológica da violência oficial – Autora: Márcia Aguiar Arend (SC) 352
33 - Análise crítica das penas dos crimes de responsabilidade – Autores: Ângela Teresa Gondim Carneiro e outro (CE) 373
34 - Crimes contra o meio ambiente: uma visão geral – Autor: Antônio Herman V. Benjamin (SP) 389
35 - A questão ambiental e os delitos lesa-humanidade – Autor: Cláudio Barros Silva (RS) 404
36 - A tutela penal do meio ambiente – Autor: José Carlos Meloni Sícoli (SP) 420
37 - Responsabilidade penal da pessoa jurídica – Autor: Fernando A. N. Galvão da Rocha (MG) 428
38 - As pessoas jurídicas como sujeito ativo de crime – Na Lei 9.605/ 98 – Autor: Edward Ferreira Filho (SP) 444
39 - Responsabilidade penal da pessoa jurídica e sua justificativa social – Autor: José Carlos Rodrigues de Souza (SP) 454
40 - Mais um enfoque sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica – Autor: José Ramón Simons Tavares de Albuquerque (PE) 469
41 - A responsabilidade criminal da pessoa jurídica na nova lei de infrações ambientais – Autor: Walter Claudius Rothenburg (SP) 477
42 - A extensão dos termos ato administrativo e decisão judicial nos artigos 62 e 63 da Lei Federal N° 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 – Autores: Fernando Reverendo Vidal Akaoui e outros (SP) 492

43 - A Persecução Penal: Atribuição do Promotor de Defesa do Meio Ambiente e do Promotor de Defesa do Consumidor – Autores: Alayde Teixeira Corrêa e outro (PA) **502**
44 - A violência oficial e as Justiças Militares – Autor: Gilberto Valete Martins (PA) **509**
45 - Condenação de policiais militares-praças – Perda do cargo público – Efeito penal específico – Declaração – Competência do Juízo de 1ª instância – Independente de procedimento administrativo-punitivo – Autor: Mauro Viveiros (MT) **517**
46 - A Lei nº 9099/ 95 e a Justiça Militar – Autor: José Eduardo do Nascimento (GO) **529**
47 - Ministério Público, **opinio delicti.** Lei 9299/ 96, art. 2º, § 2º - Autores: Geraldo Batista de Siqueira e outros (GO) **541**
48 - Crimes de trânsito – Lei nº 9.503/ 97 – Disposições Gerais: Uma interpretação possível nos paradigmas do Direito Penal Democrático – Autores: Edison Miguel da Silva e outro (GO) **546**
49 - Código de Trânsito – Da Inaplicabilidade da multa reparatória – Necessidade de aperfeiçoar e estender a aplicação do instituto – Autor: Gilson Sidney Amancio de Souza (SP) **556**
50 - O CTB e o Homicídio Culposo de Trânsito – Duas penas e duas medidas – Autor: João José Leal (SC) **566**
51 - Homicídios de trânsito. Capitulação na forma dolosa eventual – Autor: Eugênio Paes Amorim (RS) **578**
52 - Medidas administrativas de trânsito – Manifestação do poder de polícia – Autora: Sheila Cavalcante Pitombeira (CE) **581**
53 - Da prisão temporária – Autor: João Alberto Ramos (DF) **590**
54 - Os crimes hediondos (e assemelhados) e a possibilidade de progressão de regimes em face da Lei 9.455/ 97 – Autora: Elaine Cardoso de Matos Novais (RN) **608**
55 - Denúncia no homicídio qualificado ou simples: conseqüências processuais decorrentes da Lei 8930/ 94 – Autores: Geraldo Batista de Siqueira e outros (GO) **624**
56 - A competência **ratione personae** nas infrações eleitorais – Autor: Miguel Batista de Siqueira Filho (TO) **636**
57 - Descriminalização da corrupção passiva eleitoral (art. 299 do CE) – Autora: Denise Vinci Tulio (PR) **663**

58 - Inconstitucionalidade e outras ilegalidades no processo penal - Autores: Demostenes Xavier Lázaro Torres e outros (GO) **667**

59 - Consubstancia-se em prova urgente, passível de produção antecipada, na forma prevista no art. 366 do CPP, com a redação dada pela Lei 9271/96, a prova testemunhal nas ações penais em que há concurso de pessoas, com réu (s) revel (is) e presente (s) – Autora: Hortênsia Gomes Pinho (BA) **675**

60 - Da possibilidade de acesso dos agentes do Ministério Público a todos os dados constantes das entrevistas eleitorais, inclusive o nome dos entrevistados, nos procedimentos destinados a apurar os delitos previstos nos art. 33, & 4º e 34, & 3º da lei eleitoral (lei nº 9.504/97) – Autora: Denise Vinci Tulio (PR) **683**

61 - Porte ilegal de arma e tipicidade: ausência de tipicidade na conduta de quem, autorizado ao porte de arma de fogo, porta arma não registrada – Autores: Haroldo Caetano da Silva e outro (GO) **691**

62 - Arma de brinquedo: Ficção ou realidade – Autoras: Maria Bernadete Gonçalves Aragão e outra (PE) **697**

63 - Algumas expressões discriminatórias ou preconceituosas dirigidas a uma determinada pessoa – Incidência do art. 20, " caput" , da Lei nº 7.716/ 89 – Ação Penal Pública Incondicionada – Autor: Lidivaldo Raimundo Britto (BA) **700**

64 - Possibilidade de denunciação caluniosa contra agente que dá causa à instauração de inquérito policial contra emitente de cheque sem fundos – Autora: Elza Roxana Álvares Saldanha (PE) **704**

65 - Destinação judicial da coisa alheia e o devido processo legal – Autor: Epaminondas da Costa (MG) **709**

66 - Medidas de segurança e teoria finalista da ação – Autor: Cândido Furtado Maia Neto (PR) **716**

67 – A necessidade do contraditório no Inquérito Policial como afirmação democrática do direito de defesa – Autora: Ann Celly de Araújo Sampaio (CE) **730**

COMISSÃO TEMÁTICA II – ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NAS ÁREAS CÍVEL E ESPECIALIZADAS – A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CIDADÃO

TESES: **PAG.**

01 - Conceito de ação coletiva – Autor: Márcio Flávio Mafra Leal (DF) **736**

02 - O amplo conceito da ação civil pública – Autor: Carlos Frederico Brito dos Santos (BA) **747**

03 - Direitos e interesses individuais homogêneos: A "origem comum" e a complexidade da causa de pedir. Implicações na legitimidade *ad causam* ativa e no interesse de agir do Ministério Público – Autora: Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida (SP) **753**

04 - Legitimidade do Ministério Público para defesa dos interesses individuais homogêneos em matéria previdenciária e tributária – Autoras: Ana Lúcia Amaral e outra (SP) **783**

05 - Sobre a argüição de inconstitucionalidade em sede de ação civil pública: Desdobramento de uma polêmica – Autora: Maria Betânia Silva (PE) **790**

06 - Proposta de revogação da lei nº 9494/97, que tenta limitar a tutela dos interesses supra individuais – Autor: Ricardo Albuquerque da Silva (PA) **806**

07 - A abrangência nacional de decisão judicial em ações coletivas: o caso da lei 9494/ 97 – Autor: André de Carvalho Ramos (SP) **812**

08 - Racionalização da intervenção do Promotor de Justiça, como fiscal da lei, no processo civil – Autores: Jorge Augusto Morais da Silva e outros (SP) **827**

09 - Ministério Público – *custos legis* ou legitimado ativo? – Autor: Odil José Cota (SC) **832**

10 - Ações contra a Fazenda Pública - causas de pequeno valor - dispensa de recurso de ofício - não cabimento de embargos à execução por quantia certa – Autor: Mauro Viveiros (MT) **839**

11 - Legitimação dos Promotores de Justiça para ajuizamento de ação civil pública contra chefe de poder estadual – Inconstitucionalidade do inciso VIII do art. 29 da Lei 8.625/ **844**

93 – Autor: José Galvani Alberton (SC)
12 - Do pedido de informações sigilosas – Autor: Epaminondas da Costa (MG) **864**
13 - A indenização dos danos morais por ferimento ao princípio constitucional da moralidade administrativa – Autor: Valter Foleto Santin (SP) **882**
14 - A discricionariedade administrativa e a omissão do administrador diante dos interesses sociais – Autora: Inês Virgínia Prado Soares (SP) **902**
15 - Do exercício das atribuições constitucionais do Ministério Público, e de sua atuação junto aos Tribunais de Contas – Autor: Márcio Etienne Arreguy (MG) **908**
16 - Audiência Pública na efetividade dos direitos fundamentais do cidadão – Autor: Paulo Antonio Locatelli (SC) **915**
17 - Ministério Público - Atuação extrajudicial - Envolvimento comunitário e defesa social - Autor: Cezar Augusto dos Santos Motta (PA) **938**
18 - Atuação extrajudicial: Envolvimento comunitário e defesa social – Autor: Marco Antonio Lopes de Almeida (MG) **944**
19 - As rádios comunitárias e a atuação do Ministério Público – Autora: Rosemary Souto Maior de Almeida (PE) **951**
20 - A presença social do Promotor de Justiça na concretização da fiscalização das entidades de interesse social pelo Ministério Público – Autor: José Eduardo Sabo Paes (DF) **964**
21 - Atuação do Ministério Público na implantação de políticas públicas estabelecidas na Constituição Federal – Autora: Luiza Cristina Fonseca Frischeisen (SP) **976**
22 - O Ministério Público e a fiscalização do sistema único de saúde – Autores: Libanio Alves Rodrigues e outra – (DF) **983**
23 - A tutela dos direitos das minorias – o Ministério Público e a inclusão da pessoa portadora de deficiência no âmbito escolar – Autora: Iadya Gama Maio (RN) **989**
24 - A tutela dos direitos das minorias: defesa das populações indígenas - Autoras: Ana Lúcia Amaral e outra (SP) **1000**
25 - O Ministério Público e o direito social à renda mínima – Autor: Duciran Van Marsen Farena (SP) **1006**
26 - A responsabilidade civil em acidentes do trabalho – Teoria do risco – Seguro do INSS – Autores: Vilanir de Alencar Camapum Júnior e outra (GO) **1024**
27 - Aperfeiçoamento do Projeto do Código Civil visando a manutenção das atuais competências dos Ministérios **1040**

Públicos Estaduais e do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios no velamento das Fundações – Autor: José Eduardo Sabo Paes (DF)
28 - Ausência de normas que definam o local de registro das Associações e Fundações. Prejuízo para os eventuais beneficiários. Entrave para atuação do Ministério Público e outros órgãos fiscalizadores – Autora: Liliane da Fonseca Lima Rocha (PE) **1048**
29 - A Política Nacional das relações de consumo e a economia brasileira – Autor: Ciro Expedito Scheraiber (PR) **1057**
30 - Da aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos estabelecimentos de crédito – Autor: Leonir Batisti (PR) **1073**
31 - Os limites da coisa julgada nas ações coletivas no Código de Defesa do Consumidor – Autor: Paulo Valério Dal Pai Moraes (RS) **1089**
32 - Proteção do consumidor diante do decreto-lei Nº 911/ 69 – Autor: Epaminondas da Costa (MG) **1103**
33 - Titularidade do direito ao Meio Ambiente – Autor: Márcio Flávio Mafra Leal (DF) **1108**
34 - Da estética urbana e do direito à paisagem – Autor: Antonio Carlos Brasil Pinto (SC) **1114**
35 - Licenciamento ambiental como processo administrativo: A participação do poder público, da coletividade e do Ministério Público na defesa do meio ambiente – Autor: Raimundo de Jesus Coelho de Moraes (PA) **1133**
36 - O princípio da subsidiariedade como mecanismo de resolução dos conflitos administrativos oriundos da competência comum ambiental – Autor: Paulo José Leite Farias (DF) **1154**
37 - Atuação do Ministério Público em face as queimadas – Autor: Juliano de Barros Araújo (GO) **1169**
38 - Trata-se de averbação da reserva florestal legal, por ocasião da aquisição da propriedade através do usucapião – Autor: Saint-Clair Honorato Santos (PR) **1175**
39 - O Ministério Público e o direito à convivência familiar – Autor: Munir Cury (SP) **1180**
40 - Monitoramento da garantia da absoluta prioridade – Autor: Valério Bronzeado (PB) **1194**
41 - Ministério Público: Atuação prioritária na defesa da criança e do adolescente – Autor: Cristiano Chaves de Farias (BA) **1208**

42 - Da necessidade de efetiva apuração, comprovação e punição do abuso e da exploração sexual infanto-juvenil – Autora: Leane Barros Fiuza de Mello Chermont (PA) 1225
43 - Ministério Público da infância e da juventude – Das diversas procuraturas – Autor: José de Farias Tavares (PB) 1239
44 - Venda de bens de " menores". Necessidade premente por motivo de saúde. Depoimento dos " menores" - Autor: Solon Ivo da Silva Filho (PE) 1260
45 - Legitimidade do Ministério Público na ação de investigação de paternidade, efetivação de direito e interesse social – Autora: Galatéia Fridlund Sotto Maior (PR) 1268
46 - Manifestação do Ministério Público nas possessórias por conflitos sociais – Autor: Darcy Paulillo dos Passos (SP) 1278
47 - O pagamento indevido dos juros compensatórios nas desapropriações por interesse social para fins de reforma agrária – Autora: Zélia Luiza Pierdoná (SP) 1303
48 - Parcelamento de solo rural com finalidades urbanas (impossibilidade) – Autor: Ciro Expedito Scheraiber (PR) 1306
49 - A atuação do Ministério Público diante do serviço notarial e de registro – Autor: Mário Antônio Conceição (MG) 1317
50 - Pagamento aos herdeiros de pequenos valores – Autor: Epaminondas da Costa (MG) 1340
51 - O Ministério Público e a defesa do regime democrático – Autor: Pedro Sérgio Steil (SC) 1349
52 - Um novo modelo para o Ministério Público na proteção do meio ambiente – Autor: Antônio Herman V. Benjamin (SP) 1368
53 - O Ministério Público e a erradicação do trabalho infantil - Autor: Olympio de Sá Sotto Maior Neto (PR) 1384

COMISSÃO TEMÁTICA III – ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DA NORMA CONSTITUCIONAL E DAS LEIS – DEZ ANOS DA CONSTRUÇÃO POLÍTICO-JURÍDICA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

TESES: **PAG.**

01 - Da atuação do Ministério Público na luta pelo cumprimento dos deveres do Estado como forma de defesa dos interesses sociais frente à discricionariedade administrativa – Autor: Roberto Livianu (SP) **1412**

02 - Da atuação do Ministério Público na defesa do regime democrático – Autor: Márcio Etienne Arreguy (MG) **1433**

03 - O Estado Democrático de Direito e a reforma da seguridade social – Autor: Vicente Elisio de Oliveira Neto (RN) **1441**

04 - A privatização das rodovias federais – Autor: Hélvio Simões Vidal (MG) **1477**

05 - A política nacional de direitos humanos e o papel do Ministério Público no combate à discriminação racial – Autor: Nadir de Campos Júnior (SP) **1489**

06 - Limites jurídicos e éticos à experimentação genética em seres humanos: a impossibilidade da clonagem humana no ordenamento jurídico brasileiro – Autor: Paulo José Leite Farias (DF) **1509**

07 - Direitos fundamentais da pessoa humana - Possibilidade de reconhecimento judicial via injunção ex oficio - Princípio da inafastabilidade constitucional da jurisdição – Autor: Mauro Viveiros (MT) **1528**

08 - Ação de impugnação de mandato eletivo – Ação autônoma – Desvinculada de qualquer procedimento administrativo – Autor: Mauro Viveiros (MT) **1537**

09 - Ação de impugnação de mandato eletivo – Indisponibilidade – Autores: Fausto Campos Faquineli e outro (GO) **1542**

10 - Proposta de Emenda ao art. 94 da Constituição Federal quanto à disciplina do quinto constitucional: lista tríplice para o Presidente da República – Autor: Márcio Flávio Mafra Leal (DF) **1553**

11 - O efetivo exercício das funções de Promotor de Justiça na mesma entrância, em outra unidade da Federação, para fins de contagem de antigüidade – Autora: Elaine Castelo Branco Souza (PA) **1555**

COMISSÃO TEMÁTICA IV – A POLÍTICA INSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO – A LUTA PELA CONSOLIDAÇÃO DE UMA INSTITUIÇÃO AUTÔNOMA, INDEPENDENTE E DEMOCRÁTICA

TESES: **PAG.**

01 - O Ministério Público brasileiro: um novo ator político – Autor: Ronaldo Porto Macedo Júnior (SP) **1563**

02 - O Ministério Público como agente político da soberania do Estado democrático e como poder informal da sociedade civil – Autor: Oscar d'Alva e Souza Filho (CE) **1584**

03 - O posicionamento ético das Procuradorias de Justiça como postura exemplar da atuação dos membros do "Parquet". O papel subsidiário das associações estaduais e da CONAMP – Autor: Oscar d'Alva e Souza Filho (CE) **1597**

04 - Por uma nova forma de investidura do Procurador-Geral de Justiça – Autores: Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz e outro (SP) **1610**

05 - A escolha do Vice-Procurador-Geral de Justiça, ou adjunto ou substituto, por eleição, em candidatura vinculada com o Procurador-Geral de Justiça – Autora: Maria Magnólia Barbosa da Silva (CE) **1628**

06 - Necessidade de fundamentação nas promoções e remoções pelo critério de merecimento – Autor: Cláudio Barros Silva (RS) **1632**

07 - A relevância do voto do Presidente dos Órgãos Colegiados – Autora: Maria Magnólia Barbosa da Silva (CE) **1635**

08 - Política de uniformização de manifestações ministeriais – Autores: Luciana Medeiros Costa e outros (DF) **1639**

09 - A impossibilidade de nomeação de promotor "ad hoc" – Autora: Selma Magda Pereira Barbosa (PE) **1649**

10 - A importância das escolas superiores do Ministério Público como fator de estímulo e de aperfeiçoamento funcional dos seus membros – Autor: Anco Márcio Valle (RJ) **1665**

11 - A importância das escolas superiores para o aperfeiçoamento funcional – A escola superior como espaço plural – Autora: Joiese Filomena Teoto Buffulin Salles (SP) **1672**

12 - Educação à distância: uma alternativa para os centros de aperfeiçoamento funcional do Ministério Público – Autor: Roberto Benjamin (PE) **1689**

CONCEITO DE AÇÃO COLETIVA

Márcio Flávio Mafra Leal

Em tema de ação coletiva a doutrina no Brasil se concentrou em conceituar os interesses e direitos veiculados pelas ações basicamente denominados interesses difusos e coletivos, esquecendo-se de desenvolver uma teoria sobre a ação em si. Pretende-se demonstrar a pouca utilidade do conceito de *interesse difuso*, *coletivo* e *individual homogêneo*, que desfoca a discussão sobre o processo coletivo, desencaminhando, por conseqüência, o problema de se conceituar a própria ação coletiva, o que vem produzindo bastante confusão em termos doutrinários e jurisprudenciais.

Historicamente, as ações coletivas podem ser encontradas desde o século XII, na Inglaterra, com os *group litigation* medievais, onde uma *comunidade*, geralmente uma aldeia de camponeses, disputava com o *lord* questões relativas ao uso da terra, ou uma paróquia que litigava com o pároco sobre o valor do dízimo. Nesses casos, bastava um ou alguns poucos representantes dos camponeses ou dos fiéis para que se considerasse a comunidade inteira em juízo e a coisa julgada vinculava todos os seus membros.[1]

É bom fixar que no medievo as noções de *direito individual* e de *direito subjetivo* não estavam suficientemente desenvolvidas e, conseqüentemente, não havia entraves teóricos para se justificar uma decisão judicial de alcance a terceiros que não fizessem parte da relação processual, até porque o *direito* era de tutularidade *comunitária* e não *individual*. É como se a comunidade fosse uma pessoa jurídica de fato, isto é, com interesses e direitos distintos de seus membros. Em síntese, uma entidade sem personalidade jurídica.

No século XVII, com a paulatina evolução e concepção de *direito individual* transplantou-se a doutrina do *group litigation* medieval para um outro tipo de ação: o *representative proceeding* ou *representative action*, que consisitia em um agrupamento de direitos individuais em um único instrumento processual, que, assim, resolveria a questão de uma vez, evitando a repetição de litígios. Esse procedimento coletivizado era possível por intermédio de uma autorização dada pelo tribunal denominado *bill of peace*.[2]

A principal característica da *ação por representação* consistia no requerimento do autor coletivo para que sua ação, originalmente individual, produzisse uma coisa julgada que vinculasse todos aqueles que possuíssem um *interesse comum* (*common interest*), vistos esses indivíduos, então, na perspectiva coletiva, de um grupo de pessoas (classe). O tribunal, ao apreciar esse requerimento, se deferido, expedia o *bill*, e a questão seria uniformemente decidida.

Nesse caso, diferentemente das primeiras ações de grupo medievais, havia a necessidade de se buscar uma justificativa para a submissão de um indivíduo à coisa julgada coletiva, pois o direito em disputa era *individual*. Duas teorias sobressaíram nessa tentativa de fundamentação do *status* do autor coletivo: a *teoria do consentimento*, em que os representados (ou substituídos) deveriam de alguma forma autorizar a extensão da coisa julgada; e a *teoria do interesse*, em que se verificava pelo pedido se havia congruëncia entre os interesses do autor e daqueles que estava representando. Uma vez confirmada essa congruência, a cláusula do devido processo legal, que garante a participação do indivíduo em qualquer processo que lhe modifique patrimônio, vida, liberdade ou qualquer direito subjetivo, estava satisfeita.[3]

Apesar desse fundo histórico, o tema das ações coletivas penetrou no pensamento jurídico brasileiro através da sociologia jurídica, especificamente pela doutrina do acesso

à Justiça. Na década de 70, influenciados, entre outros, por Mauro CAPPELLETTI,[4] os autores brasileiros José Carlos Barbosa MOREIRA, Ada Pellegrini GRINOVER e Waldemar Mariz de OLIVEIRA Jr. publicaram os primeiros artigos propugnando a tutela de interesses difusos e coletivos. Concedia-se que a ação popular já era um desses veículos de proteção do patrimônio público e cultural, que se afigura um direito usufruído por toda comunidade e não titularizável no plano individual.[5]

Desde essa época, a doutrina brasileira se ocupou em definir *interesses difusos* e *coletivos*, não cuidando devidamente dos aspectos teóricos da *ação* que permitiria o acesso à Justiça desses interesses. Os questionamentos a respeito de quem poderia ser o autor coletivo e da extensão da coisa julgada a quem não fazia parte da relação jurídico-processual foram minimizados, em virtude da atribuição *natural* do Ministério Público como ente legitimado para a *ação civil pública.*[6]

Em 1985, com a promulação da Lei 7.347, concebeu-se a ação civil pública como a ação coletiva brasileira.[7] Além do Ministério Público, que pela Lei Complementar 40/81 era o titular da ação civil pública, embora seus contornos teóricos não estivessem bem definidos, a Lei 7.347/85 legitimou as associações cuja finalidade institucional fosse a defesa de interesses definidos na referida lei e que eram, por sua vez, definidos como *difusos* ou *coletivos.*

Em relação à extensão da coisa julgada a terceiros, a Lei 7.347/85 (art. 16) tomou emprestado do sistema da ação popular (art. 18 da Lei 4.717/85) a solução *secundum eventum litis*, isto é, uma coisa julgada que só se forma quando procedente e, no caso de improcedência do pedido, a questão pode ser reaberta com o advento de novas provas.

A ação civil pública, como visto, foi concebida inicialmente como a ação em que o Ministério Público fosse o

autor no campo cível, em um paralelo com a ação penal pública. Ou seja, não havia exatamente uma coincidência entre os conceitos de *ação civil pública* e de *ação coletiva*. Assim, ações como a de interdição de incapazes ou a *actio civilis ex delicto* eram consideradas "ações civis públicas", mas, apesar do interesse público que lhes subjaz, não eram coletivas, no sentido de defesa dos interesses ou direitos de um grupo ou de uma comunidade determinada.

A Lei 7.347/85, como asseverado, instituiu uma nova ação civil pública. Como conseqüência, ocorreram duas mudanças téoricas e dogmáticas importantes: a primeira foi a desvinculação da ação civil pública como instrumento processual de titularidade exclusiva do Ministério Público, pois, como dito, associações e outros ramos políticos do Estado também foram legitimados para o ajuizamento da ação.

A segunda mudança foi a concepção da ação civil pública como *ação coletiva*. Mas, o que diferencia as ações individuais comuns das ações ditas coletivas? Essa questão essencial é o objeto dessa tese e, para respondê-la, necessariamente deve-se buscar os elementos teóricos da ação para *construir* o seu conceito.

A partir da origem da ação coletiva esboçada, já se intui a existência de duas ações com o rótulo de *coletiva*. Uma delas se refere a uma ação que tutela os direitos que materialmente pertencem a uma *comunidade*, e outra que protege direitos individuais tratados processualmente em um único instrumento. O conceito aqui proposto também se divide igualmente em dois, porque, de fato, existem duas ações distintas sob o mesmo rótulo de *ação coletiva* ou *civil pública*, que merecem tratamento teórico em separado.

O primeiro conceito é o das ações para defesa de direitos individuais sob tratamento processual coletivo, que se denomina de **ACDI**: trata-se de uma ação de representação, em juízo, por uma ou mais pessoas (físicas ou jurídicas) de

direitos individuais, cujos titulares não figuram na relação processual, direitos estes que processualmente são tratados de maneira uniforme, como se fossem direitos de uma classe, em virtude de a extensão da coisa julgada atingir todos seus integrantes.

O grande problema teórico desse tipo de ação é a cláusula do devido processo legal: todo aquele que tiver seu patrimônio, vida, liberdade ou de qualquer forma tiver um direito subjetivo atingido pelos resultados de um processo, tem o direito de nele participar, conforme preceitua o art. 5o. LIV e LIV da CF/88: "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

A cláusula do devido processo legal e o conjunto de princípios a ela inerentes é, em princípio, uma conquista do Estado Democrático de Direito. Com efeito, as circunstâncias que levam o indivíduo ser privado da liberdade ou sofrer interferência no patrimônio e em outros direitos subjetivos sem que haja possibilidade deste indivíduo *falar* e produzir provas no processo, são consideradas arbitrariedades repelidas sem maiores discussões pelo Direito, ainda que se assuma que o autor coletivo irá deduzir da melhor forma o seu direito material em juízo.

Mesmo quando o pedido é procedente, o autor coletivo pode ter formulado uma pretensão que não atenda integralmente ao direito material ou que os danos a que se refere a ação não correspondam aos danos efetivos ocorridos contra a vítima. Ou, ainda, pode ser que o membro da classe deseje ajuizar sua ação individual e poderá ser forçado a suspender a sua ação para integrar a ação coletiva, seja por exceção de litispendência, seja por evidente conexidade entre as ações coletiva e individual. Enfim, a ação coletiva interfere

em direitos subjetivos em termos amplos, impondo aos representados uma situação jurídica mesmo contra a sua vontade.

Como, então, justificar essa interferência? A jurisprudência norte-americana no processo *Smith v. Swormstedt* (1853) confirmou a solução teórica que vinha se desenvolvendo desde a jurisprudência inglesa para o impasse imposto pela cláusula do devido processo legal. O tribunal *a quo* negou o processamento sob a forma coletiva, invocando a cláusula do *due process*, não atendida em face da ausência de todos os envolvidos na relação processual. A decisão foi reformada na Suprema Corte, sob o argumento de que os direitos dos ausentes estavam *adequadamente representados.*[8]

A solução oferecida pela Suprema Corte não *atropela* a cláusula do devido processo legal e o *individualismo*, como em princípio pode parecer. Bem ao contrário, a construção da doutrina da *representação adequada* baseia-se em uma forma de obedecê-la: desde que os interesses dos ausentes estejam representados de forma justa e tecnicamente correta (referindo-se às habilidades do procurador). Sendo esta representação de qualidade inquestionável, é possível a extensão dos efeitos da coisa julgada, vez que apenas formalmente o representado não está na relação processual, mas seus interesses estão.[9]

Nas ACDIs, a existência de uma regra processual que autorize a extensão subjetiva da coisa julgada é fundamental para caracterizá-la como *coletiva*, pois sem essa disciplina legal, a ação é meramente individual.

A outra ação coletiva também se vale de um modelo representativo de um direito alheio: o direito de uma *comunidade*, considerada como uma *unidade* sem personalidade jurídica, representada processualmente por um terceiro por autorização legal ou judicial. A disciplina da

extensão da coisa julgada, nesse caso, é, de certo modo, desnecessária, em razão de o direito material ser atribuído à comunidade e não a seus membros, ou, em outra perspectiva, aos membros enquanto inseridos no contexto comunitário. A essa ação, nesse caso, é denominada de *ação coletiva para defesa de direitos difusos* - **ACDD**.

Para a defesa de direitos difusos o mais importante é a apreciação do litígio pelo tribunal com o fim de implementar direitos dessa natureza, através da ação coletiva, porque, de outro modo, ficariam esses conflitos sem solução institucional pela falta de um legitimado com personalidade jurídica ou processual.

No plano material, o conceito de *direito difuso* veiculado pelas ACDDs é marcado por duas características: um conteúdo não-patrimonial, ligado a uma idéia de *qualidade de vida*, que envolve valorações não-econômicas de determinados bens, tais como a preservação do ambiente e da cultura; e uma noção de *direito à integração* ou à *não-exclusão* de determinados grupos e comunidades conhecidos por *minorias* e que pretendem ter uma participação social mais representativa.

Essas características influenciam de maneira determinante a morfologia da ACDD, pelo alta densidade política que envolve a ação e pelo pedido, que não pretende reparações patrimoniais, mas, em geral, restauração do direito através de pretensões não-indenizatórias e, quando indenizatórias, o produto do ressarcimento não é destinado a indivíduos, e sim a fundos e programas de recuperação e desenvolvimento ambiental, cultural e de políticas integracionistas (v. g. programas de ação afirmativa nos EUA).[10]

A *identidade* do autor coletivo como membro ou possuindo alguma particular pertinência com a comunidade representada, nesse caso, é irrelevante ou secundária. A idéia é que as ACDDs focalizam direitos e valores tais que devem

ser judicializados com a mera constatação de violação *objetiva* das normas que consagram direitos difusos, bastando essa verificação para desencadear a legitimação e o interesse de agir.[11]

Essa concepção objetivista contorna as objeções impostas pelo devido processo legal, porquanto, a partir da presunção de que o direito material não possui um titular individualizável, não há a preocupação de se encontrar uma justificativa de representação de direitos alheios, mas, sim, que se concretize direitos difusos no plano judicial, pois, do contrário, ficariam relegados à implementação de políticas públicas, a cargo do Executivo e Legislativo.

A conclusão é a de que, em se tratando de direitos difusos (ACDD), a idéia principal é se buscar um adequado representante - não por causa da extensão da coisa julgada - mas porque à comunidade falta um legitimado para encaminhar o litígio ao tribunal. A coisa julgada, independentemente de a lei processual determinar, sempre terá efeitos, por assim dizer, *erga omnes*, pois afeta a *comunidade* a quem é atribuído o direito material.

O conceito de ambas as ações são próximos, porque nas duas está o elemento *representação*, já que o autor não é o titular do direito material em nenhuma das ações. O outro elemento - a extensão da coisa julgada - apresenta nuances importantes. Enquanto na ACDD a extensão *erga omnes* é uma decorrência automática do atendimento do direito material, sem necessidade de uma norma processual assim determinar, na ACDI é de vital importância a existência de uma regra processual que determine a extensão da coisa julgada, pois, do contrário, essa qualidade da sentença (imutabilidade do seu comando) se restringirá somente àqueles que estiverem na relação processual.

Exemplificando, nas ACDDs, quando um juiz determina a interrupção de uma publicidade enganosa, de

emissão de um poluente ou a recuperação de uma área histórica, a decisão que atender ao direito material beneficiará *toda* a comunidade, sem que a norma processual necessariamente diga que esta coisa julgada tenha de ser *erga omnes*.

A situação é distinta na outra ação coletiva (ACDI), em que a *classe* é apenas uma *figura* para representar o conjunto de pessoas com direitos individuais autônomos, que se identificam por algum fator comum (v.g. um contrato-padrão que todos os membros da classe assinaram com o réu). Nessa hipótese, é possível que haja comandos de sentenças contraditórios em ações individuais propostas com mesmo objeto.

CONCLUSÃO

Sintetizando, dois elementos são fundamentais para se definir uma ação como *coletiva*: i) a *representação* de direitos alheios (em geral por meio de *substituição processual*) e ii) a extensão da coisa julgada.

[1] Sobre essa historiografia, cf. YEAZELL, Stephen. *From Medieval Group Litigation to the Modern Class Action.* New Haven and London, Yale University Press, 1987.

[2] Cf. COUND, John, FRIEDENTHAL, Jack, MILLER, Arthur e SEXTON, John. *Civil Procedure - Case and Materials.* West Publishing Co. St. Paul, Minn. 1993, pg. 703.

3 YEAZELL, op. cit. pg. 175 e 200.

[4] O artigo *Formações Sociais e Interesses Coletivos diante da Justiça Civil* (**in** Revista de Processo n. 5, jan/mar 1977), exerceu grande influência sobre a primeira doutrina brasileira sobre *interesses difusos* e, por conseqüência, sobre as ações coletivas.

[5] Cf. o pioneiríssimo artigo de *Ação Popular do Direito Brasileiro como Instrumento de Tutela dos Chamados Interesses Difusos* (**in** "Temas de Direito Processual", São Paulo, Saraiva, 1977), de José Carlos Barbosa

MOREIRA, e a coletânea *A Tutela dos Interesses Difusos*, coord. Ada Pellegrini Grinover, Série Estudos Jurídicos, n. 1, São Paulo, Max Limonad, 1984.

[6] Sobre a concepção da ação civil pública para proteção de interesses difusos, v. FERRAZ, Augusto Mello de Camargo, MILARÉ, Édis e Jr. NERY, Nelson. *A Ação Civil Pública e a Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos*, São Paulo, Saraiva, 1984.

[7] Há na doutrina uma pretensão ide se distingüir *ação civil pública* e *ação coletiva*, distinção esta válida apenas no plano dogmático, mas sem sentido no plano teórico. Para uns, o nome *ação civil pública* seria reservado quando o autor fosse o Ministério Público (MORAES, Voltaire de Lima. *Ação Civil Pública.* **In** *Ação Civil Pública - Lei 7.347/85 - reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação.* Coord. Édis Milaré. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1995, pg. 461), enquanto a *ação coletiva* seria aquela proposta pelas associações civis. Para outros, a ação civil pública teria por base a Lei 7.347/85 e a ação coletiva seria aquela proposta com fundamento no art. 91 do Código de Defesa do Consumidor, que prevê que "os legitimados de que trata o art. 82 poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, *ação civil coletiva* de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos (...)" (cf. ALVIM, Arruda, ALVIM, Thereza, ALVIM, Arruda Eduardo e MARINS, Jaime. *Código do Consumidor Comentado*, 2a. ed. rev. e amp. São Paulo, ed. RT, 1995 pg. 385). Partindo-se da primeira diferenciação, relativa ao autor coletivo, desde a promulgação da Lei 7.347/85 que a *ação civil* pública pode ser ajuizada por associação ou pelo Estado. Do ponto de vista da segunda diferenciação, a ação terá os mesmos elementos conceituais - e isso é o que se definirá abaixo - se proposta com base na Lei 7.347/85 ou no art. 91 do CDC. Sendo esses elementos encontráveis em qualquer das ações das legislações citadas, torna-se sem sentido buscar uma diferenciação terminológica.

[8] Cf. YEAZELL, op. cit. pg. 221.

[9] O conceito de "adequada representação" é em geral repetida por autores nacionais. Por todos, cf. GRINOVER (**in** *O Processo em Evolução.* Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1996, pg. 131.): "Já se observou que é justamente na ótica da 'adequada representação' do conjunto dos interessados que se podem resolver os problemas constitucionais da informação e do contraditório e de seus reflexos nos limites subjetivos da coisa julgada, porquanto os 'adequadamente representados' não são propriamente terceiros."

[10] Ação afirmativa é uma política de governo implementada para garantir a

grupos minoritários, vulneráveis e excluídos da sociedade o acesso a cargos, instituições, escolas e universidades, a programas de distribuição de financiamento para casas, entre outros bens e direitos. Essa garantia se dá através de uma reserva ou quota de empregos, vagas e verbas, com apoio em estatísticas demográficas, a fim de equilibrar a subrepresentação desses grupos na composição das organizações sociais em geral. Neste sentido, uma prática comum adotada como forma de implementação de tais políticas é a de, independentemente do mérito, se dar preferência a um membro da minoria, se para o mesmo cargo houver a disputa entre este e um representante da maioria. Cf. AKEINIKOFF, T. Alexander. *Modern Constitutional Theory - A Reader*. 2a. ed., St. Paul, Minnesotta, West Publishing Co., 1991.

[11] "Quanto ao Ministério Público, por isso, o interesse processual antecede a legitimação para a causa. O legislador identificou casos de interesse público que merecem a proteção judicial por meio da ação ou intervenção do Ministério Público. Aí então, legitimou o *parquet* para defender judicialmente o interesse público previamente identificado, significando essa legitimação um *posterius* em relação ao interesse." NERY JÚNIOR, Nelson. *O Ministério Público e as Ações Coletivas.* **In** Ação Civil Pública - reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação. Coord. Édis Milaré. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1995, pg. 362.

O AMPLO CONCEITO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

Carlos Frederico Brito dos Santos
Promotor de Justiça do Estado da Bahia.
Coordenador do Centro de Apoio operacional de Defesa do Patrimônio Público.

Apesar de não mais tratar-se de uma novidade no ordenamento jurídico brasileiro, ainda hoje nos deparamos com alguns arrazoados (nas contestações e até mesmo em alguns julgados) que ainda vislumbram a **ação civil pública** como sendo única e exclusivamente aquela prevista pela Lei nº7.347/85, que trata da defesa do meio ambiente e outros interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, fato que, longe de tratar-se de questão meramente acadêmica, tem causado algumas heresias jurídicas e, o que é pior, alguns prejuízos à sociedade.

Consoante a melhor conceituação que temos, a de EDIS MILARÉ (1), ação civil pública é "o direito expresso em lei de fazer atuar, na esfera cível, **em nome do interesse público**, a função jurisdicional". Na mesma linha, RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO (2).

É inegável, todavia, que do ponto de vista da parte legitimada a promovê-la, especialmente no caso do Parquet, parte pública, a conceituação não encontra dificuldade e, assim sendo, entendemos aceitável a lição de HUGO NIGRO MAZZILLI (3), no sentido de que até mesmo a ação do Ministério Público para a anulação de um simples casamento (prevista no art. 208, parágrafo único, II, do Código Civil) tem a natureza de ação civil pública.

O próprio Estatuto da Criança e do Adolescente

prevê, no art. 201, V, prevê a iniciativa do Ministério Público para a ação civil pública, ainda que para a defesa de **interesses individuais**.

Outrossim, não foi à toa que a atual Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, Lei nº8.625, de 12.02.93, no art.25, IV, alíneas "a" e "b", estabeleceu ao nosso ver a ação civil pública como **gênero** de ações, no qual estão contidas algumas de suas diversas espécies. E dentre tais espécies podemos arrolar a ACP da Lei nº7.347/85, a ACP do ECA, a ACP de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários (Lei nº7.913/89), a ACP do Código de Defesa do Consumidor (arts. 81/91), a ACP contra os atos de improbidade (art. 17 da Lei nº8.429/92) e muitas outras arroladas por HUGO NIGRO MAZZILLI (4).

Portanto, como a própria Constituição Federal denominou a ação do Ministério Público no **âmbito cível** como **ação civil pública** (diferenciando da ação penal pública), independentemente na **nomenclatura** que lhe seja dada (ou não) pelo legislador ordinário, ela será sempre "ação civil pública", sendo absurda qualquer confusão entre gênero e espécie por aqueles que pensam que ACP é tão-somente aquela da Lei nº7.347/85, fazendo grande confusão no tocante à legitimidade ativa do Ministério Público, fato que tem causado enormes prejuízos à sociedade, que fica indefesa à sanha de corruptos que, invariavelmente, são os beneficiários de tais equívocos.

E, como têm ocorrido os aludidos lapsos?

Eis um exemplo esclarecedor: lastreado no art. 129, III da Constituição Federal (que legitima a propositura da ação civil pública para a defesa do patrimônio público e social), bem como no art. 25, inciso IV, "b", da Lei nº8.625, de 12 de fevereiro de 1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), um promotor de Justiça pode pleitear a **anulação** (sentença **constitutiva**) ou a **declaração de nulidade** (sentença

meramente declaratória) de um ato lesivo ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou do Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou de entidades privadas de que participem.Para tanto fundamentará o seu petitório, ainda, no Código de Processo Civil, especialmente no tocante ao procedimento ordinário, que deve ser o escolhido, tanto pela inexistência de previsão legal-procedimental específica, quanto pelo do aludido rito oferecer ao réu oportunidade para uma defesa mais expedita (com prazos mais amplos).

Quanto à extensão do conceito de patrimônio público, este nos é dada pela Lei de Ação Popular, que, ainda conforme HUGO NIGRO MAZZILLI (5), tem tradição constitucional em nosso país.

Contudo, para aqueles exegetas equivocados e antolhados, basta a simples menção ao nome **"ação civil pública"** na peça vestibular para vir às suas mentes **unicamente** o texto da Lei nº7.347/85, e, como tal diploma legal **somente** prevê a **sentença de conhecimento** na modalidade **condenatória** (em dinheiro ou ao cumprimento de obrigação de fazer e não fazer), tais aplicadores do Direito logo concluem pela inadequação da ação e pela ilegitimidade do órgão do Ministério Público, sob o argumento de que, para o seu petitório, o remédio processual adequado seria a **ação popular**, cuja titularidade pertence ao cidadão.

Há, inclusive, causídicos que consideram a petição inicial do Ministério Público, no exemplo dado, como sendo uma "peça teratológica". Aliás, já fomos vítimas de tal estocada.

Enquanto isso os agentes improbos e os seus beneficiários privados agradecem...

À propósito, no tocante à natureza da ação prevista no art. 17 da Lei nº8.429/92, que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício do mandato, cargo, emprego ou função

perante a administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências, lecionam MARINO PAZZAGLINI FILHO, MÁRCIO FERNANDO ELIAS ROSA e WALDO FAZZIO JÚNIOR (6) que, **"com certeza, como a ação civil proposta, no caso, pelo Ministério Público, será a ação civil pública (...)"**, e que **"a ação civil pública, no caso da improbidade administrativa, é a ação civil de interesse público imediato, ou seja, é a utilização do processo civil como um instrumento para a proteção de um bem, cuja preservação interessa à toda coletividade"**.

No rastro de tal entendimento, hoje já consagrado majoritariamente pelos Tribunais, no I Encontro Nacional de Promotores de Justiça de Defesa do Patrimônio Público e da Probidade Administrativa, realizado em 1996 em Brasília (DF), ficou estabelecida que "será denominada **ação civil pública por ato de improbidade** a medida judicial prevista na Lei nº8.429/92, com aplicação subsidiária da Lei nº7.347/85 e da Lei nº4.717/65".

Portanto, quando um determinado prefeito, p. ex., emite cheques sem fundos, está, no mínimo, violando os princípios da legalidade e da moralidade e, assim, violando o preceito do art. 11 da Lei nº8.429/92, devendo o Ministério Público, legitimado que está pelo seu art. 17, bem como pelo art. 129, III, da Constituição Federal ("para a proteção do patrimônio público e social"), propor a **ação civil pública por ato de improbidade** (a denominação é **"ação civil pública"** mesmo!).

Afinal, como a mencionada lei visa proteger a PROBIDADE ADMINISTRATIVA, indubitavelmente **interesse difuso, de toda a sociedade** (em que pese alguns poucos pensarem diferente...), não será necessário, para a hipótese do art. 11 da Lei nº8.429/92, a demonstração de enriquecimento ilícito ou dano ao patrimônio público para que sejam aplicadas ao agente improbo as penas do art. 12, III (cuja lei não distingue

entre principais e acessórias, sendo todas aplicáveis cumulativamente), dentre as quais o ressarcimento integral do dano (quando houver), o pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente, a suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, e a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Em tal caso, dos cheques sem fundos, estará a legitimidade do Ministério Público amparada pela DEFESA DA PROBIDADE ADMINISTRATIVA, não estando o Parquet defendendo "interesse individual do credor lesado", conforme o entendimento de alguns exegetas equivocados.

CONCLUSAO:

Concluindo, podemos afirmar que o fato da Lei nº7.347/85 não ter contemplado como seu objeto os pedidos meramente declaratório, constitutivo ou constitutivo-negativo, tal omissão não impede que a **ação civil pública** possa ser proposta pelo Ministério Público para a **anulação** (pedido de natureza **constitutiva**) ou a **declaração de nulidade** (pedido **meramente declaratório**) de um ato lesivo ao patrimônio público ou à moralidade administrativa, **desde que** o promotor de Justiça busque lastro no art. 129, III da Constituição Federal, no art. 25, inciso IV, "b", da Lei nº8.625, de 12/02/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) e no Código de Processo Civil.

NOTAS:

(1) - A Ação Civil Pública na Nova Ordem Constitucional, São Paulo, Saraiva, 1990, pp.4/6;

(2) - Ação Civil Pública em defesa do meio ambiente, patrimônio cultural e dos consumidores Lei 7.347/85 e legislação complementar/, 2ª edição revista e ampliada, São Paulo, RT, 1992, pp.15/19;

(3) - A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo, 3ª edição revista, ampliada e atualizada à luz do Código do Consumidor, RT, 1991, São Paulo, pp.31/40;

(4) -opus cit., pp.31/40;

(5) - O Ministério Público na Constituição de 1988 - São Paulo, Saraiva, 1989, p.106;

(6) -Improbidade Administrativa, ed. Atlas, São Paulo, 1996, pp.176 e 181.

BIBLIOGRAFIA.

FILHO, MARINO PAZZAGLINI e outros - Improbidade Administrativa, ed. Atlas, São Paulo, 1996;

MANCUSO, RODOLFO DE CAMARGO - Ação Civil Pública em defesa do meio ambiente, patrimônio cultural e dos consumidores Lei 7.347/85 e legislação complementar/, 2ª edição revista e ampliada, São Paulo, RT, 1992;

MAZZILLI, HUGO NIGRO - A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo, 3ª edição revista, ampliada e atualizada à luz do Código do Consumidor, RT, 1991, São Paulo;

MAZZILLI, HUGRO NIGRO - in "O Ministério Público na Constituição de 1988" - São Paulo, Saraiva, 1989;

MILARÉ, EDIS - A Ação Civil Pública na Nova Ordem Constitucional, São Paulo, Saraiva, 1990;

DIREITOS E INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS: A "ORIGEM COMUM" E A COMPLEXIDADE DA CAUSA DE PEDIR. IMPLICAÇÕES NA LEGITIMIDADE AD CAUSAM ATIVA E NO INTERESSE DE AGIR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida
Procuradora da República em São Paulo

1. Considerações Preliminares: controvérsias, problemas e dificuldades.

Dentre as espécies de direitos e interesses metaindividuais[1] que a Lei nº 8.078/90, conhecida como Código de Defesa do Consumidor, elenca nos incisos do parágrafo único do artigo 81, sem dúvida é a categoria dos denominados **direitos e interesses individuais homogêneos** que mais controvérsias tem suscitado: desde sua própria **caracterização** e **classificação como espécie distinta**, ao lado dos **direitos e interesses difusos e coletivos** (em sentido estrito), até às inúmeras questões processuais envolvendo o cabimento de sua tutela jurisdicional através de ações coletivas, a legitimidade *ad causam* ativa do Ministério Público, os limites subjetivos da coisa julgada *erga omnes*, a liquidação e a execução coletivas, entre outros temas.

Não se pode pretender aprofundar qualquer discussão acerca dos aspectos processuais, sem antes refletir acerca da estrutura e caracterização desses direitos e interesses materiais, e apurar em que medida eles se apartam e, reversamente, se aproximam das duas outras espécies (direitos e interesses difusos e coletivos em sentido estrito), justificando, ou não, sua classificação como *tertium genus*.

A atualidade da discussão é inquestionável,

suscitada em recente decisão do Supremo Tribunal Federal, através do voto do Excelentíssimo Senhor Ministro Maurício Corrêa, Relator do processo[2], para fundamentar a legitimidade do órgão ministerial na defesa desses direitos.

A análise passa pela adequada interpretação do que vem a ser a **"origem comum"** da qual decorrem os direitos e interesses individuais homogêneos, e que possibilita a tutela coletiva. A doutrina e a jurisprudência em regra vêm interpretando esse requisito de forma restritiva, não lhe atribuindo a abrangência e conseqüências adequadas.

O estudo da "origem comum" corresponde, no plano processual, ao exame da causa de pedir (*causa petendi*), que se desdobra em: causa de pedir remota e causa de pedir próxima, objeto de diferentes e mesmo contraditórias conceituações.

O aprofundamento da análise da causa de pedir possibilita que se compreenda a razão pela qual as três modalidades de direitos e interesses metaindividuais, ao mesmo tempo que são inconfundíveis entre si, por suas características específicas, podem, no caso concreto, apresentar implicações, relações e interferências recíprocas, pois podem derivar da(s) mesma(s) causa(s) de pedir.

Para essa visão holística do fenômeno são insuperáveis as lições do jurista Nelson NERY JUNIOR[3] no sentido de que de um mesmo fato podem originar pretensões difusas, coletivas e individuais, dependendo do tipo de pretensão material e da tutela jurisdicional pretendida.

Dois aspectos importantes decorrem dessa colocação e devem ser igualmente ressaltados: de um lado a "origem comum" das diversas pretensões, uma vez que podem derivar de um mesmo fato; de outro lado, a possibilidade desse mesmo fato acarretar lesão ou ameaça de lesão a diferentes bens, simultaneamente, ensejando a diversidade de pretensões (difusas, coletivas e individuais).

É a partir dessas considerações fundamentais que serão analisados o cabimento e a abrangência da tutela jurisdicional coletiva em face dos direitos difusos, coletivos e, notadamente, dos individuais homogêneos, bem como as questões da legitimidade *ad causam* ativa e do interesse de agir do *parquet*, considerando-se suas múltiplas funções institucionais.

2. Direitos e interesses metaindividuais (coletivos em sentido lato): caracterização, abrangência e distinção

A Lei nº 8.078/90 assim define as três espécies de interesses ou direitos metaindividuais ou transindividuais, que comportam "defesa coletiva" (art. 81, parágrafo único, incisos I a III):

I – interesses ou direitos difusos: "os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato";

II – interesses ou direitos coletivos: "os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base";

III – interesses ou direitos individuais homogêneos, "assim entendidos os decorrentes de origem comum".

Tem sido um desafio constante para a doutrina e a jurisprudência desenvolver e aperfeiçoar a caracterização e os critérios distintivos destas novas espécies de direitos e interesses metaindividuais a partir dos contornos traçados pela definição legal.

Os doutrinadores, e particularmente os autores do anteprojeto da Lei nº 8.078/90, muito têm contribuído para o avanço e aprofundamento dos estudos. Mas muitas são ainda

as dúvidas, confusões e controvérsias que se colocam, principalmente quando se passa do plano teórico para o da aplicação prática desses conceitos, em face dos casos concretos.

2.1 Os critérios distintivos

O direito positivo elegeu basicamente dois critérios para caracterizar e diferenciar as três modalidades de direitos e interesses meta ou transindividuais: 1) um critério objetivo, relativo à indivisibilidade ou divisibilidade do objeto (bem jurídico); e 2) um critério subjetivo, referente à indeterminabilidade ou determinabilidade dos titulares, que estão ligados por "circunstâncias de fato", por uma "relação jurídica base" ou pela "origem comum": são os elementos comuns que justificam e possibilitam a tutela jurisdicional coletiva.

Os **direitos e interesses difusos** caracterizam-se pela **indivisibilidade de seu objeto (elemento objetivo)** e pela **indeterminabilidade de seus titulares (elemento subjetivo)**, que estão ligados entre si por **circunstâncias de fato (elemento comum)**.

Já os **direitos e interesses coletivos** caracterizam-se pela **indivisibilidade de seu objeto (elemento objetivo)** e pela **determinabilidade de seus titulares (elemento subjetivo)**, que estão ligados entre si, ou com a parte contrária por uma **relação jurídica base (elemento comum).**

Os **direitos e interesses individuais homogêneos**, por sua vez, caracterizam-se pela **divisibilidade de seu objeto (elemento objetivo)** e pela **determinabilidade de seus titulares (elemento subjetivo)**, decorrendo a homogeneidade da **"origem comum" (elemento comum).**

2.2 A característica da indivisibilidade e suas implicações

Tornou-se clássica e consagrada pelos mais renomados juristas as elucidativas considerações de BARBOSA MOREIRA[4] a propósito da **indivisibilidade do bem jurídico**, característica comum aos direitos e interesses difusos e coletivos: uma "espécie de comunhão tipificada pelo fato de que a satisfação de um só implica, por força, a satisfação de todos, assim como a lesão de um só constitui, *ipso facto,* a lesão da inteira coletividade".

Tratando-se, portanto, de direito e interesse metaindividual que recai sobre determinado bem (objeto), material ou imaterial, de **natureza indivisível**, tem-se as seguintes implicações:

a) O bem (indivisível) pertence a todos, à inteira coletividade, constituída de pessoas indeterminadas ligadas por circunstâncias fáticas comuns, no caso dos direitos e interesses difusos, e de pessoas determinadas ou determináveis ligadas por uma relação jurídica-base, em se tratando de direitos e interesses coletivos; no primeiro caso fala-se em **bem difuso[5]**, que **não** se confunde com **bem público**, entendido no aspecto subjetivo, ou seja, aquele cujo titular é um ente estatal. Nesta acepção, o bem público constitui exemplo de **bem coletivo** (de um grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis ligadas por uma relação jurídica-base).

b) Consequentemente, o direito e interesse sobre referido bem pertence a todos, e a ninguém em particular, de sorte que

c) a satisfação de um só implica a satisfação de todos, e a lesão de um só constitui lesão da inteira coletividade.

No plano processual, a **indivisibilidade do objeto** repercute nos **pedidos imediato e mediato**, pois o que se pretende tutelar é um bem jurídico de toda a coletividade, que

está sendo lesado ou ameaçado de lesão, prejudicando simultaneamente a todos. O pedido de cessação da lesão ou da ameaça, através das tutelas jurisdicionais adequadas, beneficiará e propiciará a satisfação de todos contemporaneamente.

As muitas confusões que na prática ocorrem entre direitos coletivos e individuais homogêneos, como na fundamentação do voto mencionado no início, é fruto de não se atentar adequadamente para o tipo de tutela jurisdicional pleiteada e para o tipo de bem jurídico (indivisível/divisível) que se está pretendendo tutelar (pedidos imediato e mediato).

2.3 A característica da indeterminabilidade ou determinabilidade dos titulares e sua relação com a inexistência ou existência de relação jurídica-base

A característica da indeterminabilidade ou determinabilidade dos titulares merece uma análise mais detida, encontrando-se muitos entendimentos discrepantes relativamente a situações que envolvem número elevado de pessoas. Nesses casos ocorre freqüentemente confusão entre direitos difusos e coletivos.

Tais características estão diretamente relacionadas à inexistência ou existência de vínculo jurídico comum, que a Lei nº 8.078/90 denomina de "relação jurídica-base". Um aspecto não pode ser examinado sem levar em consideração o outro.

São meras **circunstâncias fáticas de lugar, tempo e modo** o traço de união da coletividade titular de direitos e interesses difusos, por isso mesmo considera-se que é **indeterminado ou mesmo indeterminável, qualitativa e quantitativamente,** o universo de pessoas que a integra. Não é possível identificá-las nem precisar-lhes o número. Todos os que compartilham da mesma situação fática são

simultaneamente prejudicados com a lesão ou beneficiados com a cessação da mesma.

Portanto, fala-se em **indeterminabilidade dos titulares quando a relação entre eles é meramente fática, e não necessariamente quando são em grande número, circunstância que dificulta, na prática, a determinação. Se há relação jurídica unindo os integrantes de um grupo (entre si ou com a parte contrária), ainda que muito numeroso, considera-se serem eles determináveis, por ser possível sua identificação e quantificação, descartada a qualificação como titulares de direitos e interesses difusos[6].**

2.4. Direitos e interesses difusos tutelados pela ordem constitucional: abrangência e relevância social

Os exemplos que normalmente ilustram a categoria de titulares de direitos e interesses difusos são dos habitantes de uma determinada região (alcançada por um acidente nuclear ou outro dano ambiental, por exemplo) ou dos consumidores de certo produto (que ouviram, assistiram ou viram determinada propaganda enganosa, por exemplo). Mas, com propriedade, BARBOSA MOREIRA[7] aduz outros exemplos: das "pessoas que vivem sob tais ou quais condições sócio-econômicas, ou que se sujeitem às consequências deste ou daquele empreendimento público ou privado".

Não se pode efetivamente restringir a tutela dos interesses difusos às questões clássicas, como a do meio ambiente, do consumidor ou do patrimônio cultural, como alerta Dyrceu Aguiar dias CINTRA JÚNIOR[8].

Ela deve alcançar os novos conflitos de massa, notadamente na **área social**, que reivindicam não apenas melhoria de condições, mas, para os excluídos, o próprio acesso aos direitos sociais básicos, entre os quais, o direito à

moradia, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à educação, à segurança, à previdência e assistência sociais, ao lazer[9].

Somente assim é possível dar efetividade aos postulados da **cidadania** e da **dignidade da pessoa humana,** erigidos como fundamentos do Estado Democrático de Direito Brasileiro (art. 1°, incisos II e III, da Lei Maior), bem como atingir os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil declarados no art. 3° da mesma Carta: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais; a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A Constituição Federal é, sem dúvida, a mais importante fonte dos direitos e interesses materiais difusos, como demonstra com proficiência Celso Antonio Pacheco FIORILLO[10], que destaca cada um dos seguintes temas: o princípio da igualdade de todos perante a lei; o direito à vida digna; a função social da propriedade; a higiene e segurança do trabalho; a educação, incentivo à pesquisa e ao ensino científico e amparo à cultura; a saúde; o meio ambiente natural; o consumidor; a proteção ao patrimônio cultural; a família, criança, adolescente e idoso, a comunicação social e o direito de antena.

E a cidadania e a dignidade plenas da pessoa humana podem ser considerados os bens jurídicos difusos que sintetizam todos os demais bens e valores difusos tutelados pela ordem constitucional e que nada mais são do que desdobramentos daqueles, meios e instrumentos para o atingimento da plenitude desses referidos bens.

2.5 Direitos e interesses difusos e coletivos

É freqüente classificar-se, equivocadamente,

determinada situação como envolvendo direito ou interesse difuso pelo fato de dizer respeito a uma coletividade bastante numerosa de pessoas, quando existe uma relação jurídica-base entre elas, ou com a parte contrária, uma das características dos direitos e interesses coletivos.

Foi o que ocorreu, por exemplo, no julgamento em Primeira Instância de mandado de segurança coletivo impetrado contra o aumento indevido de tarifas de ônibus urbano na Capital de São Paulo[11].

Em parecer bem fundamentado[12], Nelson NERY JÚNIOR salienta que "os conceitos e eventuais diferenciações entre interesses difusos e coletivos encontram-se em pleno processo de desenvolvimento doutrinário, nada havendo, ainda, de caráter definitivo, sobre essas duas realidades".

Mas admite estar "praticamente encaminhado um critério de discriminação entre as duas figuras, no sentido de considerar-se como difuso aquele interesse que atinge número indeterminado de pessoas, ligadas por relação meramente fatual, enquanto que seriam coletivos aqueles outros interesses pertencentes a grupo ou categoria de pessoas determináveis, ligadas por uma mesma relação jurídica base".

Nos termos do parecer, "teria razão a r. sentença recorrida, na medida em que os prejudicados com o aumento ilegal das tarifas são ligados por relação de fato, enquadrando-se na categoria dos interesses difusos". Mas, de outra parte, "seria questionável essa colocação, porque há, em tese, relação jurídica base ligando os usuários do transporte municipal coletivo. Isto porque todos eles têm relação jurídica com a empresa concessionária, já que são potenciais contrapartes em contrato de adesão segundo as cláusulas estipuladas unilateralmente pelo Poder Público municipal e também pela concessionária".

E aduz, mais adiante:

"Mas não é só. O direito seria coletivo porque os

usuários, embora indeterminados, não são indetermináveis, porquanto serão sempre *determináveis*, na medida em que fizerem utilização efetiva daquele serviço público ou em que se puder dimensionar o universo desses usuários quantificando-os e qualificando-os".

2.6 A abrangência dos direitos e interesses coletivos

Há, portanto, a caracterizar os direitos e interesses coletivos, um vínculo jurídico (relação jurídica-base) que une as pessoas entre si, ou com a parte contrária, enquanto que os titulares de direitos e interesses difusos estão unidos por meras circunstâncias fáticas (de tempo, lugar, modo).

A relação jurídica-base é aquela preexistente à lesão ou ameaça de lesão do direito ou interesse do grupo, categoria ou classe de pessoas[13].

Tal como formulada, a definição legal amplia consideravelmente a abrangência dos direitos e interesses coletivos, que não se limitam às coletividades organizadas (partidos políticos, sindicatos, condomínio, e as sociedades e associações de pessoas em geral), com vínculo jurídico entre seus componentes. Alcançam também grupo, categoria ou classe de pessoas sem organização, servindo de elo a relação jurídica - base com a parte contrária (contribuintes de tributos em geral, alunos de escola particulares, mutuários de agentes do Sistema Financeiro da Habitação, etc).

Como bem anota Kazuo WATANABE[14], na esteira de Vincenzo VIGORITI[15] e Rodolfo de Camargo MANCUSO[16], não foi considerado traço decisivo dos interesses ou direitos "coletivos" o fato de sua organização, o que não inviabiliza a tutela jurisdicional coletiva:

"Mesmo sem organização, os interesses ou direitos "coletivos", pelo fato de serem de natureza indivisível,

apresentam identidade tal que, independentemente de sua harmonização formal ou amalgamação pela reunião de seus titulares em torno de uma entidade representativa, passam a formar uma só unidade, tornando-se perfeitamente viável, e mesmo desejável, a sua proteção jurisdicional em forma molecular".

A consequência importante, no plano processual, da previsão legal de que tais direitos indivisíveis pertencem a um grupo, categoria ou classe de pessoas é que a proteção poderá alcançar pessoas não pertencentes à associação autora de ação coletiva. A teor do inciso II do art. 103 da Lei nº 8.078/90, a sentença nela proferida, salvo na hipótese de improcedência por falta de provas, fará coisa julga *ultra partes* "limitadamente ao grupo, categoria ou classe". Ou seja, a coisa julgada beneficiará não somente os filiados da associação autora, mas também todos os demais membros da mesma categoria ou classe, ainda que dela não sejam associados[17].

Assim, por exemplo, numa demanda coletiva em favor dos direitos e interesses indivisíveis da categoria dos servidores públicos, regidos por um mesmo estatuto jurídico, a coisa julgada poderá beneficiar toda a categoria, independentemente dos servidores estarem filiados à associação ou ao sindicato autor.

Por outro lado, a característica da indivisibilidade do objeto é critério limitativo dos direitos e interesses coletivos. Somente podem ser considerados como tais os direitos ou interesses indivisíveis (em razão do objeto)[18] do todo, e não os direitos individuais (divisíveis) dos seus integrantes.

Essa a razão da frequente confusão entre direitos e interesses coletivos e individuais homogêneos, o que será analisado a seguir.

É o exame da pretensão material, verificando-se a natureza (indivísível ou divisível) do bem jurídico tutelado, e a análise do tipo de tutela jurisdicional pretendida que vai definir,

no caso concreto, se está em jogo a tutela de direitos e interesses coletivos ou individuais homogêneos, ou de ambos (cumulação de pedidos).

2.7 Direitos e interesses difusos ou coletivos x direitos e interesses individuais homogêneos. Possibilidade de cumulação de pedidos. Conexão pela causa de pedir.

A definição legal dos direitos e interesses difusos e coletivos (incisos I e II) é bem mais completa e precisa que a dos direitos e interesses individuais homogêneos (inciso III), caracterizados apenas como "os decorrentes de origem comum". Deve-se também a isso as controvérsias a respeito das características e abrangência destes últimos

Enquanto os direitos e interesses difusos e coletivos dizem respeito a todos (universo de pessoas indeterminadas ligadas por relação meramente fatual, no primeiro caso, e grupo, categoria ou classe de pessoas unidas por uma relação jurídica base, na segunda hipótese), em razão da indivisibilidade do objeto, os direitos e interesses individuais homogêneos, diferentemente, referem-se aos **direitos e interesses individuais (divisíveis) dos integrantes dessas duas universalidades de pessoas. São um feixe de direitos individuais (mais de um), considerados homogêneos porque decorrem de uma "origem comum".**

Os direitos e interesses individuais homogêneos são, portanto, inconfundíveis tanto com os direitos e interesses difusos quanto com os direitos e interesses coletivos descritos no inciso II, do parágrafo único do art. 81 da Lei nº 8.078/90, não podendo ser considerados subespécie destes últimos, como constou da fundamentação do voto mencionado inicialmente e que inspirou a elaboração deste estudo.

Constituem espécie de direito ou interesse coletivo

em sentido lato, como o são os direitos e interesses difusos e coletivos (em sentido estrito). Mas enquanto estes dois são "essencialmente coletivos", os direitos e interesses individuais homogêneos são "de natureza coletiva apenas na forma em que são tutelados"[19]. São um feixe de direitos individuais tuteláveis de forma coletiva pelo fato de decorrerem de "origem comum".

Como bem define Antonio GIDI[20] essa categoria de direitos consiste em "um feixe de direitos subjetivos individuais, marcado pelo nota da divisibilidade, de que é titular uma comunidade de pessoas indeterminadas mas determináveis, cuja origem está em alegações de questões comuns de fato ou de direito".

A natureza jurídica dos diferentes direitos e interesses metaindividuais somente pode ser definida, em face do caso concreto, repita-se, através do exame da pretensão material e do tipo de tutela jurisdicional invocada, ou, como prefere dizer mais amplamente Kazuo WATANABE[21], através da correta fixação do objeto litigioso do processo (pedido e causa de pedir).

Examinadas as características isoladamente, sem atentar para a lide (pedido) ou para o objeto litigoso (pedido e causa de pedir), não é possível proceder-se à correta distinção entre eles.

A confusão é inevitável, se se considerar que os direitos e interesses individuais homogêneos surgem exatamente no âmbito de uma coletividade titular de direitos e interesses difusos ou de direitos e interesses coletivos. São os direitos individuais (divisíveis) dos seus integrantes, oriundos dos danos ou ameaça de danos materiais ou morais por eles experimentados, e que decorrem dos mesmos fundamentos ("origem comum").

Por isso tanto pode ser manifestada pretensão difusa ou coletiva, dependendo do caso, como pretensão individual

homogênea visando defender interesses individuais (divisíveis) dos vários atingidos.

Não há um terceiro universo de pessoas distinto, constituído por titulares de direitos e interesses individuais homogêneos; eles são identificados entre os integrantes da coletividade titular de direitos difusos ou coletivos.

Essa percepção do fenômeno é detectado pelo Relator do acórdão doravante examinado, ao analisar o dispositivo legal correspondente, concluindo, equivocadamente, todavia, que tais direitos e interesses não constituem *tertium genus:*

"17. Por tal disposição vê-se que se cuida de uma nova conceituação no terreno dos interesses coletivos, sendo certo que esse é apenas um *nomen iuris* **atípico** da espécie direitos coletivos. Donde se extrai que interesses homogêneos, em verdade, não se constituem como um *tertium genus*, mas sim como uma mera modalidade peculiar, que **tanto pode ser encaixado na circunferência dos interesses difusos quanto na dos coletivos**" (destaque nosso)

A ação civil pública proposta pelo Ministério Público, na espécie, tem por finalidade compelir a entidade educacional a adequar os reajustes dos encargos educacionais às normas fixadas pela autoridade competente.

Trata-se, destarte, de pretensão material e de tutela jurisdicional de direito e interesse coletivo (em sentido estrito), formuladas em defesa e em benefício do grupo, constituído pelos pais de alunos e pelos próprios alunos atingidos. O reajuste sem observância das normas pertinentes lesa em bloco o grupo, assim como a cessação do reajuste ilegal o beneficia como um todo.

A ação ajuizada objetiva um provimento jurisdicional comum a todos, que irá tutelar, de modo uniforme, o interesse ou direito indivisível de todos os pais e alunos[22].

O acórdão conclui corretamente que se trata, na

espécie, de tutela de direitos ou interesses coletivos. "Mas não porque os interesses individuais homogêneos sejam uma subespécie de interesses coletivos. São eles (...) individuais em sua essência, sendo coletivos apenas na forma em que são tutelados"[23].

Não foi pleiteada, como poderia, pretensão individual homogênea, visando tutelar bens jurídicos individuais (divisíveis) dos pais e alunos. Além da condenação da entidade ré a reajustar os encargos educacionais na forma da lei, poderia, por exemplo, ser solicitada sua condenação à devolução do que foi pago a mais pelos alunos.

O fundamento seria o mesmo, tanto para o pedido de tutela jurisdicional de bem jurídico coletivo (de interesse de todo o grupo de pais e alunos) como de bens jurídicos individuais dos integrantes do grupo: o reajuste fora dos parâmetros legais.

A cumulação objetiva de pretensões difusas ou coletivas com pretensões individuais homogêneas é possível em razão da conexão pela causa de pedir (mesmo fundamento).

Uma adequada caracterização da pretensão deduzida em juízo como pertinente a interesses coletivos (em sentido estrito) aparece no acórdão relatado pelo Min. Demócrito Reinaldo[24], não obstante a referência desnecessária a "interesses individuais" [25]

2.8 Síntese dos exemplos

Para fixar-se as distinções e considerações feitas acerca das três espécies de direitos e interesses metainviduais, são elencadas, a seguir, exemplos de diversas pretensões e sua correta classificação:

1) divulgação de propaganda enganosa sobre

determinado produto ou serviço e tutela jurisdicional, através de ação coletiva, objetivando a suspensão liminar e a cessação definitiva da divulgação (pretensão difusa); com base no mesmo fato lesivo ("origem comum") seria cabível pedido condenatório de cunho patrimonial (devolução do preço, indenização) sendo beneficiários os consumidores lesados (pretensão individual homogênea);

2) cobrança ou aumento ilegal ou inconstitucional de tributo, de mensalidade escolar, de tarifa de transporte público e pedido de tutela jurisdicional para fazer cessar a prática ilegal ou inconstitucional e se atender às exigências e parâmetros legais (pretensão coletiva, em sentido estrito); o mesmo fato lesivo (cobrança ou aumento ilegal ou inconstitucional citados) pode ensejar, ademais, pedido de devolução da diferença ou do total pago indevidamente pelos contribuintes, alunos, usuários, respectivamente (pretensão individual homogênea).

3. Os fundamentos da tutela jurisdicional coletiva dos direitos e interesses metaindividuais: o vínculo jurídico ou não jurídico (causa de pedir remota); a lesão ou ameaça de lesão simultânea a diversos bens jurídicos (causa de pedir próxima)

É correto dizer que o direito à tutela jurisdicional coletiva dos direitos e interesses metainviduais surge com a lesão ou ameaça de lesão a bens jurídicos, de natureza indivisível (direitos e interesses coletivos e difusos) ou divisível (direitos e interesses individuais homogêneos).

Todavia, este é apenas um dos aspectos que a análise da causa de pedir comporta.

Na realidade, é um complexo de fatos e fundamentos jurídicos que vão embasar e justificar o cabimento

da tutela jurisdicional coletiva desses direitos e interesses metaindividuais, daí poder-se falar em **complexidade da causa de pedir**. Parte dos fundamentos vêm a constituir a **causa de pedir remota**[26], e parte deles, a **causa de pedir próxima**[27].

Antes de se pensar na **lesão ou ameaça de lesão** aos bens difusos, coletivos e individuais de uma série de pessoas, que constitui a **causa de pedir próxima**, tem-se o **substrato comum** que dá o elo de ligação entre elas, e que pode ser considerado como integrante da **causa de pedir remota**: é o vínculo não jurídico, meramente fatual, nos direitos e interesses difusos; o vínculo jurídico consistente na relação jurídica-base , nos direitos e interesses coletivos; e um ou outro desses vínculos no caso dos direitos e interesses individuais homogêneos, como se desenvolverá na seqüência.

4. A "origem comum" dos direitos e interesses individuais homogêneos

A "origem comum" dos direitos individuais homogêneos consiste no fundamento comum a esse feixe de direitos e interesses individuais, que lhes dá homogeneidade, correspondendo à causa de pedir, que pode ser analisada sob o duplo aspecto: como causa de pedir próxima (lesão ou ameaça de lesão a bem jurídico individual de diversos titulares, provocada por um mesmo fato) e como causa de pedir remota (relação jurídica ou não jurídica comum entre os titulares). Ela pode coincidir com os mesmos fundamentos das pretensões difusas e coletivas eventualmente incidentes no caso concreto.

4.1 A "origem comum" enquanto causa de pedir remota

Se os direitos e interesses individuais homogêneos surgem no âmbito de uma coletividade titular de direitos e

interesses difusos ou de direitos e interesses coletivos, tem-se que a "origem comum" dos direitos e interesses individuais homogêneos (enquanto causa de pedir remota) pode se identificar com a mesma origem (enquanto causa de pedir remota) dos direitos e interesses difusos ou coletivos da respectiva coletividade.

Portanto, como "origem comum" dos direitos e interesses individuais homogêneos, do ponto de vista da **causa de pedir remota**, pode-se ter:

1) a mesma situação fática ("circunstâncias de fato") comum à universalidade de pessoas titular de direitos e interesses difusos. Ex: localização do grupo de pessoas segundo as coordenadas de espaço e/ou de tempo no raio de abrangência do fato ou ato danoso;

2) a mesma relação jurídica ("relação jurídica base") comum à coletividade de pessoas que titulariza direitos e interesses coletivos. Ex: vínculo societário ou associativo disciplinado por estatuto social próprio; relação jurídica tributária dos contribuintes com o fisco; relação contratual regida por cláusulas uniformes.

Com isso quer-se demonstrar que a "origem comum" dos direitos e interesses individuais homogêneos, sob o aspecto da **causa de pedir remota**, pode ser **fática**, identificando-se com as "circunstâncias de fato" comuns ao universo de titulares de **direitos difusos**; ou **jurídica**, correspondendo à "relação jurídica base" da coletividade de pessoas titular de **direitos coletivos** (em sentido estrito).

Como ressalta Kazuo WATANABE[28], nos interesses ou direitos individuais homogêneos "também poderá inexistir entre as pessoas uma relação jurídica-base anterior. O que importa é que sejam todos os interesses individuais "decorrentes de origem comum". Surgirá uma relação jurídica da lesão "individualizada na pessoa de cada um dos prejudicados, pois ofende de modo diferente a esfera jurídica

de cada um deles, e isto permite a determinação ou ao menos a determinabilidade das pessoas atingidas. A determinabilidade se traduz em determinação efetiva no momento em que cada prejudicado exercita o seu direito, seja através de demanda individual, seja por meio de habilitação por ocasião da liquidação de sentença na demanda coletiva para tutela de interesses ou direitos "individuais homogêneos" (art. 97)".

4.2 A "origem comum" enquanto causa de pedir próxima

Como "origem comum" do ponto de vista da **causa de pedir próxima**, tem-se a lesão ou ameaça de lesão a bens e valores individuais de diversos titulares provocada pelo(s) mesmo(s) fato(s). Não há necessariamente "unidade factual e temporal", podendo ser "fatos com homogeneidade tal que os tornam a "origem comum" de todos eles"[29].

Devem ser ressaltados, a propósito, os seguintes aspectos relevantes que, embora intimamente relacionados, têm implicações diversas adiante examinadas:

a) a "origem comum" da lesão ou ameaça de lesão, pois decorrente de um mesmo fato ou de "fatos com homegeneidade";

b) a possibilidade de lesão múltipla, ou seja, a lesão ou ameaça de lesão simultânea a bens e valores diversos (indivisíveis/divisíveis, materiais/imateriais) provocada pelo(s) mesmo(s) fato(s);

c) a possibilidade de um mesmo bem/valor, lesado ou ameaçado de lesão ser, simultaneamente, objeto de direito ou interesse difuso, coletivo e/ou individual (visão poliédrica).

4.3 A "origem comum" e as ações coletivas e plúrimas. Vantagem e superioridade da tutela jurisdicional coletiva.

Enquanto a tutela jurisdicional dos direitos e interesses difusos e coletivos somente pode ser feita através de ações coletivas, em razão da indivisibilidade do bem jurídico lesado ou ameaçado de lesão (objeto do pedido mediato), a dos direitos e interesses individuais homogêneos pode ser feita por meio de ações individuais, de ações plúrimas (litisconsórcio ativo facultativo) ou, com muito mais vantagem e utilidade práticas, por meio de ações coletivas.

Nas mesmas hipóteses do art. 46 do Código de Processo Civil em que é cabível o litisconsórcio facultativo no polo ativo, e, notadamente nas hipóteses que, pelo número elevado de autores, levaria a formação de litisconsórcio multitudinário, com todos os inconvenientes que lhe são próprios[30], a utilização da ação coletiva é muito mais vantajosa. Por meio do ajuizamento de uma só ação promovida por um único legitimado ativo torna-se viável abranger um espectro de beneficiários significativamente maior, sem o risco de decisões contraditórias sobre a mesma matéria.

A instituição da ação coletiva para defesa dos direitos e interesses individuais decorrentes de "origem comum", chamados, por isso, homogêneos, merece os maiores encômios, vindo de encontro aos propósitos de conciliação da ampliação do acesso à justiça com desafogamento e agilização do Poder Judiciário, tudo para garantia da maior efetividade da tutela jurisdicional.

A doutrina mais avançada e sintonizada com as peculiaridades da tutela jurisdicional coletiva, advoga, com toda razão, que a defesa dos direitos difusos e coletivos, por serem "transindividuais, de natureza indivisível" somente pode ser através de **ação coletiva única**, criticando, também com razão, a propositura de diversas ações coletivas circunscritas a determinada base territorial[31], como tem ocorrido, prática que acabou sendo incorporada na nova redação do art. 16 da Lei nº 7.347/85, numa tentativa (política) **inócua** de se restringir o

âmbito da ação coletiva e da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes*, como já se vê em recentes manifestações dos partidários daquela doutrina[32] e decisões judiciais[33].

De acordo com a análise procedida, verifica-se, pelo tipo de pretensão material e da tutela jurisdicional invocada, que a maior parte das ações civis públicas que afirmam estar tutelando interesses individuais homogêneos, objetivam, na verdade, a defesa apenas de pretensões coletivas (em sentido estrito), uma vez que estão a defender bem indivisível do grupo, categoria ou classe de pessoas, como visto.

Muitas delas formulam, cumulativamente, pretensões coletivas (em sentido estrito) e individuais homogêneas, quando é também solicitada pretensão acerca de bem de natureza divisível (de cunho patrimonial, por exemplo).

Se estão envolvidas pretensões coletivas (exclusiva ou cumulativamente), a propositura de ação única de âmbito nacional é uma imposição decorrente da natureza indivisível do bem.

Se a ação coletiva contém exclusivamente pretensões individuais homogêneas, o que não é freqüente, a propositura de ação única, de âmbito nacional, regional ou local, conforme a extensão do dano (art. 93 da Lei nº 8.078/90), embora não seja uma decorrência obrigatória, como sucede com as pretensões difusas e coletivas, é de todo aconselhável e conveniente, pelas razões apontadas.

4.4 A lesão múltipla e a visão poliédrica dos bens e valores jurídicos e sua relevância para a caracterização e aferição da legitimidade *ad causam* ativa do interesse de agir do Ministério Público.

Se o mesmo fato pode dar ensejo a pretensões difusas, coletivas e individuais (homogêneas ou não), significa

que esse mesmo fato pode causar dano ou ameaça de dano a diferentes bens jurídicos (indivisíveis/divisíveis, materiais/imateriais), simultaneamente. Ou seja, ele desencadeia lesão ou ameaça de lesão múltipla a bens distintos.

Por outro lado, um mesmo bem jurídico pode ser simultaneamente objeto de direito ou interesse difuso, coletivo ou individual, dependendo do ponto de vista que o mesmo é analisado. O patrimônio público, por exemplo, pode ser interpretado como um bem da entidade estatal respectiva (bem coletivo), e como bem de interesse da coletividade em geral, contribuinte dos tributos que o alimentam (bem difuso).

4.4.1 A lesão à ordem jurídica e aos bens e valores por ela tutelados e a função institucional do Ministério Público de defendê-los

O clássico binômio ilegalidade/lesividade, difundido através dos requisitos da mais antiga ação coletiva para defesa de direitos difusos, a ação popular[34], nada mais significa que a lesividade à ordem jurídica (ilegalidade) e a lesividade a outros bens e valores por ela tutelados: patrimônio público, meio ambiente, consumidor, saúde, entre outros.

A ordem jurídica, em si mesma, é um bem jurídico objeto de tutela. A lesão à ordem jurídica, que se consubstancia nos vícios de inconstitucionalidade e ilegalidade, é o fundamento (causa de pedir próxima) sempre alegado, para fins de desconstituição (declaração de nulidade ou anulação), total ou parcial, do ato já praticado ao arrepio das leis ou para se impedir preventivamente sua prática, entre outras hipóteses.

A lesão à ordem jurídica constitucional possibilita não apenas o denominado controle difuso (inconstitucionalidade alegada como causa de pedir), mas também o controle concentrado, via ação declaratória, da constitucionalidade das leis e atos normativos na forma prevista

na Constituição Federal e Constituições dos Estados.

A ordem jurídica é o bem maior a ser preservado num Estado Democrático de Direito, como é o Estado Brasileiro e, inquestionavelmente um bem de interesse da coletividade em geral, e não apenas de grupos menores ou de pessoas diretamente atingidas pela ilegalidade ou inconstitucionalidade do ato.Trata-se, portanto, de bem, interesse ou valor difuso, antes que coletivo ou individual.

E cabe ao Ministério Público o *munus* de defendê-la, como expressamente consignado no caput do art. 127 da Constituição Federal. A função de *custos legis* lhe é intrínseca e é a mais antiga e tradicional. Ela é exercida não apenas quando atua como órgão interveniente, mas quando é parte, promovendo ações individuais e coletivas para as quais é legitimado, fundadas em alegações dos vícios citados, ou ajuizando a ação declaratória de inconstitucionalidade.

A lesão à ordem jurídica (inconstitucionalidade/ ilegalidade) pode ensejar lesão a bens e valores, materiais ou imateriais, de natureza difusa, coletiva ou individual, por ela tutelados. Alguns deles comportam classificação como bem difuso ou coletivo, como é o caso do patrimônio público.

O Ministério Público tem também por função institucional, a **defesa dos interesses sociais**, a teor do mesmo art. 127, *caput,* da Carta Federal, expressão ampla que abrange todos os **interesses considerados de relevância social**, dentre os quais se insere a proteção, através de ação coletiva, dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Os dois primeiros, conforme o inciso III do art. 129, e os últimos através da interpretação conjugada do inciso IX deste artigo com o art. 82, I, da Lei nº 8.078/90.

A legitimidade *ad causam* ativa e o interesse de agir do Ministério Público na tutela jurisdicional coletiva dos direitos individuais homogêneos decorre da relevância social dos interesses materiais envolvidos de forma mediata, e não apenas

do número elevado de beneficiários da tutela jurisdicional invocada: a tutela do Estado Democrático de Direito em face da violação em massa da ordem jurídica (bem difuso); a tutela da cidadania e da dignidade da pessoa humana em face da lesão em massa, individualmente experimentada e aferível, do direito (difuso) à habitação, transporte coletivo, educação e ensino, saúde, previdência e assistência sociais.

No plano processual, a relevância social dos interesses em jogo a legitimar a atuação do órgão ministerial decorre das vantagens e conveniência da utilização de uma só ação (coletiva) para defesa de uma série de direitos e interesses individuais anteriormente assinaladas.

Com essa visão holística dada aos temas aqui versados, pretendeu-se demonstrar, que, a legitimidade *ad causam* ativa e o interesse de agir do Ministério Público Federal nas ações coletivas promovidas para a defesa de pretensões difusas, coletivas e individuais homogêneas, devem ser aferidos em face de suas múltiplas funções institucionais, que podem concorrer numa mesma ação, sem contradição ou exclusão.

O Poder Judiciário não pode se ater ao exame isolado dessas funções, sob pena de avaliação indevida da presença das condições da ação em apreço. Dentre elas avulta a da defesa da ordem jurídica *(custos legis)*, sempre presente como fundamento ou causa de pedir próxima.

5. Conclusões

1. Os direitos e interesses individuais homogêneos são inconfundíveis tanto com os direitos e interesses difusos quanto com os direitos e interesses coletivos descritos no inciso II, do parágrafo único do art. 81 da Lei nº 8.078/90, não podendo ser considerados subespécie destes últimos. O principal critério distintivo é o da indivisibilidade e da divisibilidade do objeto.

2. Os direitos e interesses individuais homogêneos

constituem espécie de direito ou interesse coletivo em sentido lato, como o são os direitos e interesses difusos e coletivos (em sentido estrito). Mas são coletivos apenas "na forma em que são tutelados" enquanto os difusos e coletivos (em sentido estrito) são "essencialmente coletivos".

3. Os direitos e interesses individuais homogêneos surgem no âmbito de uma coletividade titular de direitos e interesses difusos ou coletivos (em sentido estrito). São os direitos e interesses individuais (divisíveis) dos seus integrantes, oriundos dos danos ou ameaça de danos materiais ou morais por eles experimentados, e que decorrem dos mesmos fundamentos daqueles direitos. Não há um terceiro universo de pessoas distinto, constituído por titulares de direitos e interesses individuais homogêneos.

4. Não é possível proceder-se à correta distinção entre os direitos e interesses metaindividuais sem se atentar para o tipo de pretensão material e da tutela jurisdicional pretendida.

5. A maior parte das ações coletivas objetivam a tutela de pretensões difusas ou coletivas (em sentido estrito), que propiciam a satisfação de bens (indivisíveis) da inteira coletividade titular dessas pretensões, cumuladas ou não com a tutela de pretensões individuais homogêneas, sendo pouco freqüentes ações coletivas que tutelam exclusivamente estas últimas.

6. A cumulação objetiva de pretensões difusas ou coletivas com pretensões individuais homogêneas é possível em razão da conexão pela causa de pedir (mesmos fundamentos).

7. A "origem comum" dos direitos e interesses individuais homogêneos (causa de pedir próxima e remota) pode se identificar com a mesma origem (causa de pedir próxima e remota) dos direitos e interesses difusos ou coletivos da respectiva coletividade.

8. A "origem comum" dos direitos e interesses individuais homogêneos, sob o aspecto da **causa de pedir remota**, pode ser **fática**, identificando-se com as "circunstâncias de fato" comuns ao universo de titulares de **direitos difusos**; ou **jurídica**, correspondendo à "relação jurídica base" da coletividade de pessoas titular de direitos coletivos (em sentido estrito).

9. A "origem comum" desses direitos, do ponto de vista da **causa de pedir próxima**, é a lesão ou ameaça de lesão a bens e valores individuais de diversos titulares provocada pelo(s) mesmo(s) fato(s).

10. Enquanto a tutela jurisdicional dos direitos e interesses difusos e coletivos somente pode ser feita através de ações coletivas, em razão da indivisibilidade do bem jurídico lesado ou ameaçado de lesão (objeto do pedido mediato), a tutela dos direitos e interesses individuais homogêneos pode ser feita por meio de ações plúrimas (litisconsórcio ativo facultativo) ou, com muito mais vantagem e utilidade práticas, por meio de ações coletivas, sem descartar a possibilidade de ações individuais .

11. O Ministério Público tem por funções institucionais, entre outras, a **defesa da ordem jurídica** (bem jurídico em si mesmo) e a **defesa dos interesses sociais,** expressão que abrange todos os **interesses considerados de relevância social**, dentre os quais situa-se a proteção, através de ação coletiva, dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

12. A legitimidade *ad causam* ativa e o interesse de agir do Ministério Público na tutela jurisdicional coletiva dos direitos individuais homogêneos decorre da relevância social dos interesses materiais envolvidos de forma mediata, e não apenas do número elevado de beneficiários da tutela jurisdicional invocada: a tutela do Estado Democrático de Direito em face da violação em massa da ordem jurídica (bem difuso);

a tutela da cidadania e da dignidade da pessoa humana em face da lesão em massa, individualmente experimentada e aferível, do direito (difuso) à habitação, transporte coletivo, educação e ensino, saúde, previdência e assistência sociais.

13. No plano processual, a relevância social dos interesses em jogo a legitimar a atuação do órgão ministerial decorre das vantagens e conveniência da utilização de uma só ação (coletiva) para defesa de uma série de direitos e interesses individuais, sem o risco de decisões conflitantes sobre a mesma matéria, atendendo, ademais, aos propósitos de ampliação do acesso à justiça com desafogamento e agilização do Poder Judiciário, para garantia da maior efetividade da tutela jurisdicional.

14. A legitimidade *ad causam* ativa e o interesse de agir do Ministério Público Federal nas ações coletivas promovidas para a defesa de pretensões difusas, coletivas e individuais homogêneas, devem ser aferidos em face de suas múltiplas funções institucionais, que podem concorrer numa mesma ação, sem contradição ou exclusão. O Poder Judiciário não pode se ater ao exame isolado dessas funções, sob pena de avaliação indevida da presença das condições da ação em apreço. Dentre elas avulta a da defesa da ordem jurídica *(custos legis)*, sempre presente como fundamento ou causa de pedir próxima.

[1] Dentro da tendência de possibilitar a mais ampla e completa tutela jurídica, o CDC refere-se não apenas aos direitos, mas também a interesses, evidenciando que ambos são dignos de tutela. Com isso, perde relevância prático-jurídica a discussão acerca da distinção e relação entre direito e interesse, para fins de cabimento da proteção jurídica.

[2] RE 163.231-SP, j. 26/02/97, voto publicado no *Informativo STF* nº 62, 3 a 7/03/97.

[3] *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Código*, 5ª ed. rev., atual. e ampl., Rio, Forense Universitária, p. 777 (comentários ao art. 110).

[4] Cf. José Carlos BARBOSA MOREIRA, "A legitimação para defesa dos

interesses difusos no direito brasileiro", *in RF* 276:1. No mesmo sentido, entre outros, Ada Pellegrini GRINOVER, "A problemática dos interesses difusos", *in A Tutela dos Interesses Difusos,* Coord. de Ada Pellegrini Grinover, S. Paulo, Max Limonad, 1984, p. 31; Kazuo WATANABE, nos comentários ao art. 81 da Lei nº 8.078/90, *in Código Brasileiro de Defesa do Consumidor ....cit.,* p. 624 e seguintes.

[5] Embora o termo *difuso* seja oriundo da doutrina romanística, tendo sido utilizado por SCIALOJA (Cf. Nelson NERY JUNIOR, "Mandado de segurança...*cit.*, p. 151), deve-se a construção doutrinária da nova categoria de bens a Mauro CAPPELLETTI, autor da célebre frase: "entre o público e o privado criou-se um abismo preenchido pelos direitos metaindividuais"("Formações Sociais e Interesses Coletivos diante da Justiça Civil" *in Revista de Processo* 5:7 e seguintes.

[6] V. análise no subitem 2.5, acerca da natureza jurídica dos direitos e interesses dos usuários de transporte coletivo de metrópoles do porte de São Paulo, lesados pelo aumento abusivo das tarifas.

[7] *op. cit.*, p. 151.

[8] "Interesses metaindividuais questão de acesso à Justiça", tese apresentada ao XII Congresso Brasileiro de Magistrado, realizado em Belo Horizonte, de 14/16 de novembro de 1991, *in* RT 676/45.

[9] V. art. 6º, *caput*, da Constituição Federal, que elenca a maior parte do que considera "direitos sociais".

[10] *Os sindicatos e a defesa dos interesses difusos,* S.Paulo, RT, 1995, p. 94 e seguintes; "A ação civil pública e a defesa dos direitos constitucionais difusos", *in Ação civil pública: Lei 7.347/85 – reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*, Coordenador Édis Milaré, São Paulo, RT, 1995, p. 172/192.

[11] "Mandado de segurança coletivo: instituto que não alterou a natureza do mandado de segurança já constante das Constituições anteriores – partidos políticos – legitimidade*ad causam*"*in Revista de Processo* 57:150-58. Outros julgados que incidiram em confusão semelhante: AC 102.437-1, TJSP - 6ª Câmara, rel. Des. Ernani de Paiva; AC 205.533-1/10, TJSP, rel. Des. Euclides de Oliveira, j. 14.9.93.

[12] *Op. cit.*, p. 151/2.

[13] Cf. Kazuo WATANABE, *op. cit.*, p. 626.

[14] *Op. cit.*, p. 628.

[15] *Interessi Collettivi e Processo,* Giuffrè, 1979, p. 58-62.

[16] "Interesses Difusos: conceito e colocação no quadro geral dos "interesses", *in Revista de Processo* 55:165-179

[17] Cf. Kazuo WATANABE, *op. cit.*, p.629

[18] Por isso Kazuo Watanabe conclui que "o conceito de "coletivo"do Código é mais amplo do que o sustentado pela doutrina corrente, pois abrange os

interesses ou direitos não organizados, mas em outro sentido é mais restrito, certo é que apenas os interesses ou direitos indivisível estão ele abrangidos" (*op. cit.*, p. 628).

[19] Cf. Kazuo WATANABE, *op. cit.*, p. 623.

[20] *Coisa Julgada e Litispendência em Ações coletivas*, S. Paulo, Saraiva, 1995, p. 30.

[21] *Op. cit.*, p. 630/1.

[22] Cf. Kazuo WATANABE, *op. cit.*, p. 629.

[23] Cf. Kazuo WATANABE, *op. cit.*, p. 634.

[24] Resp nº 49.272-6/RS, STJ – 1ª Turma, j. 21.09.94: "Os interesses individuais, *in casu* (suspensão do indevido pagamento de taxa de iluminação pública), embora pertinentes a pessoas naturais, **se visualizados em seu conjunto, em forma coletiva e impessoal, transcendem a esfera de interesses puramente individuais e passam a constituir interesses da coletividade como um todo,** impondo-se a proteção por via de um instrumento processual único e de eficácia imediata – "a ação coletiva"" (destaque nosso).

[25] Cf. Kazuo WATANABE, p. 635.

[26] Por causa de pedir remota está a se referir aos fundamentos **constitutivos** do direito ou interesse tutelado ("fundamentos jurídicos"), e que podem consistir em fatos em sentido estrito (ex: localização, decurso do tempo) ou atos/negócios (ex: contrato, casamento) jurídicos.

[27] Por causa de pedir próxima está a se referir aos "fundamentos fáticos" relativos à **lesão ou ameaça de lesão** do direito ou interesse tutelado, e que podem consistir em fatos em sentido estrito (ex: dano provocado por caso fortuito) ou atos (violação das cláusulas contratuais, dos deveres do casamento) jurídicos.

[28] *Op. cit.*, p. 627.

[29] Exemplificativamente, a publicidade enganosa pode ser veiculada por vários órgãos de imprensa e repetidamente em dias seguidos (Kazuo WATANABE, *op. cit.*, p. 629).

[30] O novo parágrafo único do art. 46 autoriza a limitação, pelo juiz, do número de litisconsórtes "quando este comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa".

[31] Nelson NERY JÚNIOR e Rosa Maria Andrade NERY, *Código de Processo Civil Comentado*, 2ª ed., rev. e ampl., São Paulo, RT, 1996, nota 8 ao art. 81 da Lei nº 8.078/90, p. 1.704; Kazuo WATANABE, *op. cit.*, p. 634: "A tutela de interesses "coletivos" tem sido tratada, por vezes, como tutela de interesses ou direitos "individuais homogêneos", e a de interesses ou direitos "coletivos" que por definição legal são de natureza indivisível, tem sido limitada a um determinado segmento geográfico da sociedade, com uma **inadmissível atomização de interesses ou direitos de natureza indivisível**" (destaque

nosso).

[32] Ada Pellegrini Grinover, "A aparente restrição da coisa julgada na ação civil pública: ineficácia da modificação ao art. 16 pela Lei 9.494/97" (palestra proferida no I Congresso Brasileiro de Direito Ambiental da Magistratura e do Ministério Público, realizado em São Luís (MA), de 4 a 6/12/97.

[33] Autos 97.0047171-3, 18ª Vara Federal de São Paulo, Juíza Marisa Vasconcelaos (decisão concessiva de liminar).

[34] CF, art. 5º, LXXIII e Lei nº 4.717/65. V., a respeito, José Carlos BARBOSA MOREIRA, *op. cit.*.., p. 2.

TEMA :

TUTELA DOS INTERESSES INDIVIDUAIS E SUPRAINDIVIDUAIS

TITULO :

LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA DEFESA DOS INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS EM MATÉRIA PREVIDENCIÁRIA E TRIBUTÁRIA

A Constituição Federal em seu artigo 127 estabeleceu como funções institucionais do Ministério Público a defesa da ordem jurídica , do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Por seu turno o artigo 129, inciso III, elevou ao status constitucional a promoção do inquérito civil e ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos e por força do inciso IX outras funções que lhe forem conferidas pela lei desde que compatíveis com a sua finalidade.

Assim sendo, a propositura de um ação civil pública pelo Ministério Público traz perante o Poder Judiciário litígio a ser dirimido de forma coletiva, evitando-se a propositura de elevado número de ações com o mesmo pedido , bem como permitindo a tutela dos direitos dos cidadãos que se sentem desencorajados de vir a juízo diante de todos os percalços embutidos numa demanda, em garantia do acesso à justiça .

Demais disso, a propósito da legitimidade do Ministério Público Federal para a propositura de Ação Civil Pública em defesa dos direitos individuais de origem homogênea, definidos no art.81,inciso III do parágrafo único, da Lei nº 8.078/90, é trazida à colação decisão proferida pelo

STF, em decisão unânime, cujo Relator é o Ministro Maurício Corrêa, da qual se transcrevem os trechos que seguem:

> " *19.* Que se afirme na espécie interesses coletivos ou particularmente interesses homogêneos, stricto sensu, ambos estão nitidamente cingidos a uma mesma relação jurídica-base e nascidos de uma mesma origem comum, sendo coletivos, explicitamente dizendo, porque incluem grupos, que conquanto atinjam as pessoas isoladamente, não se classificam como direitos individuais, no sentido do alcance da ação civil pública, posto que sua concepção finalística destina-se à proteção do grupo. Não está, como visto, defendendo o Ministério Público subjetivamente o indivíduo como tal, mas sim a pessoa enquanto integrante desse grupo. Vejo, dessa forma, que me permita o acórdão impugnado, gritante equívoco ao recusar a legitimidade do postulante, porque estaria a defender interesses fora da ação definidora de sua competência. No caso agiu o Parquet em defesa do grupo, tal como definido no Código Nacional do Consumidor (art.81, incisos II e III) e pela Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8625, de 12 de fevereiro de 1993), cujo artigo 25, inciso IV, letra a, o autoriza como titular da ação, dentre muitos, para a proteção de outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos.
>
> *(...)*
>
> *28. Ao mencionar a norma do art.129, III, da*

Constituição Federal, que o MP está credenciado para propor a ação civil pública, relacionada a " outros interesses difusos e coletivos", outorgou-se-lhe a prerrogativa para agir na defesa do grupo lesado com a ilegalidade praticada. Não se trata de intromissão da iniciativa ministerial na área específica reservada à atuação de advogados, senão a de defender, em nome coletivo, pessoas vítimas de arbitrariedade praticada com aumento abusivo de mensalidades escolares. Dentre os atingidos, muitos dos pais não teriam condições de arcar com as despesas judiciais e honorários, como é o caso daqueles que procuraram o MP indignados e revoltados com o aumento perpetrado; e por mal terem condições de pagar os estudos de seus filhos, não possuíam condições de suportar despesas extras. Ademais, estava o Parquet mais do que impelido a promover a ação, pelo dever de ofício, quando mais quando se trata de interesses que se elevam à categoria de bens ligados à educação. amparados como se sabe, constitucionalmente, como dever do Estado e obrigação de todos. (CF, art.205)."

(RE 163.231-SP, in Informativo STF, nº 64, Brasília, 17 a 28 de março de 1997)

Portanto, o Código do Consumidor conferiu expressamente legitimidade ao Ministério Público para defesa de interesses e direitos individuais homogêneos como autorizado pela Constituição em seu artigo 129, inciso IX , e mais, estabeleceu em seu artigo 117 que tais dispositivos se

aplicariam à defesa de quaisquer interesses e direitos, quer sejam difusos, coletivos ou individuais, tendo acrescentado o artigo 21 com essa redação na Lei n 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública).

Pela legitimidade do Ministério Público para propositura de Ação Civil Pública em matéria tributária manifestou-se a 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial n 49.272-6/RS , julgado em 21/09/94, que teve com relator o Ministro Demócrito Reinaldo.

> ***AÇÃO CIVIL PÚBLICA*** *- Taxa de iluminação pública indevidamente cobrada pelo Município - Instituição de tal verba por Lei Municipal editada anteriormente à Constituição Estadual que impossibilita a ação direta de inconstitucionalidade - Interesse que visualizado em seu conjunto transcende à esfera puramente individual - Caracterização de interesse individual homogêneo - Legitimação do Ministério Público para propor ação civil pública, como substituto processual - Inteligência do art. 21 da Lei nº 7.347/85 c/c art. 117 da Lei 8.078/90.*
>
> ***Ementa Oficial:*** *A Lei nº 7.345 de 1985, é de natureza essencialmente processual, limitando-se a disciplinar o procedimento da ação coletiva e não se entremostra incompatível com qualquer norma inserida no Título III do Código de Defesa do Consumidor(Lei 8.078/90)*
>
> *É princípio de hermenêutica que, quando uma lei faz remissão a dispositivos de outra lei de mesma hierarquia, estes se incluem na*

compreensão daquela, passando a constituir parte integrante do seu contexto.

O artigo 21 da Lei 7.345, de 1985 (inserido pelo art. 117 da Lei 8.078/90) estendeu, de forma expressa, o alcance da ação civil pública à defesa dos interesses e "direitos individuais homogêneos", legitimando o Ministério Público, extraordinariamente e como substituto processual, para exercitá-la (art. 81, parágrafo único, III da Lei 8.078/90).

Os interesses individuais, "in casu" (suspensão do indevido pagamento de taxa de iluminação pública) embora pertinentes a pessoas naturais, se visualizados em seu conjunto em forma coletiva e impessoal, transcendem a esfera de interesses puramente individuais e passam a constituir interesses da coletividade como um todo, impondo-se a proteção por via de um instrumento processual único e de eficácia imediata - a "ação coletiva.

O incabimento da ação direta de declaração de inconstitucionalidade, eis que , as leis municipais 25/77 e 272/85 são anteriores à Constituição do Estado, justifica também, o uso da ação civil pública para evitar as inumeráveis demandas judiciais (economia processual) e evitar decisões incongruentes sobre idênticas questões jurídicas.

Recurso conhecido e provido para afastar a inadequação, no caso da ação civil pública e determinar a baixa dos autos ao Tribunal de

origem para o julgamento do mérito da causa . Decisão unânime.

(R. Especial 49.272-6 - RS - 1ª Turma - J. 21.9.94 - Rel. Min. Demócrito Reinaldo - DJU 17.10.94).

Ainda nesse sentido manifestou-se o Procurador-Geral da República Geraldo Brindeiro no Recurso Extraordinário nº 195.056-1/120-PR, interposto pelo Ministério Público do Estado do Paraná:

17. Ora, se o art. 129, inciso III da Carta da República impõe ao Ministério Público a função institucional de ajuizar ação civil pública para a proteção de interesses ou direitos difusos e coletivos, dentre estes os individuais homogêneos, parece-nos correto afirmar que o Parquet paranaense tem legitimidade ativa ad causam para propor a presente ação civil pública, cuja finalidade, como visto é a de buscar tutela jurisdicional para determinados interesses ou direitos coletivos estrito senso e individuais homogêneos, titularizados pelo grupo de contribuintes do IPTU do Município de Umuarama.
18. (...)

19. A existência, no caso, de relevante interesse social na composição da lide, evidencia, ainda mais, o dever imposto ao Ministério Público do Estado do Paraná em promover esta ação civil pública para impedir cobrança abusiva de IPTU e para buscar a devida devolução dos valores cobrados a mais

dos contribuintes pelo Município de Umuarama - PR.

20. Importante notar, finalmente que a ação ora proposta não visa à tutela jurisdicional de determinado interesse ou direito individual de certo contribuinte. Busca-se através desta ação civil pública, a proteção jurídica de interesses ou direitos individuais decorrentes de origem comum e, portanto homogêneos, bem como de interesses ou direitos coletivos, considerados em seu sentido restrito.

21. Ante o exposto, o parecer é no sentido do conhecimento e provimento do Recurso Extraordinário.

Portanto, conclui-se que os interesses individuais homogêneos dos contribuintes e segurados podem ser defendidos pelo Ministério Público através de ação coletiva, desde que presente o interesse social, pois que transcendem a esfera de interesses meramente individuais , uma vez violadas as regras constitucionais e legais que regem o sistema tributário nacional e da seguridade social atingindo um número expressivo de cidadãos, haverá interesse de toda a coletividade, havendo, assim , legitimidade do Ministério Público.

ANA LÚCIA AMARAL FRISCHEISEN
Procuradora Regional da República

LUIZA CRISTINA FONSECA
Procuradora da República

SOBRE A ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM SEDE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA: desdobramento de uma polêmica

Maria Betânia Silva
Promotora de Justiça - PE
Professor de Direito Constitucional
ESMAPE e UNICAP

I - INTRODUÇÃO

Em artigo publicado no livro *Ação Civil Pública- Reminiscências e Reflexões após dez anos de aplicação*[1], o Prof. Arruda Alvim sustenta que a declaração concentrada de inconstitucionalidade pelo STF impõe limites ao exame de constitucionalidade de leis em sede Ação Civil Pública.

A preocupação manifestada pelo Prof. Alvim, em linhas gerais, reside na possibilidade de que uma vez argüida e declarada a inconstitucionalidade de lei em sede de Ação Civil Pública, o efeito dessa decisão seria o mesmo daquele decorrente da declaração de inconstitucionalidade, pelo critério concentrado que é de exclusiva competência do STF.

O Prof. Alvim, sintonizado com a realidade empírica, assinala que muitas vezes *"propõem-se ações civis públicas, de forma desconectada de um verdadeiro litígio, com insurgência, exclusivamente, contra um ou mais de um texto legal e, o que se pretende na ordem prática ou pragmática é que, declarada a inconstitucionalidade de determinadas normas, não possam mais elas virem a ser aplicadas, no âmbito da jurisdição do magistrado ou do Tribunal a esses sobrepostos"*[2]. Acresce, ainda, como argumento à sua análise sobre a matéria, que o efeito *erga omnes* atribuído à decisão

proferida em sede de Ação Civil, implica a restrição do papel do STF como Corte constitucional, ressaltando que, em tais circunstâncias, a decisão nascida de um caso concreto "*abrange apenas parcela da Federação*", deixando, portanto, o STF à margem do controle que lhe cabe efetuar.

Nesse sentido, conclui que ações civis públicas confeccionadas com o fim de obter a declaração de inconstitucionalidade de lei deixam de vislumbrar um litígio e por isso tem, segundo suas palavras, "...uma utilização distorcida..."[3].

A leitura desse artigo do Prof. Alvim suscita alguns questionamentos, a partir dos quais deduz-se que a matéria se mostra polêmica. A esse respeito tive oportunidade de escrever um artigo na Revista da Esmape[4], no qual desenvolvi um ponto de vista diverso daquele esposado pelo Prof. Alvim .

No referido artigo argumentei a favor da possibilidade de se argüir a inconstitucionalidade de lei em sede de Ação Civil Pública, considerando que esta ação, sempre que proposta, decorre sim de um litígio. Ressaltei que a investida doutrinária contra essa possibilidade decorreria, ao meu ver, da falta de atenção à natureza do direito cuja tutela se busca mediante o ajuizamento da ACP[5].

Sustentei que, sendo a natureza coletiva ou difusa do direito objeto da Ação Civil Pública a circunstância que determina o efeito *erga omnes* da decisão nela proferida, isso não poderia ser tomado como óbice ao exercício do controle de constitucionalidade pelo Judiciário, pelo critério difuso, ou seja, por via de exceção. Em última análise prendi-me à idéia de que, em sendo o sistema constitucional brasileiro do tipo jurisdicional, não se pode falar em restrições a essa atividade, sobretudo considerando o caráter democrático que esse sistema apresenta.

Sob essa perspectiva, então, improcederia a exclusividade da competência do STF como Corte

constitucional, tal como defendida pelo Prof. Alvim.

Destaque-se, em vista desse entendimento, que não se tratou de admitir qualquer subtração ou redução do controle de constitucionalidade que é exercido pelo STF. Reconheceu-se, apenas, a partir de uma abordagem renovada do significado do texto constitucional para a vida jurídico-política do país, que a convivência do controle de constitucionalidade por via direta com aquele que se exerce por via incidental além de possível, há alguns anos caracteriza o sistema constitucional brasileiro. Nisso, residiria o caráter político do papel do Judiciário, tornando a compreensão dos fenômenos jurídicos, na esfera constitucional, ainda mais complexa.

A breve retrospectiva quanto ao conteúdo desses dois artigos, cotejando-os, se fez necessária porque, nesta oportunidade, pretende-se, de novo, discutir a matéria neles tratada, enfocando-a a partir de um caso concreto.

Já se pode antecipar aqui a conclusão de que o refinado conhecimento processual do Prof. Alvim aliado a sua intuição sobre a realidade forense do país, em princípio, contam a favor da sua tese. Todavia, insiste-se na renovada interpretação sobre o significado do texto constitucional[6] e o efeito que isso produz para a compreensão da realidade jurídico-política do país.

O objetivo agora é tratar da argüição de inconstitucionalidade de taxa de iluminação pública em sede de Ação Civil Pública. Crê-se que essa questão deve ser do conhecimento de boa parcela da comunidade jurídica do Estado e talvez do país. Assim, abordá-la significa pisar em chão batido, de pés descalços, e ainda, sob um sol escaldante. Importa, porém, achar nesse caminho, que parece complexo e polêmico, uma sombra que nos abrigue e que nos salve da condição de "cidadãos-retirantes".

II - O PROBLEMA VISTO DE DENTRO PELO JUDICIÁRIO

Em várias comarcas do Estado, o Ministério Público tem proposto Ação Civil Pública com o objetivo de impedir a cobrança da taxa de iluminação pública pelo Município. Calcada em dispositivos da Constituição Federal e da Lei nº7.347/85 que legitimam o Ministério Público para agir na tutela de interesses coletivos e difusos, em dispositivos do Código de Proteção e Defesa do Consumidor e do Código Tributário Nacional, a Ação Civil Pública, nesse caso, tem por finalidade declarar a inconstitucionalidade do texto municipal que autorizou a cobrança da taxa de iluminação, desobrigando, em definitivo, os munícipes do seu pagamento.

No pólo passivo dessa ação figuram, normalmente, o Município e a Celpe. Via de regra, pleiteia-se a concessão de liminar, que, não raro, é concedida e, não menos raro, a Ação é julgada procedente.

Sistematicamente, ao que parece, a Celpe ingressa perante o Tribunal de Justiça com um pedido de suspensão de liminar, aduzindo, em síntese, que o Ministério Público não poderia se valer da ACP para discutir a legalidade da taxa que é matéria de alta indagação; que a cobrança dessa taxa é legal, inexistindo inconstitucionalidade e que não é possível a concessão de liminar nessa ação, porque essa medida acautelatória adquire um caráter satisfativo.

Eis aí o âmbito no qual essa lide se delineia.

Mas não é interesse aqui discutir todos os aspectos que a questão envolve. Interessa, apenas, neste artigo, analisar em que termos é formulado o pedido na Ação Civil Pública que visa impedir a cobrança da taxa de iluminação pública, seja para fins de concessão de liminar, seja, de julgamento definitivo. Para essa análise, no entanto, vai-se estabelecer uma correlação com a problemática constitucional que decorre da tese esboçada pelo Prof. Alvim, a qual, diga-se de passagem,

encontra eco em significativa parcela da doutrina.

O fato de se circunscrever a discussão aos termos do pedido formulado na ACP, repita-se, decorre da polêmica já referida quanto ao controle de constitucionalidade, pela via incidental, nesse tipo de ação. O que se constata é que em algumas das ações já processadas e julgadas, não parece possível, do ponto de vista processual e constitucional, dissociar o pedido de mérito do pedido liminar, sendo precisamente esse fato que chama a atenção e renova a necessidade de debater a tese do Prof. Alvim.

Com efeito, em muitas das Ações Civis Públicas contra a cobrança da taxa de iluminação pública, via de regra, postula-se em liminar e no mérito a mesma coisa. Na prática, liminarmente, requer-se a suspensão da taxa, sob o argumento de que sendo ela um tributo vinculado à atuação estatal e diretamente referido ao contribuinte-obrigado, a teor dos artigos 4°, II, 77, 79, II e III do CTN, a sua cobrança em relação ao tipo de serviço prestado, qual seja, a iluminação pública através do fornecimento de energia elétrica está desprovido das características desse tributo : especificidade e divisibilidade. Além disso, estaria ferindo o art.155, I, "b" da CF[7].

Ao que parece, quanto à discussão sobre as características da taxa como tributo, tal como regulado pelo CTN, a matéria não se revela tão polêmica. Afinal, sustentar que o pagamento da taxa de iluminação pública deriva de um serviço específico e divisível prestado pela Municipalidade ao cidadão, como indivíduo isoladamente considerado, é querer tapar o sol com a peneira. Pelas frestas jurídicas relativas a essa matéria vê-se a luz que ofusca a tese de todos quantos se posicionem a favor da conta mensal acrescida da taxa de iluminação.

Na verdade o cerne da questão não é de natureza tributária, mas processual e constitucional. Não interessa, propriamente, a consideração sobre a natureza legal desse

tributo enquanto contraponto do direito material que se alega. Importa sim saber como a tutela desse direito foi requerida ao Judiciário.

Superada a problemática acerca da legalidade da taxa, considerando-se, então, que ela não poderia ser cobrada por resultar de um serviço indivisível e inespecífico, e ainda, por redundar numa circunstância de bitributação, em vista do que dispõe o art.155, inciso I, alínea *a* da C.F., a confecção dessas ACP apresenta, ao que tudo indica, um deslize no que concerne ao pedido formulado na inicial.

Observe-se que a liminar para o fim de declarar a inconstitucionalidade da taxa produz, na prática, a suspensão de sua cobrança. Aliás, é nesses termos, geralmente, que o pedido de liminar é articulado. Isso significa que a lei municipal que instituiu esse tributo deixa de ter aplicação no município. Essa é de fato e de direito, a conseqüência decorrente da declaração de inconstitucionalidade por via incidental, que se diferencia daquela proferida no controle abstrato cuja conseqüência, como se sabe, é a declaração de nulidade do texto legal impugnado, com a sua retirada do ordenamento jurídico.

Sucede que, em geral, no mérito, formula-se pedido de suspensão definitiva da taxa de iluminação pública. Ora, em tal circunstância, como aliás tem sido a regra, se a liminar é concedida nada mais resta a discutir na sentença que julga o mérito da ACP. Sobretudo, em caso de procedência, no qual não se pode reverter o resultado da liminar. Trata-se, sem dúvida, de uma liminar satisfativa.

O caso se complica, quando, baseado nesse aspecto, a Celpe busca, na instância superior, a suspensão da liminar concedida. A despeito dos argumentos, geralmente expendidos pela Celpe sobre a legalidade da taxa e a inadequabilidade da ACP como instrumento processual para questioná-la - o que revela o caráter extremamente polêmico

do assunto -, aquele que se reporta ao caráter satisfativo da liminar se mostra mesmo irrefutável. Inclusive porque, nessa circunstância, parece contrariar-se o efeito da norma contida no art.475 do CPC.

Segundo essa regra : "Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I - omissis

II- proferida contra a União, o Estado e o Município

III- omissis"

A circunstância de que muitas vezes a ACP já foi julgada no mérito e o pedido de suspensão de liminar ainda tramita na superior instância é particularmente grave. Nessa hipótese, está-se questionando, na prática, o efeito produzido pela liminar, a qual, na decisão de mérito, veio a ser confirmada.

Em tal situação, a análise do pedido de suspensão de liminar, salvo melhor juízo, parece subsistir na instância superior como oportuna porque, a teor do dispositivo acima transcrito, afinal de contas, a sentença proferida na ACP não deveria produzir os efeitos senão após sua confirmação. Donde se conclui inadmissível que a liminar desde o início da lide já tivesse produzindo o efeito que se interdita à decisão definitiva.

Como a circunstância aqui enfocada diz respeito à execução de decisão liminar, a rigor, dispensa-se maiores reflexões sobre se o que prevalece em sede de ACP é o poder cautelar do juiz contemplado no art.14 da Lei nº7347/85, segundo o qual se lhe faculta conceder o efeito suspensivo ao recurso interposto de decisão definitiva ou, a disposição do Código de Processo Civil que adota como regra o efeito devolutivo aos recursos[8], em geral.

Em todo caso, se quiser estender a discussão sobre a execução da decisão de mérito em ACP é preciso realçar

que, afora a disciplina do CPC acerca dos recursos em geral, prevendo como regra que esses somente são recebidos no efeito devolutivo, pela aplicação do disposto no §1° do art.4° da Lei n°8.437/92 quando houver manifesto interesse público ou flagrante ilegitimidade para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, admite-se o efeito suspensivo aos recursos interpostos de decisões definitivas proferidas, inclusive em ACP, conforme a avaliação efetuada pelo órgão que tiver conhecimento do recurso.

Na prática, frise-se, essa lei parece instaurar uma contradição quanto ao tratamento dispensado aos efeitos do recurso em ACP, tornando-se a regra e não a exceção, pois, comumente, ela é invocada pela pessoa jurídica de direito público contra a qual a sentença de ACP foi proferida para que o órgão jurisdicional da instância superior exercite o seu poder na concessão do efeito suspensivo ao recurso. Por conseguinte, acentua-se a tendência no sentido de que, em relação a ACP, a regra do sistema recursal constante do CPC cede lugar à aplicação das leis extravagantes que disciplinam os efeitos dos recursos.

Sobre essa tendência, numa breve digressão, cumpre notar que no plano jurídico-processual os inconvenientes são muitos. Na realidade, essa falta de uniformidade na legislação processual, com disciplinamentos esparsos acerca dos efeitos atribuídos aos recursos, retarda a prestação jurisdicional necessária à resolução dos conflitos. Na prática, em sede de ACP a reapreciação da matéria decidida no juízo inferior pode ficar na dependência, forçosamente, de um questionamento prévio acerca do efeito no qual o recurso deva ser recebido. Com isso, o interesse público que subjaz ao litígio e fora o móvel de sua discussão na esfera judicial, transforma-se em pretexto e argumento de um processo próprio que não é nem recurso, nem ação. É simplesmente pedido de suspensão de execução de decisão, segundo o qual se espera do juízo *ad quem* um pronunciamento favorável ao efeito

suspensivo do recurso que, no juízo *a quo* não foi concedido.

Assim, em matéria de recurso em ACP, abre-se muita exceção para pouca regra.

Em última análise, no que tange àquelas ajuizadas contra a cobrança da taxa de iluminação pública, acentua-se a tensão entre órgãos que, teoricamente, agem na defesa do interesse coletivo e difuso. De um lado, o Ministério Público - já que ele, na maioria dos casos, exerce a sua legitimidade para a propositura de ACP e obtém êxito - e de outro, a pessoa jurídica de direito público contra a qual a ACP é proposta, a Celpe, que invariavelmente requer o efeito suspensivo da decisão, sob o argumento de não poder prestar o serviço sem o pagamento da taxa.

Trata-se, enfim, essa circunstância de uma prova sobre a dimensão política da ACP como instrumento de resolução de conflitos de natureza interindividuais.

II. 1. O PROBLEMA VISTO DE FRENTE PELO JUDICIÁRIO

Feitas essas considerações acerca do efeito dos recursos interpostos das decisões (liminar ou definitiva em sede de ACP), retome-se aqui a reflexão sobre o alcance que elas têm no objeto de análise deste artigo : ACP contra o pagamento da taxa de iluminação pública. É fato que suspender temporariamente o pagamento da taxa por considerá-la inconstitucional ou, definitivamente, por força de uma decisão terminativa do feito, não tem muita diferença, na prática. Quando se decide pela suspensão no pagamento da taxa, através de liminar, desde então o Município fica desautorizado para cobrar esse tributo. Desde então, os munícipes se beneficiam do não-pagamento desse tributo. Assim, a sentença (decisão definitiva) com efeito *erga omnes* se torna uma confirmação do que a liminar já fizera.

Sob essa ótica, e especificamente quanto a essa

questão da taxa de iluminação pública, parece que, como assinalou o Prof. Arruda Alvim, a argüição de inconstitucionalidade em sede de Ação Civil Pública não se constitui numa estratégia processual sustentável, pelo menos da forma como vem sendo feita. De fato, a argüição de inconstitucionalidade pedida em liminar e no mérito no âmbito dessas ACP, parece equivaler ao controle de constitucionalidade em abstrato.

No entanto, malgrado, essa constatação, ressalte-se que a equivalência aqui apontada não decorre do efeito *erga omnes* atribuído à decisão que encerra a ACP, argumento que foi exaustivamente utilizado pelo Prof. Alvim. A rigor, essa equivalência advém do fato de que, na prática, quando a lei que instituiu a taxa de iluminação pública é considerada inconstitucional no curso do processo, ela deixa de ter eficácia, de ter aplicação como se tivesse sido retirada do ordenamento jurídico municipal. Ou seja, a decisão proferida na ACP, dá impressão de que o seu efeito é o mesmo que decorre do controle abstrato de constitucionalidade de leis.

É aí que reside o cerne da problemática acerca da argüição de inconstitucionalidade em sede de ACP. Como articular um pedido de tutela de direito coletivo ou difuso baseado em lei considerada inconstitucional, senão pedindo, em liminar ou em definitivo, o reconhecimento desse vício ?

A resposta, ao que tudo indica, não pode ser dada apenas mediante a consideração do modo de controle de constitucionalidade e dos seus efeitos. Faz-se necessário analisar esse modo de controle de constitucionalidade, por via incidental, em correlação com o direito material que se pretende ver assegurado através Ação Civil Pública e com a forma através da qual o pedido foi articulado.

Novamente, enfatiza-se a natureza do direito que se presta a ser tutelado pelo uso da Ação Civil Pública, pois conforme acentua Ada Grinover se reportando às posições de

Villone, Denti e Vigoriti, a ACP "*Em primeiro lugar, é dado político que altera o conceito de processo, não mais entendido como clássico instrumento de solução de lides intersubjetivas, mas transformado em meio de solução de conflitos metaindividuais, por isso mesmo tipicamente políticos. Assim como se modifica o conceito de processo, muda o de ação, a qual se transforma em meio de participação política, numa noção aberta do ordenamento jurídico, em contraposição à fechada rigidez que deriva das situações substanciais tradicionais*"[9]

Assim, salvo melhor juízo, é a natureza coletiva ou difusa do interesse perseguido na ação, o que engendra certos equívocos de ordem processual, seja no uso da ACP, seja na análise teórica que dela se faz, mormente quando nela se discute a constitucionalidade de leis.

Acresça-se a isso, o fato de que a inovação processual produzida pela Lei nº 7.347/85 não parece ter vindo acompanhada de uma nova visão sobre o que constitui um direito coletivo ou difuso. Ao que parece, existe certo descompasso entre a revolução processual operada pela previsão da ACP e a compreensão pela comunidade jurídica do significado do direito que ela visa a proteger. Não se quer com isso afirmar que se desconheça a existência do direito coletivo mas, supõe-se que ainda há muita dificuldade em identificá-lo e, por conseguinte, de bem assegurá-lo através do instrumento próprio para sua tutela.

A esse respeito, anote-se a lúcida observação de Kazuo Watanabe ao afirmar que "*É necessário que a sociedade civil se estruture melhor e participe ativamente da defesa dos interesses de seus membros, fazendo com que o nova mentalidade que disso resulte, pela formação de uma sociedade mais solidária (art.3º, inciso I da CF), seja a grande protetora de todos os consumidores*"[10].

Na questão objeto deste artigo, parece necessário,

de antemão, que se tente identificar e definir qual o direito material cuja tutela e proteção se requer e que se sustente, como pedido de mérito da ACP, esse mesmo direito, pois, ainda, na esteira do ensinamento de Kazuo Watanabe "*A causa de pedir e o pedido são de particular relevância para a determinação de vários aspectos da ação*"[11]. *A isso ele acresce que "Se o que expõe o autor da demanda coletiva como causa de pedir, no aspecto ativo, são os interesses ou direitos "difusos" ou "coletivos", cujas notas características são .... a natureza transindividual e o caráter indivisível, e no aspecto passivo, a violação desses mesmos interesses ou direitos, e formula ele o pedido de tutela coletiva desses interesses ou direitos transindividuais e indivisíveis, é suficiente uma só demanda coletiva para a proteção de todas as pessoas titulares desses interesses ou direitos, 'indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato', em se tratando dos "difusos" e de todas as pessoas pertencentes a um mesmo grupo, categoria ou classe 'ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base', em se cuidando dos "coletivos"*".[12]

Assim procedendo, para que a questão da inconstitucionalidade em sede de ACP seja admitida e devidamente posta, o primeiro passo nas Ações Civis Públicas ajuizadas contra o pagamento da taxa de iluminação pública é o de identificar o direito material que subjaz a essas ações.

Levando-se em conta que a ACP é instrumento de defesa de direito material de natureza coletiva ou difusa, tudo indica que, no caso relativo à inconformação com o pagamento da taxa de iluminação pública, se busca obter a manutenção do serviço de iluminação municipal independentemente do pagamento de um novo tributo, além daquele que já incide sobre o serviço de fornecimento de energia elétrica.

O uso da Ação Civil Pública, em tais termos, sofre os ajustes que parecem necessários para evitar o seu desgaste. Dá-se assim um sentido adequado e mais racional a esse

instrumento, de forma a compatibilizá-la com o sistema jurídico ao invés de colocá-la em contradição com ele, como ocorre quando se afirma que no seu âmbito não cabe a argüição de inconstitucionalidade de leis.

Dito de outra maneira, interessa ajustar o uso da ACP quanto ao problema da taxa de iluminação pública à sua finalidade, que é a de tutelar um direito que não pertence a apenas alguns indivíduos, mas a toda comunidade e em relação ao qual a população não pode diretamente arcar com o ônus, muito menos cada um dos membros dessa sociedade individualmente considerados.

A iluminação pública é serviço que beneficia a comunidade de um modo geral. Ele se presta tanto ao governo quanto aos governados. O seu custo depende tanto do pagamento dos tributos pelos governados, quanto da boa aplicação dos recursos arrecadados pelos governantes. Nessa linha de raciocínio, considerando a definição legal de taxa, prescinde-se de uma nova fonte de recursos para a prestação do serviço de iluminação. Por conseguinte, instituir uma taxa para fornecer a iluminação pública que constitui obrigação básica e genérica da administração, resulta em dar aparência de legalidade ao que o sistema jurídico interdita, consolidando uma prática administrativa distorcida.

À administração em qualquer esfera, federal, estadual e municipal cabe a prestação de serviços básicos à comunidade em decorrência dos impostos arrecadados para esse fim. Se a administração institui um tributo, como a taxa de iluminação pública, sob o argumento de que precisa de recursos para a prestação desse serviço, o ajuizamento de uma ACP sobre a questão torna-se um foro legítimo para discutir esse assunto, cabendo à municipalidade comprovar, como o faria em qualquer outra ação, as questões de fato e de direito que justificam a sua conduta. Afinal, o rito procedimental previsto nas ACP permite instrução e dilação probatória. Se a

pessoa jurídica de direito público contra a qual Ação foi proposta alega a impossibilidade de prestar o serviço, deve-se-lhe exigir a comprovação do alegado, instaurando-se, por isso, a fase instrutória.

III - CONCLUSÃO

Assim fixados os limites da discussão, de um lado a defesa incondicional do direito de todos à iluminação pública, sem pagamento de tributos especialmente criados para isso, de outro, a comprovação da necessidade financeira de instituição do tributo e a possibilidade, no caso da taxa da iluminação pública, de somente fornecer o serviço aos que pudessem subsidiá-los, estaria solucionado, doutrinária e processualmente, o problema da argüição de inconstitucionalidade em sede de ACP.

Em resumo, a liminar requerida poderia contemplar a suspensão temporária da taxa, com base no argumento de sua inconstitucionalidade, que, no caso, é questão prejudicial ao julgamento da causa e como tal deve ser tratada. E, nesse sentido, o pedido de mérito, que teria de reconhecer a inconstitucionalidade em definitivo, deve ir além dessa prejudicial, repousando na suspensão definitiva da taxa de iluminação com a manutenção do serviço prestado nos mesmos níveis em que ele vinha sendo prestado antes da instituição ilegal desse tributo. Seria, portanto, a manutenção do serviço de iluminação pública o direito difuso da comunidade, porque esse é o dado fático que subjaz tanto à criação da taxa quanto à propositura da ACP que, nesse caso, é instrumento de participação política no sentido mais amplo.

Ademais, o pedido formulado nesses termos processualmente contemplaria a possibilidade de condenar o réu ao cumprimento de uma obrigação de fazer : a prestação do serviço de iluminação pública. Este sim o objeto da ACP,

ficando mais do que evidente que a inconstitucionalidade da taxa somente pode ser suscitada como uma questão prejudicial ao mérito da causa.

Sob essa perspectiva, por fim, não seria a inconstitucionalidade, o objeto da ACP e tampouco seria correto, que se interpretasse como objeto de ACP contra a taxa de iluminação pública uma obrigação de não-fazer, pois, o que se persegue como direito material da comunidade é a iluminação pública, serviço obrigatório e de envergadura constitucional a ser prestado pela municipalidade.

[1] Edis Milaré, (coord.)*Ação Civil Pública - Lei nº7347/85- Reminiscências e Reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, pág.152.

[2] _____. Op. Cit. Pág.158.

[3] idem.

[4] Silva, Maria Betânia.*Ação Civil Pública e Argüição de Inconstitucionalidade de Leis.* Revista da ESMAPE, Recife : ESMAPE, A . I, n. 1, nov.1996. pág.446- 464.

[5] Ação Civil Pública. Abreviatura a ser usada ao longo desse artigo.

[6] A expressão : 'renovada intrepretação do significado do texto constitucional' é aqui empregada ante a falta de uma expressão mais sintética e precisa para traduzir a idéia de que, comtemporaneamente, parece superada a visão estática do texto constitucional. Crê-se que essa visão tenha sido substituída por uma perspectiva dinâmica da Constituição haja vista a indiscutível plurivocidade que esse termo comporta. Nesse sentido, deve-se atentar para o fato de que a apreender o significado do texto constitucional seja teoricamente, seja para dar-lhe aplicação num caso concreto, exige que se contemple as várias possibilidades de interpretação da norma constitucional, o que sugere a existência de inúmeras soluções para o problema jurídico discutido. Assim, está-se diante de um novo processo de aprendizado sobre a função do texto constitucional na realidade jurídico-política. Isso significa ainda que, no plano concreto, o fenômeno jurídico é mais complexo do que se imagina. Em outras palavras, para uma mesma situação não há uma única solução, mas várias, fazendo-se a escolha daquela que se mostre mais adequada e razoável, no caso. Frente a isso, a mentalidade jurídica, de um modo geral resiste, objetando - embora sem se dar conta da própria resistência - que as várias interpretações para o significado do texto

constituional gera insegurança jurídica, quebrando a harmonia e unidade do sistema jurídico. Dessa atitude, extrai-se o substrato da crítica ao controle de constitucionalidade por via incidental. Contudo, convém despertar o operador do direito para o fato de que uma de suas tarefas, no processo de aplicação e interpretação das normas sejam elas constitucionais ou infraconstitucionais, é a de promover a unidade do sistema e não descobri-la como um dado, já que a auto-suficiência do sistema jurídico não é absoluta. Em que pese a reconhecida autonomia operacional do seu funcionamento, é fato, que o sistema jurídico está conectado a outros sistemas sociais, deixando de apresentar a unidade que o jurista, comodamente, espera encontrar.

[7] A respeito das características legais da taxa ver interessante artigo de João Batista Petersen . *Sobre a taxa de Iluminação Pública,* publicado no Informativo IBAP (Instituto Brasileiro de Advocacia Pública), Edição n.27, dez/1997

[8] Ver CPC Comentado de Nelson Nery e Rosa Nery, que destacam a subordinação da ACP ao sistema recursal do CPC, embora, terminem por também ressaltar o poder de cautela do juiz como circunstância que o autoriza a conceder aos recursos o efeito suspensivo.
Observe-se, porém, que nas decisões sobre a inconstitcionalidade da taxa de iluminação pública com a sua conseqüente suspensão, o magistrado não se ocupa de declarar qual o efeito que se deve emprestar ao recurso.. A decisão em si já promove a execução imediata da sentença, fazendo com que a previsão do art.14 da Lei de ACP se torne desprovida de sentido e nisso reside o paradoxo.

[9] Ada Pellegrini Grinover,*Tutela jurisdicional dos interesses coletivos*, in *A Tutela dos interesses difusos*, coord . de Ada Pellegrini Grinover, Sâo Paulo, Max Limonad, 1984, p.36.

[10] Citado por Ada Grinover. *O Processo em Evolução.* Rio de Janeiro : Forense Universitária,1996, pág.432.

[11]_____. *Apud* Watanabe, Kazuo.*Demandas coletivas e os problemas emergentes na práxis forense,* artigo a ser publicado em obra coletiva intitulada *As garantias do Cidadão na Justiça,* sob a coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo: Saraiva, no prelo) *pág.437.*

[12] ibidem, pág.438

1. TÍTULO: PROPOSTA DE REVOGAÇÃO DA LEI Nº 9494/97, QUE TENTA LIMITAR A TUTELA DOS INTERESSES SUPRA INDVIDUAIS

RICARDO ALBUQUERQUE DA SILVA ❋

2. *JUSTIFICATIVA:*

2.1 - INTRODUÇÃO:

Para quem por dever de ofício já milita de maneira concreta na defesa dos interesses e direitos difusos, a presente oportunidade se torna ímpar, não somente em função do estudo e da discussão dos variados temas que suscita, mas também, e é justamente o que nos inspira no momento, de revermos os problemas surgidos em decorrência da utilização dos instrumentos de defesa dos interesses meta-individuais, a saber, a Ação Civil Pública.

È que no Brasil, já é público e notório, que mesmo havendo outros entes colegitimados para interposição de Ação Civil Pública , é somente o Ministério Público que tem se utilizado deste instrumento legal, não só na defesa do meio ambiente e do consumidor, mas também na defesa de portador de deficiência física, da infância e da adolescência, em acidentados no ambiente do trabalho, na defesa do erário e do patrimônio quer público, quer cultural, histórico, paisagístico, etc.

A observância dos resultados tanto da utilização da ACP como também da concessão de medidas liminares por parte do Poder Judiciário, nos permite afirmar que uma gama muito grande de interesses comerciais, financeiros e até mesmo inconfessáveis foram contrariados, o que fez com que pessoas detentoras do poder econômico e político se insurgissem, nas

sombras, nos bastidores do Poder no sentido de - o que para nós é muito triste - mudarem uma lei que tanto os incomoda que é exatamente a que disciplina a ACP.

Estes poderosos grupos de pessoas a quem nos referimos, não podendo enfrentar os graves problemas que causam tanto a bens naturais como a culturais, a nível judicial, como já dito acima, e provavelmente, uniram-se em fortíssimos lobbies, e, obtiveram, o que para eles é uma grande vitória e para nós um lamentável retrocesso técnico jurídico, quando primeiro conseguiram que o chefe do Poder Executivo, através de uma famigerada medida provisória, alterasse os efeitos *"erga omnes"* da sentença em Ação Civil Pública e, posteriormente conseguissem, vê-la transformada em lei nº 9494/97, o que se constitui no tema específico do presente trabalho.

Diante da recente conversão da Medida Provisória nº 1570-5/97 na Lei nº 9494, de 10 de setembro de 1997, faz-se oportuno o debate sob a questão da compatibilização sistemática dos limites territoriais impostos aos efeitos erga omnes reconhecidos a coisa julgada de sentença proferida em sede de Ação Civil Pública. Com as alterações introduzidas, o art. 16 da Lei nº 7347/85 vigora hoje com a seguinte redação:

> *"Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada erga omnes no* ***limite da competência territorial do órgão prolator****, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova." (Brasil, 1985 p.) (grifei a expressão acrescentada pela nova lei.)*

2.2 - *DESENVOLVIMENTO*:

Indubitavelmente, a norma em exame, foi obviamente elaborada por algum tecnocrata sem qualquer compromisso com a "Nova Ordem" jurídica vigente no planeta que visa tutelar não só direitos interpessoais, mas principalmente, os meta-individuais, coletivos, e difusos.

O que o tecnocrata travestido de legislador ou desconhece ou finge que não sabe, é que o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado não pode ser individualizado, já que sobre ele não pode haver exercimento de direito subjetivo com a concepção individualista que dele temos como herança do liberalismo do século XIX. É, isto sim, *res omnium,* pertencente a toda a sociedade. Portanto, qualquer pretensão que se deduza em juízo buscando reparação por dano causado ao meio ambiente será **difusa,** pois se trata de direito cujo objeto é indivisível, sendo que os titulares desse direito são indetermináveis e ligados por circunstâncias de fato.

Discorrendo sobre o tema que ora nos ocupa disse o professor Bojat (1997, p.) "nunca será demais insistir, estamos tratando aqui de uma ação de responsabilidade, moldada e adequada à proteção a interesses difusos e coletivos". Estes, por suas características essenciais, reconhecida até por definição legal (Brasil, 1990 p.), são de natureza indivisível, e, como representante de uma categoria de bens jurídicos notadamente não patrimoniais que simplesmente não respeitam os artificiais limites estabelecidos pelas leis de organização judiciária, não admitem ser fracionados ou divididos em cotas parte. Isto, por si só, já é argumentado bastante para desmentir o princípio restritivo aparentemente imposto pela nova lei. Veja-se, e.g., o direito a um meio ambiente saudável: o ar que respiramos, ou o rio no qual bebemos a água, os quais teimosamente e ao arrepio da vontade do legislador, fluem ao sabor dos ventos e corredeiras, violando todas as fronteiras locais ou regionais. Não existem

critérios jurídicos - ou mesmo lógico - que nos permitam estabelecer uma fração ideal da responsabilidade por danos quando tratamos de lesão a interesses que são por definição indivisíveis.

Admitamos por hipótese que certo administrador público estadual venha a ser condenado por ato de improbidade em Ação Civil Pública, promovida pelo Ministério Público, ajuizada na Comarca da Capital. Não obstante, sua conduta gera prejuízos ao erário de todo o estado, que único e comum a toda a população não só da capital, mas também do interior, e até, por vias reflexas, de toda a nação. Salta aos olhos ser impossível limitar os efeitos da condenação àquela municipalidade, ou quantificar o cociente de responsabilidade correspondente aos limites territoriais de competência do órgão prolator da sentença.

A mesma questão, sob outro prisma. Dentro dos preceitos determinativos da competência territorial e funcional estabelecidos na Lei nº 7.347/85, o fórum ordinário para a Ação Civil Pública será definido pelo "local onde ocorrer o dano". Mas - e este é o ponto nevrálgico - não rara as vezes os efeitos de um ato ilícito repercutem e se estendem de forma inexorável para muito além das fronteiras definidas pela geografia política humana. Por impossível de se evitar a propagação do dano por decreto ou medida cautelar, ou mesmo muitas vezes de se determinar sua real abrangência, não se pode legitimamente limitar os efeitos da coisa julgada.

Exemplificando: De um único fato localizado, como derramamento de petróleo no terminal petrolífero da Petrobrás no Porto de São Sebastião, resultam danos incomensuráveis ao meio ambiente regional, pois as marés rapidamente espalham de óleo por quase todo o litoral paulista.

Não parecerá lógico condenar-se a empresa estatal em uma ação pelos danos causados ao meio ambiente de São Sebastião: em outra, ao do município vizinho da Ilha Bela,

e assim por diante. Neste, e, em casos análogos, a apuração da responsabilidade via condenação *in pecunia* (obrigação de dar), determinação de cessação da atividade nociva (obrigação de não ter fazer) ou de recomposição do bem jurídico tutelado (obrigação de fazer), quando pertinentes, necessariamente extrapolará em seus efeitos os limites da competência territorial do Órgão prolator da sentença, determinada de forma absoluta pelo local onde o dano ocorreu, no exemplo a Comarca de São Sebastião.

3 - *CONCLUSÃO*:

Em face do exposto supra, a conclusão é muito simples. Tendo em vista a Nova Ordem Jurídica vigente no planeta, que tutela, que prestigia a defesa dos interesses e direitos difusos; levando em consideração que a sadia qualidade de vida, o equilíbrio ecológico, são bens insuscetíveis de partição em cotas e, finalmente, que à natureza não pode ser dividida por decreto, não nos resta outra alternativa que não de pugnarmos, veementemente, pela revogação da Lei nº 9494/97, de 10 de setembro de 1997, porque absurda, ilógica e retrógrada.

BIBLIOGRAFIA:

1. BOJAT, Luiz Eduardo Guimarães. *Revista Consulex.* n - 11, nov., 1997.

2. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública em defesa do meio ambiente, patrimônio cultural e dos consumidores* (Lei 7.347/85 e legislação complementar). 2 ed. rev. e ampl. SP: Ed. RT, 1992.

3. MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos*

e coletivos, 4 ed. ampl. e atual. SP: Ed. RT, 1992.

3. MILARÉ, Edis. *O Ministério Público e a Questão Ambiental na Constituição.* In: FMU/Direito-Revista da Faculdade de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas. SP, 1989, pp.47-63.

4. Lei nº 7.347/85

5. Lei nº 8.078/90

6. Lei nº 9494/97

7. Medida Provisória nº 1570-5/97

❋ Promotor de Justiça de Defesa do Meio Ambiente e Patrimônio Cultural do Ministério Público do Estado do Pará, professor de Direito Ambiental na Fundação Escola Superior do Ministério Público do Pará e Mestrando de Direito da Universidade Federal do Pará

André de Carvalho Ramos - Procurador da República - Ofício da Defesa do Consumidor e da Ordem Econômica em São Paulo.

Título da Tese ao 12. Congresso do Ministério Público

A ABRANGÊNCIA NACIONAL DE DECISÃO JUDICIAL EM AÇÕES COLETIVAS: O CASO DA LEI 9494/97[1]

EXPOSIÇÃO

I. Introdução

A Constituição Federal brasileira atribuiu ao Ministério Público, precipuamente, no artigo 129, inciso III, a missão de tutelar os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos de relevância social.[2]

Em relação a esta tutela coletiva, não obstante a tradição brasileira[3] na promoção da ação civil pública e na busca da melhor proteção possível a estes interesses transindividuais, tem-se encontrado muitas dificuldades e controvérsias quanto à aplicação e ao alcance *erga omnes e mesmo ultra partes* das decisões liminares e definitivas proferidas nas referidas ações civis.

Com o advento da Lei nº 9494/97, grande polêmica envolve o real alcance da decisão judicial proferida nas ações civis públicas, comprometendo em muito a validade e eficácia destas decisões. Isso pois o artigo 2º da Lei em tela dispõe o seguinte:

" O artigo 16 da Lei n. 7347, de 24 de julho de 1985, passa a vigorar com a seguinte redação:

*art. 16. A sentença civil fará coisa julgada **erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator**, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova".*

Tal lei originou-se da Medida Provisória 1570/97 e o artigo 2.o da Lei 9494/97 supra corresponde ao artigo 3.o da Medida Provisória. Em face desta medida provisória, o Partido Liberal promoveu ação direta de inconstitucionalidade. Para o artigo 3.o, em foco, foi indeferido o pedido liminar.[4] Tal Adin foi considerada extinta (pela ausência de aditamento da inicial, em virtude da reedição da medida provisória citada, como requer a jurisprudência do Excelso Pretório), o que não permitiu uma decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

Assim, tal artigo 2°, da Lei n° 9494/97, em nada altera o efeito *erga omnes* (interesses difusos e individuais homogêneos) *e ultra partes* (interesses coletivos), como adiante demonstraremos, inclusive com citação de julgados recentes do Excelso Pretório e do Egrégio Tribunal Regional Federal da 3.a Região.

II - O real alcance das decisões liminares e definitivas proferidas nas ações civil públicas em relação a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor:

Inicialmente, devemos considerar que o Código de Defesa do Consumidor estabeleceu que as normas processuais ali contempladas **deveriam ser utilizadas** pela normatividade da Lei da Ação Civil Pública.

Diz o artigo 117 do CDC que:

> "Acrescente-se à Lei 7.347/85, de 24 de julho de 1985, o seguinte dispositivo, renumerando-se os seguintes: Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor".

Ora, com base no disposto neste novo artigo 21 da Lei da Ação Civil Pública, verifica-se que a lei 9494/97 não gera efeito, pois a mesma esqueceu-se de alterar o Código de Defesa do Consumidor.

Como o Código, **inatacado**, possibilita a utilização de sua normatividade processual em outros campos fora do Direito do Consumidor (vide o artigo 21 citado), só este argumento **soterra** a lei 9494/97

Entretanto, há outros argumentos favoráveis a inocuidade da lei 9494/97. De fato, da atenta leitura ao artigo 103 do CDC, verifica-se o verdadeiro alcance das decisões prolatadas nas ações civis públicas.

O artigo 103 do CDC reza o seguinte:

> *"Nas ações coletivas de que trata este Código, a sentença fará coisa julgada:*
>
> ***I - erga omnes**, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do artigo 81;*
> ***II - ultra partes, mas limitadamente ao grupo,***

***categoria ou classe**, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso Ii do parágrafo único do art. 81;*

***III - erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores**, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.*
(...)"

Com isso, verifica-se que foi admitido o alcance *erga omnes* no tratamento de direitos difusos e individuais homogêneos e o alcance *ultra partes* no tratamento de interesses coletivos.

Assim, cabe-nos indagar a respeito do confronto entre o artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor e a nova redação do artigo 16 do Lei da Ação Civil Pública.

De acordo com o artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor, todos os que estiverem na situação posta em juízo, serão beneficiados pelas decisões judiciais **favoráveis**. Esta é a sistemática da tutela coletiva em nosso país, que traduziu-se pela adoção da teoria da coisa julgada *secundum eventum litis*.

A eficácia *ultra partes* e *erga omnes* da coisa julgada relacionam-se com os limites subjetivos desta, já que os interesses tratados pela ação coletiva são em geral indivisíveis pela sua natureza ou pela política legislativa favorável a uma efetiva tutela de direitos.

Tal teoria da coisa julgada adotada pelo legislador infra-constitucional (Código de Defesa do Consumidor e Lei da Ação Civil Pública) dá **substância** ao **princípio constitucional da universalidade da jurisdição e do acesso à justiça**.

E a decorrência do tratamento coletivo das demandas é o sistema de substituição processual (ou legitimação adequada, concorrente e disjuntiva), que possibilita a tutela destes interesses transindividuais por entes como o **Ministério Público.**

Se o autor é substituto processual de todos os interessados, não se pode limitar os efeitos de sua decisão judicial àqueles que estejam domiciliados no estrito âmbito da competência territorial do juiz.

Afinal, como salienta do douto Ernane Fidélis dos Santos, *"Nas hipóteses de substituição processual, sujeito da lide é o substituído, sofrendo as conseqüências da coisa julgada."*[5]

Isso pois o caso de limitação seria não de competência, mas de jurisdição. Se o juiz de 1.o grau pode conhecer da ação de um substituto processual como o Ministério Público, deve sua decisão valer para todos os substituídos.

Isso pois, como esclarece a douta Juíza Federal Marisa Vasconcelos, " *não é critério deteminante da extensão da eficácia da coisa julgada material, na ação civil coletiva, a competência territorial do órgão julgador, mas o contrário, o critério determinante dessa extensão reside na amplitude e na indivisibilidade do dano ou ameaça de dano que se pretende evitar"*[6]

Nas lides coletivas fica patente que o juiz ao prolatar decisão benéfica, atinge com isso todos, que se encaixem na situação objetiva analisada. Destarte, a real extensão da aplicação da decisão judicial, seja ela definitiva, seja ela provisória, não deve limitar-se ao âmbito regional de competência territorial do órgão prolator. **Tal competência territorial só é utilizada para fixar qual juiz deve conhecer e julgar a causa.**

O Código de Defesa do Consumidor expressamente

garante tal abrangência da decisão judicial, como vimos acima na análise do artigo 103.

E ainda, cabe enfatizar que o Excelso Pretório, tem defendido a tese do alcance da decisão da justiça local para todos os jurisdicionados do país, **quando se trata de interesses individuais homogêneos.**

Já decidiu o Supremo Tribunal Federal pela possibilidade de **ação proposta em São Paulo beneficiar consumidores em todo o país.**

Foi o caso da Reclamação 602-6, cujo relator foi o Ilmo. Ministro Ilmar Galvão.[7]

Nesta reclamação, o reclamante (Banco Mercantil de São Paulo) pugnava pela ofensa a competência do Supremo Tribunal Federal realizada pelo Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo. Disse o relator Ministro Galvão que:

> *"O Banco Mercantil de São Paulo S/A ajuizou a presente reclamação , alegando que, na Ação Civil Pública n.o 580.262-2, que lhe moveu o Instituo Brasileiro de Defesa do Consumidor -IDEC, o Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, pela sua 11.a Câmara, declarou a inconstitucionalidade, em relação a alguns aspectos da Lei n.o 7730/89, com efeito erga omnes, para todo o território nacional, ampliando, assim, a competência da Justiça local e dando-lhe a possibilidade de fixar normas para todo o Brasil em matéria de inconstitucionalidade de lei."*
>
> *Assim, **segundo a tese do citado Banco**, não poderia o Tribunal de Alçada paulista decidir sobre jurisdicionados domiciliados em todo o território nacional sem ofender a competência*

do Supremo Tribunal Federal. Ora, tal tese, com a devida vênia, não encontra guarida em nossa Constituição justamente por ser a jurisdição verdadeiro poder nacional e não local.

Assim, o efeito erga omnes *da coisa julgada é conseqüência da aceitação da forma coletiva de se tratar litígios macro-sociais. Não pode ser restringido tal efeito por lei ou por decisão judicial sob pena de ferirmos a própria Constituição do Brasil.*

Somente pode lei processual estabelecer critérios para o conhecimento do litígio, como o fez o artigo 93 do CDC. Por este citado artigo, se o dano for local, é competente o foro do local do dano. Sendo os danos de âmbito regional ou nacional, a ação civil pública deve ser promovida no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal.

Isto tudo relaciona-se ao princípio da divisão de trabalho,que rege o Judiciário brasileiro, com vistas a maior eficiência. Entretanto, ***nada representa do ponto de vista dos limites subjetivos da coisa julgada****, que terá sua amplitude territorial delimitada pelo alcance e indivisibilidade do dano (ou da ameaça deste).*

Esta é a posição do douto Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça, Professor Athos Gusmão Carneiro. Diz o citado mestre que:
Conforme dispõe o art. 2º da Lei n. 7347, as

ações civis públicas devem ser propostas "no foro do local onde ocorrer o dano", competência dita "funcional", o que se justifica, como acentua Hely Lopes Meirelles (Mandado de Segurança, ação popular e ação civil pública, 11. ed., p. 120), pela facilidade de obtenção da prova testemunhal e de realização das convenientes perícias.

Em se tratando de danos ocorridos em escala nacional ou regional, o foro competente será o da capital do Estado, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente (**aplicação analógica do art. 93 da Lei n. 8078** - Código de Proteção ao Consumidor).[8]

Assim, quando o **artigo 93** do CDC estipulou tal divisão de competência pela amplitude do dano, é certo que não quis limitar o efeito do *decisum* à esfera territorial do juiz.

Entretanto, pela "literal" interpretação da lei 9494/97, em caso de **dano nacional**, sendo a ação civil pública promovida no Distrito Federal (como expressamente permite o artigo 93 citado), os efeitos da decisão seriam RESTRITOS AO PRÓPRIO DISTRITO FEDERAL, como se **dano local** fosse.

Tal interpretação desconsideraria a divisão entre dano local e dano nacional, tornando sem efeito o artigo 93 mencionado.

Assim, a lei 9494/97 teria que modificar também o artigo 93 do CDC, o que não fez. **Novamente, fica a lei 9494/97 inócua.**

Efetuou o artigo 93 **apenas a fixação de competência**. A famosa *"divisão de trabalho"*, de que trata a

doutrina quando trata do fascinante tema da competência. Como coloca o saudoso mestre José Frederico Marques:

> "**Razões de ordem prática** obrigam o Estado a distribuir o poder jurisdicional, entre vários juizes e tribunais, visto não ser possível que um só órgão judiciário conheça de todos os litígios e decida de todas as causas... Cada juiz ou tribunal exerce suas funções dentro dos limites impostos pela divisão do trabalho jurisdicional, derivando daí o instituto da competência"[9]

Assim, fixada a competência, os efeitos da decisão serão unicamente regidos pela teoria da coisa julgada adotada em face do pedido, e que no caso das lides coletivas é a da *coisa julgada secundum eventum litis.*

Como estabelecem Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Andrade Nery, em seu já célebre CPC Comentado:

> "Um dos objetivos da ação coletiva é **evitar a proliferação de ações individuais e também de ações coletivas**. Trata-se de instituto criado para que a solução de pretensões difusas, coletivas e individuais homogêneas sejam tomadas em **ação única.** Do contrário, o instituto não teria **serventia prática**."(...)
> *"Não é relevante indagar-se qual a justiça que proferiu a sentença, se federal ou estadual, para que e dê o efeito extensivo da coisa julgada. A questão não é nem de jurisdição nem de competência, mas de limites subjetivos da coisa julgada, dentro da especificidade do resultado de ação coletiva, que não pode ter a*

mesma solução dada pelo processo civil ortodoxo às lides intersubjetivas" (grifos não constam do original)

Cite-se ainda o entendimento da douta Juíza animaria Pimentel do valoroso Tribunal Regional Federal da 3.a Região. Estabeleceu a ilustre magistrada (Agravo de Instrumento, Proc. 9603064677-6) que:

*Acontece que o **local onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, pode ultrapassar os limites de uma Seção Judiciária da Justiça Federal, como na hipótese em discussão, alcançando interesses em todo o território nacional.***

*Nesse caso, **a solução decorre da integração da sistêmica entre a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor (art. 21 daquela, introduzido pelo art. 117 deste), aplicando-se à espécie, a norma do artigo 93, inciso II**, do CDC.*

O que se busca é a pronta e efetiva proteção dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Essa é a determinação constitucional.

Assim, na possibilidade de dano de âmbito nacional, ou mesmo regional (pois a lei não faz distinção restritiva) a competência é de uma das Varas Federais da Capital de qualquer Estado-Membro ou do Distrito Federal, em cuja Seção Judiciária o resultado danoso configurou-se ou possa vir a configurar-se,

aplicando as regras do diploma processual relativas aos casos de competência concorrente, critério que permite extensiva e efetiva defesa dos interesses/direitos coletivos.

Dessa forma, o Juízo da 17ª Vara Federal da Seção Judiciária de São Paulo é competente para processar e julgar a Ação Civil Pública originadora do presente recurso, bem como àquelas que lhes foram conexas, em função da prevenção (CPC, arts. 106 e 219, caput).

Convém destacar que os efeitos que uma decisão ou sentença venham a produzir em todo território nacional, previstos e desejados pela nova ordem constitucional, não se confundem com a fatia de competência (jurisdição) do juízo que a proferiu, também haurida da Lei Fundamental.

Além de ampliar o acesso à propositura de valioso instrumento de tutela de interesses, essa construção interpretativa conforma-se com a almejada uniformidade de decisões sobre ações conexas, isonomia entre as Seções Judiciárias dos Estados e Distrito Federal, bem como dos respectivos Tribunais Regionais Federais (no âmbito recursal e originário), além de permitir a normal apreciação da matéria, pelos Colendos Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, nas hipóteses e formas previstas pela Constituição e legislação ordinária.

III. CONCLUSÃO

Com isso, fica demonstrado que se a Constituição brasileira, **dentro do modelo do Estado Democrático de Direito abraçado, busca antes de tudo o acesso a justiça, sendo decorrência disso o tratamento coletivo das demandas.** Nada mais certo que a ampliação dos efeitos benéficos de decisão judicial para todos os interessados.

Ainda, são atendidos outros princípios constitucionais, em virtude da identidade de prestação jurisdicional a indivíduos que se encontram em condições iguais, respeitando-se, então, o **princípio da isonomia.**

Além disso, permite-se que a ordem jurídica inspire maior confiança às pessoas, na medida em que estas contarão com aquela para a defesa de seus direitos.

Finalmente, cite-se o ensinamento do Ministro Galvão na já mencionada Reclamação, que é hoje precedente no Excelso Pretório, tendo sido julgada em 03 de setembro de 1997, já na vigência da medida provisória 1570/97, que depois foi convertida na lei 9497/97.[10]

Estabeleceu o preclaro Ministro:

> *Afastadas que sejam as mencionadas exceções processuais - matéria cujo exame não tem aqui cabimento - inevitável é reconhecer que* ***a eficácia da sentença, no caso, haverá de atingir pessoas domiciliadas fora de jurisdição do órgão julgador, o que não poderá causar espécie, se o Poder Judiciário, entre nós, é nacional e não local****. Essa propriedade, obviamente, não seria exclusiva da ação civil pública, revestindo, ao revés, outros remédios processuais, como o mandado de segurança*

> *coletivo, que pode reunir interessados domiciliados em unidades diversas da federação e* ***também fundar-se em alegação de inconstitucionalidade de ato normativo, sem que essa última circunstância possa inibir o seu processamento e julgamento em Juízo de primeiro grau que, entre nós, também exerce controle constitucional das leis.***

No mesmo sentido, firmou a professora e Juíza Federal Regina Helena Costa, que:

> "A vista do exposto, penso seja legítimo concluir-se não ser a competência territorial do órgão julgador critério determinante da extensão da eficácia da coisa julgada material na ação civil coletiva. **Diversamente, o critério determinante dessa extensão reside na amplitude e na indivisibilidade do dano ou ameaça de dano que se pretenda evitar**".[11] grifos meus

Assim sendo, a Lei 9494/97, que converteu em a lei a Medida Provisória 1570 é *inócua.* A competência territorial serve apenas para fixar a **competência do juízo**. Os efeitos da decisão do juiz são limitados somente, como frisei, pelo **objeto do pedido**, que quando for relativo aos interesses transindividuais, atingem a todos os que se encontram na situação objetiva em litígio, não importando onde o local de seu domicílio.

Competente o juízo, então, devem os efeitos da decisão espalharem-se para todos os substituídos, tendo em vista todos os argumentos acima expostos.

Assim, de acordo com a doutrina contemporânea de interpretação conforme a Constituição, verifica-se, **a título de conclusão desta tese**, que nosso ordenamento jurídico não admite outra interpretação a não ser a da inocuidade da citada lei em face dos outros dispositivos legais e constitucionais citados. Qualquer outra interpretação eiva de vício insanável de inconstitucionalidade a citada lei 9494/97.

Para finalizar, cito a douta jurista Ada Pellegrini Grinover, que em palestra proferida no I Congresso Brasileiro de Direito Ambiental da Magistratura e do Ministério Público, realizado na cidade de São Luís, no Maranhão, de 4 a 6 de dezembro de 1997, partilha de nosso pensamento:

> *Resulta daí que não se pode dar por modificado o art.103, III do CDC, por força do acréscimo introduzido no art.16 da LACP, nem mesmo pela interpretação analógica, porquanto as situações reguladas nos dispositivos, longe de serem semelhantes, são totalmente diversas.(...)*
> Em conclusão: a) o art.16 da LACP não se aplica à coisa julgada nas ações coletivas em defesa de interesses individuais homogêneos; b)aplica-se à coisa julgada nas ações em defesa de interesses difusos e coletivos, **mas o acréscimo introduzido pela medida provisória é inoperante**, porquanto é a **própria lei especial** que amplia os limites da competência territorial, nos processos coletivos, ao âmbito nacional ou regional; c)**de qualquer modo, o que determina o âmbito de abrangência da coisa julgada é o pedido, e não a competência**. Esta nada mais é do que uma relação de adequação entre o processo e o juiz a respeito de todo o objeto

do processo; d)em conseqüência, a nova redação do dispositivo é totalmente **ineficaz**."[12]

Urge, então, a desconsideração do artigo 2.o da Lei 9494/97, para a preservação da tutela coletiva de direitos no Brasil.

[1] Tal trabalho é baseado em petição acostada aos autos n.o 97.0047171-3, (Ação Civil Pública, MPF vs. União Federal, 18.a Vara Federal - SP)

[2] Diz o citado dispositivo constitucional que cabe ao Ministério Público "*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*".

[3] Tratando do assunto, conferir livro *Dez anos de Ação Civil Pública*, coord. Edis Milarés, São Paulo, Ed. RT, 1995.

[4] Adin n.o 1576-1, Relator Exmo. Ministro Marco Aurélio. Requerente: Partido Liberal, Requerido: Presidente da República.

[5] SANTOS, Ernane Fidélis dos. "*Manual de Direito Processual Civil*", 3ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 1994.

[6] Vide decisão nos autos n.o 97.0047171-3, 18.a Vara Federal/SP.

[7] Reclamação nº 602-6 Proced.: São Paulo Relator: Min. Ilmar Galvão Reclte: Banco Mercantil de São Paulo S/A ADV. Arnold Wald e outros Recldo: Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo

[8] CARNEIRO, Athos Gusmão. "*Jurisdição e competência*", 5ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 1993.

[9] MARQUES, José Frederico.*Instituições de Direito Processual Civil, vol. I.* Rio de Janeiro, Ed.Forense, 3.ed., 1966.

[10] Tal Reclamação foi julgada em 03.09.97. Estabeleceu precedente, que vem sendo seguido no Excelso Pretório. No mesmo sentido, Reclamação 597-SP, Reclamação 600-SP.

[11] Sentença no processo de autos n.o 97.0009850-8 (14.a Vara da Justiça Federal-SP),

[12] Trecho que consta da r. decisão da ilustre Juíza Federal Marisa Vasconcelos (18.a Vara Federal - SP, autos n.o 97.0047171-3.

Atuação do Ministério Público na Área Cível: tutela dos interesses individuais e supraindividuais - racionalização da intervenção do Promotor de Justiça, como fiscal da lei, no processo civil.

Jorge Augusto Morais da Silva[1]
Luiz Roberto Salles Souza[2]
Nelson Luís Sampaio de Andrade[3]

I – Exposição

A sociedade tem o justo anseio de ver concretizados os ideais de uma cidadania plena e, tem no Ministério Público, o instrumento para sua implementação.

Como cidadania plena, devemos entender, o exercício efetivo da democracia, do direito à vida, à liberdade, à integridade, à educação, à saúde, à proteção do patrimônio público e social, à qualidade dos serviços públicos, à habitação e urbanismo, à proteção da infância e da juventude, das pessoas portadoras de deficiências, dos idosos, dos consumidores em geral , assim como do meio ambiente natural e do trabalho.

Verificamos assim, que o real e efetivo exercício da cidadania plena é muito complexo, em especial se considerarmos nossa incipiente organização social. Tal complexidade faz com que o Ministério Público, guardião natural e legal do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, art. 127, "caput"), tenha atribuições das mais diversas naturezas, o que vem gerando uma notória sobrecarga de trabalho, especialmente, nas Promotorias de Justiça cumulativas.

Sendo assim, para poder cumprir na plenitude todas as funções institucionais que lhe foram atribuídas, urge que o Ministério Público adote prioridades, criando uma estratégia de atuação que seja eficaz perante os anseios sociais.

Essa estratégia deve levar em consideração a relevância social dos interesses concretos postos em discussão analisando-os em consonância com os objetivos da sociedade em determinado tempo e lugar.

Não se pode esquecer, conforme ressaltou o ilustre Promotor de Justiça José Fernando da Silva Lopes, que "...sempre se intervém em favor do interesse público, sem qualquer vinculação outra que não aquela dirigida para resguardar a neutralidade do organismo jurisdicional e contribuir para a correta atuação da lei." (O Ministério Público e o Processo Civil, São Paulo, 1976, p. 49).

Às portas do terceiro milênio, nossa sociedade encontra-se envolvida no processo de globalização, tendo como principal objetivo, em condições de manifesta inferioridade frente às nações desenvolvidas, o exercício efetivo da cidadania e, sendo o Ministério Público seu interlocutor, caberá à Instituição examinar, em cada caso concreto, a expressão social, a repercussão prática e a conveniência de sua intervenção, para aferir a existência de um interesse público imediato, segundo as diretrizes constitucionais estabelecidas (CF, art. 127, "caput", c.c., art. 129).

O exame discricionário do interesse a ser efetivamente preservado, possibilitará à Instituição intervir com maior rapidez, racionalizando os meios que se encontram à sua disposição, dando uma resposta mais efetiva às necessidades da sociedade na busca da cidadania real.

A análise discricionária não é legalmente vedada aos membros do Ministério Público. Mesmo nos casos em que a lei prevê a intervenção obrigatória do Ministério Público, seus

membros conservam, em virtude da independência funcional, a liberdade de escolher, concretamente, o conteúdo e a qualidade de suas manifestações, a forma, a intensidade, a eficácia e a extensão de sua interferência.

A própria lei já admite a intervenção simplesmente facultativa, recomendando a identificação, pelo Ministério Publico, de um interesse que justifique, no caso concreto, o seu pronunciamento (Lei 8625/93, art.26, VIII).

A intervenção como fiscal da lei, em todos os casos previstos na legislação ocorre em favor do interesse público e só nesse caso justifica a intervenção.

Como já salientado, o interesse que deve nortear a atuação ministerial será sempre o público (art. 82, III, do Código de Processo Civil).

Os casos concretos com que nos deparamos no cotidiano das atividades institucionais estão a indicar a necessidade da priorização da intervenção na tutela dos interesses difusos e coletivos da sociedade e dos interesses públicos de imensurável relevância.

A tutela do meio ambiente, dos direitos do consumidor, da proteção da infância, dos idosos, dos deficientes, do patrimônio público etc, surge como caminho a ser seguido prioritariamente.

Dessa forma, não mais se justifica a intervenção do Ministério Público em ações meramente individuais, onde as partes se encontram legalmente representadas e os interesses são disponíveis e sem maior relevância social.

É na área cível onde encontramos Promotores de Justiça intervindo em demandas onde o interesse público nem sempre se faz presente, por exemplo: em mandados de segurança, ações de usucapião, inventários onde não haja interesse de incapazes, ações acidentárias.

Atuando como órgão interveniente, por força de lei, deverá o membro do Ministério Público limitar-se ao exame

conciso da questão objeto dos autos, consignando que, por não haver necessidade no caso concreto, deixa de apresentar manifestação de mérito, expondo seus fundamentos.

Essas observações são frutos da análise do cotidiano das atividades institucionais e na verificação da carência social pela implementação efetiva da cidadania. O público, principal credor dos serviços por nós prestados, demonstra interesse na racionalização da atuação, na adequação da intervenção à realidade social, constituindo o interesse público a razão fundamental a justificar a intervenção. Por isso, devemos dar ouvidos aos clamores da sociedade e estabelecer urgentemente novos critérios para satisfação destes interesses.

II – Conclusões

1. O Ministério Público, como defensor da sociedade, é a instituição que tem por mister a concretização dos ideais de uma cidadania plena;
2. Para poder exercer, na plenitude, todas as funções institucionais, urge ao Ministério Público priorizar sua atuação, criando estratégia que corresponda aos anseios sociais;
3. A estratégia de atuação, especialmente no cível, deve ter por objetivo a relevância social dos interesses postos em discussão;
4. Cabe ao Ministério Público examinar, no caso concreto, a expressão social, a repercussão prática e a conveniência de sua intervenção;
5. Os membros do Ministério Público, em virtude da independência funcional e do interesse público, devem decidir sobre o conteúdo, a qualidade, a forma e a intensidade de suas manifestações na área cível;
6. A intervenção do Ministério Público somente se dará em favor do interesse público;

7. Não se justifica a intervenção do Ministério Público em ações meramente individuais onde as partes se encontram legalmente representadas e os interesses são disponíveis e sem relevância social.

[1] Procurador de Justiça em São Paulo, Coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Cíveis, de Acidentes do Trabalho, do Idoso e da Pessoa Portadora de Deficiência. Estagiário da Escola Nacional da Magistratura Francesa, Paris.

[2] Promotor de Justiça em São Paulo, Assessor do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Cíveis, de Acidentes do Trabalho, do Idoso e da Pessoa Portadora de Deficiência. Mestrando em Direito pela Universidade de São Paulo – USP

[3] Promotor de Justiça em São Paulo, Assessor do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Cíveis, de Acidentes do Trabalho, do Idoso e da Pessoa Portadora de Deficiência. Mestre em Direito pela Universidade de Aberdeen, Escócia, Grã–Bretanha.

MINISTÉRIO PÚBLICO
CUSTOS LEGIS OU LEGITIMADO ATIVO ?

ODIL JOSÉ COTA
Procurador De Justiça (SC)

JUSTIFICATIVA E EXPOSIÇÃO:

Diante do perfil conferido ao Ministério Público, no Brasil, pela Constituição Federal vigente, estimulando, sem dúvida, o exercício de sua função na qualidade de legitimado ativo e tendo em vista a superfluidade, em muitos casos, pelas condições próprias de determinadas ações, do exercício como fiscal da lei, pretendemos perquerir se deve o Ministério Público, para o futuro concordar em abrir mão da exigência de sua participação em determinados feitos como *custos legis* para dedicar-se de corpo e alma, com mais tempo no polo ativo do processo, em causas outras.

A abordagem do tema, justifica-se diante das insistentes decisões dos Tribunais preconizando a dispensabilidade da intervenção do *Parquet*, em causas diversas, em que figure num dos pólos da demanda, pessoa jurídica de direito público, devidamente representada por advogado e cuja simples presença, por si só, não revelaria a existência na lide do **interesse**, alvo da tutela ministerial, culminando com os termos da recente Súmula n.º 189, do Colendo Superior Tribunal de Justiça que afirma **"ser desnecessária a intervenção do Ministério Público nas execuções fiscais"**.

Outras decisões dos Tribunais, entendendo desnecessária a participação do Ministério Público, alijando-o de determinadas causas, como fiscal da lei, torna relevante o tema, valendo para o encaminhamento do debate, trazê-las à colação, entre elas:

"EXECUÇÃO – FALTA DE INDICAÇÃO DO VALOR DA CAUSA NA INICIAL – INADMISSIBILIDADE DA EXTINÇÃO DO PROCESSO – 1. Não é obrigatória intervenção do Ministério Público nas execuções movidas contra Município (CPC, art. 82, III), pois o interesse público não se identifica com os interesses patrimoniais da Fazenda Pública. Precedentes do STF e do STJ. 2. A ausência de menção ao valor da causa, na inicial da demanda executiva, não é causa de extinção do processo. Liquidação correta." (TJRS – AC 595.088.907 – 3ª C. Civ. – Rel. Des. Araken de Assis – J. 24.08.95).

E, ainda:

"DESAPROPRIAÇÃO – INDENIZAÇÃO – MP – INTERVENÇÃO – Face ao disposto no inciso III, do art. 82, do CPC, a intervenção do MP na causa em que figure como parte pessoa jurídica de direito público não é obrigatória. A obrigatoriedade dessa intervenção está ligada ao fato da existência do interesse público." (STJ – Resp 10.042 – AC – 2ª T. – Rel. Min. José de Jesus Filho – DJU 09.03.92)."

Mencionados julgados, entre centenas de outros que poderiam ser lembrados, coexistem com outro entendimento, descrito por Antônio Cláudio da Costa Machado, no sentido de que *"nenhuma função que exerça o Ministério Público no processo civil, o dignifica mais como instituição vocacionada para a defesa dos direitos indisponíveis, do que a que realiza quando atua como custos legis. Em nenhum outro momento o Ministério Público é tão Ministério Público como quando*

intervém na condição de fiscal da lei" [1].

A tendência atual, destarte, diante do conceito do que seja Ministério Público, trazido pelo art. 127, *caput*, da Constituição Federal vigente, considerando-o *"como Instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis"*, mostra bem que o Constituinte de 1988, refletindo o sentimento dos cidadãos brasileiros, optou, em contraste com a atuação de fiscal da lei, em, no direito civil e processual civil, aumentar sua autonomia e dilatar sua missão constitucional, convocando-o, no dizer de Bolivar Lamounier, *"a desempenhar um papel muito mais amplo, atuando como guardião de interesses difusos e coletivos em áreas como meio ambiente, direitos do consumidor, patrimônio histórico e cultural, patrimônio público, controle da administração pública e de serviços de relevância pública, e por aí afora"* [2].

Não se exclui, obviamente, o papel tradicional, na área cível, do Ministério Público, como fiscal da lei, mas, o que o credenciou, até com prioridade, para atuar ao lado de outras instituições, como o mais eficaz e decisivo instrumento da justiça social e da cidadania foi, seguramente, a outorga da titularidade da ação civil pública.

Pensamos que o Judiciário Brasileiro tem entendido de estreitar o campo de atuação do Ministério Público, na função de *custos legis*, tendo em vista esse novo perfil, trazido pela Magna Carta de 1988, que o quer envolvido, de modo mais completo, na condição de legitimado ativo, na amplíssima missão de defesa de interesses sociais, da ordem jurídica e do regime democrático.

A orientação jurisprudencial contida na mencionada Súmula 189, do Superior Tribunal de Justiça, parece demonstrar que o Judiciário, apreendeu, até de forma melhor que o próprio Ministério Público, a verdadeira face do seu papel

constitucional, levando ao raciocínio que o *munus* dessa Instituição, enquanto *custos legis,* se avizinha do exaurimento, sem descartar a hipótese de que possa estar sendo alvo de um processo político propositado a proclamar-lhe a inocuidade, toldando-lhe a verdadeira vocação de legitimado ativo.

Em Santa Catarina os Promotores de Justiça, diante dos termos não somente da aludida Súmula 189, mas dos precedentes e tendências jurisprudenciais, no sentido de vir a ser considerada despicienda ou **"desnecessária"**, na linguagem do Colendo Superior Tribunal de Justiça, a intervenção do Ministério Público nos processos em que o interesse público estaria evidenciado pela qualidade de uma das partes, demonstraram perplexidade, provocando um pronunciamento da Corregedoria-Geral do Ministério Público, que acabou concluindo no sentido de ser obrigatória a intervenção do Ministério Público nas execuções fiscais.

Não nos parece ser a melhor orientação, *data maxima venia*, porque no momento em que a Lei Federal não obriga expressamente pela participação, a Instituição não pode ficar refém do Judiciário, subordinada ao entendimento flutuante dos magistrados, alguns pela necessidade, outros pela não necessidade da intervenção ministerial, no caso específico.

Vale registrar que onde mais se constata a irrelevância da atribuição do *custos legis*, em relação a legitimação ativa do Ministério Público, é na Segunda Instância onde, não raro, a atribuição dos Procuradores de Justiça resume-se em oficiar regularmente nos processos que sobem em grau de recursos e comparecer, sem participação mais ativa, às sessões dos órgãos colegiados do Tribunal de Justiça. O Promotor de Justiça, com atribuições criminais ou em exercício nas Promotorias da Comunidade ou Coletividade, em áreas de defesa do meio ambiente, consumidor, direitos humanos e outras, sente enorme vazio quando promovido para o cargo de Procurador de Justiça. Bem por isso, em oportunidade outra, ao distribuirmos aos membros do Ministério Público Catarinense

documento elaborado em conjunto com os cultos Procuradores de Justiça, doutores José Galvani Alberton e Pedro Sérgio Steil, preconizando um Projeto de Ministério Público para Santa Catarina mais arrojado, contemporâneo, menos parecerista, acenamos com a necessidade de se atribuir aos Procuradores de Justiça a função de controle da constitucionalidade das leis municipais e estaduais em face da Constituição do Estado e bem assim, de execução de medidas judiciais tendentes ao controle da moralidade dos atos da administração pública estadual, afirmando: *"A ascensão à Segunda instância importa o coroamento de uma carreira. Com experiência e saber acumulados, seria exatamente nesse estágio que o membro do Ministério Público deveria produzir com mais exuberância, acometer-se de atribuições mais importantes e influir mais decisivamente para a afirmação da Lei e do próprio Direito. Além, é claro, de ter uma participação efetiva no gerenciamento dos destinos da sua Instituição. Valorizar, expandir e dignificar o trabalho dos Procuradores de Justiça, confiando-lhes funções de execução de maior complexidade e relevância, é medida que se impõe, não só como fator de estímulo à progressão na carreira, mas, sobretudo, como pressuposto para a expansão e o fortalecimento político-institucional do Ministério Público"* [3].

A inquietude que justifica a abordagem do tema, a bem da verdade, não é isolada, muito menos recente. Já em março de 1995, o insigne membro do Ministério Público de São Paulo, doutor Walter Paulo Sabella, em conferência sobre o Ministério Público, diante do renovado perfil da Instituição, ressalvou a preocupação relacionada com a existência dessa função interveniente, de *custos legis*, dissertando:

> *"Não obstante sua configuração de autêntico garante da cidadania, investido de relevantíssimas funções como órgão promovente ou parte ativa – funções que, o assoberbam quantitativa e qualitativamente –*

a verdade é que com este Ministério Público coexiste um outro, de funções marcadamente interveniente, de custos legis, segundo a linguagem sedimentada no foro. E o certo é que, dos interesses de que a tal título se encarrega, muitos, se comparados às incumbências próprias de seu perfil novo, ***terão relevância extremamente discutível.*** *(grifo nosso).*

Dessa constatação emergem angústias e dúvidas. Deve a Instituição buscar afastar-se dessas funções exclusivamente interventivas para concentrar-se na precípua atuação de parte promovente, tutora das macro-dimensões, que a Constituição traçou para a cidadania? Em caso afirmativo, como se operaria a migração de sua identidade híbrida em direção ao papel de protagonista principal na tutela dos direitos coletivos fundamentais, sabendo-se que, agindo sob a égide da legalidade estrita será indispensável ampla derrogação de normas atributivas de funções? Se deixasse o exercício de algumas, quais os critérios cientificamente sustentáveis para a exclusão de algumas e conservação de outras, dessas funções?

CONCLUSÃO:

Diante do exposto, submetemos à douta Comissão Temática do XII Congresso Nacional do Ministério Público as conclusões seguintes:

a) embora importante, a função de *custos legis* do órgão ministerial, nos dias de hoje, não tem mais o

valioso significado que antigamente marcava a presença do Ministério Público nas causas cíveis;

b) frente ao alargamento da função institucional, impõe-se repensar a função de *custos legis* em ambas as instâncias, com vistas inclusive à valorização das atribuições atualmente afetas aos Procuradores de Justiça;

c) diante da posição consagrada na jurisprudência, é preferível que o Ministério Público deixe de funcionar nas execuções fiscais e nas causas em que figure como parte pessoa jurídica de direito público, representada por advogado, priorizando em contrapartida, o exercício de suas faculdades como legitimado ativo;

d) torna-se essencial a revisão de posturas e práticas processuais para adequar o Ministério Público, instrumentalizando-o, enquanto órgão agente, para promover a defesa do interesse público na condição de legitimado ativo, para o pleno e eficaz exaurimento do preceito inscrito no artigo 129, da Constituição Federal.

[1] MACHADO, Antônio Cláudio da Costa, A Intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro, Saraiva, 1989, p. 281.

[2] LAMOUNIER, Bolivar, O Ministério da Esfinge, Revista Exame, Setembro de 1997, p. 39

[3] ALBERTON, José Galvani; COTA, Odil José; STEIL, Pedro Sérgio. Ministério Público – Participação e Justiça (documento distribuído aos membros do Ministério Público Catarinense). Florianópolis, 1997, p. 11.

[4] SABELLA, Walter Paulo, "O Ministério Público e as Novas Dimensões do Conceito de Cidadania. Conferência pronunciada na abertura do Encontro Estadual do Ministério Público de Mato Grosso do Sul, realizado em Pontaporã, março de 1995, Revista da APMP, Ano I, junho de 1997, p. 46.

AÇÕES CONTRA A FAZENDA PÚBLICA-CAUSAS DE PEQUENO VALOR DISPENSA DE RECURSO DE OFICIO-NÃO CABIMENTO DE EMBARGOS À EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA

A lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, regulamentando o disposto no art. 4º, da Lei Complementar nº 73/93, estabeleceu novos parâmetros de valores para efeito de transações em juízo, nas ações promovidas contra a Fazenda Pública Federal (R$ 50.000,00-cinquenta mil reais), bem como autorizou a extinção das ações por ela propostas em valores de até R$ 1.000,00 (mil reais), revogando a lei nº 8.197/91 que dispunha sobre a matéria e que limitava o acordo a apenas mil reais.

Determinou, no seu art. 10, a aplicação do disposto nos arts. 188 e 475 "caput" e inciso II do CPC às autarquias e fundações públicas, o que rendeu margem à interpretação de que as decisões homologatórias dos acordos realizados por essas entidades, expressamente admitidos no art. 1º da lei, estariam sujeitas ao recurso ex-oficio.

Todavia, a *ratio essendi* da referida norma, ao nosso ver, é, apenas, a de impor a remessa obrigatória nas decisões judiciais proferidas contra as autarquias e fundações públicas, ou seja, quando a decisão, resolvendo a relação de direito material controvertida, não satisfaz a pretensão ou os interesses destas entidades.

Recorde-se que havia, até então, grande controvérsia na Jurisprudência quanto a aplicação do reexame necessário nas decisões proferidas contra a autarquia, empresas públicas e sociedades de economia mista, o que gerou, inclusive, a Súmula 620 do STF. e que agora se vê

suplantada. Verbis: "***A sentença proferida contra autarquia não está sujeita ao reexame necessário, salvo quando sucumbente em execução de dívida ativa.***"

A orientação do Excelso Pretório, como se observa, era de dispensar o recurso oficial em sentenças contrárias aos interesses das autarquias, exceto nas execuções da dívida ativa, havendo posicionamentos também restritivos em relação às demais entidades componentes da administração indireta, precisamente por se considerar um "privilégio" que, na prática, consagrava verdadeiras distorções no espírito da lei, que é o de velar pelo respeito à legalidade, impessoalidade, probidade e moralidade administrativas, e não, obviamente, o de procrastinar obrigatoriamente os litígios em prejuízo dos particulares, mesmo que os direitos líquidos e certos destes tivessem sido reconhecidos judicialmente, às vezes até incontroversamente.

De fato, nada poderia justificar o duplo grau de jurisdição obrigatório numa ação em que o particular buscasse uma simples reparação de danos em seu veículo por acidente de trânsito, ou uma simples cobrança duma dessas entidades, em valores inexpressivos, inclusive sujeitando os vencedores, além do calvário do processo de conhecimento e liquidação, à quase incontrolável fila dos precatórios. Em alguns casos a situação chegava às raias da iniquidade, bastando que se imagine o caso de um cidadão que perdesse o seu veículo, como único instrumento de trabalho, num acidente causado por preposto de uma autarquia ou sociedade de economia mista!

Agora, com a nova disciplina, a partir da Lei Complementar nº 073/93, cujo artigo 4º, inciso VI, institui como atribuições do Advogado-Geral da União, "***desistir, transigir, acordar e firmar compromissos nas ações de interesse da União, nos termos da legislação vigente***", implementada pelos novos parâmetros traçados pela lei nº 9.469/97, ou seja,

a permissão para entabulação de acordos e desistência de ações em causas de valores de ***até cinquenta mil reais e mil reais***, respectivamente, cria-se a possibilidade de um tratamento processual muito mais racional e sensato, facilitando a descontenciosidade e diminuindo o risco de injustiças na imensa maioria daquelas situações antes referidas, injustiças que decorriam da própria restrição legal a acordos, só admitidos em valores irrisórios.

Na medida em que os órgãos de defesa do Estado vão sendo estruturados, em carreira, sob critérios públicos de seleção de pessoal, com garantias legais, maior a credibilidade que alcançam no desempenho de suas funções e, sob critérios legais, alargam a autonomia para solucionar os litigios na própria via administrativa, substituindo e desobstruindo, com vantagem, a via judicial de centenas, talvez milhares de ações de pequeno valor econômico.

Conquanto os novos parâmetros legais para transações se refiram à União, às autarquias, às fundações e empresas públicas federais como destinatárias da autorização, nada impede e até impõe-se como decorrência natural do princípio da simetria, que os Estados produzam legislação semelhante, dado o largo alcance social da medida, em respeito aos direitos da cidadania.

Ao estabelecer a lei, no seu art. 10, a aplicação às autarquias e fundações públicas dos institutos do prazo em quadruplo para contestar e em dobro para recorrer, e o duplo grau de jurisdição obrigatório -e aqui, por se tratar de norma processual aplica-se também aos estados-, obviamente pressupôs a existência de litígio ajuizado e julgado, no qual referidas entidades tenham sucumbido, e não em decisões simplesmente homologatória de transações. A *mens legis*, na verdade, coloca um ponto final às controvérsias jurisprudenciais antes mencionadas, justamente porque, com o aumento do valor de alçada para acordos, é minimizado o risco de

procrastinamento das ações judiciais em prejuízo dos hipossuficientes.

Com essa opção, a lei reserva o reexame necessário para sentenças proferidas naquelas ações de vulto, nas quais há mais evidente interesse público, sobretudo nas em que há indisponibilidade do direito, viabilizando, também, a necessidade de racionalização dos serviços em segunda instância.

Entendimento contrário levaria a invencível contradição com os objetivos de ***celeridade, economicidade*** e ***informalidade***, ditados universalmente como tendência processual moderna, que rege toda idéia de solução conciliatória nos litígios de pequeno valor econômico, e até nos ilícitos de pequeno potencial ofensivo.

Havendo conciliação entre as partes, com a homologação judicial do termo de acordo, e, portanto, formado o título executívo judicial, a execução por quantia certa correspondente se faz por requisição direta do juiz ao Presidente do Tribunal de Justiça para pagamento na ordem de apresentação do precatório e à conta do respectivo crédito, (art.6° da Lei 9.469/97), não se cogitando de embargos previstos no art. 730, do CPC, por ausência de interesse.

Conclusão:

1)as "sentenças" meramente homologatórias de transação ou acordos, nos limites e condições autorizados pela lei n° 9.469/97, não se sujeitam ao recurso de oficio e ao princípio do duplo grau de jurisdição obrigatório;
2)tratando-se de execução por quantia certa, por dívida reconhecida pela Fazenda Pública, Federal, Estadual ou Municipal, ou por Autarquias e Fundações Públicas, federais ou estaduais, por título judicial homologatório de transação, não cabem os embargos previstos no art. 730, do CPC, por

ausência de interesse, devendo o pagamento ser requisitado na forma do art. 730, II, do CPC.

Mauro Viveiros
Promotor de Justiça no estado de Mato Grosso

LEGITIMAÇÃO DOS PROMOTORES DE JUSTIÇA PARA AJUIZAMENTO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA CONTRA CHEFE DE PODER ESTADUAL. Inconstitucionalidade do inciso VIII do art. 29 da Lei 8.625/93.

José Galvani Alberton
Procurador de Justiça (SC)

Sumário: 1. Introdução. 2. A incompatibilidade das normas em face da Constituição. 3. A discrepância de disposições do inciso VIII do art. 29 da Lei 8.625/93 com princípios inscritos na Constituição. 3.1 - A incompatibilidade com o princípio republicano. 3.2 - A colidência com o princípio da moralidade administrativa. 4. Conclusões

1. INTRODUÇÃO

Quando o legislador constituinte definiu a moldura institucional e as funções básicas do Ministério Público, não o fez, logicamente, à margem dos princípios que inspiram e regem a Carta de 1988. Assim, se proclamou que uma das suas funções institucionais é *"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"* (CF, art. 129, III), fê-lo porque tal providência, no plano da legislação constitucional, se impunha como conseqüência lógica e necessária do modelo jurídico-político sobre o qual estava erigindo e modelando o Estado brasileiro. A função que ali inscrevia ganhava, por assim dizer, contornos de instrumento político imprescindível para a garantia e a realização dos próprios princípios que se inscreviam na Constituição. Até porque, como regra, as funções definem o perfil dos órgãos e

instituições do Estado, permitindo-lhes que se façam operantes e, por conseqüência, comuniquem eficácia e concretude aos princípios e às leis.

Dado o seu vínculo inarredável com os princípios constitucionais, notadamente com o republicano[1] e o da moralidade administrativa, tem-se que aquela função, tal como posta no Texto Maior, deve ser exaurida em sua plenitude, com zelo e eficiência. Conquanto seja facultado ao legislador ordinário dotá-la de mecanismos que viabilizem a proficiência do seu exercício, não pode ele reduzir-lhe o alcance ou restringir o âmbito original da legitimação ativa para exercê-la, fazendo-a menos fecunda enquanto instrumento de realização dos fins do Estado ou colocando-a em descompasso com os princípios que regem a República e orientam a atividade administrativa estatal ou com aqueles pertinentes ao acesso do cidadão à justiça e à outorga da jurisdição. Como bem acentuou Paulo de Tarso Brandão, *"a ação civil pública é um instrumento que tem hoje suporte normativo na própria Constituição Federal, mas que teve seu* ***nascedouro*** *das tensões causadas no interior da sociedade e na necessidade de 'administrar' os conflitos daí decorrentes"* [2].(O grifo não é do original)

Sob esta ótica, evidencia-se inconstitucional a expressão "quando a autoridade reclamada for o Governador do Estado, o Presidente da Assembléia Legislativa ou os Presidentes de Tribunais, bem como quando contra estes por ato praticado em razão de suas funções, deva ser ajuizada a competente ação", *inscrita no art. 29, inciso VIII, da Lei n. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), na medida em que, restringindo o rol dos legitimados ativos para os atos ali preconizados, colide e se faz desarmônica com vários princípios e preceitos constitucionais, tais como o princípio republicano (CF, art. 1º); o princípio da igualdade jurídica (CF, art. 5º,* caput*); o princípio do juiz (ou promotor) natural (CF, art. 5º, LIII); o princípio da moralidade administrativa (CF, art. 37,* caput*) e o princípio da independência funcional*

(CF, art. 127, § 1º) associado à garantia constitucional da inamovibilidade (CF, art. 128, § 5º, I, "b") dos membros do Ministério Público, conforme se infere do pronunciamento da Suprema Corte, ao apreciar o pedido de liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.285-1 do Estado de São Paulo[3].

Não obstante os múltiplos pontos de colidência com a Carta Federal, far-se-á a análise da **inconstitucionalidade** do dispositivo em epígrafe apenas **em face dos princípios republicano** e da **moralidade administrativa** — em homenagem à brevidade.

2. A INCOMPATIBILIDADE DAS NORMAS EM FACE DA CONSTITUIÇÃO

Em síntese, uma norma é inconstitucional quando, sendo de hierarquia inferior, se revela incompatível com outra norma ou princípio inscritos na Constituição.

Segundo o magistério de Anna Cândida da Cunha Ferraz, "as normas constitucionais, seja preceituando regras, seja estabelecendo princípios, implícitos ou expressos, vinculam a atuação do destinatário da norma, em regra, o Executivo ou o Legislativo, vinculação essa que tanto resulta numa vinculação positiva — obrigação de agir em certo sentido, como numa vinculação negativa, não atuar em sentido contrário." [4]

E, conforme o ensinamento de José Afonso da Silva, a inconstitucionalidade pode manifestar-se sob duplo aspecto, ***formal*** *e* ***material****: o primeiro quando a lei é produzida* "por autoridades incompetentes ou em desacordo com formalidades ou procedimentos estabelecidos pela constituição"*; o segundo quando o conteúdo da lei* "contraria preceito ou princípio da constituição".[5]

Válida ainda é a advertência de Celso Antônio Bandeira de Mello:

"Qualquer disposição, qualquer regra jurídica... para ser constitucional, necessita estar afinada com o princípio... realizar seu espírito, atender à sua direção estimativa, coincidir com seu sentido axiológico, expressar seu conteúdo. ... Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma." [6]

3. A DISCREPÂNCIA DE DISPOSIÇÕES DO ART. 29, INCISO VIII, DA LEI 8.625/93 COM PRINCÍPIOS INSCRITOS NA CONSTITUIÇÃO

A disposição inquinada de inconstitucional, para efeito do presente estudo, está compreendida no Capítulo IV (Das Funções dos Órgãos de Execução), Seção II (Do Procurador-Geral de Justiça), art. 29, inciso VIII, da Lei 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, que institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. Os mencionados dispositivos estão assim redigidos:

"Art. 29 - Além das atribuições previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, compete ao Procurador-Geral de Justiça:

.....

VIII - exercer as atribuições do art. 129, II e III, da Constituição Federal, ***quando a autoridade reclamada for o Governador do Estado, o Presidente da Assembléia Legislativa ou os Presidentes de Tribunais, bem como quando contra estes, por ato praticado em razão de suas funções, deva ser ajuizada a competente ação."***

3.2 - *A INCOMPATIBILIDADE COM O PRINCÍPIO REPUBLICANO*

Sob o prisma do Direito, a República é, seguramente, a mais importante das instituições brasileiras, operando como fonte inspiradora das nossas criações jurídicas desde os idos de 1889. Destacando-lhe a importância, assim se pronunciou o saudoso mestre Geraldo Ataliba:

> *"No Brasil, os princípios mais importantes são os da Federação e da República. Por isso, exercem função capilar da mais transcendental importância, determinando inclusive como se devem interpretar os demais, cuja exegese e aplicação jamais poderão ensejar menoscabo ou detrimento para a força, eficácia e extensão dos primeiros."* [7]

Além da tripartição dos Poderes e da periodicidade dos mandatos para os detentores do poder político, a característica marcante do regime republicano é a ***responsabilidade*** *dos agentes públicos. Na medida em que recebem, através do mandato, autorização do povo para gerir a coisa pública (*res publica*), é fundamental que respondam pelos seus atos e omissões, apurando-se essa responsabilidade em todos os planos e instâncias (política, civil, penal, administrativa), exatamente para que a essência da República — a* res publica *— não se fragmente numa seqüência de desvios, abusos e iniquidades.*

A propósito, adverte Michel Temer:

> *"Aquele que exerce função política responde pelos seus atos. É responsável perante o povo, porque o agente público está cuidando da* res

publica. *A responsabilidade é corolário do regime republicano."* [8]

Não foi, pois, com outro propósito senão o de garantir o nível de responsabilidade exigido pelo modelo republicano que a Constituição Federal, no seu art. 85, previu expressamente a responsabilidade política do Presidente da República, dizendo constituir-se em "crime de responsabilidade" a prática de ato atentatório à Constituição e facultando a **qualquer cidadão** o exercício da acusação (CF, art. 85, § único; Lei 1.079/50, art. 14).

Ora, se o processo de responsabilização política (ou impeachment*) do Presidente da República pode, por exigência do princípio republicano, ser detonado a partir da acusação formal de qualquer cidadão, evidencia-se de todo desarmônica com o aludido princípio a norma que, no âmbito da mesma República e colimando a tutela de idênticos valores (o erário e a probidade administrativa,* v.g.*), restringe o poder de iniciativa do Ministério Público ao chefe da Instituição, nos casos de cabimento de ação civil pública contra governador de Estado ou chefes de outros Poderes.*

Há que atentar-se para o aspecto de que, pelas regras da República, os Promotores de Justiça, enquanto membros ativos do Ministério Público, ostentam perante a sociedade o compromisso de exaurir eficientemente em toda a sua plenitude, acobertados por legitimação ordinária[9]*, as funções que o constituinte cometeu à Instituição, entre as quais a de promover a* "ação civil pública, para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos" *(CF, art. 129, III). Além disso, sem perder de vista a dimensão dos princípios que o regem (CF, art. 127, § 1º) e as garantias que cercam os seus membros (CF, art. 128, § 5º, I, "a", "b" e "c"), o Ministério Público deve ser tomado na inteireza da sua legitimação e vitalidade institucional (CF, 127,* caput*), que compreende o universo formado por* ***todos***

os seus órgãos de execução, em primeira e segunda instâncias — e não ***apenas*** *pelo Procurador-Geral de Justiça.*

Desta forma, contagia-se de inconstitucionalidade a lei ordinária que, apequenando o alcance da norma constitucional e desviando-se do ideal republicano, preconiza uma seletividade de iniciativa que torna menos eficaz o exercício daquela função, reduzindo a uma só pessoa — o Procurador-Geral de Justiça — o rol dos legitimados ativos originalmente previstos para exercê-la.

Inaceitável e odioso o argumento, vez ou outra agitado, de que, na hierarquia dos órgãos e funções do Estado, não ostentariam os Promotores de Justiça envergadura compatível com a relevância dos cargos a que alude o inciso VIII do art. 29 da Lei 8.625/93. Tenha-se presente, pois, que as autoridades ali mencionadas (governadores, presidentes de Assembléias Legislativas e de Tribunais) não gozam de privilégio de foro em face da jurisdição civil, conforme já proclamou o Supremo Tribunal Federal, [10] circunstância que, no âmbito da competência funcional e territorial do órgão jurisdicional perante o qual atua, faz plena e absoluta a legitimidade ativa e a competência do membro do Ministério Público de primeiro grau para o ajuizamento de ação civil pública, sendo irrelevante, para esse efeito, a natureza e a hierarquia do cargo ocupado pelo sujeito passivo da demanda.

Além disso, nas hipóteses de eventual exorbitamento ou abuso por parte dos Promotores de Justiça, a questão poderia resolver-se na esfera jurídico-política da ***responsabilidade****, consoante as regras dimanadas do princípio republicano, posto que, para todos os efeitos, integram eles uma categoria identificada de agentes políticos (ou agentes públicos) e, nessa condição, são responsáveis em face do povo por seus atos e omissões. Com certeza, é preferível administrar esporádicos e localizados excessos que possam cometer, a tolher-lhes a capacidade de iniciativa, transformando a ação civil pública contra governadores e chefes de Poder em mera*

legenda fadada a esvaziar-se no cadinho das conveniências políticas. Ainda mais quando, por imperativo constitucional, é o governador — responsável maior pela res publica *em nível estadual — quem, a partir de uma lista tríplice elaborada pela classe, escolhe e nomeia o Procurador-Geral de Justiça.*

3.3 - A COLIDÊNCIA COM O PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

O dispositivo em questão (inciso VIII, art. 29, Lei 8.625/93), além de fazer-se incompatível com o ideário da República, colide com o princípio da moralidade administrativa, consectário e, por si mesmo, instrumento do princípio republicano.

A Constituição Federal, com efeito, ao cuidar da Administração Pública, preconizou que, a par da observância de outros preceitos, deveria ela pautar-se segundo os princípios da legalidade, impessoalidade, ***moralidade*** *e publicidade (CF, art. 37,* caput*). E deu tanta ênfase a esses princípios, notadamente ao da moralidade, que, no parágrafo 4º do mesmo artigo 37, deixou expresso:*

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

Mas, em homenagem a esse princípio, e forte no propósito de garantir-lhe a eficácia, o constituinte foi ainda mais longe. Tanto que cometeu ao Ministério Público a função de promover o inquérito civil e a ação civil pública para a "proteção do patrimônio público e social" *(CF, art. 129, III) e facultou ao cidadão, isentando-o das custas judiciais e do ônus da*

sucumbência, a propositura de ação popular com vistas à anulação de "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" *(CF, art. 5º, LXXIII).*

Na seqüência, descendo agora para o plano da legislação ordinária, a Lei 8.429, de 2 de junho de 1992, resultante do preceito inscrito no art. 37, § 4º, da Constituição Federal, ao dispor sobre os atos de improbidade administrativa e as sanções aplicáveis aos agentes públicos responsáveis por sua prática, permitiu a **qualquer pessoa** a formulação de representação em face da ocorrência de ato ou conduta administrativa ímproba (art. 14) e cometeu ao Ministério Público, concorrentemente com a pessoa jurídica interessada e sem estabelecer privilégios processuais a nenhuma categoria de sujeitos passivos, o múnus de promover a ação civil competente (art. 17).

É perceptível, portanto, a presença ordenada de um conjunto de princípios e preceitos que, interligados racionalmente, compõem um sistema jurídico-normativo que dá suporte e eficácia ao princípio da moralidade.

De fato, a importância desse princípio, dentro do modelo político consagrado pela Carta de 88, é inquestionável. Tanto que a sua violação, independentemente da ocorrência de prejuízo ao erário, constitui-se em permissivo autônomo para o manejo da ação popular, ex vi *do disposto no art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal, conforme entendimento consagrado na doutrina e na jurisprudência.*[11] *Esta também é a dicção expressa dos arts.* 11, caput, *e 21, da Lei 8.429/92*[12]. *Como tal, a sua observância, em quaisquer que sejam os atos ou situações, não se constitui apenas em dever dos agentes públicos em qualquer nível de Poder, mas em inderrogável direito do cidadão, albergado na Constituição no capítulo das garantias fundamentais. Elegantemente, assim o apreendeu Celso Antônio Bandeira de Mello:*

"De acordo com ele a Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade com os princípios éticos. Violá-los implicará violação ao próprio direito, configurando ***ilicitude****, que assujeita a conduta viciada a invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de* ***pauta jurídica****, na conformidade do art. 37 da Constituição. Compreende-se em seu âmbito, como é evidente, os chamados princípios da lealdade e da boa fé, tão oportunamente encarecidos pelo mestre espanhol Jesus Gonzales Peres em monografia preciosa. Segundo os cânones da* ***lealdade*** *e* ***boa fé****, a Administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhaneza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos."* [13] (Os grifos são do original)

Ora, tratando-se de comando constitucional de indiscutível valia, não só para o resgate da ética administrativa, como para a efetivação do princípio da responsabilidade dos agentes públicos imanente ao modelo republicano, e tendo o legislador constituinte outorgado ao Ministério Público função de notável importância para a implementação daquele comando, evidencia-se inconstitucional a disposição inserida no inciso VIII do art. 29 da Lei nº 8.625/93, posto que dela resulta:

a) a subtração aos Promotores de Justiça da legitimação para o aforamento de ação civil pública em face de atos de improbidade administrativa praticados por governadores e chefes de Poderes, com a conseqüente mutilação da função

conferida constitucionalmente a ***todos*** *os integrantes do Ministério Público (CF, art. 129, III);*

b) o estabelecimento de privilégios processuais incompatíveis com o princípio da igualdade previsto no art. 5º, caput, *da Constituição Federal.*

O estreitamento da legitimação ativa do Ministério Público é objetivo que tem sido perseguido por segmentos e lideranças isoladas da sociedade, preocupados mais em bastar-se da res publica *do que em gerenciá-la responsavelmente com vistas à realização do bem comum. É difícil, porém, imaginar-se a consecução desse propósito sem afronta ao princípio republicano, especialmente quando este preconiza a responsabilidade ampla dos agentes públicos. Também é incogitável o êxito daquela pretensão sem um choque frontal com o princípio da moralidade administrativa, na medida em que este contempla todo um elenco de normas sancionadoras dos atos de improbidade e tem no Ministério Público o agente garantidor da sua integração e eficaz operacionalidade* [14].

Em última análise, não se pode tolher e restringir o campo da legitimação ativa do Ministério Público, e nem proceder a uma seleção elitista dos agentes legitimados ao manejo da ação civil pública em face de atos de improbidade, sem impor gravame odioso e constitucionalmente censurável ao princípio da moralidade administrativa. Geraldo Ataliba, em memorável conferência pronunciada perante os membros do VI Congresso Nacional do Ministério Público (São Paulo, junho 1985), destacou:

'Todo cidadão — desde o mais bem posto até o mais destituído, abandonado e marginalizado — tem direito público subjetivo impostergável a que o ***seu*** *Promotor tenha condições objetivas de independência e imparcialidade,*

exatamente para poder enfrentar o poder político do dia, ou o poder econômico de sempre. (O grifo é do original)

Se o cidadão não tiver a garantia desse direito (que é seu, que não pertence ao Promotor, que não pertence ao Ministério Público, mas aos cidadãos), então esta chave de abóbada estará no chão, com isto levando toda a estrutura jurídica." [15]

Vale anotar ainda que, sob pena de grave retrocesso, os princípios e normas constitucionais não podem apequenar-se na dimensão estreita de simples legendas éticas, despidas de imperatividade e de viço normativo. Disse-o com muita propriedade o magistrado paulista José Renato Nalini:

"Adotando o ideal do Estado Democrático de Direito, a Carta Magna de 1988 pretendeu consagrar o império da lei, não a norma formalmente elaborada, mas a provida de um conteúdo de Justiça, arredando a possibilidade de qualquer interesse vir a ser vulnerado sem a conseqüente reparação." [16]

Sob outro ângulo, vale reprisar que os sujeitos passivos da relação processual, nas hipóteses a que alude o inciso VIII do art. 29 da Lei 8.625/93, não gozam, em face da jurisdição civil, de nenhum privilégio processual, sujeitando-se assim às regras inscritas no art. 5º, caput, *da Constituição Federal, que proíbe inclusive a desigualdade no tratamento das pessoas demandadas em juízo.*[17]

Ora, se a Constituição não lhes fez concessões — e não se olvide que diante do contido no art. 5º da Carta só ela é que pode estabelecer privilégios processuais que desbordem do princípio da igualdade — repugna, sob a ótica da moralidade

jurídica prevista na Constituição (CF, art. 37, caput, *e seu § 4º), a benesse que lhes foi deferida pelo legislador ordinário de só poderem residir no pólo passivo de ação civil pública se esta for intentada pelo Procurador-Geral de Justiça.*

Impede também o registro de que, neste ponto, a Lei 8.625/93 incorre em visível discrepância com a disciplina da Lei Complementar 75, de 20 de maio de 1993 (Lei Orgânica do Ministério Público da União), posto que nesta os privilégios deferidos a autoridades da República e chefes de missões diplomáticas ficam contidos no plano administrativo e das relações interpessoais (art. 7º, § 4º)[18], onde a idéia de hierarquia encontra sustentação lógica, não se alçando ao nível da atuação funcional — exatamente porque neste campo a atividade do Ministério Público deve modelar-se e conduzir-se em conformidade com os princípios superiores que a regem (particularmente o republicado e o da moralidade) e sem prejuízo das garantias constitucionalmente asseguradas aos seus membros, em especial a independência funcional e a inamovibilidade.

Observe-se ainda que, no plano constitucional, as disposições do art. 5º, inciso LXXIII, (ação popular) e do art. 129, III, (ação civil pública) são de todo harmônicas e coerentes, facultando, respectivamente, que, de um lado o cidadão e, de outro, **todos** os integrantes do Ministério Público, promovam a ação civil tendente à salvaguarda da moralidade administrativa.

No plano infraconstitucional, em contrapartida, há uma ostensiva antinomia entre a norma do art. 1º da Lei 4.717/65 (ação popular) e as disposições do inciso VIII do art. 29 da Lei 8.625/93 (ação civil pública). Enquanto naquela, coerentemente com o texto constitucional, **todo** cidadão está legitimada a propor ação popular, nesta, desbordantemente da norma superior, a legitimação ativa para a ação civil pública, frente às autoridades mencionadas no citado dispositivo, ficou **restrita ao Procurador-Geral de Justiça**.

Nenhuma censura, logicamente, à amplitude e aos critérios definidores da legitimação ativa na órbita da ação popular. Insustentáveis, à luz do texto constitucional, são as restrições que se estabelecem no âmbito da Lei 8.625/93, no tocante à legitimação ativa dos Promotores de Justiça. Não se pode olvidar que a ação civil pública, assim como a ação popular, colima, em síntese, a proteção do patrimônio público. Assim, se para a propositura desta estão legitimados ***todos*** *os cidadãos, impondo-se-lhes como restrição apenas o ônus da sucumbência em caso de* "comprovada má-fé" *(CF, art. 5º, LXXIII), não há razão lógica e jurídica plausível para que, relativamente aos membros do Ministério Públicos, a despeito da vigilância e da disciplina exercidas por seus órgãos correicionais, a legitimidade para a ação civil pública fique restrita ao chefe da Instituição. Esse monopólio, não obstante a possibilidade de delegação (Lei 8.625/93, art. 29, IX), não se compatibiliza com a índole da República e tampouco com o princípio da moralidade administrativa, cuja gênese e cujos fins repelem a idéia da outorga de privilégios a administradores e agentes públicos fora das hipóteses expressamente previstas na Constituição.*

No caso, a partir da vigência da regra inscrita no inciso VIII do art. 29 da Lei 8.625/93, não se pode negar que, para os potenciais sujeitos passivos contemplados no dispositivo, a situação se fez mais cômoda — particularmente para os governadores, que não só podem nomear como também ***escolher*** *o Procurador-Geral de Justiça, a partir de uma lista tríplice formada por eleição da classe. Diante dessa prerrogativa, que lhe faculta inclusive optar pelo candidato menos votado, é palpável o risco de estabelecer-se entre o governador e o Procurador-Geral um intercâmbio de concessões e favores, comprometendo a imparcialidade e a legitimidade deste último quando convocado a intentar ação civil pública contra aquele. Aliás — ainda que o êxito da iniciativa não tenha o condão de expungir a inconstitucionalidade aqui*

denunciada — reputa-se louvável a proposta de Emenda Constitucional n. 566/97, de autoria do Dep. Augusto Viveiros e referendada por mais cento e noventa e seis (196) integrantes do Parlamento federal, ao preconizar que a escolha do Procurador-Geral de Justiça se faça por eleição direta da classe, sem interferência do Governador do Estado. O argumento destacado na exposição de motivos que a encaminhou se faz totalmente procedente, verbis:

> *"É comum o Ministério Público, no desempenho de suas funções, ocupar-se de atos emanados dos diversos órgãos da Administração, sob os aspectos legalidade, lesividade e probidade, procedendo investigações e adotando, eventualmente, medidas judiciais. Por esse motivo, a escolha e nomeação do Procurador-Geral de Justiça pelo Chefe do poder Executivo, deixa de ostentar, do ponto de vista político e social, a necessária legitimidade como mecanismo de controle, prestando-se apenas a eclodir, isto sim, indesejável sentimento de desconfiança no seio da coletividade sempre que a medida ou decisão ministerial, seja ela qual for, tem por objeto ato, contrato ou serviço da Administração."* [19]

Mas, por fim, se o legislador constitucional não previu a figura de um "Promotor Especial" para o ajuizamento de ações civis públicas contra as pessoas elencadas no inciso VIII do art. 29 da Lei 8.625/93 — assim como não cogitou de um "Cidadão Especial" para contra eles aforar ação popular —, é evidente que não poderia fazê-lo o legislador ordinário, na contramão do mandamento e da outorga constitucional inseridos no art. 129, inciso III, da Carta de 88. Ainda mais quando, para o exercício da função ali prevista, o legislador

constituinte edificou o Ministério Público sob a égide do princípio da **independência funcional** [20] (CF, art. 127, § 1°) e estendeu aos seus membros — a **todos** os seus membros — a garantia da **inamovibilidade** [21] (CF, art. 128, § 5°, I, "b"), além de consagrar definitivamente o princípio do **promotor natural** [22].

A inconstitucionalidade, portanto, é visível.

4. CONCLUSÕES

É possível, diante da argumentação até aqui expendida, alinhavar as seguintes conclusões:

a) A previsão e operação de um sistema eficaz de responsabilização dos agentes e administradores públicos, em face de atos e omissões na gestão da res publica, *é exigência inarredável do regime republicano, para realização de cujos ideários se integra, como instrumento, o princípio da moralidade administrativa.*

b) O Ministério Público, compreendido na dimensão funcional e operativa de **todos** os seus órgãos de execução, detém o múnus constitucional (CF, art. 129, III) de, a partir dos parâmetros jurídicos estabelecidos pelo princípio da moralidade administrativa, promover a responsabilização civil dos agentes e administradores públicos nos moldes e limites preconizados pelo modelo republicano.

c) Revelam-se inconstitucionais, por colidência com o princípio republicano e da moralidade administrativa, os atos normativos que tendam a fragmentar ou a diminuir o alcance da função confiada ao Ministério Público pelo art. 129, III, da Constituição Federal, ou que, tal como sucede com o inciso VIII do art. 29 da Lei 8.625/93, estabeleçam para os sujeitos passivos privilégios processuais incompatíveis com o princípio da igualdade jurídica e busquem restringir o rol dos legitimados

ativos a outro limite que não seja a expressão de **todos** os órgãos de execução do Ministério Público.

d) Por força dos princípios inscritos nos arts. 1º (princípio republicano) e 37 caput *(moralidade administrativa), conjugados com os preceitos contidos nos arts. 5º, inciso LXXIII, 37, § 4º, e 129, inciso III, os Promotores de Justiça estão legitimados a promover, respeitados os limites da competência funcional e territorial do órgão jurisdicional perante o qual atuam na condição de promotor natural, ação civil pública contra as pessoas mencionadas no inciso VIII do art. 29 da Lei 8.625/93, competindo aos órgãos superiores da Instituição estimular-lhes as iniciativas, administrando os eventuais excessos, e não impor censuras castrativas, mutiladoras do viço e da independência funcional.*

e) Em homenagem aos postulados democráticos que regem o Ministério Público e colimando o exaurimento eficaz das funções que lhe foram confiadas pela Constituição, impõe-se que os integrantes do XII Congresso Nacional do Ministério Público reconheçam a inconstitucionalidade da expressão "quando a autoridade reclamada for o Governador do Estado, o Presidente da Assembléia Legislativa ou os Presidentes de Tribunais, bem como quando contra estes, por ato praticado em razão de suas funções", *contida no inciso VIII do art. 29 da Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, e recomendem à Confederação Nacional do Ministério Público – CONAMP a adoção das medidas adequadas para a sua definitiva expunção do ordenamento jurídico brasileiro.*

Florianópolis, 28.03.98

1 A independência e a vitalidade do Ministério Público como pressupostos da realização do modelo e dos ideais republicanos foi aspecto destacado da conferência proferida pelo Prof. Geraldo Ataliba, por ocasião do VI Congresso Nacional do Ministério Público, realizado na cidade de São Paulo em junho de 1985 (ver Revista *Justitia*, S. Paulo, setembro 1985, vol. 131-A, p. 171).

2 BRANDÃO, Paulo de Tarso, *Ação Civil Pública,* Florianópolis, Ed. Obra Jurídica, 1999, p. 101.

3O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.285-1-SP, intentada pela Procuradoria Geral da República a pedido do Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, deferiu liminar, com efeito *ex nunc*, suspendendo a eficácia da expressão *"e a ação civil pública"*, inserida no art. 116, inciso V, da Lei Complementar estadual nº 734/93 (Lei Orgânica do Ministério de São Paulo), *verbis: "Art. 116 - Além de outras previstas em normas constitucionais ou legais, são atribuições processuais do Procurador-Geral de Justiça: ... V - promover o inquérito civil* ***e a ação civil pública*** *para a defesa do patrimônio público e social, bem como da probidade e legalidade administrativas, quando a responsabilidade for decorrente de ato praticado, em razão de suas funções, por: a) Secretário de Estado; b) membro de Diretoria ou do Conselho de Administração de Entidade da Administração Indireta do Estado; c) Deputado Estadual; d) Membro do Ministério Público; e) Membro do Poder Judiciário; f) Conselheiro do Tribunal de Contas."* A decisão da Suprema Corte, no caso, foi fundamentada nos arts. 5º, *caput* e inciso LIII; 22, I; 37; 61, § 1º, II, "d"; 127, § 1º; 128, § 5º, I, "b"; e 129, § 4º, c/c 93, II, da Constituição Federal.

4FERRAZ, Anna Cândida da Cunha, *Conflito entre os Poderes,* S. Paulo, Ed. RT, 1994, p. 191.

5SILVA, José Afonso da, *Direito Constitucional Positivo,* S. Paulo, Ed. Malheiros, 1992, 9a. ed. p. 48

6*apud* ATALIBA, Geraldo, *in República e Constituição*, S. Paulo, Ed. RT, 1985, p. 8

7ATALIBA, Geraldo, ob. cit. p. 9

8TEMER, Michel, *Elementos de Direito Constitucional,* S. Paulo, Ed. RT, 1983, 2ª tiragem, p. 184.

9 Consoante o magistério de Paulo de Tarso Brandão, em dissertação com a qual logrou o título de Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, *"na esfera da Ação Civil Pública não opera o conceito ou a noção de legitimidade extraordinária, uma vez que as pessoas jurídicas ou as instituições são legitimadas por força de disposição legal e, nesse caso, a legitimação é sempre* ***ordinária****"*. (Ob. cit. p. 118) – O grifo é do original

10 No julgamento do Agravo Regimental n. 693-SP, rel. Min. Ilmar Galvão, o Excelso Pretório sentenciou: *"COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA CONTRA PRESIDENTE DA REPÚBLICA. LEI 7.347/85. A competência do Supremo Tribunal Federal é de direito estrito e decorre da Constituição, que a restringe aos casos enumerados no art. 102 e incisos. A circunstância de o Presidente da República estar sujeito à jurisdição da Corte, para os feitos criminais e mandados de segurança, não desloca para esta o exercício da competência originária em relação às demais ações propostas contra ato da referida*

autoridade. Agravo regimental improvido." (DJU 01.03.96)

11Em precioso texto publicado em 1989, na Revista dos Tribunais, o Min. Carlos Mário da Silva Velloso, depois de anotar a inovação introduzida no instituto da Ação Popular (CF, art. 5º LXXIII), escreveu: *"Ampliou-se, está-se a ver, o objeto da ação popular, que visa, também, agora, por expressa recomendação constitucional, à defesa da moralidade administrativa, compreendida em termos amplos."* (***As Novas Garantias Constitucionais***, *in* Revista dos Tribunais, S. Paulo, 1989, vol. 644, p. 15). A jurisprudência não destoa desse entendimento: *"É que, no âmbito da ação popular, é possível a anulação do ato administrativo pela só infringência do princípio da moralidade administrativa, que não é subjetiva, porque tem conteúdo jurídico a partir de regras e princípios da Administração."* (TJSP, AC 145.916-1/2, rel. Des. Campos Mello – RT 673, nov. 1991, p. 62).

12 O art. 11, *caput*, da Lei 8.429/92 está assim redigido: *"Art. 11 - Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, e notadamente:..."*. Já o seu art. 21 estabelece: *"Art. 21 – A aplicação das sanções previstas nesta Lei independe: I – da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público; II – da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas."*

13BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, S. Paulo, Ed. Malheiros, 1993, 4ª ed., pp. 59 e 60

14 A respeito da tutela dos novos direitos da cidadania, assim se pronunciou Antonio Carlos Wolkmer: *"Esses direitos introjetados a partir de carências vitais e sociais, obtidos por confrontos e reivindicações permanentes, vão exigir, quase sempre, a presença dos poderes públicos para implementar as condições à sua realização."* (*apud* Paulo de Tarso Brandão, ob. cit. p. 102)

15 Revista *Justitia*, S.Paulo, setembro 1985, vol. 131-A, p. 171.

*16*NALINI, José Renato, *O Juiz e a Proteção dos Interesses Difusos*, *in* Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, S. Paulo, junho 1992, p. 50

17 *"O princípio da igualdade tem por finalidade garantir a identidade de situação jurídica para o cidadão." (...) "É um direito fundamental que exige um comportamento voltado para que a lei seja aplicada de modo igual para todos os cidadãos." (...) "No Direito Constitucional positivo hoje posto, não há, na aplicação do referido princípio, possibilidade de se concebê-lo com restrição." (...) "Não há, hoje, em face da nova visão constitucional, que se falar em igualdade real ou proporcional no campo processual. Ela é ilimitada, absoluta, sem permissão para tratamento desigual."* (DELGADO, José Augusto, *A Supremacia dos Princípios nas Garantias Processuais do Cidadão, in* ***Garantias do Cidadão na Justiça***, S. Paulo, Ed. Saraiva, 1993, pp. 73/74)

18 O § 4° do art. 7° da Lei Complementar 75/93 está assim redigido: *"As correspondências, notificações, requisições e intimações do Ministério Público quando tiverem como destinatário o Presidente da República, o Vice-Presidente da República, membro do Congresso Nacional, Ministro do Supremo Tribunal Federal, Ministro de Estado, Ministro de Tribunal Superior, Ministro do Tribunal de Contas da União ou chefe de missão diplomática de caráter permanente serão encaminhadas e levadas a efeito pelo Procurador-Geral da República ou outro órgão do Ministério Público a quem essa atribuição seja delegada, cabendo às autoridades mencionadas fixar data, hora e local em que puderem ser ouvidas, se for o caso."*

19 *Respeito ao Voto do Promotor - Projeto Augusto Viveiros, in* Revista da Associação Paulista do Ministério Público, S. Paulo, Ano II, n. 13, dezembro/97, p. 51

20 A **independência funcional** importa na garantia assegurada aos membros do Ministério Público de poderem agir, no exercício de suas funções, a abrigo de pressões e interferências internas e externas, sem subordinação a qualquer autoridade, órgão ou Poder, guardados apenas os limites impostos pela lei e pela própria consciência (cf. Hugo Nigro Mazzilli, *Regime Jurídico do Ministério Público*, S. Paulo, Ed. Saraiva, 1995, pp. 91 e 92)

21 A **inamovibilidade** consiste na impossibilidade de afastar-se compulsoriamente o membro do Ministério Público do cargo e das respectivas funções, salvo motivo de interesse público, assegurada ampla defesa. Como acentuou Pedro Roberto Decomain, essa garantia presta-se não apenas para assegurar a tranqüilidade do seu titular, *"mas também para que a coletividade tenha a certeza de que o membro da Instituição se sente seguro no desempenho de suas tarefas, não importando a quem deva atingir"* (*Comentários à Lei Orgânica Nacional do Ministério Público*, Florianópolis, Ed. Obra Jurídica, 1996, p. 305). De fato, como indagou Hugo Nigro Mazzilli, *"de que adiantaria, como garantia funcional (isto é, do ofício), não poder o procurador-geral remover o membro do Ministério Público do cargo, se pudesse retirar-lhe todas as respectivas funções?!"* (ob. cit. p. 83)

22 O Plenário do VI Congresso Nacional do Ministério Público, realizado na cidade de São Paulo, em junho de 1985, aprovou, entre outras, as seguintes conclusões a respeito do princípio do **promotor natural:** a) *"A garantia do Promotor Natural deverá ser prevista expressamente no texto da futura Constituição Federal, como órgão estável, independente, designado para o cargo e não para encargo determinado e para as funções e não para ato específico."* b) *"A concretização prática deste princípio implica na atuação do Ministério Público de forma adequada ao restabelecimento da ordem jurídica violada, com prontidão e eficiência, e no respeito aos princípios da isonomia e da ampla defesa."* (PENTEADO, Jaques de Camargo, e UZEDA, Clovis Almir Vital de, *O Princípio do Promotor Natural. As 'Equipes Especializadas' à Luz do Princípio do Promotor Natural"*, S. Paulo, Revista *Justitia*, 1985, vol. 131, p.154). Atualmente, o princípio do **promotor natural** está consagrado na Constituição (art. 5°, LIII, c/c art. 128, § 5°, I, "b"), tendo sido já reconhecido no âmbito da Suprema Corte (JSTF, 180:255) e, bem assim, do Superior Tribunal de Justiça (REsp 11.722-0/SP, j. 08.09.92, rel. Min. Vicente Cernicchiaro), conforme menção feita por Hugo Nigro Mazzilli (ob. cit. p. 148).

DO PEDIDO DE INFORMAÇÕES SIGILOSAS*

Epaminondas da Costa
Promotor de Justiça no Estado de Minas Gerais

SUMÁRIO

I- INTRODUÇÃO
II- DISCUSSÃO DA MATÉRIA DE FUNDO DO PONTO DE VISTA TEÓRICO E PRÁTICO
III- DOUTRINA, FONTE HISTÓRICA, INTERPRETAÇÃO EXEGÉTICA E JURISPRUDÊNCIA SOBRE 0 ASSUNTO
IV- CONCLUSÃO

I- INTRODUÇÃO

A defesa do patrimônio público é, sem dúvida, um dos temas mais efervescentes da atualidade e, com certeza, merecerá enfoque privilegiado na atuação do Ministério Público do Terceiro Milênio. Isto porque grande parte dos problemas que aflige o povo, especialmente nos países em desenvolvimento, está ligada aos investimentos em proporções sempre reduzidas nas áreas de habitação, saúde, educação, cultura, ciência e tecnologia, por causa da malversação do dinheiro público e da corrupção administrativa.

Daí que a Constituição do Estado de Minas Gerais consagra em seu texto norma programática revolucionária, a saber: "A sociedade tem direito a governo honesto, obediente à lei e eficaz" (cf. art. 73, *caput*), o que se traduz na concepção

de inovador postulado político, para o novo milênio que se nos avizinha.

Por outro lado, o ilustre e culto membro do Ministério Público do Distrito Federal, Antônio Ezequiel de Araújo Neto, ao enfocar a Instituição na era pós-moderna, concluiu, em palavras lapidares que:

> *"(...) forçoso é constatar-se que o espaço indicado ao Ministério Público na Carta Fundamental não foi plenamente ocupado, e, por isso mesmo, a defesa da ordem jurídica e dos interesses e direitos difusos e coletivos da sociedade estão, ainda, ao desamparo, num contexto nacional. A defesa do patrimônio público, por sua vez, vem sendo omitida, sistematicamente, pelo Ministério Público, salvo procedimentos e ações isoladas, aqui e acolá. Freqüentes, na mídia, os gravíssimos escândalos consistentes em sonegação fiscal, crimes contra o sistema financeiro nacional, violência contra os "sem-terra", corrupção e outros, sem que o Ministério Público atue, com objetividade e firmeza"* (In *CORREIO BRASILIENSE, de segunda-feira, 1º de abril de 1996, sob o título* ***O Ministério Público na era pós-moderna****. Caderno denominado DIREITO & JUSTIÇA, p. 5).*

Nesse sentido, deverá haver a adoção de política institucional específica, capaz de articular as várias iniciativas até então isoladas dos vários órgãos de execução, espalhados pelo Estado. Além do mais, há que se lhes ministrarem os recursos técnicos e humanos adequados à consecução dos objetivos que foram colimados pelo legislador constituinte. Esta

providência impõe-se com extrema urgência.

Contudo, há a questão precedente à que se suscita acima, qual seja, a salvaguarda efetiva da autonomia administrativa do Ministério Público na presidência e na condução de seus procedimentos administrativos, sem quaisquer ingerências dos Poderes Estatais, inclusive deliberando sobre a necessidade, a oportunidade e a conveniência da quebra do sigilo bancário e/ou fiscal dos envolvidos em investigação, tendo por objeto a apuração do desvio dos recursos e bens públicos.

A matéria em apreço é deveras inquietante, gerando opiniões desencontradas até entre membros do Ministério Público nacional, entre magistrados individualizados e tribunais: donde a razão do debate ora proposto.

II- DISCUSSÃO DA MATÉRIA DE FUNDO DO PONTO DE VISTA TEÓRICO E PRÁTICO

Os argumentos que compõem a presente tese derivaram-se, em grande parte, de questões práticas ocorridas na Comarca de Araguari - MG, em sede de ação de mandado de segurança, impetrada contra requisição ministerial, então endereçada a estabelecimento bancário privado. Tal ato requisitório visou à obtenção dos nomes de certos correntistas, cujas contas figuravam em documentos da investigada (Câmara Municipal).

Para tanto, endereçado o pedido a vários Bancos, muitos deles atenderam-lhe prontamente, tendo havido a recalcitrância apenas de dois deles, salvo engano: um deles optou pelo "habeas corpus" junto ao Tribunal de Justiça, apontando o órgão do Ministério Público como autoridade coatora. E assim agiu aquela instituição bancária, por causa da advertência ministerial expressa a prepostos seus, no sentido de que o não-atendimento àquele pedido, que fora

reiterado após a primeira recusa, implicaria inquérito policial e/ ou ação penal diretamente. Já o segundo Banco ajuizou a ação de mandado de segurança e, em ambos os casos, não lograram êxito em seu intento, isto é, a autorização para desobedecer à requisição ministerial.

Ressalte-se, por oportuno, que o ato requisitório tem o seu fundamento de validade na norma insculpida no artigo 129, VI, *in fine*, da atual LEI MAIOR, de onde ressai a ausência de restrição à matéria em estudo, relativamente ao órgão de execução da Instituição em causa, na forma da respectiva lei orgânica. A única ressalva feita pelo legislador constituinte a esse respeito encontra-se claramente definida no artigo 5°, XII, da Constituição Federal, e se refere tão-somente ao sigilo das comunicações telefônicas, cuja violação só poderá ocorrer mediante requisição judicial.

A par disso, alguns estabelecimentos ainda insistem em buscar socorro, desesperadamente, na legislação outrora vigente (Lei Complementar n° 40/81) e em decisões inspiradas na ordem jurídica anterior, embora sejam julgados, em princípio, recentes.

Logo, outra não poderia ser a interpretação senão a vedação da quebra do sigilo bancário e/ou fiscal, pelo Promotor de Justiça, por expressa previsão legal, isto é, artigo 15 da Lei Complementar n° 40 de 14 de dezembro de 1981, que ressalvava das requisições da Instituição as hipóteses legais de sigilo e de segurança nacional. E nela se inspiraram os julgados e a doutrina comumente invocados ainda hoje. Só que a mencionada lei foi ab-rogada pela nova LEI ORGÂNICA NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

Vê-se, pois, que os opositores do *Parquet* em questões sigilosas apenas estão disfarçando a sua recusa a ato de ofício legítimo, pretextando, regra geral, a inviolabilidade do segredo bancário, contemplado no artigo 38 da Lei n. 4.595, de 31/12/1964, olvidando, *dava venia*, os mais elementares

princípios jurídicos, segundo os quais a lei posterior revoga tácita ou explicitamente a anterior, quando, *v.g.* seja com ela incompatível (art. 2°, § 1°, da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro - Decreto-lei n. 4.657, de 04/09/1942).

Citam-se a esse propósito as Leis n. 8.625, de 12/02/**1993** (**posterior** à Lei n. 4.595/64) e Complementar federal n. 75, de 20/05/**1993**: a primeira conferindo o poder de acesso à informação sigilosa sob forma negativa, no dizer do eminente doutrinador Hugo Nigro Mazzilli[1], e a segunda o fazendo de igual modo, mas de maneira clara e direta[2]. Elas seguiram as pegadas do legislador constituinte, estabelecendo, ademais, a responsabilidade do membro do Ministério Público pelo uso indevido das informações e dos documentos que requisitar, inclusive nas hipóteses legais de sigilo (palavras do legislador! art. 26, § 2°, da Lei 8.625/93).

Conclui-se, desse modo, que a presente tese se assenta na constatação segundo a qual alguns doutrinadores, pareceristas e magistrados vêm entendendo, por ortodoxia ou inspirados em sofismas, que o artigo 192 da Constituição Federal emprestou status de Lei Complementar à Lei n. 4.595/64, à medida que ali ficou consignado que o sistema tributário nacional será regulado por Lei Complementar. Isto conduziu a que se negasse eficácia ao respectivo artigo da Lei n. 8.625/93 que, sob forma negativa, autoriza ao Promotor de Justiça determinar diretamente a quebra do segredo nas informações reservadas. Porém, fazem-no sob o frágil argumento de que aquela lei do ano de 1964 é hierarquicamente superior à nova lei.

A rigor, o legislador constituinte em momento algum externou a sua vontade de recepcionar provisoriamente a referida lei com essa coloração jurídica; e, se o quisesse, fá-lo-ia com certeza nas chamadas Disposições Finais Transitórias como sói acontecer em hipóteses tais ou semelhantes.

Por conseguinte, na interpretação do aludido artigo

192, não se poderá prescindir jamais dos recursos de hermenêutica jurídica, com destaque aqui para o método da interpretação gramatical.

Ora, o tempo verbal ali empregado de maneira deliberada pelo legislador foi o futuro do presente.

Basta, pois, buscarmos no próprio Dicionário Aurélio o alcance dessa locução, para quem ela se traduz em situar a ação ou mudança de estado (lei ordinária para lei complementar) em momento posterior àquele da edição da norma supra-referida. Quer dizer: as mudanças no sistema financeiro nacional que foram ditadas pela nova realidade jurídica do país haverão de ser normatizadas doravante através de lei complementar e, enquanto essa não existir, continuarão sendo reguladas pela lei ordinária anterior, recepcionada com as limitações de praxe. E mais, em momento algum, aparece no artigo 34 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS, que ela terá caráter de lei complementar.

Por conseqüência, resta patente que, do ponto formal, a Lei n 4.595/64 é tão ordinária quanto à Lei n. 8.625/93, não passando de um simples dogma, *permissa venia*, a concepção doutrinária que a equipara à lei complementar, através da conferência, em última análise, do efeito *ex tunc* à norma do supra-referido artigo 192.

Além disso, se essa lei foi elevada à categoria de lei complementar pela simples dicção do artigo 192 da Constituição Federal, o mesmo se diga a respeito da Lei n. 8.625/93, já que os artigos 129, VI, *in fine*, e 29, DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS, também falam em lei complementar, para regular a atuação do Ministério Público nacional.

A conclusão inelutável é, pois, a de que, numa situação ou noutra, elas estariam no mesmo nível hierárquico e, sendo uma posterior à outra, a norma incompatível com a superveniente careceria de eficácia jurídica.

E, para espancar a recalcitrância dos conservadores, que passariam a invocar a condição "subalterna" da Lei 8.625/93, em relação à Lei 4.595/64, tida por complementar, adveio então meses depois a Lei Complementar federal n. 75/95 que, de maneira incisiva, positivou em nosso ordenamento jurídico, doravante:

> *"Nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, registro, do dado ou do documento que Lhe seja fornecido (art. 8°, § 2°)".*
>
> *"A falta injustificada e o retardamento indevido do cumprimento das requisições do Ministério Público implicarão a responsabilidade de quem Lhe der causa" (§ 3°).*

A aplicação dessa norma, que provém do Estatuto do Ministério Público da União aos dos Estados, decorre do disposto no artigo 80 DAS DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS da já citada Lei federal n. 8.625/93.

No mesmo sentido, manifestou-se o legislador mineiro, através da Lei Complementar n. 34/94, fazendo remissão a uma e outra lei.

De resto, não se pode argüir que aquele comando se volta exclusivamente à autoridade pública, haja vista que é a própria Carta Política pátria, secundada pela legislação infraconstitucional quem sujeita tanto a autoridade pública, quanto o particular às requisições do Ministério Público, não fazendo nenhuma distinção neste sentido (cf. arts. 129, VI, CF; 26, II, L. n. 8.625/93; 8°, IV, LC n. 75/93).

Com efeito, a última barricada levantada pelos

pensadores anacrônicos, argüindo com o conceito de autoridade, pode ser enfrentada com os ditames do artigo 4° da Lei de Introdução ao Código Civil - Decreto-lei n. 4.657/42, segundos os quais, quando a lei for omissa, aplica-se a analogia, por exemplo. E, se aqui ela é omissa quanto ao particular, estende-se a ele o comando legal concebido para a autoridade, em situação idêntica à daquele.

Portanto, a "interpretação" hermenêutica que vem sendo adotada pela corrente oposta à que nos filiamos, quanto ao alcance teleológico da recepção da Lei n. 4.595/64 pela Constituição da República, afigura-se um tanto quanto conservadora e saudosista, diante das novas responsabilidades outorgadas ao Ministério Público pelo legislador constituinte de 1988, em defesa do regime democrático e dos interesses coletivos e difusos da sociedade.

Por conseguinte, deriva-se daí a reação dos poderosos, que temem a independência desta importante Instituição jurídica nacional e, por isso, procuram atrelá-la, como no passado, ao Poder Judiciário. Isso é concebido para o fim de retardar a iniciativa do Ministério Público. Deseja-se mais, ou seja, tornar a ação do *Parquet* concretamente inviável, diante do excesso de formalismo do procedimento judicial, ao contrário do procedimento administrativo que, por ser de índole mais informal, permite maior rapidez na consecução de seus objetivos.

Para tanto, basta lembrarmos que o fenômeno da recepção legislativa das normas jurídicas anteriores a 5 de outubro de 1988, segundo as disposições da atual Constituição Federal, somente ocorrerá relativamente àquelas que não forem incompatíveis com a nova ordem jurídica então instaurada (art. 34, § 5°, DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS). É o que nos assevera a doutrina, em uníssono.

Por fim, a doutrina e a jurisprudência "mais recentes"

acerca desta matéria vêm se inspirando na ANTIGA LEI ORGÂNICA NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO - Lei Complementar n. 40/81 - que, em seu artigo 15, excluía expressamente das requisições dos membros da Instituição as hipóteses legais de sigilo e de segurança nacional, conforme alhures sublinhado.

Foi bem por isso que o eminente Ministro Assis Toledo do Superior Tribunal de Justiça, numa de suas manifestações como relator, referindo-se ao artigo 129, VI, acabou por admitir subjacentemente que o Ministério Público pudesse determinar a quebra do sigilo bancário, na forma da respectiva Lei Complementar, hoje existente nesse sentido.

III- DOUTRINA, FONTE HISTÓRICA, INTERPRETAÇÃO EXEGÉTIGA E JURISPRUDÊNCIA SOBRE O ASSUNTO

O eminente professor Hugo Nigro Mazzilli juntamente com o seu colega Procurador de Justiça no Estado de São Paulo, Munir Cury, foram os **autores intelectuais da redação final dos artigos 26, § 2º, da Lei nº 8.625/93; 8º, § 1º, da Lei Complementar nº 75/93; e 201, § 4º, da Lei nº 8.069/90**, segundo o que se infere das páginas 407/409 da obra REGIME JURÍDICO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, já referida anteriormente.

Eles são, portanto, uma espécie de **porta-vozes** do legislador ordinário, na regulamentação do artigo 129, VI, da Constituição da República.

Assim sendo, esses doutrinadores podem afirmar com autoridade incontrastável o verdadeiro alcance fático-jurídico da *mens legis*. E a assertiva do professor Mazzilli, na citada obra, é uma só: o legislador agora quis incluir o órgão do Ministério Público no restrito rol de autoridades que podem determinar diretamente a quebra do sigilo bancário, no curso

de um procedimento investigativo sob a sua presidência.

Aliás, não se tem chegado a um entendimento, na interpretação do § 2° do artigo 26 da Lei ri° 8.625/93, exatamente porque até aqui ele tem sido visto em sua aparente literalidade.

Contudo, a interpretação autêntica, por assim dizer, do citado artigo de lei exprime-se através das lições doutrinárias do mesmo professor Mazzilli, que preleciona tratar-se ali de **autorização sob a forma negativa de acesso à informação sigilosa** (*Ib.*, pp. 407/408). E afirmamos que a interpretação é autêntica, posto que ela encerra palavras de "porta-voz" do legislador, a saber:

> *"A LOMPU [Lei Orgânica do Ministério Público da União] é clara em estabelecer que o Ministério Público terá acesso mesmo à informação sigilosa. Ainda que haja dispositivos legais que imponham o sigilo (Como a Lei da Reforma Bancária (Lei n. 4.595/64, art. 38), ou o CPC (feitos que correm em segredo de justiça, como os processos de família - art. 155), o Ministério Público terá acesso à informação. Só que caberá ao agente que teve acesso a essa informação sigilosa, zelar pelo seu uso lícito, bem como para que seja preservado o caráter sigiloso da informação recebida. A própria LOMPU assegura a responsabilidade civil e criminal do membro do Ministério Público pelo uso indevido da informação que requisitar".*
>
> *"Cabe aqui um pequeno parêntese para invocar a origem da idéia que levou ao dispositivo do § 1° do art. 8° da Lei*

Complementar n. 75/93: o princípio ali inserido advém do Estatuto da Criança e do Adolescente [ECA art. 201, § 4°]. No Congresso Nacional, durante a tramitação do projeto de lei de que originou o Estatuto, houve grande esforço para melhor instrumentalizar o trabalho do Ministério Público nessa área. Entretanto, diversas objeções surgiram no Congresso, ainda na fase em que o projeto do Estatuto tramitava perante as comissões legislativas, contra a pretensão de dar acesso à instituição em matérias sobre as quais recaísse sigilo legal. Argumentava-se no sentido de que o Ministério Público não podia ter um acesso muito amplo; deveria dirigir-se ao juiz. Acompanhava os trabalhos legislativos pertinentes ao projeto o Procurador de Justiça Munir Cury, Coordenador do Centro de Apoio Operacional da Infância e da Juventude no Estado de São Paulo - personalidade de projeção nacional na defesa de crianças e adolescentes. Consultando-nos sobre as dificuldades encontradas, antecipou que, pela sua avaliação, o Ministério Público não iria obter acesso às informações sobre as quais recaísse alguma forma de sigilo legal; entretanto, entendia possível estudar a redação de um dispositivo que parecesse menos ousado aos congressistas. Ocorreu-nos, então, que a solução talvez fosse conferir ao Ministério Público o poder de acesso sob forma negativa. Em outras palavras, não se diria que o Ministério Público tem acesso a informações sigilosas, mas, sim, que será responsável pelo acesso obtido a informações

sigilosas; ou seja, estaríamos criando-Lhe um dever negativo, de não usar de modo leviano a informação sigilosa obtida. Cogitou-se, pois, da responsabilidade do membro do Ministério Público pelo uso indevido da informação. O princípio foi admitido".

"A mesma fórmula do Estatuto da Criança e do Adolescente foi repetida tanto na LONMP como na LOMPU [Lei n. 8.625/93, art. 26, § 2°; LC n. 75/93, art. 8°, § 1°]. Trata-se de solução adequada, porque não só garante o acesso à informação, ainda que sigilosa, como ainda torna o membro do Ministério Público responsável pela preservação ou pelo correto uso da informação que obteve".

"Assim, a informação, ainda que sigilosa, deverá ser-Lhe fornecida, por força da disciplina da Lei Complementar n. 75/93. Não mais é possível objetar ao Ministério Público o sigilo bancário, o sigilo em matéria de família e em outras questões análogas; nem mesmo se Lhe poderá exigir, nesses casos, requeira o acesso à informação por meio do Poder Judiciário: o Ministério Público terá acesso direto a ela. O acesso a dados sigilosos não alcança, porém, informações para cujo acesso a própria Constituição tenha exigido ordem judicial, pois nessa matéria a lei complementar federal obviamente não poderia excepcionar [Cf. art. 5°, XII, da CR/sem grifos no original][3] ".

Neste diapasão, há lúcidos e atuais pronunciamentos pretorianos, dentre os quais destacam-se os seguintes:

"A Constituição Federal de 1988, na salvaguarda do livre Estado de Direito, cujo pressuposto incondicional é a moralidade pública, equipou o Ministério Público de forma condizente para com a defesa desses valores inalienáveis. Percebe-se nitidamente que tal aparelhamento ministerial diverge, e muito, do clima político emanado das restrições do art. 38 da Lei 4.595".

"Basta dizer que a referida Lei foi editada em 1964. Tempos outros, incompatíveis com as conquistas nacionais".

"O Suplicante atribui, grotescamente, amarras, vendas e mordaças àquele a quem a Constituição Federal outorgou o poder-dever que dimana, "in casu", do art. 129, III e VI;"

"Não quer entender, "permissa venia", que a decantada, mas não existente limitação, seria o mesmo que entregar a um soldado fuzil, porém sem munição, e dele esperar sucesso na guerra...".

"Ora, como bem disse o impetrado, a Lei Complementar federal n° 75/95, aplicável aos Estados por força do art. 80 da Lei 8.625/93, em seu art. 8°, § 2°, determina: "Nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, registro, do dado ou do documento que Lhe seja fornecido". "E o § 3°: "A falta injustificada e o retardamento indevido do

cumprimento das requisições do Ministério Público implicarão a responsabilidade de quem Lhe der causa".

"E quanto à expressão autoridade, é mesmo por analogia que se estende a aplicação do texto legal ao particular, dada a omissão da lei para este último caso".

"O sigilo bancário, obviamente merecedor da proteção que tem, não pode acobertar-se do próprio ordenamento jurídico pátrio para, num jogo de palavras, desvirtuar o cunho ético que há de inspirar toda e qualquer lei".
"'Não pode, o paciente, na qualidade de presidente de uma instituição financeira, se recusar a prestar as informações requisitadas - pelo Ministério Público -. Ou as presta, ou está sujeito a responder a processo por crime de desobediência"'. "(TRF, HC N° 93.01.02047-5 - Relator: Juiz Tourinho Neto"

(Processo n° 19.292 - Espécie: Mandado de Segurança - Impetrante: Banco Itaú S/A - Autoridade dita coatora: Dr. Epaminondas da Costa, RMP - Decisão de 1ª Instância com trânsito em julgado - Araguari, 27 de julho de 1995 - VERA VASCONCELOS BARBOSA - Juíza Plantonista - Publicada no "Minas Gerais" de sábado, 30 de dezembro de 1995 - Parte II - Caderno do Ministério Público).

Ou, ainda:
"MINISTÉRIO PÚBLICO - SIGILO BANCÁRIO - LEI N. 4.595/64".

"- A Constituição Federal alterou a Lei n. 4.595/64, ampliando as funções do Ministério Público, derrogados os dispositivos que o impediam de agir com liberdade na defesa dos interesses sociais."

"- É defeso às instituições financeiras negar informações ao Ministério Público sob a alegação de sigilo bancário, respondendo o promotor, em havendo uso indevido do material requisitado."

Habeas Corpus n. 110.164-4, da Comarca de Uberlândia - MG - Relator: Juiz Francisco Brito - Decisão unânime denegando a ordem, em 18 de dezembro de 1990 - RJTAMG 44/306.

Afora isso, o Colendo Supremo Tribunal Federal, através da maioria de seus Ministros, ou seja, Ministros Sepúlveda Pertence, Néri da Silveira, Moreira Alves, Octávio Galloti, Sydney Sanches e Carlos Velloso,

" (...) votou pela possibilidade do Ministério Público requisitar diretamente as informações às instituições financeiras quando tratar-se de envolvimento de dinheiro ou de verbas públicas, com base no poder de requisição e na publicidade dos atos governamentais" (Informativo STF n° 8, de 2 a 6 de outubro de 1995 e Informativo STF, Brasília, 15 a 19 de abril de 1996, n° 27).

"Desta forma, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do referido mandado de segurança impetrado pelo Banco do Brasil contra

requisição de informações sobre empréstimo concedido a usineiros, formulada pelo Procurador-Geral da República, com base no art. 8°, § 2°, da LC 75/93, entendeu ser inoponível, na espécie, a exceção de sigilo bancário pela instituição financeira, tendo em vista a origem pública de parte do dinheiro envolvido nas questionadas operações e o princípio da publicidade inscrito no art. 37, caput, *da CF, permitindo-se, pois, a requisição direta do Ministério Público".*

"Ressalte-se, por fim, que o art. 8°, § 2°, da LC 75/93, deve ser utilizado pelos Ministérios Públicos dos Estados, em virtude da expressa determinação do art. 80 da Lei n° 8.625/93 ("Aplicam-se aos Ministérios Públicos dos Estados, subsidiariamente, as normas da Lei Orgânica do Ministério Público da União")".

Citado por Alexandre de Moraes – Promotor de Justiça da Capital [São Paulo], professor de Direito Constitucional e Penal do Curso MPM/Damásio e membro do Conselho Colaborador de Direito Constitucional e Ciências Políticas do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional – artigo doutrinário: Ministério Público e sigilo bancário – Jornal TRIBUNA DO DIREITO, março de 1997 – pág. 32. ANO 4 – N° 47 – EDIÇÃO MENSAL – EDITORA JURÍDICA MMM LTDA. – SÃO PAULO – Rua Basílio da Cunha, 891 – Aclimação - CEP: 01544-001 – São Paulo".

Pois bem, não se pode ignorar que a quebra do sigilo

bancário e/ou fiscal se constitui em destacado instrumento norteador da atividade investigatória interna do Ministério Público, com vistas à defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa.

De fato, a experiência tem-nos mostrado que, com o rompimento desse segredo, é possível desvendar não raro o enriquecimento ilícito de agente público, especialmente na hipótese concreta em que o servidor deposite em sua conta bancária cheques de fornecedores da repartição pública, na qual ele então esteja lotado e exercendo as suas funções. E nesse sentido já tivemos um caso real, em que tais depósitos se referiam ao pagamento de propinas, sem o correspondente lançamento na contabilidade da empresa.

Destarte, não se pode conceber a autonomia administrativa do Ministério Público, se essa Instituição não puder diretamente deliberar sobre a oportunidade e a conveniência da quebra do sigilo bancário e/ou fiscal, como atividade inerente às suas próprias funções institucionais, em atendimento à vontade do legislador constituinte do ano de 1988.

IV- CONCLUSÃO

A quebra do sigilo bancário e/ou fiscal[4] insere-se no âmbito do poder discricionário do membro do Ministério Público, no universo dos procedimentos administrativos de sua competência, não se tolerando a ingerência de quaisquer Poderes Estatais, haja vista tratar-se de destacado instrumento de investigação da Instituição.

Araguari, 16 de junho de 1997.

EPAMINONDAS DA COSTA

Promotor de Justiça no Estado de Minas Gerais

* - Trata-se de assunto que foi objeto de tese apresentada e aprovada por unanimidade nos Congressos Estadual (Belo Horizonte – MG) e Nacional do Ministério Público (em Goiânia – GO) (Cf. Revista Jurídica do Ministério Público, fundada em 1969 e editada pela Associação Mineira do Ministério Público – JUS 96 nº 20, pp. 147/157 – Belo Horizonte; e, Anais do XI Congresso Nacional do Ministério Público – Goiânia – GO, de 23 a 26/09/1996, p. 198). Na ocasião, esta tese recebeu o título de "DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO, SIGILO BANCÁRIO/FISCAL E AUTONOMIA ADMINISTRATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO".
Essa mesma tese encontra-se publicada na Revista dos Tribunais sob a denominação de DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO, SIGILO BANCÁRIO/FISCAL E AUTONOMIA ADMINISTRATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO (RT/Fasc. Civ. Ano 86 v. 746 dez. 1997 p. 114-122).

[1] – Hugo Nigro Mazzilli: Regime Jurídico do Ministério Público, p. 408. 2. Ed. Ed. Saraiva, São Paulo, 1995.

[2] – *Ibidem*, p. 407.

[3] – *Ob. cit.*, pp. 407/409.

¨ - Na redação original da tese não constava ainda esse pronunciamento do Supremo Tribunal Federal.

[4] – A conclusão nº 06, p. 275, dos Anais do XI Congresso Nacional do Ministério Público, no subtema "Improbidade Administrativa", tem a seguinte redação: "Deve ser evitada a denominação de "quebra do sigilo bancário e fiscal", sendo recomendada a nomenclatura de "pedido de informações bancárias e/ou fiscais". Goiânia – GO, 23 a 26/09/1996. Trata-se de redação aprovada pelos Grupos de Trabalhos Setoriais do citado Encontro.

A INDENIZAÇÃO DOS DANOS MORAIS POR FERIMENTO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

VALTER FOLETO SANTIN,
Promotor de Justiça em São Paulo e Mestrando em Processo na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

SUMÁRIO: A) Introdução. B) O Estado. C) Os Princípios da Administração. D) Moralidade e Improbidade Administrativas. E) Os Danos Morais. F) Conclusões.

A) INTRODUÇÃO

Os meios de comunicação noticiam constantemente abusos e desmandos com os bens e recursos públicos, praticados por agentes públicos e governantes, que misturam a coisa pública com a particular, praticando imoralidades e improbidades administrativas.

Em determinadas situações, os comportamentos trazem influência negativa na administração pública e reflexos na sociedade. A moralidade pública e a sociedade ficam arranhadas, provocando danos morais. Podem ser pleiteados os danos morais advindos do ato ilícito em ação civil pública e em ação popular.

B) O ESTADO

O Estado foi constituído para atender as necessidades comunitárias, na incessante busca da paz social

e do bem comum. O primeiro estágio foi no sistema tribal, caracterizado pela congregação difusa e anárquica. Posteriormente, estimulados pela conveniência, necessidade ou compulsão, os grupamentos progrediram, alcançando certo grau de unidade orgânica, estabilidade social e fixidez territorial, gênese do Estado em seus rudimentos[1]. Progressivamente, chegou-se ao Estado atual.

Como meio para atendimento das suas finalidades, o Estado arrecada tributos. O poder tributário — observa Antonio Roberto Sampaio Dória — exercita-se, fundamentalmente, para o *"ulterior benefício da coletividade que suporta o peso econômico"*.

As pessoas físicas e jurídicas que exercerem atividades ou praticarem atos que se enquadrem nas hipóteses de incidência tributária são obrigadas a contribuírem com os cofres públicos, sujeitando-se às sanções administrativas, fiscais, civis e penais (Crimes contra a ordem tributária, Sonegação fiscal, Lei 8.137, de 27.12.90) pela falta de pagamento ou não cumprimento dos ônus decorrentes da condição de contribuinte.

Por outro lado, em verdadeira contraprestação pelos tributos arrecadados, o poder público é obrigado a fornecer ao contribuinte e ao povo serviços públicos. Com relação às taxas e contribuições de melhoria, a contraprestação é direta; com referência aos impostos, indireta.

O povo/contribuinte paga tributos bastante contrariado, dadas as distorções e deficientes aplicações dos recursos públicos. Ademais, a sonegação e a evasão fiscal são enormes, estimada em 80 bilhões de dólares, por ano, segundo a Comissão Parlamentar de Inquérito da Evasão Fiscal[2], sinal de que poucos pensam como o *Justice* americano Holmes, que confidenciou a seu secretário particular gostar de pagar imposto, em troca de civilização[3].

Segundo o inesquecível Hely Lopes Meirelles, a

prestação de serviços pelo Poder Público é a atribuição primordial do governo e a sua própria razão de ser, não se justificando o Estado senão como entidade prestadora de serviços públicos aos indivíduos que o compõem.[4]

Destina-se a função governamental a garantir a coexistência dos governados em sociedade, mantendo a paz externa e a concórdia interna, garantindo e fomentando a educação e o ensino, preservando a saúde pública, propiciando o bem-estar social, por meio de obras e serviços necessários à coletividade (serviços públicos propriamente ditos) ou convenientes aos indivíduos (serviços de utilidade pública), conforme explica Hely Lopes Meirelles[5].

Portanto, os tributos são pagos e recolhidos aos cofres públicos para gastos em prol do interesse público. Jamais para atender governantes, pessoas, grupos, partidos ou facções, muito menos para interesses contrários à lei, à moralidade e à impessoalidade.

Lembre-se que o Brasil é um Estado Democrático de Direito.

A análise do Estado de Direito implica em vários postulados (controle e limitação do poder pelo direito, vinculação da administração ao direito, legalidade, igualdade, garantia dos direitos fundamentais e busca da Justiça e paz jurídica)[6].

O princípio da limitação e controle do poder é o primeiro pressuposto do Estado de Direito. Karl Larenz entende que os princípios do Estado de Direito, em sentido estrito[7], relacionam-se ao respeito à dignidade do homem, aos direitos humanos, aos princípios comunitários (participação, igualdade, proporcionalidade e nivelação social). No Estado de Direito deve-se impedir de maneira especial que aqueles que exercem o poder estatal o usem de modo diverso ao imposto pelo direito. O mando de uns impõe deveres de obediência a outros, formando *"estructuras de dominación"*. As estruturas de

dominação, no exercício de poder sobre os outros, trazem perigo de abuso, que tem fundamentos muito profundos na natureza humana. Para muitos homens, constitui-se uma tentação o exercício arbitrário do poder, para aumentar o seu amor próprio[8]. Coing entende que todo poder de um homem sobre outro tem que ser limitado. O poder ilimitado contradiz o direito. Limitação e controle do poder se coordenam mutuamente. Montesquieu pretendeu com a divisão dos poderes que um poder limitasse o outro (Legislativo, Executivo e Judiciário).

O princípio da vinculação é aquele em que todos os órgãos do Estado devem vincular-se ao direito, desde a Administração até os tribunais, passando pelo parlamento e outros órgãos públicos.

Por outro lado, é sabido que alguns governantes e administradores públicos pensam que a coisa pública seja *res nullius* (coisa de ninguém), acreditando que o mandato lhes daria o direito de fazer desmandos e descalabros com o dinheiro e os bens públicos, para atender interesses pessoais ou partidários ou de grupos determinados. A situação até provocou o surgimento de jocosos provérbios políticos (*"rouba, mas faz"*, *"dando é que se recebe"* e outros), que expressam e traduzem o pensamento e comportamento de uma parcela dos representantes do povo, em todos os níveis.

Essa situação existe por uma inércia e omissão do povo e principalmente — reconheço — do Ministério Público e do Judiciário, que podem e devem coibir as distorções administrativas. Sem pretender justificar, os primeiros passos estão sendo dados, em todos os níveis: o combate à corrupção, aos desmandos e descalabros administrativos, às rapinagens, aos favorecimentos e ao beneficiamento próprio e de grupos com o dinheiro e bens públicos começam a ser questionados, em todas as esferas governamentais e judiciais. A caminhada é longa e cheio de obstáculos o percurso, mas o Ministério

Público segue firme o seu intento. O Judiciário deve fazer a sua parte. A Cidadania e a Imprensa devem questionar, informar, municiar e exigir providências. Quem sabe no futuro os nossos políticos — após verem os seus patrimônios particulares serem diminuídos pela responsabilização civil pelas irregularidades e ilegalidades cometidas no mandato eletivo — conscientizem-se e passem a trilhar o verdadeiro caminho do interesse público e a serem verdadeiros guardiães do patrimônio público e não os seus dilapidadores. Tenho esperança!

C) OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO

A Administração Pública, direta, indireta ou fundacional, está estruturada em princípios constitucionais, previstos no artigo 37, da Carta Magna. Os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade são básicos na atuação administrativa, norteando o proceder dos agentes administrativos e da própria Administração.

Dentro da estrutura montada pelo constituinte, surge de início a legalidade, consistente na sujeição da Administração à lei. Nessa ótica, Eisenmann interpreta: a) a Administração pode realizar todos os atos e medidas que não sejam contrários à lei; b) a Administração só pode editar atos que uma norma autoriza; c) somente são permitidos atos cujo conteúdo seja conforme a um esquema abstrato fixado por norma legislativa; d) a Administração só pode realizar atos ou medidas que a lei ordena fazer[9].

No direito público, o administrador ou funcionário público poderá fazer apenas o que a lei e o direito permitirem, em face ao princípio da legalidade (art. 37, da Carta Magna). A eventual omissão legislativa não autoriza a realização de atos e medidas administrativas que impliquem principalmente em gastos de dinheiro público e utilização de bens públicos,

sem interesse público. Exemplo: o administrador não poderá promover campanha publicitária com símbolos e lemas diversos daqueles estatuídos na legislação própria, nem utilizar bens e recursos públicos em proveito próprio ou de terceiros, nem dispensar ou fraudar licitações, nos casos exigidos. Tais hipóteses e outras similares são comuns no país inteiro, com notícias de descumprimento dos princípios administrativos.

Por outro lado, as situações das pessoas físicas e jurídicas de direito privado são diferentes, tendo em vista que ninguém poderá ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5°, II, da Carta Magna) e o particular está autorizado a contratar e estabelecer todas as condições que a lei não vedar expressamente (art. 115, do Código Civil). O particular pode fazer tudo o que a lei não vedar.

Segundo aponta a professora Odete Medauar os princípios da impessoalidade, moralidade e publicidade apresentam-se intrincados de maneira profunda, registrando-se mesmo instrumentalização recíproca. A impessoalidade configura-se meio para atuações dentro da moralidade. A publicidade dificulta medidas contrárias à moralidade e impessoalidade. A moralidade implica observância da impessoalidade e publicidade[10].

Nesse contexto, impessoalidade, imparcialidade e objetividade envolvem a idéia de atuação de funcionários em nome do órgão, com igualdade de tratamento dos administrados e com objetivo de atender ao interesse público. Impede-se o atendimento a objetivos pessoais (antipatias, simpatias, objetivos de vingança, represálias, "trocos", nepotismo e favorecimentos diversos)[11]

D) MORALIDADE E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVAS

Moral, originária do latim *morale*, *relativo aos costumes*, segundo o dicionarista Aurélio Buarque Ferreira,

significaria filosoficamente o conjunto de regras de conduta consideradas como válidas, quer de modo absoluto para qualquer tempo ou lugar, quer para grupo ou pessoa determinada. O que há de moralidade em qualquer coisa.[12] Entretanto, segundo Anatole France[13] cada época tem sua moral dominante, que resulta do hábito, única força capaz de reunir os homens num mesmo sentimento (O Manequim de Vime), sendo a moral a ciência dos costumes, mutável, que difere de país a país e em nenhum lugar permanece a mesma no espaço de dez anos (O Livro do Meu Amigo). Moral seria a ciência dos costumes.[14]

A moralidade, do latim *moralitate, caráter*, seria a qualidade do que é moral. Doutrina ou reflexão moral.[15]

Os conceitos de moral[16] e moralidade são de difícil expressão, mas demonstram que dizem respeito ao mesmo assunto, sendo aquela a ciência e esta a sua qualidade.

Lúcia Valle Figueiredo, transpondo o conceito de moral feito por André Lalande para o mundo jurídico, entende que o princípio da moralidade corresponde ao conjunto de regras de conduta da Administração que, em determinado ordenamento jurídico, são consideradas os "standards" comportamentais que a sociedade deseja e espera[17].

A professora Medauar reconhece a dificuldade da expressão verbal do princípio da moralidade. Relaciona-o a termos e noções que propiciem o seu entendimento e aplicação. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho ligou moralidade a exação, lisura e fins de interesse público. Hely Lopes Meirelles vincula-a ao conceito de "bom administrador". José Afonso da Silva, parece aceitar a concepção de Hauriou de moralidade, como conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina da Administração, exemplificando o cumprimento imoral da lei, quando o intuito é prejudicar ou favorecer deliberadamente alguém, caracterizando a improbidade administrativa, como imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente

vantagem ao ímprobo e a outrem. Bandeira de Mello acentua a lealdade e a boa-fé[18]. Na doutrina alienígena, Hauriou noticiou que a jurisprudência francesa anulava atos que nada tinham de ilegal, mas que eram contrários à moralidade administrativa (certas normas de boa administração, norteada para o interesse público). Considerava como um dos casos do desvio de poder. Para Vedel, o juiz (pelo "espírito da lei" ou princípios gerais de direito) pode integrar diretrizes de moralidade à legalidade. O desvio de poder incorpora à ilegalidade certos princípios de moralidade, dos quais o juiz avalia o necessário atendimento[19].

Após comparar o Direito e a Moral, a professora Maria Sylvia Zanella di Pietro enfatiza que a moralidade administrativa exige do administrador público comportamentos compatíveis com o interesse público que lhe cumpre atingir, voltados para os ideais ou valores presentes no grupo social e que estão expressos de forma muito nítida no preâmbulo da Constituição[20]. Espera que a moralidade funcione como limite à discricionariedade administrativa, reconhecendo ao Judiciário o direito de exame, especialmente nos casos em que o ato praticado for manifestamente contrário à moral da instituição, em muitas hipótese de fácil percepção[21]. O controle judicial dos atos administrativos, inclusive da discricionariedade, é possível em caso de desvio de poder, ofensa ao princípio da razoabilidade, da moralidade administrativa, dos princípios gerais de direito e da supremacia do interesse público, implícita ou explicitamente acolhidos na Constituição Federal de 1.988.[22]

A atuação administrativa distorcida e irregular pode comportar tipificação de infração civil, penal, administrativa e política, com as sanções correspondentes.

O art. 37, §4°, da Carta Magna, previu que os atos de improbidade administrativa importarão a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

No âmbito civil, o legislador regulamentou a figura da improbidade administrativa, que prevê sanções civis e políticas para o administrador público, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional, ou quem concorrer para o ato, através da Lei Federal 8.429/92, que classificou três tipos de improbidade administrativa: 1) atos que importam em enriquecimento ilícito (art. 9º.); 2) atos que causam prejuízo ao erário (art. 10) e 3) atos que atentam contra os princípios da administração pública (art. 11).

O comportamento do administrador público nos casos de enriquecimento ilícito é sancionado com a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, o ressarcimento integral do dano, a perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos (art. 12, I, Lei 8.429).

Quando os atos de improbidade causarem prejuízo ao erário, o administrador público é sancionado com o ressarcimento integral do dano, a perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos (art. 12, II).

Na hipótese dos atos de improbidade atentarem contra os princípios da administração, o administrador público é sancionado com o ressarcimento integral do dano, a perda

da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos (art. 12, III).

Há divergência doutrinária se a moralidade engloba o conceito de improbidade administrativa ou vice-versa, parecendo-me que a moralidade, princípio básico da administração e de maior amplitude, é gênero e a improbidade, sua espécie.[23] Inegavelmente, a moralidade, originária da Moral, é bem mais ampla, pois importa em determinação de seguimento de condutas legais e até mesmo não previstas, mas compatíveis com a moral e os bons costumes. A tipificação dos atos atentatórios aos princípios da administração pública (incluída a moralidade) como improbidade administrativa não altera a situação, tendo em vista que destinada a proporcionar instrumento e condições legais para imposição de sanções civis e políticas ao agente público ou terceiro (art. 1º. a 3º., Lei 8.429).

E) OS DANOS MORAIS

A Carta Magna assegura o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem (art. 5º, V). Tais garantias existem para contrapor o direito de manifestação do pensamento e prever a reparabilidade, pelo próprio direito de resposta bem como pela indenização pelo dano material, moral e à imagem. Os princípios estão incluídos como Direitos e Garantias Fundamentais do Cidadão, no Capítulo dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos.

Os responsáveis pela reparação dos danos podem ser pessoas físicas e jurídicas, de direito público ou privado.

Isso é tranqüilo na doutrina[24], sem notícia de posicionamento diferente da jurisprudência. Não há qualquer dúvida de que todas as pessoas físicas e jurídicas, de direito público ou privado, podem exigir a reparação dos danos materiais.

Por outro lado, quais pessoas podem receber indenização por danos morais?

É bem forte a corrente doutrinária favorável à reparabilidade dos danos morais quando a vítima for pessoa física e jurídica de direito privado[25]. É mais acentuada a dor moral da pessoa física, mas as empresas também têm reputação e nome a zelar na sua atividade comercial ou industrial[26]. O ente público tem imagem a preservar, sob pena de descrédito da sociedade nos deslizes

Alguma dúvida pode surgir quando a vítima for um ente estatal. Pode um ente estatal sofrer danos morais e pleitear a reparação? Entendo que sim.

O constituinte considerou tanto o aspecto moral, que chegou ao ponto de erigir a moralidade a princípio constitucional básico à atuação da Administração Pública (art. 37, caput). Evidentemente, o ferimento à moralidade pode desencadear dano moral e a obrigatoriedade da reparação ao Estado, quer seja por ação ou omissão dos próprios governantes como por outras pessoas físicas e jurídicas. Normalmente, são os governantes que praticam atos de imoralidade contra a administração pública, exatamente quem têm a incumbência de zelar pelo cumprimento dos princípios da administração e dar exemplo aos cidadãos.

A reparabilidade dos danos morais sofridos pelos entes públicos é pouco difundida na doutrina[27]. Não há notícia de decisões a respeito.

São possíveis nos comportamentos caracterizadores de improbidade administrativa e atos contrários à moralidade e aos demais princípios norteadores da administração, podendo ser citados exemplificativamente

os casos de dispensa ou fraude de licitação, malversação de dinheiro público[28], utilização da máquina administrativa em proveito próprio ou de grupos[29], realização de publicidade oficial com símbolos pessoais ou de grupos ou de partidos políticos[30], contratação de funcionários sem concurso e fora das hipóteses legais e atos de corrupção e prevaricação.

É visível que tais comportamentos de administradores e funcionários públicos abalam a imagem e a credibilidade do ente público e toda a sociedade, incutindo no povo e nos servidores públicos a falsa idéia de que tudo é possível com o dinheiro e bens públicos, pouco importando a lei ou a moral, disseminando um sentimento de dilapidação do patrimônio e de estímulo a falcatruas, ilegalidades, irregularidades e imoralidades. O contribuinte certamente terá menos interesse em quitar regularmente os impostos, sob o argumento de que o dinheiro será mal gasto, provavelmente o que explica a enorme sonegação, sendo visível que o contribuinte está cansado de pagar tantos tributos[31] sem constatar resultados satisfatórios na administração pública. Uma empresa poderá não se instalar naquele município ou Estado em virtude da má fama do poder público, disseminada pelos comportamentos irregulares dos seus governantes, preferindo outra localidade em que o conceito da administração pública não seja negativo. É inegável que atos de corrupção afetam o ente público.

As lesões à moralidade devem ser reparadas civilmente pelo administrador público, como danos morais, com caráter compensatório e punitivo. Compensam o abalo ou a diminuição da credibilidade da administração pública e punem o infrator pelo ato.

Note-se que os administradores exercem mandato público, decorrente da sua aclamação pelo voto popular. Devem responder civilmente pelos seus desmandos, quando, dolosa ou culposamente, provocarem lesões ao patrimônio público,

nos estritos termos do artigo 159, da lei civil, tendo em vista que aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. Os bens dos responsáveis pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado, com solidariedade dos agentes (art. 1.518, do Código Civil). O mandatário civil é obrigado a aplicar toda a sua diligência habitual na execução do mandato e a indenizar qualquer prejuízo causado por culpa (art. 1.300, CC) e com maior razão o mandatário eleito pelo voto popular, que na sua posse jurou perante o povo e autoridades cumprir as constituições e as leis do país e agir de acordo com a moral e os bons costumes, juramento considerado quebrado quando ocorridas as situações aqui discutidas e similares, configuradoras de ferimentos aos princípios constitucionais da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e sobre improbidade administrativa.

Portanto, os administradores públicos devem responder por danos morais, com a condenação ao pagamento de indenização, a ser arbitrada[32], em ação civil pública ou em ação popular[33].

Os danos morais e materiais pelos mesmos fatos são cumuláveis, inclusive com a edição da Súmula 37, pelo E. Superior Tribunal de Justiça, consolidando a jurisprudência favorável[34].

Não se argumente que a previsão de multa civil por improbidade administrativa (três vezes o valor do acréscimo patrimonial, no caso de enriquecimento ilícito; até duas vezes o valor do dano, na hipótese de prejuízo ao erário e até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente, no atentado aos princípios da administração, art. 12, I, II e III, Lei 8.429) seria suficiente para indenizar os danos extrapatrimoniais do ente público, incluídos os danos morais, tendo em vista que é uma apenação por improbidade

administrativa, sem objetivar reparar os danos decorrentes dos aspectos morais provocados em detrimento do ente público e da sociedade, pela quebra da moralidade administrativa.

Há divergência sobre a natureza da indenização por danos morais[35]. Parece-me que a multa civil por improbidade administrativa tem caráter sancionatório e os danos morais têm características compensatória e punitiva. Compensam os reflexos negativos sofridos pelo ente público e a sociedade e sancionam o agente público, para servir de alerta e forma de dissuadir o administrador público de praticar novas ilegalidades, imoralidades, pessoalidades e ferimentos aos princípios constitucionais da administração pública.

O grande problema prático é a estimação dos danos morais sofridos pelo ente público e a sociedade. Tudo depende do caso concreto. O arbitramento deverá levar em consideração o ato praticado, as suas condições, os ganhos financeiros e políticos do administrador, seu partido ou grupo político, os prejuízos morais e financeiros, as conseqüências negativas provocadas ao ente público e à comunidade e os seus reflexos no funcionamento da máquina administrativa. As condições econômicas e salariais do agente público deverão influenciar na fixação.

O arbitramento ainda deverá levar em conta o bom senso e a eqüidade, para fixar valor razoável, não tão elevado nem tão pequeno, para servir de exemplo a outros administradores e agentes públicos e servir de desestímulo à reiteração de atos de improbidade e imoralidade pelo agente infrator.

Finalmente, para quem deverão ser canalizados os valores decorrentes dos danos morais? Para o ente público ou para o fundo de reparação dos interesses coletivos e difusos?

Entendo que os danos morais, além de afetarem o ente público, afrontam a coletividade, pois os cidadãos decepcionam-se com o comportamento do agente público

colocado no cargo pelo voto popular, sentem-se impotentes e revoltados diante da situação e vêem aumentar o sentimento de desprestígio do ente público perante a comunidade, com inegáveis reflexos no recolhimento de tributos e na preservação do patrimônio público e dispêndio irregular de recursos públicos.

Assim, os danos morais devem ser recolhidos para o fundo estadual ou federal de reparação dos danos difusos e coletivos[36], previstos no art. 13, da Lei 7.347/85, em virtude de ser federal ou não o órgão público lesionado, com aplicação dos recursos no local do fato, principalmente em campanhas de divulgação dos princípios administrativos, com destaque à moralidade administrativa, recompondo a exata noção da finalidade estatal.

F) CONCLUSÕES

Tendo em vista tais fundamentos jurídicos, concluo:

1) Os entes públicos e a sociedade podem ser vítimas de danos morais, por quebra do princípio constitucional da moralidade, previsto no artigo 37, da Carta Magna.

2) O administrador público ou outra pessoa física ou jurídica que praticar ato caracterizador de imoralidade administrativa pode ser obrigado civilmente pela reparação dos danos morais.

3) A sanção por danos morais tem caráter compensatório e punitivo, servindo para compensar os danos sofridos pelo ente estatal e a sociedade e de alerta e forma de dissuadir o administrador público ou terceiro de praticar novos atos de imoralidade, improbidade, ilegalidade, pessoalidade e ferimentos aos princípios constitucionais e normas legais atinentes à administração pública.

4) A ação civil pública e a ação popular são os instrumentos jurídicos capazes de conterem pedido de condenação por danos morais.

5) Os danos morais deverão ser arbitrados judicialmente, levando em consideração o ato praticado, as suas condições, os ganhos financeiros e políticos do administrador, do seu partido ou grupo político, os prejuízos morais e financeiros, as conseqüências negativas provocadas ao ente público e à comunidade, os seus reflexos no funcionamento da máquina administrativa, o grau de descrédito e desconfiança provocado no meio social, as condições econômicas e salariais do agente público, o bom senso e a eqüidade, para fixar valor razoável, não tão elevado nem tão pequeno.

6) Os valores dos danos morais deverão ser recolhidos ao fundo especial de reparação dos danos difusos e coletivos e gastos no local do fato, em campanhas educativas e de divulgação da moralidade e dos outros princípios da administração pública.

7) São cumuláveis os danos materiais e morais, pela prática de atos imorais e ilegais, que afrontem à moralidade administrativa e influenciem negativamente a sociedade.

8) A multa civil prevista para os casos de improbidade administrativa (art. 12, I, II e III, da Lei 8.429) não impede a condenação por danos morais, quando o ato ilícito caracterizar ferimento à moralidade administrativa.

9) O administrador público que praticar atos considerados ilegais, imorais, pessoais e outros previstos nos artigos 9, 10 e 11 da Lei 8.429 incorre em improbidade administrativa, sujeitando-se às penalidades civis e políticas previstas (a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, o ressarcimento integral do dano, a perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa civil arbitrada sobre o valor do acréscimo patrimonial ou do valor do dano ou sobre o valor da remuneração percebida

pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três a dez anos, art. 12, I, II e III, da Lei 8.429).

São Paulo, abril de 1.998.

VALTER FOLETO SANTIN
santin@serverlxci.mp.sp.gov.br

[1] Antonio Roberto Sampaio Dória, Direito Constitucional Tributário e "Due Process of Law" - Ensaio sobre o Controle Judicial da Razoabilidade das Leis, Forense, Rio, 2ª ed., 1.986, pág. 37.

[2] Folha de S. Paulo, 25.11.94, pág. 1-4.

[3] Ele confidenciou: *"I like to pay taxes. With them I buy civilization"* (Dória, obra citada, pág. 44, nota 20, citando Jerome Hellerstein e Randolph E. Paul).

[4] Direito Municipal Brasileiro, Malheiros, 1.993, 6ª ed., atualizada por Izabel Camargo Lopes Monteiro e Yara Darcy Police Monteiro.

[5] Obra citada, pág. 258.

[6] O Estado de Direito exige a limitação e controle do poder, irretroatividade das leis, vinculação ao direito de todos os órgãos do Estado, a amplitude da tutela jurídica e princípios processuais a serem seguidos, dentre eles o exercício do contraditório no processo, segundo analisa KARL LARENZ (Derecho Justo, Cap. VI, págs. 151/189).

[7] No sentido filosófico, o Estado de Direito é aquele em que as leis dominam, não os homens. Nas concepções de PLATÃO, seria o domínio dos mais sábios e criação de mecanismos destinados a impedirem o abuso de poder, decorrente da estupidez dos homens. A lei é o senhor sobre os senhores e a autoridade está submetida às leis. KANT vê a necessidade da lei dominar, não os homens. O Estado moral de HEGEL, pertence ao sentido de que num Estado de Direito nada se abandona ao arbítrio do monarca ou das autoridades, que devem agir de acordo com a lei. Sobre o assunto, vide Karl Larenz, obra citada.

[8] Derecho Justo, Civitas, 1.985. COING entende que o poder de um homem tem que ser limitado e a limitação e o controle do poder se coordenam mutuamente. MONTESQUIEU, com a divisão dos poderes, pretendeu que um poder limitasse o outro.

[9] Odete Medauar, A Processualidade no Direito Administrativo, RT, São Paulo, 1.993, págs. 87/88, com base em Eisenmann (Cours de droit administratif, t. I, 1982, p. 463).

[10] Obra citada, págs. 88/89. Para comparação, a Constituição Italiana de 1.947 preceitua a imparcialidade da administração (art. 97) e a Espanhola (1.978) determina que a Administração sirva, com objetividade, os interesses gerais (art. 103, I).

[11] Obra citada, pág. 90.

[12] Aurélio Buarque Ferreira, Novo Dicionário Aurélio, Ed. Nova Fronteira, 1ª. ed., 15ª. impressão, pág. 944, ou Dicionário Aurélio Eletrônico. No mesmo sentido, Maurício Antonio Ribeiro Lopes (Ética e Administração Pública, RT, 1.993, pág. 13), Maurício Lopes, mesma página, com base em Edson Aguiar de Vasconcelos, Instrumentos de Defesa da Cidadania na Nova Ordem Constitucional, Forense, pág. 101, observa que segundo Kant, o senso moral é inato a todo ser humano, sem derivar da experiência. Uma ação pode ser boa se resultante da obediência a esse sentido interior de dever e não por apresentar apenas bons resultados. No campo da moralidade, não tem aplicação a parêmia de que os *"fins justificam os meios"*, pois o importante é seguir a lei moral, sem preocupação com lucros ou perdas materiais. Maurício relaciona moralidade com a idéia da Ética, ciência dos valores.

[13] Paulo Rónai, Dicionário Universal Nova Fronteira de Citações, 3ª. ed., pág. 634. Sobre moral, Hemingway escreveu: "Eu só sei que é moral o que nos faz sentir-nos bem depois, e imoral o que nos faz sentir-nos mal depois." (Morte na Tarde), citado por Rónai, obra citada, pág. 635). No mesmo sentido, Maurício Lopes (obra citada, págs. 13/14).

[14] Maurício Lopes (obra citada, pág. 14).

[15] Aurélio, página e obra citada.

[16] Segundo Hélio Sodré, relacionando a Moral e o Direito, assinala que incumbe à Moral determinar a melhor maneira de agir e de viver, anotando que a Moral estuda os deveres gerais da conduta humana, assentando os princípios que levam à certeza de que o bem deve predominar sobre o mal e de que os homens devem ser caridosos e fraternos (Manual Compacto de Direito, Ed. Liber Juris, Rio, 3ª. ed., 2ª. impressão, 1.986, pág. 7).

[17] Curso de Direito Administrativo, Malheiros, São Paulo, 1.994, pág. 45.

[18] Medauar, obra citada, págs. 90/91. Também Weida Zancaner, Razoabilidade e Moralidade na Constituição de 1988, Revista Trimestral de Direito Público, Malheiros, São Paulo, nº 2/1993, págs. 205/210.

[19] Medauar, obra citada, pág. 92. Sobre Direito, Ética, Moral, Moralidade e Moralidade Administrativa vide Maurício Lopes, obra citada. Lopes acentua (págs. 24/25) que a moralidade administrativa e a ética são faces da moralidade pública, que se sujeita ao controle social, com rigidez dependente

do grau de desenvolvimento da moral social, observando a percepção de Vasconcelos de que a moralidade é encontrada nos julgamentos que as pessoas fazem sobre a conduta e não na própria conduta (daí o exemplo clássico da moral da mulher de César, que não basta ser honesta, é preciso parecer honesta). Resultaria do julgamento da moralidade pública um caráter objetivo e público, não idiossincrático e privado.

[20] Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1.988, Atlas, São Paulo, 1.991, pág. 107.

[21] Maria Sylvia critica a restrição dos tribunais à ação popular, ao exigir a lesividade ao patrimônio público e também a ilegalidade do ato, tirando da medida popular grande parte de sua utilidade, reconhecida desde a sua origem, no direito romano, como meio de amparar a moralidade administrativa. A atual Constituição corrige a falha jurisprudencial. Obra citada, pág. 118.

[22] Maria Sylvia, obra citada, págs. 171/173.

[23] Nesse sentido, Marcelo Figueiredo (Probidade Administrativa, Malheiros, São Paulo, 1.995, pág. 21), apud Flávio Sátiro Fernandes, Improbidade Administrativa (Revista Teia Jurídica, Internet). Flávio diverge, entendendo que moralidade e improbidade são conceitos diferentes e inconfundíveis e que a improbidade seria gênero, e a moralidade, espécie, entendendo aquela mais ampla.

[24] Carlos Alberto Bittar (Reparação Civil por Danos Morais, RT, São Paulo, 2ª. ed., págs. 137/144)

[25] Dentre mais, Bittar (págs. 144/150) e Luiz Alberto Thompson Flores Lenz, Dano Moral contra a Pessoa Jurídica, RT 734/56-65, dezembro de 1.996. Nos tribunais: RT 717/234 (TJPB), 716/270 (TAMG), 717/147 (TJSP), 726/310 (1º. TACIVIL-SP), 730/207 (TJSP), 734/468 (TAMG), 726/369 (TJMS), 725/347 (TJSC), 733/297 (TJDF), 725/241 (1º. TACIVIL-SP), 725/336 (TJRJ) e 727/123 (STJ).

[26] A reparação dos danos morais pela pessoa física é pacífica. Em relação à pessoa jurídica encontra alguma resistência da doutrina (Wilson Melo da Silva, O Dano Moral e sua Reparação, Forense, Rio, 1.983, item 272, págs. 650/653) e da jurisprudência (RT 726/392, TJRJ, e 717/249, TARS), posições minoritárias e sem força atualmente.

[27] Bittar entende ressarcíveis os prejuízos materiais ou morais sofridos por certa pessoa ou pela coletividade, em virtude de ações lesivas perpetradas por entes personalizados (pág. 26). Bittar aceita que todos os entes (personalizados ou não) possam sofrer danos morais, diante da evolução ocorrida, com o reconhecimento de direitos de categorias, grupos sociais ou da coletividade, que permitiu o desenvolvimento e a aplicação das ações de classe (class action), para defesa dos interesses coletivos, difusos ou individuais homogêneos (pág. 46). Enfatiza que os fatos geradores do direito

à reparação podem envolver amplo elenco de ações humanas, vez que a cada momento situações novas são detectadas, maquinações e artimanhas são engendradas, mecanismos diversos de comunicação são inseridos no mercado, à luz da imensa capacidade criadora do homem e de lucubrações a que pode alcançar sua inteligência (pág. 123).

[28] Como Promotor de Justiça da Cidadania de Diadema movi em 1.995 ação civil pública contra ex-prefeito, para indenizar danos materiais e morais, tendo em vista que a autoridade municipal implantou um sistema de descentralização dos serviços públicos, de forma irregular, sem qualquer diploma legal, possibilitando que funcionários subalternos utilizassem de processos de correção de diferenças salariais, para autorizarem créditos em conta corrente de pessoas que não eram funcionárias municipais nem tinham direito a qualquer recebimento, no conhecido "Caso dos Fantasmas" (Feito 1.100/95, 3ª. Vara Cível de Diadema, em andamento).

[29] Movi ação civil pública contra o prefeito, por ter autorizado irregularmente a viagem de populares para Brasília com ônibus municipais, para participarem de movimento popular contra a Privatização da Previdência (Feito 1.148/95 - 4ª. Vara Cível de Diadema, em andamento).

[30] Movi ação civil pública contra prefeito municipal, por irregularidades no gasto de dinheiro público com propaganda de cunho pessoal e partidário (Feito 1.188/95 - 2ª. Vara Cível de Diadema, em andamento).

[31] A Rádio Jovem Pan (AM), de São Paulo, diariamente combate o excessivo número de tributos, encerrando as críticas tributárias, com o lema "Brasil, o País dos Impostos".

[32] Nas ações movidas contra o ex-prefeito e prefeito de Diadema pleiteei a fixação em 200 vezes o salário dos administradores públicos como prefeitos.

[33] José Luiz Delgado, Juiz do TRF da 5ª. Região, destaca a nova fisionomia da ação popular e o direito do Ministério Público promover ação civil pública para controlar os atos administrativos, principalmente a moralidade (Princípio da Moralidade Administrativa e a Constituição Federal de 1988, Revista Trimestral de Direito Público, Malheiros, São Paulo, nº 1/1993, págs. 208/223).

[34] Paulo Roberto Saraiva da Costa Leite, Ministro do E. STJ (Dano Moral no Direito Brasileiro, Revista Teia Jurídica, Internet).

[35] Marcus Vinícius Rios Gonçalves, O Dano Moral e sua Liquidação, Artigos dos Professores, Curso do Professor Damásio, Internet, www.travelnet.com.br/curso.damasio.

[36] Em ações civis públicas movidas em junho de 1.995, na Comarca de Diadema, São Paulo, já referidas, pedi expressamente que os danos patrimoniais e multa civil por improbidade administrativa fossem canalizados para os cofres municipais e os danos morais fossem carreados ao fundo estadual de reparação dos danos difusos e coletivos.

TEMA:

O PRINCÍPIO DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA DIANTE DOS INTERESSES SOCIAIS

TÍTULO: A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E A OMISSÃO DO ADMINISTRADOR DIANTE DOS INTERESSES SOCIAIS.

I - COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

A abordagem dada à discricionariedade administrativa parte sempre da noção de que é esta a liberdade que detém o administrador em optar, dentre as várias possibilidades e de acordo com a oportunidade e a conveniência da Administração, pela melhor solução para o caso concreto.

Quando, porém, enfoca-se a discricionariedade à luz dos interesses sociais, o campo de liberdade do administrador reduz-se. Ao mesmo tempo, o mérito deste ato fica enriquecido, já que todas as possibilidades de atuação convergerão para o atendimento do interesse social contido no caso concreto, cabendo a decisão unicamente ao Poder Público.

Portanto, se já é pacífica a impossibilidade de interferência no mérito administrativo, cabendo ao administrador a opção que atenda ao ótimo, a previsão constitucional do zelo pelo efetivo respeito aos direitos constitucionais assegurados por parte dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública, confere ao Ministério Público (arts. 127 e 129, II da CF) o dever institucional de exigir ações e não tolerar as omissões dos administradores, no exercício da discricionariedade.

O desafio dos vivenciadores do Direito Público está na percepção e na sensibilidade do momento e do caso concreto em que, sob a justificativa da discricionariedade, o Poder Público está sendo omisso na sua função de atender aos interesses sociais específicos.

Cabe ao Ministério Público vivenciar e interiorizar um posicionamento pautado em critérios que possibilitem a efetivação dos direitos e a implementação de uma política pública compatível com a proposta administrativa escolhida pela população, através da eleição de seus administradores, mas também com os ditames constitucionais.

II - DA DELIMITAÇÃO DA CONDUTA OMISSIVA

Ao administrador cabe, no âmbito do poder discricionário optar em fazer ou não fazer algo para atingir o ótimo do escopo legal. Portanto, pode ocorrer que quando decide por não fazer algo, não está o mesmo sendo omisso, já que dentro das opções apresentadas, a que melhor lhe pareceu para solver o caso concreto foi a inação.

Nestes casos, o controle da discricionariedade está na aferição se a escolha administrativa de não fazer algo alcançou a finalidade da norma, que seria a satisfação do interesse social.

Ocorre porém que, muitas vezes, o administrador simplesmente ignora sua vinculação à satisfação do interesse público e deixa de exercer sua função [1] discricionária, não apreciando o caso concreto que está à espera de uma efetivação, seja pela ação, seja pela inação consciente do administrador.

Esta omissão deve ser rechaçada pelo Ministério Pùblico, que deve buscar critérios objetivos para demonstrá-la e caracterizá-la como uma conduta inviabilizadora da efetivação dos direitos sociais.

Para isto, o Ministério Público deve ter interiorizado que são os princípios constitucionais os referenciais que delimitam a atuação do Poder Público [2], pois sem esta sensibilidade e sem a prática da conformação da inação do administrador no caso concreto aos princípios constitucionais, não se diferenciará os casos de omissão dos casos de ato discricionário, nos quais se opta em não fazer.

III - A OMISSÃO DO ADMINISTRADOR E A AFRONTA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A discricionariedade administrativa, geralmente invocada como forma de legitimar a omissão do Poder Público no caso concreto e afastar o controle pelo Judiciário, necessita de critérios objetivos para ser auferida.

Se há muito vem-se construindo uma (já consolidada, até) que limita a discricionariedade da ação administrativa aos ditames legais, de maneira que não haja afronta aos direitos dos particulares, e que orienta a busca, pelo Administrador, do ótimo para atingir o interesse social no caso concreto, a omissão administrativa que, por via oblíqua, inviabiliza o exercício dos direitos e a concretização da implementação das políticas públicas ainda não é percebida com facilidade. Sendo, na maioria das vezes, atrelada à subjetividade, confundida com a discricionariedfade (já que a inércia pode ser denominada de oportunidade ou conveniência) ou mesmo desapercebida pela sociedade e pelos controladores do Poder Público, embora esteja latente, sentida e esteja a necessitar de critérios objetivos que a destaquem e a realcem.

Apesar da dificuldade de caracterização da conduta omissiva no âmbito discricionário, o sistema principiológico constitucional pode dar suporte ao controle da atuação do Poder Público, quando este nem chega à análise do caso concreto, simplesmente omitindo-se.

O sistema normativo constitucional tem seu alicerce fincado em seus princípios. A partir do conhecimento do conteúdo e do alcance destes pode-se chegar aos valores eleitos como fundamentais, para informar e embasar todo o sistema jurídico, e, por consequência, a atuação do Poder Público.

Canotilho[3] assinala que os princípios (ou valores que eles exprimem) são exigências de otimização abertas a várias concordâncias, ponderações, compromissos e conflitos. Destacando, ainda, que os mesmos são o fundamento de regras jurídicas e têm uma *idoneidade irradiante* que lhes permite *"ligar"* ou cimentar *objetivamente* todo o sistema constitucional.

Sob esta ótica, pode-se conformar a ausência de implementação de uma política pública ao princípio constitucional correlato, que poderia estar sendo valorizado pela ação ou está a ser afrontado pela inação. E, a partir desta análise, caracterizar a omissão do Poder Público.

E o que se pretende alertar é que o Ministério Público pode, a partir do sistema de princípios constante na Carta Magna e da intolerância à omissão administrativa, delimitar a margem de discricionariedade da administração no cumprimento da ordem constitucional social, interferindo, seja judicial ou extrajudicialmente, para que o Administrador opte, no caso concreto pela implementação ou não da política que atenda ao interesse social.

O conhecimento desta decisão administrativa em não implementar determinada política pública é um direito da sociedade, do cidadão que elege seus governantes e, portanto, valoriza o regime democrático. Daí porque a necessidade de se trabalhar critérios objetivos, tais como os princípios constitucionais, para aferição da omissão, que embora seja latente e sentida pela sociedade, encontra-se pouco controlada.

E o controle somente será uma constante quando a

sociedade, o Ministério Público, os Tribunais de Contas, enfim, todos os órgãos controladores tiverem interiorizado a intolerância à omissão e estejam a perseguí-la objetivamente, através de critérios objetivos que a concretizam.

Trazendo à tona que a omissão atinge o sistema principiológico constitucional - e, por consequência, a própria Lei Maior - pode-se atrelar a conduta discricionária do administrador à satisfação do interesse social. E esta exigência de atitude discricionária pode ser exigida pelo Ministério Público, tanto na sua atuação como custos legis, quanto na sua atuação judicial ou extrajudicial.

IV. CONCLUSÕES

1. A discricionariedade administrativa na realização do interesse social tem seu âmbito delimitado, cabendo ao Ministério Público a exigência de ações e a intolerância às omissões dos administradores;
2. A decisão de não fazer no âmbito do poder discricionário não se confunde com a omissão, que ocorre quando o Administrador ignora sua vinculação à satisfação do interesse público e deixa de exercer sua função discricionária, não decidindo nem pela opção de não-fazer;
3. O Ministério Público deve buscar através dos princípios constitucionais os referenciais (critérios objetivos) que delimitam a atuação do Poder Público, procurando caracterizar a omissão como conduta inviabilizadora da efetivação dos direitos sociais e rechaçá-la através da conformação da inação no caso concreto aos princípios constitucionais (critério objetivo);
4.Com o entendimento já firmado de que a omissão administrativa pode ser controlada e judicializada, seja na atuação do Ministério Público como custos legis, seja como autor de ação civil pública ou ainda na sua atuação extrajudicial, pode-se e deve-se utilizar o critério do sistema principiológico

constitucional.

INÊS VIRGÍNIA PRADO SOARES
Procuradora da República

[1] O termo função é utilizado com apoio nos ensinamentos do Prof. Celso Antonio Bandeira de Mello que com a propriedade de sempre afirma ser atividade administrativa o desempenho de função, delimitando o Mestre que:"Onde há função, pelo contrário, não há autonomia de vontade, nem liberdade expressa (...), há submissão da vontade ao escopo pré-traçado na Constituição ou na lei e há o dever de bem curar um interesse alheio que, no caso, é o interesse público" (em seu Curso de Direito Administrativo, Malheiros, 4ª edição, pp. 45/46).

[2] Como bem ressalta Juarez Freitas, o CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS e os princípios fundamentais, Malheiros, p.16: "Os princípios constitucionais e, por suposto, as regras que lhes imprimem concreção, são referenciais máximos e paradigmas que devem ser detida e profundamente interiorizados pelos controladores *latu sensu...*"

[3] J. J. Gomes Canotilho, ob. cit., p. 169.

TEMA:
ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NAS ÁREAS CÍVEL E ESPECIALIZADAS - A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CIDADÃO.

SUB-TEMA:
TUTELA DOS INTERESSES INDIVIDUAIS E SUPRAINDIVIDUAIS

TÍTULO:
Do exercício das atribuições constitucionais do Ministério Público, e de sua atuação junto aos Tribunais de Contas

---

AUTOR:Márcio Etienne Arreguy
Promotor de Justiça em Minas Gerais

I. Introdução.

A implementação do estado de Direito, iniciada com a convocação da Assembléia Nacional Constituinte, e consagrada com a promulgação da nova Carta Magna, em 1988, se fez sentir, com especial intensidade, no âmbito de atuação do Ministério Público.

O Poder Constituinte concebeu a Instituição como garantia primordial da Cidadania, incumbindo-a da defesa do Regime Democrático, da Ordem Jurídica e do próprio Estado de Direito, deixando evidente a importância fundamental do Ministério Público no quadro institucional brasileiro.

A nova concepção do Ministério Público, segundo

os ditames constitucionais, foi a mais notável inovação institucional desde a proclamação da República, significando o retorno ao caminho histórico da Liberdade e da Justiça, que norteia os rumos da Civilização.

Esse novo perfil, que coloca a Instituição na defesa dos mais caros interesses sociais, cunhou a consagrada expressão "Ministério Público do Terceiro Milênio", cujas imensas atribuições chegou a sugerir a existência de um "quarto poder", e que tem sido até hoje objeto de polêmicas, inclusive diante de sonhadas prerrogativas, agora legitimamente conferidas, tais como as autonomias orçamentária, financeira e administrativa.

II. Da Ampliação das Atribuições do Ministério Público

Considerada sua importância no quadro institucional, em consequência da natureza de suas atribuições, e das garantias que lhe são asseguradas, pode-se perceber, á primeira vista, que o Ministério Público exerce papel de peça fundamental no sistema de freios e contrapesos, mediante o qual o Estado procura o equilíbrio no exercício do poder.

Considerado indispensável ao exercício da função jurisdicional, e incumbido da defesa dos direitos de caráter social e coletivo, o Ministério Público experimentou um aumento qualitativo excepcional de suas atribuições.

Para viabilizar o exercício das novas funções institucionais do Parquet, guindou-se a ação civil pública ao patamar constitucional, colocando-a a serviço do interesse público, com a modificação de sua instrumentalidade, antes restrita aos casos previstos na lei ordinária.

Hoje, que respiramos o ar da Liberdade e da Democracia - não foi por outro motivo que nossos bravos soldados deram sua vidas nas montanhas da Itália - vivemos sob uma nova Ordem, fundada no Direito e na Cidadania, dos

quais o Ministério Público é guardião perene e inderrogável.

III.O Ministério Público e os Tribunais de Contas.

O Tribunal de Contas, ao contrário do que sugere sua denominação, não exerce função jurisdicional.

Trata-se de órgão de assessoramento do Poder Legislativo, a quem incumbe o exercício do controle político dos atos da Administração.

O Ministério Público, por sua vez, deve promover a defesa dos direitos sociais e indisponíveis, dentre os quais a **legalidade** e a **moralidade** dos atos administrativos, estabelecidas no texto constitucional, se destacam "prima facie".

Assim, sua atuação junto àquele órgão deve consistir na fiscalização das prestações de contas públicas, com a adoção das medidas cabíveis em cada caso, de natureza civil ou penal, exigindo, perante o Poder Judiciário, o respeito dos direitos cuja violação se constatar.

Existem, é certo, dois tipos de controle dos atos da Administração, que não se confundem nem se vinculam: o controle político, exercido pelo Poder Legislativo, com a assessoria do Tribunal de Contas, e o controle judicial, exercido pelo Poder Judiciário, mediante a provocação do Ministério Público, das entidades legitimadas á propositura da ação civil pública, ou do cidadão comum, sujeito ativo da ação popular.

Desta forma, é possível a conclusão de que a aprovação de contas públicas, pelo Tribunal de Contas ou pelo Poder Legislativo, não se constitui em fato impeditivo para a propositura da ação que vise à reparação devida em face da violação de norma cogente, para impor a sanção criminal ou a recomposição de dano causado ao patrimônio público, decorrente de abuso no exercício da atividade administrativa.

Por outro lado, há de se ressaltar que, a defesa do patrimônio público, pelo "Parquet", não se exaure em sua atuação junto ao Tribunal de Contas, nem se restringe a outros limites que não os fixados legalmente, observando-se, sempre, e com cautela, o primado da norma constitucional.

Em havendo notícia de fato relacionado à prestação de contas públicas, que motive a propositura de ação pública, civil ou penal, deve o "Parquet" promover sua imediata apuração, independentemente daquilo que se passar diante do Poder Legislativo e do Tribunal de Contas.

IV Da ação civil pública como instrumento viável para o exercício do controle judicial dos atos administrativos.

A ação civil pública, criada em 1985, em sua versão original, antes da vigência da Carta Magna, tinha sua instrumentalidade restrita às hipóteses taxativamente elencadas ("numerus clausus").

Entretanto, o artigo 129, inciso III da Constituição Federal instituiu a ação civil pública para a proteção do "patrimônio público e social, do meio ambiente, e de outros interesses difusos e coletivos", modificando o sistema anterior.

A par da clareza do texto constitucional, estabeleceu-se, nos tribunais, a controvérsia a respeito de ser tal ação o remédio jurídico adequado para o exercício do controle judicial dos atos da Administração.

Houve entendimento de que a via processual correta seria apenas a ação popular, por ser a mesma destinada especificamente a tal finalidade.

A polêmica parece ter sido encerrada após a vigência do Código do Consumidor, que, repetindo as disposições constitucionais, estabeleceu a adequação da ação civil pública para a defesa de "qualquer outro interesse coletivo".

Parece-nos duvidoso que alguém possa excluir a legalidade e a moralidade administrativa, bem como a integridade dos cofres públicos, do rol dos referidos interesses, senão mediante a frontal violação da lei e do direito.

Há ainda a ressalva legal "sem prejuízo da ação popular", inserida no texto original da lei da ação civil pública, que afasta qualquer tipo de obstáculo do caminho da viabilidade de tal ação, como instrumento de exercício do controle judicial dos atos da Administração.

Tal expressão consagra a convergência de finalidade de ambas as ações, no âmbito do exercício do aludido controle judicial.

V. Conclusão.

Admitida a instrumentalidade da ação civil pública para os fins expostos, fica evidenciada a legitimidade do Ministério Público, titular nato da referida ação, para atuar no âmbito do controle judicial dos atos administrativos.

Entendimento anterior dos Tribunais, negando a legitimidade ativa do "Parquet", se fundava no argumento, inconstitucional, de que o Ministério Público só poderias postular a defesa dos direitos elencados na redação original do artigo primeiro da lei 7.347/85, hoje adaptado à nova Constituição pelas disposições inseridas no Código do Consumidor, como esclarecido.

Outra discussão que parece ter sido superada diz respeito à questão de o conceito "patrimônio público" abranger, ou não, o Erário. A nós parece evidente que sim. O Erário é o Patrimônio Público por excelência, é o patrimônio em espécie. Contudo, a inserção da expressão "qualquer outro interesse coletivo" torna patente a possibilidade de enquadramento legal dos cofres públicos, ainda que fora do conceito "Patrimônio Público".

Esse conjunto de posições contrárias ao instituto da ação civil pública atenta contra a plenitude do exercício das atribuições do Ministério Público, e a Instituição deve se manifestar, reafirmando a intransigente defesa dos direitos sociais e coletivos, tal como legalmente estabelecido.

Não se pode negar vigência ao texto constitucional, e o dispositivo do artigo 129, inciso III da Carta Magna é auto aplicável, vale dizer, não se estabeleceu ressalva que o sobrestasse, nem há a necessidade de regulamentação, em face de seu teor: **"São funções institucionais do Ministério Público...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"**

A lei diz por si só, ou, relembrando os pretores: "In claris interpretatio cessat".

Parece óbvio o propósito do legislador constituinte no sentido de instrumentalizar a ação civil pública, de legitimar o Ministério Público como sujeito ativo, e de incluir o Erário no rol dos bens juridicamente tutelados.

O entendimento de que todas essas questões só foram contempladas depois da vigência da lei ordinária desafia a "teoria do primado constitucional", valiosa contribuição de Hans Kelsen, reconhecida pelo ordenamento jurídico nacional.

Eis que não se cogita de qualquer espécie de retorno ao direito medieval, nem se pode aceitar qualquer ameaça contra o constitucionalismo.

Poderiam ter sido evitados, assim, numerosos recursos e calorosos debates, pacificados apenas após o advento do Código do Consumidor.

A atuação do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, sob a ótica dos novos contornos da Instituição, inerentes ao regime democrático, é ainda fato novo em nossa cultura jurídica e política, e de muito servirá para a repressão de abusos que, impiedosamente, nos assolaram ao longo do

curso da História.

O Ministério Público deve fiscalizar efetivamente as contas públicas, servindo-se dos procedimentos instaurados pelos Tribunais de Contas, que apresentarem irregularidades na prestação de contas dos agentes públicos, para dar início ao inquérito civil, e à ação civil pública, visando à recomposição dos cofres públicos e ao reestabelecimento da ordem.

Tese Relativa ao item 3 do temário:
Atuação Extrajudicial - envolvimento comunitário e defesa social.

Paulo Antonio Locatelli
1º Promotor de Justiça
Comarca de Xanxerê/SC

"Carnelutti afirma com razão que o juiz manda, porque não consegue convencer. Assim, também porque a solução do órgão do Ministério Público não é dotada de força jurisdicional, é preferível explicar e convencer."
Hugo Nigro Mazzilli

AUDIÊNCIA PÚBLICA NA EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CIDADÃO

1. MINISTÉRIO PÚBLICO COMO INSTITUIÇÃO ESSENCIAL À FUNÇÃO JURISDICIONAL DO ESTADO.

A Constituição Federal dispõe no art. 127 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.

Face ao conceito acima, devemos demonstrar que somos merecedores e capazes de cumprir com a magnânima qualificação de "essencial", tanto a nível judicial como

extrajudicial, já que a própria CF assim nos adjetiva no título do capítulo IV.

Sendo "essencial" à função jurisdicional do Estado, e com as atribuições que nos são inerentes, devemos zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição Federal, além de proteger o erário, o meio ambiente e tutelar outros interesses difusos e coletivos, promovendo as medidas necessárias à sua garantia.

Porém, o Ministério Público deve-se liberar de certas atribuições que atualmente podem ser chamadas de secundárias e algumas até superadas quanto ao interesse público. Por outro lado, não podemos também nos limitar a elaboração de pareceres, por mais importante que sejam. Devemos atender aos interesses de amplas camadas sociais, da comunidade, resolvendo seus questionamentos e aflições, para que ela tome conhecimento das nossas atividades ministeriais e perceba o quanto são "essenciais".

Deve-se pensar o Ministério Público como agente social e não como simples parecerista.[1] O Promotor de Justiça na sua Comarca deve viabilizar a solução das questões que lhe são apresentadas, e se necessário for, e houver legitimidade para tanto, deve ajuizar as ações civis.

A função jurisdicional tem por objetivo dirimir litígios. Contudo, antes de se propor as competentes ações judiciais, deve-se buscar a solução dos conflitos através do contato entre o Promotor de Justiça e as partes envolvidas, visando a efetivação de um acordo, uma vez que a grande maioria das questões encontram seu deslinde dessa forma. Quando infrutífero o pacto, deve-se ajuizar ações buscando atingir a causa e não a consequência dos atos, numa tutela preventiva.

Em sua maior parte, os conflitos de interesses são solucionados sem a intervenção do Judiciário, graças a mediação de terceiros, mas principalmente pela participação

decisiva do Promotor de Justiça, que explica, orienta e convence.

Porém, entre o rol dos conflitos que são dirimidos pela autotutela e os compostos pelo Judiciário, existem aqueles onde a litigiosidade fica contida, esquecida no tempo, pela morosidade, descrédito, custos, ficando sem o devido deslinde. Cabe ao Ministério Público viabilizar a solução de tais problemas, visando, tão somente, a paz social.

Desta forma, faz-se necessário uma maior aproximação com a comunidade e o aumento no número de pessoas atendidas, como forma eficiente da redução dessa litigiosidade reprimida, facilitando, então, o acesso à justiça, no seu sentido mais amplo.

Salienta-se que o Ministério Público quando procura conciliar, reduzindo a termo o acordo, e conseqüentemente, transformando-o em titulo executivo extrajudicial, não exerce jurisdição e não invade atribuição própria do Magistrado.

2. PROMOTORIAS DE JUSTIÇA EXTRAJUDICIAIS

Para implementar o acima exposto, dentre as hipóteses possíveis, vislumbra-se a criação de Promotorias de Justiça extrajudiciais, especializadas, gerais ou cumulativas quanto a área de atuação, mas com atribuição para o atendimento das reivindicações da comunidade, visando unicamente a realização de acordos ou termos de ajustes de conduta, entre pessoas físicas ou jurídicas, e ainda, nas questões envolvendo o Poder Público.

A criação de Promotorias de Justiça com essa atribuição está prevista no art. 23 § 1° da Lei 8.625/93.

Contudo, para uma atuação eficiente, é necessário que a Promotoria goze de infra-estrutura adequada, não só quanto a capacidade do próprio Promotor de Justiça, como também no que concerne aos meios materiais adequados. E,

como é cediço, nas comarcas mais trabalhosas, o atendimento para dirimir conflitos, apesar do esforço e da boa vontade dos Promotores, é precário.

Conhecemos na prática que as Promotorias estão com acúmulos de serviço, crime, cível, infância e juventude, fazendo com que a tarefa de instaurar inquéritos civis e ajuizar ações sejam absorvidos.

E ainda, na condução do inquérito civil ou durante a tramitação de uma ação civil pública, o Promotor de Justiça defronta com adversários poderosos, geralmente autoridades do Poder Executivo, empresas privadas bem aparelhadas. Nesse confronto jurídico, exige-se conhecimentos técnicos diversos do habitual, investigações e diligências extra-processuais que muitas vezes são feitas pessoalmente, constituindo numa carga adicional relevante, e quase sempre preferencial.

Outro ponto a ser levantado, embora não se exija que o Promotor tenha treinamento específico nas áreas de relações públicas, comunicações, psicologia, que podem ser consideradas imprescindíveis ao trato com o público, o certo é que, tais conhecimentos seriam por demais interessantes, e havendo a possibilidade de conciliar tais atributos, deve-se fazê-lo, já que auxiliaria na composição extrajudicial dos litígios.

3. TUTELA PREVENTIVA DOS INTERESSES DA SOCIEDADE

O Promotor de Justiça, quando na defesa dos interesses, não só difusos e coletivos, mas também dos interesses individuais homogêneos, individuais indisponíveis, deve zelar sempre pelo pronto atendimento, buscando celeridade e eficácia na solução do problema.

Assim, faz-se necessário que o Promotor direcione

seus esforços na busca da tutela preventiva dos interesses sociais, buscando a causa e não os efeitos.

A necessidade de se combater a causa geradora, ao invés de se atacar os seus efeitos, já há algum tempo vem sendo discutida. Apresenta-se muito mais lógico e atende ao fim social que o Promotor de Justiça se destina, que se providencie a correção de um serviço ou situação, ao invés de esperar que ocorram os danos e conseqüentemente se deflagrem inúmeras ações judiciais de indenização.

Na busca desse ideal, o Promotor deveria buscar sempre que possível uma composição entre as partes, por intermédio dos termos de compromisso de ajuste de conduta, evitando-se a propositura de demandas.

Ressalta-se, que esses acordos podem envolver diversas questões, como as ações e omissões do Poder Público na prestação de serviços de relevância pública como saúde, educação, segurança, transporte coletivo, habitação, entre outros direitos básicos assegurados pela Carta Magna.

Porém, quando infrutífero o acordo, deve-se buscar a tutela preventiva, ou seja, ajuizar ações antes da ocorrência do possível dano ou prejuízo, se iminente. Contudo, se este já está ocorrendo, tentar obter a tutela cautelar para fazer cessar os efeitos danosos, sejam eles de âmbito individual, coletivo ou difuso.

Vale salientar, que a Constituição Federal prevê que a *"lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"*. Assim, pode o Poder Judiciário tomar conhecimento e, mediante o provimento cautelar, afastar as ameaças antes que se transformem em efetivas lesões.

Portanto, observa-se que prevenir ainda é o melhor remédio, a fim de impedir o surgimento do dano irreparável ou de difícil reparação, o que torna a providência cautelar a mais importante atribuição jurisdicional, sendo mais vantajoso evitar o ato prejudicial do que recompor os efeitos negativos dele

oriundos, quase sempre irreparáveis.

Assim, na busca de atender os anseios sociais de forma preventiva e satisfativa, deve o Promotor de Justiça cumprir com sua função tida como essencial e adotar como política de atendimento, a atuação extrajudicial, buscando a realização de acordos, e na impossibilidade deste, buscar a tutela cautelar pela via judicial.

Vale citar a matéria de Rogério Bastos Arantes, publicada no jornal "O Estado de São Paulo", em 25.04.97, sob o título de "Um novo ator político", ao esclarecer que: "... *no cotidiano de juízos e tribunais do País, assistimos a promotores e procuradores tentando romper bases tradicionais do ordenamento jurídico pelo patrocínio de ações de conteúdo inovador, muitas vezes sem o amparo de legislação infraconstitucional e invocando diretamente a Constituição. Em geral, essas ações buscam alargar o acesso a demandas coletivas à Justiça, cujo sucesso depende de sua eficácia em derrubar dogmas do direito liberal-individualista.*"

Percebe-se, portanto, o quanto somos essenciais na busca dos direitos da sociedade, e que não somos um *Ministério da Esfinge* como querem alguns.[2] Não podemos ter poder apenas em *tese*. Devemos colocar esse poder em prática, exercitando-o de maneira eficiente e justa.

4. INQUÉRITO CIVIL

O inquérito civil previsto no art. 129, III da CF e art. 8° e §§ da Lei 7.347/85 é procedimento administrativo de natureza civil, embora possa ter desdobramento na esfera penal, presidido pelo Promotor de Justiça, constituindo mera peça informativa, de utilização restrita deste, cujas conclusões ou arquivamento em nada impedem a propositura da ação pelos demais co-legitimados.

A instauração do inquérito civil oportunizará ao

parquet a investigação dos fatos, requisitando diligências, informações e documentos que se fizerem necessários, ouvir pessoas, bem como, viabilizará a lavratura do termo de compromisso de ajuste de conduta a fim de solucionar a questão antecipadamente e quem sabe, preventivamente.

Conforme leciona Rodolfo de Camargo Mancuso: *"O inquérito civil cumpre um papel preventivo ou intimidativo sobre o potencial infrator de uma norma tuteladora de um interesse difuso"*[3]. E, citando o ilustre Édis Milaré, acrescenta que o inquérito civil é um*"eficaz meio de prevenção de futuros danos ecológicos, em razão não só de seu caráter intimidativo, mas também porque o resultado das diligências nele encetadas pode dissuadir o agente quanto à consecução de atos potencialmente lesivos ao meio ambiente."*

Assim, o inquérito civil, com seu caráter pré-processual, desempenha relevante função instrumental, e dentre as inúmeras provas a serem produzidas e das possibilidades que surgirão ao longo do procedimento preparatório, inclui-se a realização de audiências públicas e a efetivação do termo de compromisso de ajuste de conduta que será oportunamente homologado juntamente com o pedido de arquivamento pelo Conselho Superior do Ministério Público.

Desta forma, para que não ocorra o dano iminente, evitar-se-á maiores delongas com o uso da via judicial e resolver-se-á a celeuma extrajudicialmente, por intermédio do mencionado compromisso, que é de grande eficácia, praticidade e celeridade.

Vale consignar a lição de Nelson Nery Júnior ao lecionar sobre a matéria: *"Uma das formas de tutela contratual do consumidor é a que se realiza mediante o controle das cláusulas gerais dos contratos. Esse controle pode ser efetivado administrativamente ou pela via judicial. (...)*

No inquérito civil o Ministério Público pode arregimentar documentos, informações, ouvir os interessados,

a fim de formas sua opinião sobre a existência ou não de cláusula abusiva em determinado contrato de consumo. É nessa oportunidade que os interessados podem chegar à composição extrajudicial, sempre no interesse social de preservar-se a ordem pública de proteção do consumidor." (grifo nosso).

E continua o mencionado autor: *"A experiência paulista nessa área tem demonstrado, ao longo de alguns anos, o acerto da adoção do inquérito civil, como elemento de pacificação social na tutela dos interesses e direitos difusos e coletivos. Apenas para referir um exemplo, o Ministério Público de São Paulo instaurou inquérito civil para a apuração da existência de cláusulas abusivas em formulários utilizados por algumas escolas de línguas da Capital. No curso do inquérito a conclusão comum dos interessados foi no sentido de que determinadas cláusulas eram, efetivamente, abusivas. A fim de evitar a propositura de ação civil pública pelo Ministério Público, com o objetivo de defender os direitos difusos dos consumidores, as escolas resolveram alterar em seus formulários-padrão as cláusulas consideradas abusivas, chamando os alunos que já tinham subscrito o contrato de adesão para que fizessem o respectivo aditivo contratual. Formalizou-se um termo de acordo, celebrado entre o Ministério Público e as escolas, que foi homologado pelo Conselho Superior do Ministério Público. (grifo nosso).*[4]

Vale citar ainda, o brilhante trabalho feito pelo Ministério Público Catarinese, onde a partir da representação Doutor Moacir de Moraes Lima Filho, Procurador-Geral de Justiça, oriunda do relatório de conclusão do inquérito civil n.º 001/95, instaurou-se em cada Município, sem distinção, num total de 293 dos atuais 296, inquérito civil para apuração dos fatos e responsabilidades atinentes à política municipal de atendimento às crianças e adolescentes, tratando-os como prioridade absoluta conforme prevê a Constituição Federal.

Ao final das investigações, os Promotores de Justiça

realizaram termos de compromisso de ajustamento de conduta, devidamente homologados, em 246 Municípios, exigindo-se dos Administradores Municipais que mantivessem ou implantassem as políticas de atendimento das necessidades básicas das crianças e adolescentes, como os Conselhos Municipais dos Direitos da Criança e do Adolescente, o Fundo para a Infância e Adolescência (FIA) e o Conselho Tutelar com a estrutura necessária.

Exigiu-se ainda, a criação de programas de proteção e sócio-educativo, como o apoio social e econômico à família necessitada, alimentação suplementar à gestante, à nutriz e à criança para combater e erradicar a desnutrição infantil, prevenção ao uso de drogas, combate à evasão escolar, guarda subsidiada, combate à prostituição infanto-juvenil e ao trabalho infantil, criação de abrigos para colocação de crianças e adolescentes em situação de risco social, na impossibilidade de colocá-las em família substituta e implantação das medidas sócio-educativas para adolescentes infratores.

O inquérito civil cumpriu com a sua função intimidativa e preventiva, proporcionando a regulamentação da política de atendimento. Outros 26 Municípios estão encaminhando os Ajustes, enquanto que em 19 Municípios não houveram encaminhamentos, e em apenas um foi necessária a invocação da tutela jurisdicional, com a propositura de ação civil pública.

Atualmente, todos os ajustes estão em fase de execução, para aqueles casos onde a administração pública não cumpriu com o acordado.

Também em outras áreas de atuação o inquérito civil é um salutar aliado do Promotor de Justiça para solucionar problemas sociais. Foi assim na Comarca de Xanxerê/SC na questão relativa a ofensa ao consumidor pela precariedade ou inexistência do serviço de inspeção municipal e vigilância sanitária no abate de animais e consumo dos produtos de

origem animal. Ao final das investigações, após audiência com os envolvidos e com a explicação dos fatos e das legislações que tratam da matéria, lavrou-se o termo de compromisso de ajuste de conduta, devidamente homologado pelo Conselho Superior, instituindo-se tabela indicando o fornecedor do produto e o número do serviço de inspeção, obrigando a manutenção dos serviços de vigilância sanitária, e condicionando os abatedouros a certos requisitos de estrutura, higiene e apresentação de nota fiscal e guia de trânsito animal, para que possam abater e comercializar, bem como, regularizou-se a questão relativa ao comércio de feirantes e festas comunitárias.

Ainda na área do consumidor, na Comarca acima citada, o inquérito civil regularizou o serviço de táxi no município, face a omissão da Administração Pública, já que através de ajuste de conduta implantou-se tabela de preços, até então inexistente (o preço era aleatório), colocou-se o brasão do município nos veículos, identificando-os e exigindo-se da Prefeitura uma eficaz fiscalização dos serviços.

Salienta-se por fim, que infelizmente, existem iniciativas no sentido de limitar a atuação do Ministério Público em matéria de investigação, inquérito civil e ação civil pública, caracterizando um retrocesso perigoso para o regime democrático e para a consolidação de um estado de direito. Inclui-se nessa posição o Judiciário e os Poderes Legislativo e Executivo, que tendem a questionar até mesmo a legitimidade de atuação como representante de interesses e direitos da sociedade.

5. AUDIÊNCIA PÚBLICA

Há dez anos os membros do Ministério Público atuavam basicamente na área do crime comum. Hoje, a tarefa do membro do Ministério Público é também a de atender a

sociedade como instrumento de transformação dos anseios e interesses tutelados em realidade, elevando-os à condição de defensores de direitos fundamentais da cidadania e fiscais dos poderes políticos.

Houve profunda modificação das suas atividades, deslocando-o da missão de defender o estado para a condição de fiscal e guardião dos direitos da sociedade, com autonomia administrativa e independência funcional.

No cumprimento dessas atribuições, o Promotor tem a disposição inúmeros procedimentos administrativos, possuindo autoridade para requisitar as mais variadas diligências, e ainda, legitimidade para propor inúmeras ações civis na defesa dos interesses legalmente previstos. Por meio destes mecanismos presta relevantes serviços à sociedade, destacando-se como instrumento de maior credibilidade no país, cumprindo fielmente o compromisso de defendê-la.

Entretanto, nada parece mais eficaz para a obtenção e efetivação de um direito individual homogêneo, difuso ou coletivo, do que os termos de compromisso de ajuste de conduta ou os simples ajustes referendados pelo Ministério Público, para efeitos de torná-los títulos executivos extrajudiciais (art. 585, II do CPC).

E, nesse diapasão, não há nada mais sensato, prático e por que não, eficaz, do que a realização de audiências públicas para dirimir questões, seja ela de que âmbito for, meio ambiente, consumidor, infância e juventude, entre outras.

A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8.625/93), prevê no seu art. 27 que:

> *"Cabe ao Ministério Público exercer a defesa dos direitos assegurados nas Constituições Federal e Estaduais, sempre que se cuidar de garantir-lhe o respeito:*
> *"I- pelos poderes estaduais ou municipais;*
> *"II- pelos órgãos da Administração Pública*

Estadual ou Municipal, direta ou indireta;
"III- pelos concessionários e permissionários de serviço público estadual ou municipal;
"IV- por entidades que exerçam outra função delegada do Estado ou do Município, ou executem serviço de relevância pública."

Mais adiante, em seu parágrafo único, IV, dispõe que:

"Parágrafo único. No exercício das atribuições a que se refere este artigo, cabe ao Ministério Público, entre outras providências:
"(...)
"IV- promover audiências públicas e emitir relatórios, anual ou especiais, e recomendações dirigidas aos órgãos e entidades mencionadas no caput deste artigo, requisitando ao destinatário sua divulgação adequada e imediata, assim como resposta por escrito."

Percebe-se que a audiência pública é um importante recurso a disposição do Promotor de Justiça, já que oportuniza à comunidade um excelente canal de acesso aos poderes constituídos, servindo o *parquet* como instrumento para essa aproximação, mediador dos problemas sociais na busca de soluções e viabilizador das garantias básicas previstas na Carta Magna.

Ademais, as questões trazidas à discussão perante o Promotor de Justiça são por demais abrangentes, algumas de natureza política, na espera de uma solução na esfera judicial ou por acordo.

Rogério Bastos Arantes na sua já citada matéria

publicada no jornal "O Estado de São Paulo", em 25.04.97, afirma que: *"Na medida em que o MP passou a representar em juízo coletividades portadoras de direitos comuns, deu-se início a um verdadeiro processo de politização da esfera judicial, ao mesmo tempo em que conflitos políticos passaram a receber tratamento judicial."*

Tal afirmação reflete a realidade das comarcas, onde a intervenção do Promotor de Justiça extrajudicialmente ou judicialmente provoca efeitos políticos. Assim é quando, o consumidor é atingido, a infância é prejudicada, o meio-ambiente sofre ameaças.

Para uma maior eficácia das audiências públicas, as mesmas devem ocorrer no próprio inquérito civil, realizando-a ao final, após coligadas as provas necessárias, quando então o Promotor de Justiça estará mais embasado e estruturado documentalmente para servir de mediador e melhor encaminhar a discussão e obter a solução do caso. As audiências deverão ocorrer em locais de fácil acesso ao público e bastante amplo.

Apesar de o artigo 27 referir-se a realização de audiência pública quando o Ministério Público exerce a defesa dos direitos assegurados nas Constituições Federal e Estaduais, sempre que se cuidar de garantir-lhe o respeito, a audiência pública pode e deve ser utilizada em diversas outras hipóteses, embora as ações abusivas ou omissões do Poder Público são as que frequentemente reclamam a intervenção ministerial, no intuito de assegurar os direitos básicos.

Assim, urge salientar que a mesma pode ser realizada, por iniciativa dos órgãos governamentais ou não governamentais, ou ainda, pelo Órgão do Ministério Público, a fim de discutir as questões acima, ou ainda, as relativas a área do consumidor, meio ambiente, poluição sonora de estabelecimentos, loteamentos clandestinos ou irregulares, infância e juventude, mesmo que a parte causadora ou responsável não seja autoridade pública, mas até mesmo

pessoa física ou jurídica, quando então se fará representar pelo representante legal.

Cita-se como exemplo, a resolução 009/87 do CONAMA que prevê em seu artigo 2º que *"Sempre que julgar necessário, ou quando for solicitado por entidade civil, pelo* ***Ministério Público*** *(grifo nosso), ou por 50 (cinquenta) ou mais cidadãos, o Órgão de meio ambiente promoverá a realização de audiência pública."*

Essa audiência pública a que se refere a resolução do CONAMA, tem por objetivo expor aos interessados o conteúdo do produto em análise e o respectivo RIMA (Relatório do Impacto Ambiental). Nesse caso, será dirigida pelo órgão licenciador e acompanhamento do membro do Ministério Público. Será lavrada ata de Audiência Pública, que, com seus anexos, servirá de base, juntamente com o RIMA, para análise e parecer final do licenciador quanto à aprovação ou não do Projeto, conforme se depreende do corpo da Resolução 009/87 do CONAMA.

O pedido formulado pelo Ministério Público, pelas entidades civis ou por 50 (cinquenta) ou mais cidadãos, é irrecusável. No caso de solicitação não atendida pelo órgão competente, a licença concedida não terá validade, cabendo ação popular ou ação civil pública, conforme o caso.

O Ministério Público, como curador do meio ambiente, deve cumprir com seu papel, e exigir, quando possível, que se faça estudo de impacto ambiental e a respectiva audiência pública, cumprindo os ditames constitucionais.

Cita-se ainda, a legislação referente a ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica) que prevê expressamente a realização de audiência pública consultiva para a constatação de problemas relacionados ao correto fornecimento de energia elétrica.

A diferença consiste no fato de que, ao invés de

promover a realização da audiência pública, como dispõe o artigo 27 da Lei Orgânica, nos casos acima, o Ministério Público pode solicitar e acompanhar, devendo o Órgão correspondente promover a audiência. Porém, promovendo ou solicitando, a participação do Ministério Público é imprescindível. Salienta-se, contudo, que não há impedimentos de que o próprio Promotor promova as audiências públicas para a elucidação de questões que lhe são atinentes, e que estão sendo investigadas.

Vale trazer os ensinamentos do festejado Pedro Roberto Decomain: *"As audiências públicas revelaram-se mecanismos eficientes de equacionamento de problemas ligados a direitos e interesses difusos e coletivos de modo geral, como aqueles relacionados ao meio ambiente, ao consumidor, etc. Também são eficazes em matéria de serviços públicos, porque permitem um debate amplo em torno da atuação da Administração Pública, que tem sua eficiência analisada e questionada publicamente pelos destinatários dela, ou seja, pelas pessoas da coletividade de modo geral."*

E continua mais adiante o ilustre membro do Ministério Público Catarinense, afirmando que: *"Cabe ao Ministério Público então promover referidas audiências, conduzindo durante ela os debates. Com isso toma plena ciência daquilo que a coletividade realmente deseja em determinado assunto, informando-se e formando um juízo mais próximo dos verdadeiros interesses comunitários, antes de empreender quaisquer providências."*[5]

Não restam dúvidas de que a audiência pública produz os mais variados efeitos junto a comunidade, sendo que o mais relevante é a participação comunitária informando quais os verdadeiros problemas enfrentados, confrontando-se com o Poder Público, a pessoa jurídica ou física, que por sua ação ou omissão estão ferindo interesses sociais, constatando-se na audiência qual a dimensão dos prejuízos que pode causar

ou que vem causando.

Coloca-se frente a frente a sociedade prejudicada e o agente causador. O Promotor de Justiça, por sua vez, preside os trabalhos, conduzindo com bom senso e discernimento, explicando a todos as consequências legais que poderão ser tomadas a partir daquele ato.

A audiência pública é o momento apropriado colocado a disposição pelo Promotor de Justiça, em sua comunidade, para que esta aponte as irregularidades, indique a sua insatisfação, manifeste o seu inconformismo, reivindique o seu direito ora desrespeitado. O membro do Ministério Público servirá de mediador, de instrumento para a obtenção dos direitos e garantias violadas. Do outro lado, estarão os responsáveis diretos ou indiretos pelos prejuízos causados, que terão a oportunidade de se manifestarem, expondo as suas razões, com o objetivo único de chegar-se a uma solução do conflito através de uma composição amigável.

Hugo Nigro Mazzilli traz em sua obra Manual do Promotor de Justiça, crônica de Francisco César Pinheiro Rodrigues, publicada no jornal *O Estado de S. Paulo (20 jul. 1986, p. 52): "O que leva as pessoas a uma composição em audiência, quando antes isso não foi possível ? Primeiramente, talvez, o desejo de obter paz de espírito. Pode ser, até, que ambas as partes estivessem inquietas - é impossível saber em que vai dar uma malquerança, quando transformada em discussão, ou atos físicos -, ansiosas por um acordo. Todavia, o amor-próprio impede, muitas vezes, que um litigante procure o outro. Não sabe como vai ser recebido. A simples procura pode parecer um rebaixamento, uma fraqueza, perspectiva intolerável para o amor-próprio. Entretanto, partindo a proposta de acordo de um terceiro, uma autoridade judiciária, no âmbito de um tribunal, não há desdouro algum em concordar com uma solução amigável."*[6]

Além dos motivos acima invocados, não raras vezes

a parte prejudicada possui menos conhecimentos sobre seus direitos, além de ser economicamente inferior, afastando-a de possíveis discussões legais para amparar seus anseios. Em todos os casos, cabe ao Promotor de Justiça intervir e garantir o interesse social, que tem na audiência pública um enorme potencial para solucionar conflitos sem necessitar o ajuizamento de ações civis.

Ressalta-se, que a audiência pode ser realizada em conjunto com outras associações, instituições ou agências, quando o objetivo é o mesmo. Foi assim recentemente, na Comarca de Xanxerê/SC, quando a ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica) convocou uma audiência pública, por haver informações de que a Cooperativa que fornece energia elétrica aos agricultores e trabalhadores rurais, estava realizando os serviços de forma a causar prejuízo aos consumidores, por sua irregularidade, inconstância e alto preço.

Durante a audiência pública consultiva, que contou com a participação de cerca de mil interessados, entre consumidores, representantes dos sindicatos da região, políticos, cooperados e administradores da cooperativa, foram ouvidas cerca de quarenta pessoas dentre os acima citados. Ao final da consulta, não houve deliberação, mas a ANEEL iniciou procedimento administrativo para declarar a caducidade da concessão, enquanto a Promotoria de Justiça instaurou inquérito civil para investigação das irregularidades e defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas (arts. 81, par. Único, III e 82, I do CDC).

A audiência pública possui, ao meu ver, duas naturezas distintas, uma consultiva e a outra de caráter deliberativo, sendo aquela mais comum, já que a deliberação é conseqüência da consulta. Em ambos os casos, nos parece mais indicado a realização da audiência no corpo do inquérito civil, posto que, como dito anteriormente, se estará mais municiado para enfrentar o problema, embora não haja

empecilho de que a audiência ocorra sem a existência do procedimento administrativo previsto na Lei da Ação Civil Pública. Assim como que, para a propositura da ação não é imprescindível o inquérito civil, também a audiência pública prescinde deste.

Em se tratando de audiência pública de natureza consultiva, esta é designada com o intuito de melhor se tomar ciência do problema, fazendo com que o Promotor se integre ainda mais à questão, ficando mais próximo dos fatos antes desconhecidos e com a possibilidade de ouvir ambas as partes. Com isso, estará melhor amparado para o encaminhamento a ser dado ao caso, podendo simplesmente arquivá-lo, face a inocorrência de qualquer ato ilegal ou ausência de prejuízo, ou ainda, ter mais subsídios para a propositura da competente ação civil pública.

Na Comarca de Chapecó/SC, realizou-se audiência pública com a participação maciça de toda a comunidade e autoridades locais, que foram consultadas a respeito das providências que achavam necessárias serem tomadas pelo Promotor de Justiça na área da infância e juventude, mais precisamente, no que concerne a prostituição infantil.

Pode a audiência ser deliberativa, oportunidade em que, efetuada a consulta e exposta a questão, todos os presentes resolvem entrar num acordo sobre a celeuma, mediante a efetivação do termo de compromisso de ajuste de conduta, acarretando o arquivamento do inquérito civil, se instaurado, requerendo posterior homologação pelo Conselho Superior do Ministério Público,

Também na Comarca de Xanxerê/SC, realizou-se audiência pública como diligência do inquérito civil a fim de solucionar um grave problema social, que era a existência no centro da cidade de uma boate aonde ocorriam inúmeros ilícitos, como porte e tráfico de substâncias entorpecentes, brigas, rixas, porte ilegal de armas, vendas de bebidas

alcoólicas à menores e perturbação do sossego alheio, que funcionava em desacordo com as normas e sem a autorização das autoridades competentes.

Durante a audiência, após a oitiva de todos os presentes, moradores das proximidades, Prefeito Municipal, Delegado de Polícia Regional e da Comarca, Comandante da Polícia Militar, Procurador do Município, Conselheiros Tutelares, consultando-os, deliberou-se através do Relatório da Audiência e Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta que o estabelecimento teria prazo para encerrar suas atividades, sob pena de multa. Sendo que o local fechou antes mesmo do prazo expirar, atingindo o fim social objetivado.

Em ambos os casos, deve-se lavrar termo próprio da audiência, ou relatórios, acrescentando se for o caso, o termo de compromisso de ajuste de conduta, conforme previsto no inciso IV do parágrafo único do art. 27 da Lei Orgânica, já que, como leciona Pedro Roberto Decomain: *"a emissão de relatórios é corolário não apenas da realização de audiências públicas, para registro do que nelas se haja discutido e deliberado, mas também consequência dos demais trabalhos desenvolvidos pelo Ministério Público nessa função de velar pelo respeito aos direitos assegurados ao cidadão em face da Administração Pública em geral."*[7]

Desta forma, o relatório é a síntese do ocorrido na audiência, a manifestação de vontade ou anseio que resultou da consulta efetuada, ou a deliberação dela resultante, devendo o Ministério Público dar ciência aos Administradores ou pessoas envolvidas no caso, de tudo que foi apurado e do que foi realizado, assim como das providências adotadas ou por adotar.

Contudo, a experiência tem demonstrado que, durante a audiência pública, na sua maioria, ocorre o acordo através dos termos de compromisso de ajuste de conduta, que deverão ser cumpridos pela parte, sob pena de serem executados.

O membro do Ministério Público pode, na tentativa de obter-se a paz social, com a garantia de todos os direitos básicos assegurados pela Constituição Federal e nas legislações infra-constitucionais, principalmente as matérias disciplinadas na Lei que trata sobre a Ação Civil Pública, assim como os demais órgãos quando legitimados, tomar dos interessados compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título extrajudicial. (art. 5º, § 6º da Lei 7.347/95).

Sobreleva ressaltar, que devemos ter o cuidado que é peculiar ao *parquet,* e refletir sobre nosso papel institucional, já que nossas atividades tornaram-se bem mais políticas, não se envolvendo em demasia em controvérsias desta natureza, mas priorizar a atuação. Deve-se também, conciliar esforços com as outras áreas de atuação, não se descuidando da base de nossa atuação que é a titulariedade da ação penal, revezando energia e recursos a fim de atender a vastidão de atribuições, sem sermos um Ministério da Esfinge.

6. DISCRICIONARIEDADE

Convém tecer breves comentários sobre a discricionariedade do administrador público. Não compete ao representante do Ministério Público ou ao Poder Judiciário, subtrair do governante a liberdade de eleger prioridades, segundo sua própria convicção e avaliação, destinando os recursos que dispõe.

Porém, não pode o governante sobrepor suas vontades pessoais acima do interesse público e da própria lei, como também não pode sua discricionariedade convolar-se em arbitrariedade, sob pena de tornar ineficaz o ato administrativo.

Assim, quando o termo de compromisso de ajuste de conduta decorrente de uma audiência pública envolver o

Poder Público (art. 27 da Lei Orgânica do Ministério Público), deve-se tomar a precaução de não invadir a discricionariedade do administrador. Porém, quando o ajuste visa solucionar omissões ou corrigir ações equivocadas ou irregulares, não há invasão na discricionariedade da governante.

Nesse ponto, contudo, convém transcrever a lição de Hely Lopes Meirelles, onde prevê que: *"Pouca ou nenhuma liberdade sobra ao administrador público para deixar de praticar atos de sua competência legal. Daí porque a omissão da autoridade ou o silêncio da Administração, quando deva agir ou manifestar-se, gera responsabilidade para o agente omisso e autoriza a obtenção do ato omitido via judicial."*

Portanto, sempre que a Administração Pública se omite quando deve agir, comete abuso de poder, já que não faz aquilo que deve ser feito por força de lei, fato este tão violador do princípio da legalidade, quanto fazer aquilo que a lei proíbe. Assim, o desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer por ação estatal quanto mediante inércia governamental.

O Ministério Público deve intervir junto a uma administração negligente, que se omite em resolver os problemas sociais, e o inquérito civil e a audiência pública são fortes aliados nessa luta institucional.

CONCLUSÃO

1. O Ministério Público deve agir mais como agente social e menos como parecerista, implicando num reexame das tradicionais atribuições processuais, como fiscal da lei, quando versarem sobre interesses privados ou de duvidosa indisponibilidade, formando-se outra consciência jurídica, de proteção aos interesses difusos e coletivos.

2. O Promotor de Justiça deve priorizar a solução dos conflitos de forma extrajudicial, instaurando inquéritos civis

e realizando termos de compromisso de ajuste de conduta ou acordos referendados, sendo que a criação de promotorias de justiça extrajudiciais contribuiria para a presteza dos serviços, já que tais serviços exigem grande dispêndio de trabalho, conhecimento técnico e opositores poderosos política e economicamente.

3. Na impossibilidade do acordo, deve o Promotor de Justiça ajuizar ações para a tutela preventiva do interesse difuso ou coletivo, visando evitar o ato prejudicial a recompor os efeitos negativos dele oriundos.

4. A audiência pública é útil e eficaz, aproximando o Promotor de Justiça da comunidade, consultando-a sobre os problemas sociais, e se possível, ao final, deliberar por meio de termos de compromisso de ajuste de conduta, zelando pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição Federal, protegendo o erário e garantindo os interesses sociais.

5. Nessa atuação, o Promotor de Justiça não invade atribuições próprias do Magistrado, já que não exerce jurisdição, tornando desnecessária a sua invocação, auxiliando no descongestionamento do Poder Judiciário.

6. Tanto o inquérito civil como a audiência pública e os ajustes deles decorrentes não ferem a discricionariedade da administração, quando visam garantir os direitos sociais básicos.

[1] O ilustre Pontes de Miranda, analisando o papel do Ministério Público como *custus legis* já lecionava quando da sua obra publicada em 1948 que o MP é *"cooperador do juiz"* (Comentários ao CPC de 1939, Ed. Revista Forense, Rio, 1948, vol. I, p. 314).

[2] O cientista político Bolivar Lamounier escreve um artigo publicado na revista Exame de Set/97, sobre a politização do Ministério Público, o novo 4º Poder e transcrito no Jornal O Estado/SC no dia 29 e 30 de setembro de 1997, p. 02, Seção Opinião: *"Com a transformação, a que me referi acima, o Ministério Público conservou, obviamente,*

o seu papel tradicional como promotor da ação no campo penal, mas se credenciou também para atuar, ao lado de outras instituições, como uma espécie de 'defensor público'. Há quem tema que essa dilatação acabe dispersando energia e recursos sumamente necessários na área penal e, pior ainda, envolvendo o Ministério Público em controvérsias políticas, se ele vier a interpretar de maneira excessivamente ampla a sua missão no campo social.
(...) Esfinge é bem o termo, porque tem, em tese, um poder enorme."

[3] Mancuso, Rodolfo de Camargo, "Ação Civil Pública, 3ª edição, RT, 1994, p. 79.
[4] Júnior, Nelson Nery e outros, "Código Brasileiro de Defesa do Consumidor", 4º edição, Forense Universitária, 1995, p. 308
[5] Decomain, Pedro Roberto, "Comentários à Lei Orgânica Nacional do Ministério Público". 1ª edição, Obra Jurídica, p. 233.
[6] Mazzilli, Hugo Nigro, "Manual do Promotor de Justiça, 2ª edição, Saraiva, p. 253
[7] Decomain, Pedro Roberto, "Comentários à Lei Orgânica Nacional do Ministério Público". 1ª edição, Obra Jurídica, p. 234.

MINISTÉRIO PÚBLICO ATUAÇÃO EXTRAJUDICIAL – ENVOLVIMENTO COMUNITÁRIO E DEFESA SOCIAL

Cezar augusto dos Santos Motta
Promotor de Justiça
Do Ministério Público do Estado do Pará

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988; atribuiu ao Ministério Público a grande responsabilidade de proteger não somente os direitos individuais indisponíveis; mas no mesmo sentido, proteger os direitos sociais.

> *Art. 127 – **O Ministério Público é instituição permanente, essencial a função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.***

Decorreu disso uma atuação mais extensa na área do meio ambiente, na defesa do consumidor, na fiscalização do trabalho oferecido pelo Sistema único de saúde ao cidadão, na infância e juventude, na proteção ao patrimônio público, na atuação das instituições financeiras e, finalmente, em combater tudo que vise a prejudicar o interesse difuso e coletivo.

O Nosso trabalho não visa observar o lado doutrinário da atuação, mas sobretudo criar condições práticas para que seja efetivado pelo Ministério Público um envolvimento nas ações de interesse da comunidade com os instrumentos

já previstos em lei.

A Municipalização da maioria dos serviços que antes eram federais ou estaduais passaram a ter sua execução sob a responsabilidade do Poder Executivo Municipal, fato que também causou uma mudança radical na filosofia de trabalho e que permite ao Promotor de Justiça da mais distante comarca do interior dos Estados a ter condições de junto a comunidade; fazer criar; fiscalizar a execução; recorrer contra os abusos e omissões e orientar e estimular os serviços oferecidos a comunidade pelo poder público.

Evidente que o membro do Ministério Público não conseguirá nada sozinho; tendo, portanto, que conscientizar a sociedade para a importância da cidadania; principalmente, no que se refere a denúncia de irregularidade.

2. JUSTIFICATIVA

Atuar junto a comunidade e com o apoio desta significa muitas vezes evitar que se chegue a necessidade de um processo judicial. Diante disso, sugerimos o seguinte:

Se não existir nenhum dos conselhos de competência municipal para todas as questões relacionadas a comunidade e que interesse ao município, o Promotor de Justiça poderá criar Fóruns com a participação de representantes da Prefeitura Municipal; Câmara de Vereadores; e todas as entidades representativas relacionadas ao Fórum que se deseja criar. A Participação dos Poderes Executivo e Legislativo Municipal são primordiais para a efetivação em lei daquele Fórum pré-existente em Conselho Municipal.

Não havendo interesse político de se criar determinado Conselho Municipal; poderá o Promotor de Justiça partir para a via judicial através da Ação Civil Pública.

Os Conselhos Municipais de Direitos de Defesa da

Cidadania retratam hoje o pensamento da comunidade local, suas aspirações e sua forma de mobilização mais legitima junto aos demais poderes públicos.

Por isso a relação do Ministério Público com tais conselhos deverá observar seu objetivo e as particularidades gerais da lei federal e estadual que dão subsidiariedade a lei municipal.

ATUAÇÃO JUNTO AOS CONSELHOS DE DIREITO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE:

a) Fiscalização do processo de eleição

b) Participação do membro do Ministério Público não como Conselheiro, mas como órgão compromissado com os objetivos do Conselho

c) Aproximação do Conselho de Direitos da Criança e do Adolescente com o Conselho Tutelar; evitando que haja divergências e idéia de subordinação entre conselheiros.

d) Recebimento de denúncias em nome do Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente e não em nome pessoal do Conselheiro denunciante para que se evite retaliação do Poder Executivo ao Conselheiro Denunciante. (quando o conselheiro representa alguma secretaria municipal).

e) Reunião com a Câmara de Vereadores em conjunto com o Conselho de Defesa de Direitos da Criança e do Adolescente para garantir a aplicação no orçamento público do que estiver estipulado em lei municipal para a área da infância e Juventude.

f) Divulgação dos pontos principais da Lei n° 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente); através dos meios de comunicação local.

ATUAÇÃO JUNTO AO CONSELHO TUTELAR

a) Comunicação do Ministério Público ao Conselho Tutelar da aplicação de remissões e pedido de representação contra adolescente para que o Conselho Tutelar tenha um arquivo pessoal sobre os antecedentes dos adolescentes infratores.

b) Criação de um cadastro da Promotoria de Justiça da Infância e Juventude sobre as informações pessoais dos adolescentes que são atendidas pelo Ministério Público.

ATUAÇÃO JUNTO AO CONSELHO DE SAÚDE

a) A Mesma regra dos itens "a", "b" e "d" ; acrescentado anteriormente, quanto ao processo seletivo; participação do Ministério público nas reuniões e recebimento de denúncias pôr parte do órgão ministerial.

b) Sugestão de prioridades ao Prefeito Municipal por ocasião da Conferência Municipal de Saúde; já que o mesmo é quem homologa as decisões da Conferência.

c) Fiscalização da rede hospitalar do município em conjunto com membros do Conselho de Saúde e o departamento de Vigilância Sanitária.

d) Aplicação do termo de Ajustamento de conduta independente da qualquer prova material concreta de descumprimento a lei; mas em função da simples ameaça ao direito da sociedade; bastando, para isso, a aceitação da entidade fiscalizada.

e) Fiscalização regular do destino dado ao lixo hospitalar.

f) Divulgação dos nomes de hospitais da rede pública e particular que descumprirem o Termo de Ajustamento de Conduta para conhecimento da clientela na qualidade de consumidores.

a) Orientação aos Conselhos escolares quanto a remessa de denúncias ao Ministério Público.

b) Fiscalização quanto a porcentagem estipulada na Constituição Federal a ser aplicada na área educacional.

c) Recebimento da lista de prioridades indicadas pelo Conselho Escolar para a escola a qual é ligada; afim de se verificar se há necessidades básicas a serem atendidas pelo poder público.

Todas as atividades acima descritas podem ser efetivadas com as entidades governamentais e não governamentais que de alguma forma possam contribuir com as atribuições do Ministério Público, embora sem a denominação de Conselho, A Principal diferença surge do fato de que em caso de descumprimento da lei; o Ministério Público poderá se utilizar do Termo de Ajustamento de Conduta para o caso da entidade que em tese deveria fiscalizar determinado procedimento, venha a ser a primeira a desrespeitar a norma legal

Como exemplo tem-se:

a) IBAMA e Secretarias do Meio-Ambiente (na área do Meio ambiente)

b) IMÉTRO, PROCONS, Associação Comercial e Associação de Consumidores (na área do Direito de Defesa do Consumidor)

d) Associações e Sindicatos que tenham como objetivos interesses difusos e coletivos

No âmbito estadual; a participação do Ministério Público junto aos Conselhos de Segurança; Conselho Penitenciário ou qualquer outro deve ser de acompanhamento das decisões do respectivo Conselho, inclusive, tomando

ciência formal das decisões para que se possa recorre-las a instância superior quando contrária a posição ministerial; indiferentemente se o membro do Ministério Público é conselheiro ou não.

No âmbito federal; o Ministério Público poderá ter o mesmo relacionamento com os Conselhos Federais; Federações e Associações Nacionais; principalmente; as de proteção de defesa do Consumidor e relativos as instituições bancárias.

No aspecto processual, poderá o órgão do Ministério Público se utilizar da ação civil pública afim de garantir a defesa dos direitos não obtidos com a elaboração do Termo de Ajustamento de Conduta.

3. Conclusão

O Reflexo do trabalho do Ministério Público ao lado da comunidade e com o apoio desta ameniza a pressão política que o Promotor de Justiça sofre, principalmente, nos pequenos municípios onde dificilmente encontramos os órgãos administrativos que servem de auxílio. Para isso, se faz necessário, que o Promotor de Justiça também possa através dos meios de comunicações existente na comarca, divulgar seu trabalho. E, finalmente, se não houver nenhum meio de comunicação padrão no município; um informativo da Promotoria de Justiça bastará para se alcançar essa divulgação.

ATUAÇÃO EXTRAJUDICIAL: ENVOLVIMENTO COMUNITÁRIO E DEFESA SOCIAL

MARCO ANTONIO LOPES DE ALMEIDA
Procurador de Justiça do Estado de Minas Gerais

Sumário: I. Justificativa; II. Segurança Pública e Defesa Social; III. A presença social do Ministério Público; IV. Conclusões.

I. JUSTIFICATIVA

A segurança pública é assunto que preocupa todos os segmentos da sociedade brasileira, sendo consenso em todos os níveis acadêmicos que os problemas relacionados à criminalidade têm origem nas condições de vida precárias a que se encontram submetidas grandes parcelas de nossa população.

O Ministério Público, como órgão encarregado da persecução criminal e como detentor de enorme parcela de atribuições na área cível, sobretudo em defesa dos interesses sociais e individuais mais elevados, tem uma grande responsabilidade social, podendo atuar em diversos sentidos para diminuir pressões de insatisfação que pairam sobre a sociedade e que potencialmente se transformam em fatores de criminalidade.

Antes de ser um agente da repressão criminal, o Promotor de Justiça deve ser um agente da cidadania, promovendo a justiça social, e não apenas fazendo erguer o braço armado do Estado contra o indivíduo que chegou às

raias da marginalização.

O presente trabalho pretende fazer uma abordagem ampla sobre a importância de uma atuação extrajudicial segura em prol dos interesses da comunidade, como forma de minimização dos conflitos sociais.

II. SEGURANÇA PÚBLICA E DEFESA SOCIAL.

Os Estados Democráticos de Direito só podem sobreviver sob um regime de normalidade jurídica. A paz social é uma necessidade imperativa da sociedade democrática. Se essa normalidade é rompida, coloca-se em risco todos os valores juridicamente consubstanciados.

O preâmbulo da Constituição Federal destina ao Estado "assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, **s segurança, o bem-estar, o desenvolvimento**, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na **harmonia social...**".

O art. 3° da Carta Magna reforça os ideais de justiça social, desenvolvmento e bem comum.

O real significado da idéia de Segurança não pode ser perfeitamente compreendido se não estiver em sintonia com os anseios de evolução e transformação da comunidade nacional. Surge, então, o binômio Segurança e Desenvolvimento (Fundamentos Doutrinários da Escola Superior de Guerra, 1997).

Se a Segurança é imprescindível para a consecução dos objetivos desejados, é através do Desenvolvimento que as tensões e os conflitos serão reduzidos, permitindo que ela seja alcançada. Em ambiente de insegurança, as ações voltadas para o Desenvolvimento perderão sua efetividade.

O art. 144 da Constituição Federal encara a

segurança pública como "dever do Estado, direito e responsabilidade de todos".

Corretíssimo o dispositivo constitucional, pois toda a sociedade deve ser envolvida nos esforços em prol de sua própria segurança, especialmente no que tange aos meios preventivos de atuação.

Não se pode negar que a segurança pública tem estreitas relações com a promoção do bem-estar social, com políticas de educação e habitação, com o incentivo à criação de novos empregos, com a fixação do homem no campo, com o incentivo à escolaridade, com o sistema penitenciário, com a sensação de impunidade e até mesmo com a atuação da imprensa e dos meios de comunicação de massa.

É preciso enfatizar: a defesa social não é tarefa exclusiva do Estado, e muito menos dos organismos policiais. É tema que só pode ser discutido eficazmente mediante a participação de todos os segmentos da sociedade, de forma a assegurar a elaboração de políticas que visem maximizar a compatibilização entre os meios e os fins a serem alcançados, evitando a improvisação e o empirismo.

III. A PRESENÇA SOCIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

Muito mais do que em sua esfera de atuação criminal, é na área cível e nas atividades extrajudiciais que o Promotor de Justiça tem condições de atuar como um verdadeiro agente do bem-estar social, minimizando conflitos e tensões no seio da sociedade, e influindo diretamente sobre possíveis fatores de criminalidade.

É através dessa atuação voltada aos interesses sociais pugnando pelo respeito à pessoa humana, que o Ministério Público tem condições de auxiliar o Estado a promover a tão esperada justiça social, reduzindo índices de insatisfação e marginalização.

O papel de persecução criminal, a partir de onde nasceu o "parquet", apesar de relevante, pouco representa em termos de contenção de criminalidade. Esta existe e sempre existirá em níveis suportáveis em qualquer sociedade, por mais justa e equilibrada que seja. O que faz com que ela assuma proporções alarmantes nos países socialmente mais atrasados é o somatório de diversos fatores de delinqüência, cuja solução não passa pelo Direito Penal, mas sim por uma política social adequada.

São esses fatores que fazem, por exemplo, com que o índice de homicídios no Brasil, seja de 20 (vinte) para cada 100.000 (cem mil) habitantes, contra 1 (um) no Japão ou 10 (dez) na Europa. Fatores essencialmente ligados à pobreza, como o baixo nível educacional, as poucas perspectivas de inserção na sociedade, a desnutrição que afeta o desenvolvimento mental, dentre muitos outros.

Como salienta ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO, o Direito Penal "só deve intervir em relação às condutas humanas que constituam ataques graves e consistentes a bens jurídicos de relevância, excluindo do seu raio de abrangência todas aquelas questões que possam ser solucionadas por outras vias" (Alguns Aspectos sobre a Reforma do Código Penal, Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, vol. 1, pág. 63).

Em seu artigo, citando trechos de uma palestra proferida na Associação Mineira do Ministério Público pelo eminente Ministro do Superior Tribunal de Justiça, FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, alerta para "a falência das instâncias informais de controle da criminalidade, tais como a moral, religião, família, escola, clubes, que se constituíam em verdadeiros filtros de contenção dos comportamentos desviantes em seu nascedouro, ocorrida em função da anomia que contamina a sociedade contemporânea".

O Ministério Público pode desempenhar missão

relevante na proteção e defesa das instituições, desde a família até o próprio Estado, mantendo-se vigilante e atuante para que a degradação moral não as jogue em completo descrédito.

Em defesa da família pode o Promotor de Justiça promover ações de investigação de paternidade visando diminuir o enorme número de crianças sem filiação definida, que acabam engrossando as fileiras dos menores de rua, realimentando o ciclo da violência.

Tem, ainda, o Ministério Público, meios de velar pelo efetivo cumprimento da obrigação imposta aos pais de manterem seus filhos na escola na idade entre sete e quatorze anos, valendo-se das disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente, que permite até mesmo a destituição do pátrio poder em relação aos pais negligentes, ou utilizando a coerção da lei penal.

Nesse sentido merece ser mencionada a iniciativa inédita da Procuradoria Geral de Justiça de Minas Gerais, que editou Resolução Conjunta com a Secretaria de Estado da Educação, regulamentando a atuação do Promotor de Justiça junto a todos os segmentos representativos da sociedade e perante as famílias, visando reduzir ao máximo o número de crianças não matriculadas nas escolas, com a total colaboração dos diretores dos estabelecimentos de ensino

Atua o Ministério Público em defesa de interesses difusos e coletivos, tais como a defesa do meio ambiente, do patrimônio histórico, artístico e cultural, dos direitos dos consumidores, com repercussão direta não só na qualidade de vida proporcionada à sociedade, mas também na credibilidade da ordem jurídica.

Da maior relevância é a atuação ministerial na apuração dos ilícitos praticados contra a administração pública, seja na esfera penal, seja na cível, através das competentes ações de ressarcimento ao erário.

É de excepcional valor educativo para a sociedade

que esta veja que um mau governante ou uma grande empresa também sejam alcançados pela lei, pois como já foi salientado, a sensação de impunidade ou de injustiça também é fator de insatisfação da sociedade, que acaba se transformando em revolta e em reação, que se manifestam em comportamentos ilícitos.

Deve preocupar-se, ainda, o Promotor de Justiça com sua integração na comunidade, valorizando o atendimento ao público, fonte inesgotável de informações sobre os problemas sociais, buscando a solução de conflitos individuais e prestando assistência e orientação à população, em audiências públicas e ações integradas com outros organismos do governo.

Como se pode ver, o Ministério Público, dotado de extenso elenco de atribuições, atua em nome da sociedade na defesa de seus interesses e direitos mais relevantes, pois não basta que a Constituição Federal os declare, sem que existam meios para seu efetivo exercício.

Deve, portanto, o "parquet" , mais do que promover justiça, preocupar-se com a promoção de bem-estar social, de respeito à vida e aos direitos humanos. Ser um agente de cidadania, pois sem um Ministério Público forte e independente não há uma verdadeira democracia.

IV. CONCLUSÕES.

1. O Ministério Público de um país onde grande parcela da população vive em condições precárias convive com diversas injustiças, dentre as quais a fome, a doença, o abandono, o descaso, a corrupção institucionalizada e uma série de outros fatores de indução à criminalidade.

2. A segurança pública não é tarefa apenas dos organismos policiais e precisa ser objeto de esforços conjuntos dos diversos setores do Estado e da sociedade civil..

3. O Ministério Público, como instituição permanente, responsável pela defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais mais elevados, não pode perder de vista seu papel de agente de transformação social, combatendo as injustiças e promovendo o bem-estar da comunidade, através das suas mais diversas áreas de atuação.

4. Não é apenas com o direcionamento de esforços para a persecução criminal que se conterá a onda de violência em nossa sociedade, que necessita muito mais de medidas que resultem em justiça social do que em pura repressão

AS RÁDIOS COMUNITÁRIAS E A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Rosemary Souto Maior de Almeida*

Um número considerável (mais de dez mil) rádios comunitárias lutaram pela aprovação da Lei 9.612, de 19.02.98, publicada no D.O.U. de 20.02.98 (anexa). A sanção presidencial, finalmente, veio a representar a vontade popular que saiu vitoriosa, como resultado da organização da sociedade civil em prol dos seus interesses mais legítimos.

O diploma legal referido enfrenta algumas limitações, mas no cômputo geral atendeu aos verdadeiros interesses da radiodifusão comunitária no Brasil, um dos últimos países do mundo a disciplinar a matéria.

A liberdade de expressão garantida pela Constituição Federal de 1988 foi de fato estendida às comunidades em geral: *os primeiros passos para democratização das comunicações já foram adotadas.* Hoje as rádios comunitárias se deparam com um diploma legal que impedirá restrições ao direito de informação, e, por outro lado, torna efetivos os princípios norteados no art. 221 da Carta Magna, não observados até o momento pelas rádios comerciais.

O art. 1° do citado diploma legal prescreve que:

> *"Denomina-se serviço de radiodifusão comunitária a radiodifusão sonora, em freqüência modulada, operada em baixa potência e cobertura restrita, outorgada a fundações e associações comunitárias, sem fins lucrativo, com sede na localidade de prestação do serviço".*

Baixa potência, para os efeitos da lei é o serviço de radiodifusão prestado a comunidade, com potência limitada a um máximo de 25 watts ERP e altura do sistema irradiante não superior a trinta metros. A cobertura restrita se vincula ao atendimento de determinada comunidade de um bairro e/ou vila (§§ 1° e 2° do art. 1°).

É evidente que as rádios comunitárias se inserem no âmbito de atuação limitada. Limitação não só de ordem legal, como pela exclusiva finalidade comunitária.

O atendimento à comunidade consiste em: (art. 3°)

> *I - dar oportunidade à difusão de idéias, elementos de cultura, tradição e hábitos sociais da comunidade;*
> *II - oferecer mecanismos à formação e integração da comunidade, estimulando o lazer, a cultura e o convívio social;*
> *III - prestar serviços de utilidade pública, integrando-se aos serviços de defesa civil, sempre que necessário;*
> *IV - contribuir para o aperfeiçoamento profissional nas áreas de atuação dos jornalistas e radialistas, de conformidade com a legislação vigente;*
> *V - permitir a capacitação dos cidadãos no exercício do direito de expressão da forma mais acessível possível.*

As entidades competentes para explorar o serviço de radiodifusão comunitária são as fundações e associações comunitárias, sem fins lucrativos, desde que, legalmente constituídas e devidamente registradas na área da comunidade para aqual pretendam prestar serviço, e os seus dirigentes sejam brasileiros natos ou naturalizados há mais de 10 (dez)

anos. (art. 7°)

A programação das emissoras de radiodifusão comunitária atenderão aos seguintes princípios:

> *I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas em benefício do desenvolvimento geral da comunidade;*
> *II - promoção das atividades artísticas e jornalísticas na comunidade e da integração dos membros da comunidade atendida;*
> *III - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família, favorecendo a integração dos membros da comunidade atendida;*
> *IV - não discriminação de raça, religião, sexo, preferencias sexuais, convicções político-ideológico-partidárias e condição social nas relações comunitárias. (art. 4°)*

O proselitismo é vedado na programação das emissoras. As programações opinativas e informativas observarão os princípios de pluralidade de opinião e de versão simultânea em matérias polêmicas. A divulgação das diversas interpretações relativas aos fatos noticiados é uma exigência legal.

A participação efetiva do cidadão na comunidade beneficiada se incorpora no direito de emitir opiniões sobre quaisquer assunto divulgado na programação da emissora, manifestando idéias, propostas, sugestões, reclamações ou reivindicações, para tanto deverá observar o momento certo da programação para fazê-lo, por meio de solicitação dirigido à direção da rádio comunitária.

O conselho comunitário é outra inovação de caráter popular, cujo objetivo é acompanhar os passos da programação da emissora. (art. 8°)

A autorização para execução dos serviços de

radiodifusão comunitária será apreciada após petição da interessada, dirigida ao poder concedente, indicado obrigatoriamente a área onde pretende prestar o serviço. O poder concedente, por sua vez, analisará a pretensão quanto a sua viabilidade técnica e publicará comunicado de habilitação, promovendo sua mais ampla divulgação para que as entidades se inscrevam. A entidade deverá apresentar no prazo de habilitação os documentos relacionados no art. 9º §2º.

É permitido sem prévia anuência do poder concedente que os Estatutos das Rádios Comunitárias sofram alterações tendentes a modificar a composição de sua diretoria, desde que observados os termos e condições exigidas inicialmente para a outorga da autorização. Nesta oportunidade, a entidade apresentará para fins de registro e controle, os atos referentes as alterações, devidamente registrados ou averbados no órgão competente, no prazo de 30 (trinta) dias, contados de sua efetivação.

O equipamento de transmissão da rádio comunitária será pré-sintonizado na freqüência de operação designada para o serviço mediante homologação ou certificado do poder concedente (art. 14).

É assegurado, na programação, espaço para divulgação de planos e realizações de entidades, por suas finalidades ao desenvolvimento da comunidade (art. 15). As audiências públicas do Ministério Público terão espaço garantido na divulgação das rádios comunitárias.

O tempo mínimo de operação diária será fixado na regulamentação da lei em tela, no prazo de 120 (centro e vinte) dias, contados da publicação.

O patrocínio dos programas será possível, exclusivamente, sob a forma de apoio cultural, desde que limitados aos estabelecimentos situados na área da comunidade atendida (art. 18).

É vedada a cessão ou arrendamento da emissora

dos serviços de radiodifusão comunitária ou de horário de sua programação.

A lei nº 9.612/98 estabeleceu as infrações e penalidades no art. 21, culminando com a revogação da autorização no caso de reincidência.

Diante do exposto, qual a atuação do Ministério Público nesta área?

Os membros do Ministério Público estadual, na nossa óptica enfrentarão mais um desafio: dever funcional de promover orientação e fiscalização das emissoras de radiodifusão comunitárias, na medida em que as mesmas se revestirão de estatutos na forma de fundações e associações, em caráter exclusivamente comunitários e sem fins lucrativos.

A atuação ministerial viabilizará a defesa social e o desenvolvimento comunitário das rádios genuinamente do povo organizado, excluindo do processo de democratização dos meios de comunicação rádio oportunistas e disfarçadas de comunitárias.

O membro local do Ministério Público, responsável pelas atribuições inerentes ao cargo, acompanhará o início das atividades até a constituição da entidade comunitária, (fundação ou associação), observando o cumprimento integral das exigências da Lei 9.612, de 19.02.98 com reflexo nos estatutos em cada entidade em particular, tornando possível autorização de execução dos serviços de radiodifusão, pelo poder concedente. Finalmente a regulamentação sairá até junho próximo.

Apesar da existência de lei disciplinando as rádios comunitárias, as rádios comerciais, cedidas por meios espúrios, deflagram diuturnamente campanhas, alegando clandestinidade das radiodifusão comunitária. O que temem as rádios comerciais?

A radiodifusão comunitária surgiu, como todo fato social, antes da norma jurídica, contudo hoje é um fato jurídico,

cujos efeitos legais já prosperam,.

A omissão do Promotor de Justiça, neste processo não é salutar. O Ministério Público tem como dever constitucional a defesa do regime democrático. A atuação na orientação, articulada e uniforme em todo o território nacional, é nossa contribuição histórica na democratização dos meios de comunicação, na luta pela consolidação das conquistas sociais emergentes, razão de ser da nossa Instituição tão combativa!

LEI Nº 9.612, DE 19 DE FEVEREIRO DE 1998

Institui o Serviço de Radiodifusão Comunitária e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Denomina-se Serviço de Radiodifusão Comunitária a radiodifusão sonora, em freqüência modulada, operada em baixa potência e cobertura restrita, outorgada a fundações e associações comunitárias, sem fins lucrativos, com sede na localidade de prestação do serviço.

§ 1º Entende-se por baixa potência o serviço de radiodifusão prestado a comunidade, com potência limitada a um máximo de 25 watts ERP e altura do sistema irradiante não superior a trinta metros.

§ 2º Entende-se por cobertura restrita aquela destinada ao atendimento de determinada comunidade de um bairro e/ou vila.

Art. 2º O Serviço de Radiodifusão Comunitária obedecerá aos preceitos desta Lei e, no que couber, aos mandamentos da Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962,

modificada pelo Decreto-Lei nº 236, de 28 de fevereiro de 1967, e demais disposições legais.

Parágrafo único. O Serviço de Radiodifusão Comunitária obedecerá ao disposto no art. 223 da Constituição Federal.

Art. 3º O Serviço de Radiodifusão Comunitária tem por finalidade o atendimento à comunidade beneficiada, com vistas a:

I - dar oportunidade à difusão de idéias, elementos de cultura, tradições e hábitos sociais da comunidade;

II - oferecer mecanismos à formação e integração da comunidade, estimulando o lazer, a cultura e o convívio social;

III - prestar serviços de utilidade pública, integrando-se aos serviços de defesa civil, sempre que necessário;

IV - contribuir para o aperfeiçoamento profissional nas áreas de atuação dos jornalistas e radialistas, de conformidade com a legislação profissional vigente;

V - permitir a capacitação dos cidadãos no exercício do direito de expressão da forma mais acessível possível.

Art. 4º As emissoras do Serviço de Radiodifusão Comunitária atenderão, em sua programação, aos seguintes princípios:

I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas em benefício do desenvolvimento geral da comunidade;

II - promoção das atividades artísticas e jornalísticas na comunidade e da integração dos membros da comunidade atendida;

III - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família, favorecendo a integração dos membros da comunidade atendida;

IV - não discriminação de raça, religião, sexo,

preferências sexuais, convicções político-ideológico-partidárias e condição social nas relações comunitárias.

§1° É vedado o proselitismo de qualquer natureza na programação das emissoras de radiodifusão comunitária.

§ 2° As programações opinativa e informativa observarão os princípios da pluralidade de opinião e de versão simultâneas em matérias polêmicas, divulgando, sempre, as diferentes interpretações relativas aos fatos noticiados.

§ 3° Qualquer cidadão da comunidade beneficiada terá direito a emitir opiniões sobre quaisquer assuntos abordados na programação da emissora, bem como manifestar idéias, propostas, sugestões, reclamações ou reivindicações, devendo observar apenas o momento adequado da programação para fazê-lo, mediante pedido encaminhado à Direção responsável pela Rádio Comunitária.

Art. 5° O Poder Concedente designará, em nível nacional, para utilização do Serviço de Radiodifusão Comunitária, um único e específico canal na faixa de freqüência do serviço de radiodifusão sonora em freqüência modulada.

Parágrafo único. Em caso de manifesta impossibilidade técnica quanto ao uso desse canal em determinada região, será indicado, em substituição, canal alternativo, para utilização exclusiva nessa região.

Art. 6° Compete ao Poder Concedente outorgar à entidade interessada autorização para exploração do Serviço de Radiodifusão Comunitária, observados os procedimentos estabelecidos nesta Lei e normas reguladoras das condições de exploração do Serviço.

Parágrafo único. A outorga terá validade de três anos, permitida a renovação por igual período, se cumpridas as exigências desta Lei e demais disposições legais vigentes.

Art. 7° São competentes para explorar o Serviço de Radiodifusão Comunitária as fundações e associações

comunitárias, sem fins lucrativos, desde que legalmente instituídas e devidamente registradas, sediadas na área da comunidade para a qual pretendem prestar o Serviço, e cujos dirigentes sejam brasileiros natos ou naturalizados há mais de 10 anos.

Parágrafo único. Os dirigentes das fundações e sociedades civis autorizadas a explorar o Serviço, além das exigências deste artigo, deverão manter residência na área da comunidade atendida.

Art. 8° A entidade autorizada a explorar o Serviço deverá instituir um Conselho Comunitário, composto por no mínimo cinco pessoas representantes de entidades da comunidade local, tais como associações de classe, beneméritas, religiosas ou de moradores, desde que legalmente instituídas, com o objetivo de acompanhar a programação da emissora, com vista ao atendimento do interesse exclusivo da comunidade e dos princípios estabelecidos no art. 4° desta Lei.

Art. 9° Para outorga da autorização para execução do Serviço de Radiodifusão Comunitária, as entidades interessadas deverão dirigir petição ao Poder Concedente, indicando a área onde pretendem prestar o serviço.

§ 1° Analisada a pretensão quanto a sua viabilidade técnica, o Poder Concedente publicará comunicado de habilitação e promoverá sua mais ampla divulgação para que as entidades interessadas se inscrevam.

§ 2° As entidades deverão apresentar, no prazo fixado para habilitação, os seguintes documentos:

I - estatuto da entidade, devidamente registrado;

II - ata da constituição da entidade e eleição dos seus dirigentes, devidamente registrada;

III - prova de que seus diretores são brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos;

IV - comprovação de maioridade dos diretores;

V - declaração assinada de cada diretor, comprometendo-se ao fiel cumprimento das normas estabelecidas para o serviço;

VI - manifestação em apoio à iniciativa, formulada por entidades associativas e comunitárias, legalmente constituídas e sediadas na área pretendida para a prestação do serviço, e firmada por pessoas naturais ou jurídicas que tenham residência , domicílio ou sede nessa área.

§ 3° Se apenas uma entidade se habilitar para a prestação do Serviço e estando regular a documentação apresentada, o Poder Concedente outorgará a autorização à referida entidade.

§ 4° Havendo mais de uma entidade habilitada para a prestação do Serviço, o Poder Concedente promoverá o entendimento entre elas, objetivando que se associem.

§ 5° Não alcançando êxito a iniciativa prevista no parágrafo anterior, o Poder Concedente procederá à escolha da entidade levando em consideração o critério da representatividade, evidenciada por meio de manifestações de apoio encaminhadas por membros da comunidade a ser atendida e/ou por associações que a representem.

§ 6° Havendo igual representatividade entre as entidades, proceder-se-á à escolha por sorteio.

Art.10. A cada entidade será outorgada apenas uma autorização para exploração do Serviço de Radiodifusão Comunitária.

Parágrafo único. É vedada a outorga de autorização para entidades prestadoras de qualquer outra modalidade de Serviço de Radiodifusão ou de serviços de distribuição de sinais de televisão mediante assinatura, bem como à entidade que tenha como integrante de seus quadros de sócios e de administradores pessoas que, nestas condições, participem

de outra entidade detentora de outorga para exploração de qualquer dos serviços mencionados.

Art.11. A entidade detentora de autorização para execução do Serviço de Radiodifusão Comunitária não poderá estabelecer ou manter vínculos que a subordinem ou a sujeitem à gerência, à administração, ao domínio, ao comando ou à orientação de qualquer outra entidade, mediante compromissos ou relações financeiras, religiosas, familiares, político-partidárias ou comerciais.

Art.12. É vedada a transferência, a qualquer título, das autorizações para exploração do Serviço de Radiodifusão Comunitária.

Art.13. A entidade detentora de autorização para exploração do Serviço de Radiodifusão Comunitária pode realizar alterações em seus atos constitutivos e modificar a composição de sua diretoria, sem prévia anuência do Poder Concedente, desde que mantidos os termos e condições inicialmente exigidos para a outorga da autorização, devendo apresentar, para fins de registro e controle, os atos que caracterizam as alterações mencionadas, devidamente registrados ou averbados na repartição competente, dentro do prazo de trinta dias contados de sua efetivação.

Art.14. Os equipamentos de transmissão utilizados no Serviço de Radiodifusão Comunitária serão pré-sintonizados na freqüência de operação designada para o serviço e devem ser homologados ou certificados pelo Poder Concedente.

Art.15. As emissoras do Serviço de Radiodifusão Comunitária assegurarão, em sua programação, espaço para divulgação de planos e realizações de entidades ligadas, por suas finalidades, ao desenvolvimento da comunidade.

Art.16. É vedada a formação de redes na exploração do Serviço de Radiodifusão Comunitária, excetuadas as situações de guerra, calamidade pública e epidemias, bem como as transmissões obrigatórias dos Poderes Executivo,

Judiciário e Legislativo, definidas em leis.

Art.17. As emissoras do Serviço de Radiodifusão Comunitária cumprirão tempo mínimo de operação diária a ser fixado na regulamentação desta Lei.

Art.18. As prestadoras do Serviço de Radiodifusão Comunitária poderão admitir patrocínio, sob a forma de apoio cultural, para os programas a serem transmitidos, desde que restritos aos estabelecimentos situados na área da comunidade atendida.

Art.19. É vedada a cessão ou arrendamento da emissora do Serviço de Radiodifusão Comunitária ou de horários de sua programação.

Art.20. Compete ao Poder Concedente estimular o desenvolvimento de Serviço de Radiodifusão Comunitária em todo o território nacional, podendo, para tanto, elaborar Manual de Legislação, Conhecimentos e Ética para uso das rádios comunitárias e organizar cursos de treinamento, destinados aos interessados na operação de emissoras comunitárias, visando o seu aprimoramento e a melhoria na execução do serviço.

Art.21. Constituem infrações na operação das emissoras do Serviço de Radiodifusão Comunitária:

I - usar equipamentos fora das especificações autorizadas pelo Poder Concedente;

II - transferir a terceiros os direitos ou procedimentos de execução do serviço;

III - permanecer fora de operação por mais de trinta dias sem motivo justificável;

IV - infringir qualquer dispositivo desta Lei ou da correspondente regulamentação;

Parágrafo único. As penalidades aplicáveis em decorrência das infrações cometidas são:

I - advertência;

II - multa; e

III - na reincidência, revogação da autorização.

Art.22. As emissoras do Serviço de Radiodifusão Comunitária operarão sem direito a proteção contra eventuais interferências causadas por emissoras de qualquer Serviços de Telecomunicações e Radiodifusão regularmente instaladas, condições estas que constarão do seu certificado de licença de funcionamento.

Art.23. Estando em funcionamento a emissora do Serviço de Radiodifusão Comunitária, em conformidade com as prescrições desta Lei, e constatando-se interferência indesejáveis nos demais Serviços regulares de Telecomunicações e Radiodifusão, o Poder Concedente determinará a correção da operação e, se a interferência não for eliminada, no prazo estipulado, determinará a interrupção do serviço.

Art.24. A outorga de autorização para execução do Serviço de Radiodifusão Comunitária fica sujeita a pagamento de taxa simbólica, para efeito de cadastramento, cujo valor e condições serão estabelecidos pelo Poder Concedente.

Art.25. O Poder Concedente baixará os atos complementares necessários à regulamentação do Serviço de Radiodifusão Comunitária, no prazo de cento e vinte dias, contados da publicação desta Lei.

Art.26. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art.27. Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 19 de fevereiro de 1998. 177° da Independência e 110° da República.

* Promotora de Justiça do Ministério Público de Pernambuco.

II - ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NAS ÁREAS CÍVEL E ESPECIALIZADAS - A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CIDADÃO

- ATUAÇÃO EXTRAJUDICIAL - ENVOLVIMENTO COMUNITÁRIO E DEFESA SOCIAL

TÍTULO: A presença social do Promotor de Justiça na concretização da fiscalização das entidades de Interesse Social pelo Ministério Público.

---

* JOSÉ EDUARDO SABO PAES

EMENTA. Fiscalização das entidades de interesse social pelo Ministério Público. Função institucional do Parquet *(art. 127 e art. 129, III da Constituição Federal). Competência para zelar pelo interesse público e social. Previsão legal de atuação fiscalizadora (Lei nº 1.493, de 13.12.51, Decreto-Lei nº 41, de 18.11.66 e Decreto Federal nº 93.872, de 23.12.86). Caso do Distrito Federal. Competência privativa dos Promotores de Justiça em exercício na Promotoria de Justiça de Fundações e Entidades de Interesse Social de expedir atestados de regular funcionamento das entidades de interesse social (Enunciado nº 01 da Câmara de Coordenação e Revisão da Ordem Jurídica Civil do MPDFT). Necessidade*

de aprovação do estatuto e das contas das entidades de interesse social pelo Ministério Público para obtenção do título de utilidade pública pelo Governo do Distrito Federal (Decreto nº 19.004, de 22.01.98).

Respeito e proteção a aplicação de recursos públicos, às subvenções sociais, inclusive com verificação in loco *de seu regular funcionamento.*

Necessidade da criação, em todos os Ministérios Públicos, de Promotorias especializadas no acompanhamento e fiscalização das entidades sociais.

Valorização do atestado de regular funcionamento expedido pelo Promotor de Justiça, colocando-o como conditio sine qua non *de concessão pelo Poder Público do título de utilidade pública.*

EXPOSIÇÃO

Examinando-se a história mais recente da instituição, traçada nestas últimas duas décadas, é possível assegurar que se criou e se desenvolveu o que pode ser chamado de consciência nacional do Ministério Público. O ofício que a instituição exerce passou a ser o elo comum a permitir pensar-se cada vez mais no Ministério Público como instituição e nos seus agentes como órgãos independentes, passou-se a identificar-lhe um fim a realizar no meio social e não apenas aceitá-lo como um conjunto de organismos governamentais estanques da União e dos Estados[1].

A Constituição Federativa do Brasil de 1988 referiu-se ao Ministério Público como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, cabendo-lhe defender a ordem

jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127); seguindo-se a ela a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público dos Estados (Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993) e o Estatuto do Ministério Público da União (Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993).

Nestes diplomais legais que de forma orgânica dispuseram sobre a organização, as atribuições e as funções do Ministério Público brasileiro, destaca-se de forma indelével a proteção e a defesa do patrimônio público e social como função institucional do *Parquet*.

Este destaque se deve ao reconhecimento pelo legislador e pela própria sociedade que melhor teria seus direitos salvaguardados se contasse com um Ministério Público forte e independente e que pudesse efetivamente defender as liberdades públicas ou individuais, as categorias de indivíduos que de qualquer modo ou maneira ostentasse alguma hipossuficiência ensejadora de intervenção protetora, v.g. o caso das pessoas portadoras de deficiência, dos consumidores, do meio ambiente, do patrimônio das fundações e de tantos outros interesses difusos ou coletivos na área social.

A instituição ministerial, através de seus membros, tem buscado exercer eficientemente as missões que lhe foram confiadas pela novel legislação.

Agora, evidentemente, que se deve sempre buscar o aprimoramento, perquerir não o que a instituição fez e sim o que ela pode fazer, buscando a efetivação do papel social do Ministério Público. Neste sentido, tem procurado atuar todos os Ministérios Públicos estaduais e da União, em que pese a falta de estrutura que atinge o País como um todo.

No âmbito da atuação extra-judicial inicia-se um processo social irreversível de concretização da fiscalização e do acompanhamento das ações contábeis e finalísticas das entidades sociais pelo Ministério Público dos Estados e pelo

Ministério Público do Distrito Federal.

Sabidamente, entidades de interesse social são todas aquelas associações e sociedades civis sem fins lucrativos (previstas no art. 18 do Código Civil) que apresentam em suas finalidades estatutárias objetivos de natureza social e assistencial.

Faz-se necessário, e este é o objetivo da tese, na medida que se salienta a importância da ação social das instituições que sejam criadas no âmbito de todos os Ministérios Públicos, Promotorias especializadas no acompanhamento e na fiscalização contábil, financeira e finalística das entidades de interesse social, com estrutura administrativa capaz de zelar pela regularidade da aplicação dos recursos públicos e subvenções sociais e doações de particulares por elas recebidas e capaz também de verificar *in loco* o real trabalho pelas entidades desenvolvido.

No âmbito do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios a atribuição de fiscalizar o funcionamento das entidades de interesse social que tenham sede ou atuem no Distrito Federal é exercida desde 1991 pela Promotoria de Justiça de Fundações e Entidades de Interesse Social.

O trabalho ministerial, no que tange especificamente às entidades de interesse social, nas quais se enquadram as sociedades de fins assistenciais, consoante a Portaria nº 93, da Procuradoria-Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios, de 24.02.94, abrange o exame das suas contas, a fiscalização de seu funcionamento, o controle da adequação da atividade da instituição a seus fins e da legalidade e pertinência dos atos de seus administradores, podendo fiscalizar a aplicação dos recursos e promover tanto a anulação dos atos ilegais como a sua própria dissolução.

Saliente-se que a Câmara de Coordenação e Revisão da Ordem Jurídica Cível, órgão setorial de coordenação, de integração e de revisão do exercício funcional

da Instituição Ministerial, *ex vi* do art. 167 da Lei Complementar nº 75/93, estabeleceu, através de seu enunciado nº 01, publicado no Diário da Justiça, de 14 de junho de 1996, que:

> *"É atribuição da Promotoria de Tutela das Fundações e Entidades de Interesse Social a expedição de atestados de regular funcionamento e de regularidade do mandato da diretoria de fundações e entidades de interesse social, para o fim de recebimento de subvenções, por parte de tais entidades. O mesmo se aplica quando se tratar de vistos apostos pelos Promotores de Justiça nas prestações de contas relativas àquelas subvenções."*

A atribuição legal com certeza não é nova. A inovação deveu-se em estabelecer como competência privativa dos Promotores de Justiça em exercício na citada Promotoria a expedição de atestado de regular funcionamento para as entidades de interesse social. Historicamente, verifique-se que já em 13 de dezembro de 1951, por força da Lei nº 1.493, exigia-se que as entidades que recebessem verbas públicas, como dotações orçamentárias a título de subvenção, apresentassem atestado de regular funcionamento e de regularidade do mandato de sua diretoria.

Sendo que *ex vi* do art. 12, *in fine* do referido diploma legal, as referidas prestações de contas deveriam ser visadas por autoridade local, entendida esta como juiz da comarca, promotor público, coletor federal, prefeito ou coletor estadual.

Ademais, o Decreto Federal nº 93.872, de 23 de dezembro de 1986, em sua seção VII, que trata das subvenções, auxílios e contribuições, dispõe, expressamente, no § 3º do seu artigo 60, como condição para a concessão de

subvenção social às entidades:

> *"- ter sido fundada em ano anterior e organizada até o ano da elaboração da Lei de Orçamento; não constituir patrimônio de indivíduo; dispor de patrimônio ou renda regular; não dispor de recursos próprios suficientes à manutenção ou ampliação de seus serviços; ter feito prova de seu regular funcionamento e de regularidade de mandato de sua Diretoria; ter sido considerada em condições de funcionamento satisfatório pelo órgão competente de fiscalização; ter prestado contas da aplicação de subvenção ou auxílio anteriormente recebido, e não ter a prestação de contas apresentado vício insanável; e, não ter sofrido penalidade de suspensão de transferências da União, por determinação ministerial, em virtude de irregularidade verificada em exame de auditoria."*

Inclusive, cabe ao Ministério Público, de ofício ou por provocação de qualquer interessado, requerer ao juízo competente a dissolução da sociedade civil de fins assistenciais que receba auxílio ou subvenção do Poder Público, ou que se mantenha, no todo ou em parte, com contribuições periódicas de populares (art. 1° e 3°, *caput* do Decreto-Lei n° 41, de 18 de novembro de 1966).

Dissolução esta a ser requerida caso a sociedade deixe de desempenhar efetivamente as atividades assistenciais a que fora destinada, aplique as importâncias representadas pelos auxílios, subvenções ou contribuições populares em fins diversos dos previstos nos seus atos constitutivos ou nos estatutos sociais e ficar sem efetiva administração por abandono ou omissão continuada dos seus órgãos diretores

(item I a III, do art. 2°, do supracitado Decreto-Lei).

Portanto, se há o dever de promover a ação de dissolução, significa que previamente terá que haver o acompanhamento do órgão competente do Ministério Público, para, obviamente, ter ciência do trabalho que as entidades estão realizando ou deixando de realizar.

No âmbito do Distrito Federal, com a recente edição do Decreto n° 19.004, de 22 de janeiro de 1998, que regulamentou a Lei n° 1.617, de 18 de agosto de 1997, que declarou de utilidade pública as entidades filantrópicas sem fins lucrativos, constituídas por particulares, houve a expressa determinação no § 6°, do art. 1°, que as fundações de direito privado instituídas por particulares e as sociedades civis e associações que recebam subvenções ou auxílio do poder público ou que se mantenham, no todo ou em parte, com contribuições periódicas de populares, deverão apresentar atestado de regular funcionamento, expedido pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, no caso a Promotoria de Justiça de Fundações e Entidades de Interesse Social do Distrito Federal.

Estabeleceu, no referido decreto, que as sociedades civis, associações e fundações que atuam no Distrito Federal, com fins educacionais, culturais, de assistência social e de saúde, que servissem há mais de 3(três) anos desinteressadamente à coletividade, atendendo de forma predominante ao interesse público, sem fins lucrativos e em caráter totalmente gratuito, poderiam ser declaradas de utilidade pública e social, após prévios exames dos seus estatutos e de seus balanços financeiros pelo Ministério Público, competindo ainda ao órgão ou conselho onde a entidade esteja registrada ou credenciada, e ao *Parquet* fiscalizarem o seu funcionamento e o cumprimento de suas finalidades estatutárias.

Posiciono-me no sentido de que agiu bem o Governo

do Distrito Federal no sentido de reorganizar e reestruturar os critérios para a outorga do importante título de utilidade pública às entidades particulares que, reconhecidamente, desenvolvem um trabalho de assistência social, muitas vezes complementando ou até substituindo a atuação governamental nas áreas de assistência social e cultural, de educação e saúde, técnico-científica.

Ademais, até mesmo pelo processo de exclusão, infere-se que o Ministério Público é a instituição com maior isenção e, portanto, credibilidade para atestar o regular funcionamento das entidades de interesse social, senão, vejamos: o Poder Executivo, por muitas vezes, celebra convênios com as entidades de interesse social, com a intrínseca obrigação de fiscalizar o pleno cumprimento dos acordos. Mas não deixa de ser parte no processo, além do que o administrador público exerce o seu cargo por influência político-eleitoral. Quanto ao Poder Legislativo, que exerce a fiscalização por intermédio do Tribunal de Contas, incumbido é de legislar sobre o orçamento e destinação de verbas, inclusive para as entidades de interesse social, que operam nas bases eleitorais dos mesmos parlamentares que aprovam as dotações orçamentárias e que têm influência natural sobre o órgão fiscalizador da casa que representam.

Por sua vez, os membros do Ministério Público, entre os quais estão os que atestam o regular funcionamento de fundações e entidades de interesse social, ocupam seus respectivos cargos públicos após prestarem concurso público, ou seja, não dependem de qualquer fator político ou eleitoral para a investidura no cargo que ocupam, possuindo, ademais, na sua atuação, independência funcional e garantias constitucionais para o exercício de seu cargo.

Se as entidades de interesse social são fiscalizadas por instituição totalmente isenta, não há que pairar dúvidas sobre o atestado de regular funcionamento que hão de receber,

caso estejam enquadradas nos padrões de utilidade pública. Embora pareça apenas mais um dever, a aprovação das prestações de contas pelo Ministério Público trará reais vantagens para as entidades que realmente as mereçam, em função da credibilidade que desfrutarão junto ao público, além daquelas previstas para as que detenham o título de utilidade pública, principalmente de natureza tributária, senão vejamos:

Preliminarmente, há de ser considerado que boa parte das despesas relativas às atividades desenvolvidas pelas entidades de interesse social são custeadas com contribuições voluntárias de pessoas da comunidade. Se uma instituição como o Ministério Público, que goza de alta credibilidade, em função da isenção que possui, atesta o regular funcionamento de uma entidade, passa a mesma a ter maior perspectiva de angariar o apoio da população mesmo porque as pessoas são atraídas a colaborarem financeiramente com uma causa quando têm certeza de que os recursos doados serão realmente investidos naquelas áreas para as quais houve a proposta. Se, pois, o próprio Ministério Público atesta a veracidade das aplicações de recursos nas áreas sociais delineadas nos estatutos das entidades, o aporte de doações poderá superar os níveis atuais.

Há, ainda, aquelas doações originárias de obrigações impostas pela Justiça, tais quais as penas alternativas, que muitas vezes ocorrem em forma de cestas de alimentos ou prestação de serviços. A entidade que possuir o atestado de regular funcionamento expedido pelo competente órgão do Ministério Público terá maior possibilidade de receber aqueles benefícios, por gozarem da credibilidade conferida pelo aludido atestado.

Evidentemente, para que a entidade possa beneficiar-se, e, finalisticamente, transferir os mencionados benefícios para os seus assistidos, deverá submeter-se ao crivo fiscalizador do Ministério Público, que, somente de forma

responsável e séria, atesta o regular funcionamento das entidades de interesse social. Para isso, dispõe de instrumentos eficazes para o efetivo cumprimento de suas funções institucionais, sendo o primeiro a publicação da Portaria n° 55, de 26 de fevereiro de 1996, da Procuradoria-Geral da Justiça do Distrito Federal e Territórios, que estabelece o roteiro para as prestações de contas das fundações e entidades de interesse social do Distrito Federal. Normatizada a forma das prestações de contas, os critérios para aprovação ou não das mesmas saem dos campos da obscuridade e da incerteza.

Estabeleceu-se também no âmbito interno da Promotoria de Justiça de Fundações e Entidades de Interesse Social, desde agosto de 1997, a realização de inspeção às entidades de interesse social sediadas no Distrito Federal com a participação de peritos (assistentes sociais e contadores) da carreira de apoio técnico-administrativo do Ministério Público, a fim de averiguar-se as reais condições de funcionamento das entidades de interesse social, bem como constatar a exatidão das informações constantes de suas prestações de contas, resguardando-se, assim, a imagem do Ministério Público.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto e objetivando que todos os Ministérios Públicos exerçam o acompanhamento de entidades de interesse social com a profundidade necessária para poderem fiscalizá-las contábil, financeira e finalisticamente, em respeito às ações que elas desenvolvem em prol da comunidade, propõe-se que sendo aprovada a tese seja enviado este estudo a todas as Procuradorias-Gerais de Justiça a fim de que:

1°) criem ou propugnem pela criação de Promotorias de Justiça especializadas estruturadas para serem capazes

de zelar pela regularidade da aplicação dos recursos públicos, das subvenções sociais e das doações recebidas de particulares e de acompanhar *in loco*, com a colaboração de peritos, o trabalho desenvolvido pelas entidades;

2°) propugnem pela valorização do atestado de regular funcionamento expedido pelo Ministério Público por força da Lei Federal n° 1.493/51 para que seja um documento essencial para a concessão pelo Poder Público Estadual e Municipal do atestado de utilidade pública das entidades de interesse social e sem fins lucrativos.

BIBLIOGRAFIA BÁSICA

BRASIL, *Constituição*. República Federativa do Brasil. Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. *Código de Processo Civil e legislação*. Theotônio Negrão, 28ª edição, São Paulo, Saraiva, 1997.

BRASIL. *Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*. Procuradoria-Geral de Justiça. Portaria n° 192, de 17 de maio de 1992, e Portaria n° 709, de 17 de outubro de 1996.

DECRETO n° 19.004, de 22.01.98.
Regulamenta a Lei n° 1.617, de 18 de agosto de 1997.

LEI n° 91, de 28 de agosto de 1935.
Determina regras pelas quais são as sociedades declaradas de utilidade pública.

LEI n° 1.493, de 13.12.1951.
Dispõe sobre o pagamento de auxílios e subvenções.

LEI n° 1.617, de 18 de agosto de 1997.
Declara de utilidade pública as entidades filantrópicas particulares sem fins lucrativos do Distrito Federal e dá outras providências.

PORTARIA n° 93, de 24.02.1994.
Dispõe sobre a atuação da Promotoria de Justiça de Fundações e Entidades de Interesse Social no tocante

à tutela e fiscalização das fundações e entidades de Interesse Social.

PORTARIA nº 55, de 26.02.1996.

Estabelece roteiro para as prestações de contas das fundações e entidades de interesse social do Distrito Federal.

* José Eduardo Sabo Paes é Promotor de Justiça titular da 2ª Promotoria de Justiça de Fundações e Entidades de Interesse Social, Mestre em Direito pela Universidade Complutense de Madri e atualmente doutorando em Direito Constitucional pela mesma universidade.

[1] Hugo Nigro Mazzili. Manual do Promotor de Justiça, Ed. Saraiva, 2ª Edição, 1991, p. 17.

TEMA :

A POSIÇÃO INTERVENTIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NAS QUESTÕES DOS EXCLUÍDOS E A ATUAÇÃO EXTRAJUDICIAL - ENVOLVIMENTO COMUNITÁRIO E DEFESA SOCIAL

TITULO :

ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA IMPLANTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS ESTABELECIDAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Constituição Federal de 1998 em seu Titulo VII, estabelece diversas políticas públicas vinculantes para as administrações públicas federal, estadual e municipal , que visam a concretização de uma nova ordem social nos moldes do artigo 197 *:*

> *" A ordem social tem como base o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais "*

Certo é que o grande parte do conteúdo dos dispositivos constitucionais relativos à ordem social já se encontra densificado por normas infraconstitucionais , como a Lei de Apoio às Pessoas Portadoras de Deficiência (Lei nº 7.853/89), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) a Lei Orgânica da Assistência Social (Lei nº 8.742/ 93).

Demais disso, a Constituição Federal nos artigos 127, **caput** estabelece as linhas de atuação do Ministério

Público : a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

E o artigo 129 em seus incisos II e III determina que são funções institucionais do Ministério Público : zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia e 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 .

Por outro lado, a Lei Complementar nº 75/93 (Lei Orgânica do Ministério Público da União) e a Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica do Ministério Público dos Estados) também estabelecem as funções e formas de atuação dos membros dos diversos ramos do Ministério Público, que convergem sempre para a defesa do cidadão, e especialmente, na matéria da defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos para a afirmação dos direitos coletivos assegurados na Constituição Federal e em especial , no capítulo da ordem social.

Ressalve-se que , na estrutura do Mistério Público Federal prevista na Lei Complementar nº 75/93, existe a figura do Procurador dos Direitos do Cidadão, cuja atribuição é a defesa dos direitos constitucionais do cidadão , zelando pelo efetivo respeito a tais direitos por parte do Poder Público e pelos prestadores de serviços de relevância pública (artigo 11 do diploma legal citado).

Portanto, zelar pelo cumprimento **real e efetivo** dos direitos assegurados na Constituição Federal e em especial, no título da ordem social é dever institucional do Ministério Público.

Frise-se que grande parte das políticas públicas para concretização das normas constitucionais da ordem social já se encontram delineadas na própria Constituição, tendo sido

densificadas a partir das Leis já citadas.

A Constituição Federal também delineia em muitos casos as fontes de custeio e em parte vincula determinadas fontes a gastos específicos com participação popular no gerenciamento de seus recursos , em clara afirmação da co-responsabilidade que deve existir entre Estado e Sociedade Civil.

A propósito vale citar o Professor Gomes Canotilho :

> " Um dos desafios com que se defronta este constitucionalismo moralmente reflexivo consiste na substituição de um direito autoritariamente dirigente mas ineficaz através de outras formulas que permitam completar o projeto de modernidade - onde ele não se realizou - nas condições complexas da pós-modernidade. Nessa perspectiva , certas fórmulas já apontadas de eficácia reflexiva ou de direção indireta -subsidiariedade, neocorporativismo, delegação, podem apontar para o desenvolvimento de instrumentos cooperativos que reforçando a eficácia, recuperam as dimensões justas da responsabilidade apoiando e encorajando a dinâmica da sociedade civil. Alem disso, devem considerar-se superadas as formas totalizantes e planificadoras globais abrindo o caminho para acções e experiências locais (princípio da relevância) e dando guarida à diversidade cultural (princípio da tolerância). No fim de contas, o projeto emancipatório das constituições vai continuar num contexto outro

e através de instrumentos diferentes. A lei dirigente cede lugar ao contrato, o espaço nacional alarga-se à transnacionalização, mas o animo de mudanças ai está de novo nos quatro novos contratos globais. Referimo-nos, ao contrato para as necessidades globais - remover as desigualdades - o contrato cultural - tolerância e dialogo de culturas - contrato democrático como governo global e contrato do planeta terra- desenvolvimento sustentado. Se, assim for, a constituição dirigente fica ou ficará menos espessa, menos regulativamente autoritária e menos estatizante, mas a mensagem subsistirá, agora enriquecida pela constitucionalização da responsabilidade , isto é pela garantia das condições sob as quais podem coexistir as diversas perspectivas de valor, conhecimento e ação "[1] .

Voltando à ordem constitucional social brasileira , verifica-se que o princípio chamado pelo Professor Gomes Canotilho de **responsabilidade** está claramente presente, uma vez que a concretização daquela deve ser feita de forma co-responsável pelo Estado e pela Sociedade (artigos 194, 195, 199 , 204, inciso II, 205, 209,224, 225, 227 e 230), que se realiza não somente na geração de recursos a serem pagos pela sociedade civil , mas também na participação dos cidadãos na criação e gerenciamento das políticas públicas aplicadas pela administração.

Nesse sentido, a margem de discricionaridade da administração no cumprimento da ordem constitucional social é bastante limitada, o que ocasiona a possibilidade de maior judicialização dos conflitos, pois que as políticas públicas podem ser questionadas judicialmente.

Vale citar o Professor Paulo Bonavides :

" O problema da "juridicização " dos direitos sociais tornou-se crucial para as Constituições do Estado social. Cumpre,pois, na busca de uma solução, observar toda essa sequência : reconhecer a vinculação constitucional do legislador a tais direitos, admitir que se trata de direitos de eficácia imedIata , instituir o controle de constitucionalidade e, por fim, estabelecer mecanismos suficientes que funcionem como garantias efetivas de sua aplicabilidade ".[2]

Nesse contexto, a função do Ministério Público é bastante clara, pois como fiscal da Lei e defensor dos interesses sociais, deve zelar pela efetiva implantação das políticas públicas que visam à concretização da ordem social constitucional. Nesse sentido os diplomas legais que trouxeram maior densidade aos ditames constitucionais referem-se sempre ao Ministério Público como defensor dos direitos estabelecidos nas referidas Leis (como por exemplo os artigos 5° e 6° da Lei n° 7.853/89 , artigo 201, inciso VIII da Lei n° 8.069/90 e artigo 31 da Lei n° 8.625/93).

Portanto, a função do Ministério Público não é somente de atuar para corrigir os atos comissivos da administração que porventura desrespeitem os direitos constitucionais do cidadão, mas também deve atuar na correção dos atos omissivos, ou seja, para a implantação efetiva de políticas publicas visando à efetividade da ordem social prevista na Constituição Federal de 1988.

A atuação instrumental tradicional , ou seja , perante o Judiciário é apenas uma das possibilidades , através da Ação Civil Pública para a imposição de obrigação de fazer à administração para que sejam implantadas políticas públicas para a efetividade dos artigos da Constituição relativos à ordem social , bem como da legislação infraconstitucional atinente à

matéria.

Por outro lado, a atuação extrajudicial, através dos Inquéritos Civis Públicos e outros Procedimentos Administrativos de monitoramento com o uso dos instrumentos legais da Recomendação e dos compromissos de ajuste (ou ajustes de conduta), parece mais adequada na maioria das hipóteses, pois a efetividade de políticas públicas trabalham com vários vetores, salientando-se a formação dos conselhos com participação popular e capacitação dos conselheiros; implantação dos fundos , que muitas vezes dependem da existência de leis municipais, o que envolve o executivo e o legislativo municipais. Por outro lado, é importante também a implantação dos mecanismos de prestação de contas das verbas quer sejam federais, estaduais ou municipais. Daí porquê muitos atos que possam ser contemplados em uma decisão judicial não são capazes de possibilitar, a partir de sua prolação, a incorporação de novos itens e atores que surgem do próprio movimento da composição e atuação das comunidades.

Assim sendo, exemplificando com um trabalho que está sendo feito pelo Ministério Público Federal no Estado de São Paulo para a efetiva implantação da Lei Orgânica da Assistência Social que envolve Procuradores da capital, interior e litoral em ação conjunta em procedimentos administrativos , utilizando-se as recomendações para os municípios criarem os Conselhos Municipais de Assistência Social e respectivos fundos para o repasse das verbas federais fundo a fundo; a análise das leis municipais para verificação da adequação das mesmas à Constituição Federal e à Lei federal nº 8.742/93; funcionamento dos referidos conselhos e mecanismos de prestação de contas. Todas essas atividades não são passíveis de serem reduzidas a uma obrigação de fazer, a ser imposta por decisão judicial em uma ação civil pública.

CONCLUSÕES :

a) O Ministério Público tem por atribuição constitucional e legal a função de zelar pela efetiva implantação dos direitos relativos à ordem social assegurados na Constituição Federal ;

b) A atuação do Ministério Público não se restringe aos atos comissivos da administração , mas estende-se aos atos omissivos ;

c) Relativamente à implantação das políticas públicas deve o Ministério Público atuar junto à administração quer seja através das ações civis públicas que visam a obrigação de fazer , quer seja através da atuação extrajudicial pelos inquéritos civis públicos e outros procedimentos administrativos de monitoramento , recomendações e compromissos de ajuste e

d) A preferência pela atuação extrajudicial deve-se ao fato da impossibilidade de uma sentença judicial contemplar as inúmeras vertentes relativas a implantação de políticas públicas.

LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN
Procuradora da República

[1] in Rever ou Romper com a Constituição Dirigente ? Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo publicado em Cadernos de Direito de Direito Constitucional e Ciência e Ciência Política, nº 15, Abril - Junho de 1996 - Editora Revista dos Tribunais , páginas 07/17.

[2] in A Constituição Aberta, 2ª Edição, Malheiros Editores , 1996.

"A Saúde é um direito de todos e um dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação" *(Constituição Federal, art. 196).*

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 (artigos 196 a 200), modificando completamente a configuração jurídica da contrapestação do Estado relativa à saúde, transformou a antiga concepção da assistência médico-hospitalar, curativa ou preventiva em verdadeiro direito público subjetivo de qualquer cidadão, contribuinte ou não e procedente de qualquer lugar, independentemente de sexo, raça, crença, idade ou ideologia.

A transição ocorreu de forma gradual. Ainda quando existia o Sistema Nacional de Saúde foi criado o Programa Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde – SUDS, que no ano de 1997 já transferia a execução das ações e serviços de saúde para o Distrito Federal, Estados e Municípios por meio de convênios.

Instituiu-se, a seguir, o Sistema Único de Saúde - SUS sob as assertivas de que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantindo o acesso universal e igualitário, determinando que as ações e serviços públicos de saúde constituem um sistema único, integrando uma rede regionalizada e hierarquizada, sob as diretrizes da

descentralização, com direção única em cada esfera de governo, atendimento integral e participação da comunidade.

Vale frisar que além do Brasil, apenas a França, a Inglaterra e o Canadá têm serviços de saúde fundados no princípio da universalidade do acesso.

A lei 8.080, de 19.9.1990, veio regulamentar os princípios constitucionais acima, dispondo sobre as condições para promoção, proteção e recuperação da Saúde, a organização e o funcionamento dos serviços a serem prestados por pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado.

Por sua vez, a Lei 8.142, de 28.12.90, regula a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde, criando as instâncias colegiadas da Conferência de Saúde e do Conselho de Saúde.

Outrossim, o artigo 197 da CF prevê que "São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado."

Ora, o Ministério Público é, nos termos da Lei Maior, 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. As ações e serviços de saúde são de relevância pública, sendo função institucional do Ministério Público zelar pelo seu efetivo respeito e tomar as medidas necessárias para preservá-los (art. 129, incisos II e III c/c art. 197, da Constituição Federal e art. 5°, inciso V, alínea "a", da Lei Complementar n° 75/93).

OS PAPÉIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DA SAÚDE

Posto isto, clarevidente está a obrigação do *Parquet*

de fiscalizar e fazer valer os princípios constitucionais como diretrizes para o funcionamento do Sistema Único de Saúde previstos no art. 198 da CF/88, quais sejam: a descentralização, o atendimento integral e a participação da comunidade, estimulando a municipalização do sistema para um atendimento mais direcionado às peculiaridades locais, sempre atendendo prioritariamente as necessidades da comunidade manifestadas na participam nos Conselhos de Saúde.

Garantir o direito ao acesso universal e integral à saúde é atuar diretamente em prol do excluído, sem dúvida a maior parte dos usuários do SUS.

Velar pela higidez do sistema público de saúde é lutar pela cidadania.

Sem a intenção de esgotar o tema, arrolamos algumas das possíveis atuações do Ministério Público nessa área:

1) fiscalizar a correta aplicação das verbas públicas federais e aquelas oriundas do Estado, Município ou Distrito Federal destinadas à saúde, pleiteando a correta criação e funcionamento do respectivos Fundos de Saúde;

2) junto aos Conselhos de Saúde, velar pela representação paritária dos usuários em relação ao conjunto dos demais seguimentos (representantes do governo, prestadores de serviço e profissionais de saúde), bem como garantir que as decisões dos Conselhos de Saúde sejam homologadas e devidamente cumpridas pelos Chefes do Poder Executivo em cada esfera de Governo (art. 1°, §§ 2° e 4°, da Lei 8.142/90);

3) fiscalizar a participação da iniciativa privada no Sistema Único de Saúde com o objetivo de que esta ocorra, somente, em caráter complementar e quando caracterizada a insuficiência das disponibilidades do setor público;

4) fiscalizar as atividades de vigilância sanitária e epidemiológica, assim como velar pela saúde do trabalhador;

5) inspecionar periodicamente os estabelecimentos de saúde da rede pública e os prestadores de serviços de saúde contratados pelo SUS, visando assegurar os princípios básicos que norteiam o Sistema Único de Saúde previstos no art. 194 da CF (universalidade, uniformidade ou equivalência dos benefícios e serviços, da eqüidade na atenção à saúde, da democratização e da descentralização da gestão administrativa);

6) inspecionar a forma de manuseio, acondicionamento, coleta, transporte, tratamento e destino final do lixo hospitalar, originário da rede pública e da privada, objetivando garantir a saúde do trabalhador evolvido com o manejo dos resíduos sólidos e líquidos dos estabelecimentos de saúde, bem como diminuir o impacto ambiental resultante do destino final, entre outras atividades.

Há ainda, como frisamos, inúmeras atividades que o Ministério Público pode exercer no interesse público e social de viabilizar não só o Sistema Único de Saúde, mas também conformar a prestação dos serviços privados de saúde, protegendo e orientando os consumidores desse tipo de serviço.

MINISTÉRIO PÚBLICO E A GESTÃO PLENA DO SUS

O Governo Federal pretende implantar em todo o País, ainda esse ano, a **Gestão Plena** do Sistema Único de Saúde, que significa o repasse integral do montante da verba pública estabelecido para cada esfera de governo diretamente do Fundo Nacional de Saúde para o respectivo Fundo de Saúde Estadual, Municipal ou do Distrito Federal, para que esse dinheiro seja utilizado de acordo com a conveniência e necessidade das Administrações Públicas, que adquirirão, assim, total autonomia da gestão do dinheiro público destinado à saúde.

Para atingir-se os objetivos da Gestão Plena do SUS faz-se imprescindível preencher alguns requisitos, como a existência do **Conselho de Saúde**, órgão colegiado que decidirá sobre a formulação de estratégias e controle da execução da política de saúde da instância correspondente; a criação do **Fundo de Saúde**, que nada mais é do que uma conta especial para receber as verbas vindas do Fundo Nacional de Saúde e que será movimentada sob a fiscalização dos Conselhos de Saúde e a implementação das **Auditorias Regionalizadas**, que terão o condão de controlar o cumprimento dos programas de trabalho, em termos de execução dos procedimentos e avaliar, de forma qualitativa e quantitativa, os resultados obtidos pelo SUS, fazendo parte integrante do Sistema Nacional de Auditorias do Ministério da Saúde.

Verifica-se que, na realidade, de um lado existe o usuário como indivíduo hipossuficiente, fragilizado pela total desinformação e desprotegido pelas autoridades responsáveis, ficando subordinado a um sistema que, apesar de idealizado e estruturado para garantir o acesso universal e integral aos serviços de saúde, acaba por não o beneficiar o cidadão o tanto quanto deveria. Do outro lado, há um sistema de saúde pública deficiente e precário, resultado de muito tempo de descaso e descontrole gerados pela centralização do antigo sistema, contaminado pela corrupção e comandado por organismos corporativistas, que visam a privatização desregrada dos serviços de saúde com o único objetivo do lucro, o que contraria o escopo primaz de garantir a saúde como um direito fundamental do ser humano.

Desta forma, torna-se imprescindível a atuação do Ministério Público Federal, Estadual e do Distrito Federal para que a autonomia na gestão do Sistema Único de Saúde não redunde em administração corporativa e/ou de interesses privados em detrimento do interesse público maior do atendimento universal ao usuários do SUS.

PROPOSTA (CONCLUSÃO)

Pelo exposto, sem o objetivo de invadir a independência de qualquer órgão de execução do Ministério Público, mas sim visando contribuir para o aperfeiçoamento das atividades ministeriais, lançamos as seguintes propostas:

A) Pela relevância social que a defesa do Sistema Único de Saúde apresenta, propomos que esta Plenária vote no sentido de indicar a todos os PROCURADORES-GERAIS DE JUSTIÇA em exercício a criação de Promotorias de Justiça e/ou Centros de Apoio Operacionais com atribuição específica para atuar na defesa da saúde;

B) Por ser o organismo representativo do Ministério Público no âmbito nacional, propomos que a Confederação Nacional do Ministério Público - CONAMP crie e administre uma página na Internet (**home page**), com informações sobre a atuação ministerial na defesa da saúde, que serão colhidas junto aos órgãos de execução do Ministério Público que já atuam nessa área em todo o País, para servir de referência e subsídio às Promotorias de Justiça e/ou Centros de Apoio Operacionais a serem criados.

São essas as propostas que encaminhamos à votação.

Brasília, 30 de março de 1998.

LIBANIO ALVES RODRIGUES LEMOS
Promotor de Justiça

KÁTIA CRISTINA
Promotora de Justiça

A TUTELA DOS DIREITOS DAS MINORIAS-O MINISTÉRIO PÚBLICO E A INCLUSÃO DA PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA NO ÂMBITO ESCOLAR

IADYA GAMA MAIO
Professora e Secretária-Geral do CEAF/MPRN
Promotora de Justiça

"O Ministério Público não tem apenas o dever, mas a responsabilidade em acelerar o processo para a construção da cidadania das pessoas portadoras de deficiência, pautado no conceito moderno de integração em detrimento da segregação histórica e arcaica (I.G.M.)".

O Direito à educação é inegavelmente um dos mais importantes temas, ao mesmo tempo o mais inovador, quanto à busca de elevar os níveis de consciência da cidadania sobre a relevância da educação e da qualidade do ensino e sua inserção como direito fundamental, e o mais instigante quando indica o caminho da plena inclusão da pessoa portadora de deficiência no ensino regular.

Pessoa portadora de deficiência, conforme o conceito legal, é *"aquela que apresenta, em caráter permanente, perdas ou anormalidades de sua estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica, que gerem incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano"*[1].

A Constituição Federal, editada em 1988, preza pela **integração** da pessoa portadora de deficiência em todos os seus aspectos: social, familiar, educacional, etc. Isto ressalta da interpretação sistemática e teleológica de suas normas que

visaram precipuamente possibilitar o exercício efetivo da cidadania e a dignidade da pessoa humana. Logo, os princípios basilares estão calcados nos **princípios da igualdade e da não discriminação,** previstos nos artigos 3°, inciso IV, e 5°, do citado dispositivo legal, que rezam:

> *"Art. 3°-Constituem objetivos fundamentais da República do Brasil:*
>
> .....
>
> *IV- promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo cor, idade e* ***quaisquer outras formas de discriminação.(g.n.)"***
>
> *Art. 5°- 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 segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*
>
> ....."

Assim, a igualdade de todos perante a lei é garantida pela Constituição Federal. Pois dar tratamento isonômico às partes significa *"tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades"*.

Advirta-se que a igualdade propalada no âmbito constitucional é no sentido de alcançar um isonomia real, substancial, não meramente formal, de sorte que, dê-se tratamento diferenciado àqueles que de fato e de direito, necessitem e sejam legitimados.

Por sua vez, o artigo 205 da Constituição Federal que elenca a educação como direitos de todos e dever do

Estado e da família, o faz buscando o pleno desenvolvimento da pessoa, de seu preparo para o exercício da cidadania, bem como visando a sua qualificação para o trabalho.

O dever do Estado com relação às pessoas portadoras de deficiência também não fora esquecido, consoante a regra prevista no artigo **208, inciso III, ou seja, atendimento educacional especializado, preferencialmente na rede de ensino.**

Assim, o princípio fundamental é a de que as escolas devem acolher todas as crianças, independente de suas condições psíco-físico-sociais, pois a sua função básica consiste em tentar mudar atitudes de discriminação e preconceito, fazendo com que a sociedade torne-se cada vez mais um referencial de integração em todos os âmbitos.

Neste sentido a **DECLARAÇÃO DE SALAMANCA**[2]**:**

> *"As necessidades educativas especiais incorporam os princípios já aprovados de uma pedagogia equilibrada que beneficia todas as crianças. Parte do princípio de que todas as diferenças humanas são normais e de que a aprendizagem deve, portanto, ajustar-se às necessidades de cada criança, em vez de cada criança se adaptar aos supostos princípios quanto ao ritmo e à natureza do processo educativo...*
>
> ***A tendência da política social durante as duas últimas décadas foi a de fomentar a integração e a participação e de lutar contra a exclusão. A integração e a participação fazem parte essencial da dignidade humana e do gozo e exercício dos direitos humanos. No campo da educação, essa situação se***

reflete no desenvolvimento de estratégias que possibilitem uma autêntica igualdade de oportunidades. A experiência de muitos países demonstra que a integração de crianças e jovens com necessidades educativas especiais é alcançada, de uma forma mais eficaz, em escolas integradoras para todas as crianças de uma comunidade. É nesse ambiente que crianças com necessidades educativas especiais podem progredir no terreno da integração social. As escolas integradoras constituem um meio favorável à consecução da igualdade de oportunidades da completa participação; mas, para ter êxito, requerem um esforço comum, não só dos professores e do pessoal restante da escola, mas também dos colegas, pais, famílias e voluntários. A reforma das instituições sociais não só é uma tarefa técnica, mas também depende, antes de tudo, da convicção do compromisso e da boa vontade de todos os indivíduos que integram a sociedade".

A nova Lei de Diretrizes e Bases da Educação, Lei Federal n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996, em seus artigos 58 a 60, disciplinou quanto à integração, no âmbito escolar, da pessoa portadora de deficiência, nas classes comuns de ensino regular, salvo, quando esta não se vislumbrar possível, de modo a utilizar-se de serviços especializados .

Por ilustrativo, no Estado do Rio Grande do Norte, a Lei nº 6.225, editada em 10 de janeiro de 1992, já dispunha sobre o atendimento educacional especializado às pessoas portadoras de deficiências, tendo sido regulamentada através da resolução n. 01/96,de 27 de março de 1996, do Conselho

Estadual de Educação, visando à inclusão do aluno portador de deficiência, de altas habilidades ou portador de conduta típica no ensino regular, tornando-se um poderoso instrumento no sentido de agilizar e tornar realidade o que já era um direito garantido pela Constituição Federal desde 1988.

Seguindo o mesmo exemplo, o Conselho de Educação do Município do Natal, através da resolução 01/96, de 22 de agosto de 1996, fixou normas no mesmo sentido, onde novamente restou explícito o princípio de integração, **uma vez que educação especial não se confunde com educação segregada.**

Há de ser salientado, em que pese opiniões contrárias, que a educação por ser um dos direitos basilares(art. 205 da Constituição Federal) é auto-aplicável(art. 5,§§ 1° e 2°, Lei Maior) e que portanto a inclusão do aluno portador de deficiência no ensino regular não pode ficar na dependência de qualquer edição de norma infra-constitucional. A sua criação(como as resoluções expedidas) decorre de mero conceito regulamentador e à titulo de puro esclarecimento, mas nunca como instrumento restritivo de um direito líquido e certo.

Como não poderia deixar de ser, as leis é que devem ser frutos das experiências vividas pelas pessoas que fazem parte de uma sociedade organizada. E como a experiência anda a anos-luz e o direito não(exemplo é o nosso Código Civil vigente datar do ano de 1916!) é óbvio que vários preceitos contidos, até mesmo na nossa Constituição Federal, já estejam ultrapassados.

É o típico caso da expressão **"preferencialmente"** contida na norma do artigo 208, inciso III, da Lei Maior. Em 1988 este dispositivo constitucional representou um novo paradigma, um grande avanço. Hoje, entretanto, este termo deverá ser alijado do texto constitucional e tal fato se refletirá em todo o ordenamento jurídico em voga, pois a tendência será a própria escola oferecer qualquer tipo de serviço voltado

para as pessoas portadoras de deficiência de forma curricular e regular, em face da própria pedagogia lançar novos rumos sobre o tema mostrando toda a possibilidade da inclusão do aluno portador de deficiência na rede regular de ensino.

Em estudos realizados por **MARIA TERESA EGLÉR MANTOAN**[3] com a elaboração, em 1986, da proposta educacional do PROEDEM- "Programa de Educação Escolar do Deficiente Mental", foi possível se vislumbrar na prática as vantagens da inclusão de alunos deficientes ao meio escolar, onde estes responderam satisfatoriamente no que tange à estruturação do conhecimento: **"A conjugação desses argumentos com os dados experimentais de que dispomos permitem vislumbrar um futuro diferente para os deficientes, sustentado por uma restituição à essas crianças, jovens e adultos dos direitos que a história da deficiência lhes negou, por incompetência científica, preconceitos e estigmas sociais".**

Desta feita, o conteúdo conceitual explicitado no termo **"preferencialmente"**, com a comprovação do êxito obtido com a educação integrada, na mesma sala de aula, vem se tornando obsoleta e não mais em harmonia com os princípios da igualdade e do não preconceito preconizados pela Magna Carta, ***uma vez que não cabe ao aluno estar à mercê da escola, mas é função primordial da escola encontrar-se a serviço e a altura de proporcionar a integral formação da cidadania do mesmo***, e portanto, é necessário se aperfeiçoar em métodos que se identifiquem com a proposta de inclusão do aluno portador de deficiência e por conseqüência gere a fusão entre a educação especial com a dita regular, onde não mais existam barreiras entre elas, e uma seja naturalmente englobada pela outra.

A ação do Ministério Público é indiscutivelmente necessária, no que pertine a não discriminação das pessoas portadoras de deficiências e a sua integração no ensino regular,

ex vi, cite-se a atuação da Douta Representante do *Parquet* do Estado do Rio Grande do Norte, Drª Marize Medeiros Siqueira de Araújo, na Comarca de Goianinha, ao denunciar, no ano de 1996, a Diretora de uma escola particular, ante aos escólios advindos da Lei 7.853/89, art. 8°, inciso I, por esta ter recusado a permanência de uma aluna, após a frequencia da mesma há dois meses, por ser portadora de Síndrome de Down .

Exemplos como este, supracitado, são apenas uma mostra, para nos conscientizarmos de que as resistências ainda são oferecidas dia-a-dia, de modo que, a metodologia histórica de ensino precisa ser revista, repensada, e termos que enfrentar a nós mesmos, nos depararmos com os nossos preconceitos e superá-los, buscando um conhecimento profundo sobre o respeito à pessoa humana, apreendendo a reagirmos ao rótulos e estereótipos lançados, a fim de atingirmos uma nova visão de mundo, sem barreiras, sem discrímens infundados.

É o caso de várias instituições que terão que redefinir seus papéis e funções, como por exemplo a APAE. O Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte, ao emitir ofício a esta Entidade, verificou que, **apenas 4 crianças**, portadora de deficiências, no ano de 1996, tinham sido encaminhadas à rede regular de ensino.

Assinale-se que, neste aspecto, o Ministério Público cada vez mais encontra-se presente na vida dos cidadãos, tal fato devendo-se ao alargamento de suas funções de proteção aos direitos indisponíveis e de interesse coletivo, considerando tratar-se de uma Instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

A partir da Nova Constituição Federal, nos artigos 129 e seguintes, o Ministério Público teve assegurada a autonomia funcional e administrativa, de fundamental

importância para exercer o múnus público de velar pelo efetivo cumprimento do ordenamento jurídico nacional, em seus multifacetados aspectos.

Além das suas tradicionais atribuições exercidas na esfera criminal, o Ministério Público possui dentre as suas funções institucionais, a defesa dos direitos da criança e do adolescente, do meio ambiente, do consumidor, do trabalhador, do aposentado, das pessoas portadoras de deficiência, de outros interesses difusos e coletivos, em prol da proteção do patrimônio público, histórico, artístico-cultural e paisagístico.

Estas mesmas atribuições vêem asseguradas e previstas através da Lei Federal n. 8.625/93(Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) e, com relação ao Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte, na Lei Complementar n. 141, de 09 de fevereiro de 1996.

Citamos aqui, por oportuno, que no Estado do Rio Grande do Norte, o Centro de Apoio Operacional e as Promotorias de Pessoa Portadora de Deficiência foram criadas a partir da portaria n.376/92-PrJ, editada em 21 de setembro de 1992.

Com o advento da Lei Complementar Estadual 141, de 09 de fevereiro de 1996, o Centro Operacional(art. 82, inciso III) além de apoiar às Promotorias de Defesa das Pessoas Portadoras de Deficiência, passou a abranger às comunidades indígenas, ao idoso e às minorias étnicas.

A referida Lei, em seu artigo 63, assevera serem atribuições do Promotor de Justiça, **em matéria de defesa dos direitos da pessoa portadora de deficiência, a promoção do inquérito civil e da ação civil pública para defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, o recebimento de denúncias de lesão a esses direitos, e o exercício de outras atribuições que lhe couberem,** em conformidade com a legislação pertinente, como por exemplo, utilizar-se do instituto da **"recomendação"**

visando exercer a defesa dos direitos assegurados nas Constituições Federal e Estadual, sempre que os poderes ou os órgãos da Administração Pública(direta ou indireta) estadual e municipal, concessionários, permissionários ou que exerçam função delegada sejam os agentes violadores.

Preliminarmente, a defesa do Ministério Público se dará em razão da deficiência e pretensões a ela relacionada e, não, em razão da pessoa ser portadora de deficiência, conforme explicita a Lei Federal n.7.853, de 24 de outubro de 1989, em seu artigo 5°. Inclusive, é oportuno salientar que, a intervenção nas ações coletivas ou individuais que tenham por objeto **a proteção da pessoa deficiente ou a matéria relativa à deficiência é obrigatória, sob pena de nulidade do processo (CPC, art.82,III, e 84).**

A Lei 8.060/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), arts. 201, inciso V, bem como a Lei n° 7.853/89, em seu art. 5°, deram ao Ministério Público as atribuições expressas **para promoção de ação civil no tocante a aos direito relativos à pessoa portadora de deficiência,**

Por outro lado, a Lei 7.853/89, **em seu artigo 8°**, acabou por regulamentar um dos princípios constitucionais que reza *"a lei punirá qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais"*(artigo 5°, inciso XLI), buscando suprimir qualquer forma de **PRECONCEITO,** ao tipificar como crime punível com reclusão, de 1(um) a 4(quatro) anos, dentre as condutas, principalmente: o fato de se : **" recusar, suspender, procrastinar, cancelar ou fazer cessar, sem justa causa, a inscrição de aluno em estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado, por motivos derivados da deficiência que porta".**

Em tempo da campanha ***"Toda criança na escola"***, há de ser perquerida e analisada a situação dos alunos portadores de deficiência com relação ao estágio de sua efetiva inclusão escolar e a atuação ministerial. Uma vez que tal dever

não se direciona apenas ao Estado, mas principalmente à família, devendo ser observados os preceitos da infração penal contida no artigo 246 do Código Penal, no que tange ao seu abandono intelectual: ***"Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar: Pena-detenção, de 15(quinze) dias a 1(um) mês, ou multa".***

CONCLUSÕES:

1. A intervenção do Ministério Público nas ações coletivas ou individuais que tenham por objeto **a proteção da pessoa deficiente ou a matéria relativa à deficiência é obrigatória, sob pena de nulidade do processo (CPC, art.82,III, e 84),** pois defesa em prol dos direitos assegurados se dará em razão da deficiência e pretensões a ela relacionada e, não, em razão da pessoa ser portadora de deficiência, conforme explicita a Lei Federal n.7.853, de 24 de outubro de 1989, em seu artigo 5°;

2. Em que pese opiniões contrárias, entendemos que a educação por ser um dos direitos basilares(art. 205 da Constituição Federal) é auto-aplicável(art. 5,§§ 1° e 2°, Lei Maior) e que portanto a inclusão do aluno portador de deficiência no ensino regular não pode ficar na dependência de qualquer edição de norma infra-constitucional;

3. A Constituição Federal, editada em 1988, preza pela **integração** da pessoa portadora de deficiência em todos os seus aspectos: social, familiar, educacional, etc. Isto ressalta da interpretação sistemática e teleológica de suas normas que visaram precipuamente possibilitar o exercício efetivo da cidadania e a dignidade da pessoa humana. Logo, os princípios basilares estão calcados nos **princípios da igualdade e da não discriminação,** previstos nos artigos

3°, inciso IV, e 5°, do citado dispositivo legal;

4. Sendo a educação direito de todos e dever do Estado e da família, a expressão **"preferencialmente"** contida na norma do artigo 208, inciso III, deverá ser suprimida do texto constitucional, pois a própria escola poderá oferecer qualquer tipo de serviço voltado para as pessoas portadoras de deficiência de forma curricular e constante, em face dos estudos pedagógicos lançarem novos rumos sobre o tema mostrando toda a possibilidade da inclusão do aluno portador de deficiência na rede regular de ensino;

5. É medida conveniente e recomendável, a maior fiscalização e atuação do Ministério Público no que tange à inclusão do aluno portador de deficiência na escola, utilizando-se dos remédios processuais adequados(instituto da recomendação, ação civil pública, etc.), ainda mais em tempo de campanha ***"Toda criança na escola"***;

6. Perfeita aplicação da infração penal contida no artigo 246 do Código Penal também no que se refere à omissão dos pais de alunos portadores de deficiência.

[1] - Apud Decreto Federal nº 914/93

[2] Conferência Mundial sobre Necessidades Educativas Especiais: Acesso e Qualidade, Salamanca, Espanha, 7-10 de junho de 1994.

[3] MANTOAN, Maria Teresa Eglér. Integração Escolar de Deficientes Mentais-Um Desafio, Um Projeto, pág.07.

TÍTULO:

A TUTELA DOS DIREITOS DAS MINORIAS : DEFESA DAS POPULAÇÕES INDÍGENAS

I- INTRODUÇÃO

A Carta Constitucional vigente tem o mérito de admitir a diversidade cultural , qualificando a sociedade brasileira, em seu preâmbulo, como pluralista, fixando entre os objetivos fundamentais da República a promoção do bem comum, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art.3o. inciso IV).

E por ser a sociedade brasileira pluralista é reconhecido aos índios "sua organização social, costumes, línguas , crenças e tradições", bem como "os direitos originários sobre terras que tradicionalmente ocupam..."(art.231, *caput* da CF)

II - RECONHECIMENTO DA DIVERSIDADE CULTURAL: a defesa das populações indígenas

O reconhecimento da diversidade cultural implica na obrigação de proteger aquelas etnias, na esteira dos compromissos internacionais já assumidos, não somente por serem flagrantemente minoritários, mas, sobretudo, por se encontrarem em situação de não dominação, excluídos do processo econômico.Assim sendo, as populações indígenas — como grupos distintos dotados de características étnicas, religiosas ou linguísticas estáveis, dentro da população do país —, estão a reclamar o estabelecimento de mecanismos de proteção contra o contacto dominador.

O reconhecimento do **direito à diversidade** importa,

por parte das populações indígenas, na reivindicação de espaços físicos e políticos próprios dentro do Estado.

III- PROTEÇÃO DAS TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS PELAS POPULAÇÕES INDÍGENAS : a demarcação

Embora tenha sido fixado em cinco anos o prazo para conclusão da demarcação das terras indígenas, contados a partir da promulgação da Constituição Federal (art. 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), o fato é que, das 554 (quinhentas e cinquenta e quatro) áreas indígenas reconhecidas, segundo dados constantes do programa governamental a respeito da questão indígena, 279 (duzentos e setenta e nove) ainda estão por serem demarcadas.

A bem da verdade, reconhece-se a complexidade do procedimento demarcatório. De suas quatro etapas (identificação, demarcação propriamente dita, homologação e regularização fundiária), a primeira , por exemplo, é significativamente trabalhosa. Esta fase é iniciada após a localização de um grupo, quando, então, são realizados estudos étnicos-históricos, demográficos e sociológicos sobre o mesmo.Tais estudos demandam corpo profissional especializado em distintas áreas. Após a conclusão dos estudos é que pode ser proposta à Fundação Nacional do Índio - FUNAI a criação de área indígena.

Após aquela trabalhosa etapa, por força do Decreto n. 1755/96, está aberta a possibilidade de terceiros virem a tumultuar o procedimento administrativo, na vã tentativa de infirmar toda a perícia técnica, ao argumento de se respeitar o princípio do contraditório.É, pois, permitido a eventual interessado vir ao procedimento adminstrativo para, em sua defesa, alegar que não constitui a área em demarcação terra

tradicionalmente ocupada por populações indígenas, a despeito de todo o estudo antroplógico que, repita-se, é de significativa complexidade,de sorte que a conclusão pela identificação da área como tal não é fruto de mera opção do Poder Público.

IV- ORÇAMENTO E EFETIVAÇÃO DE OBRIGAÇÃO DO PODER PÚBLICO

Outra séria dificuldade oposta ao cumprimento da obrigação constitucional de se proceder à completa demarcação de terras indígenas, é a ausência ou a não aplicação de verba orçamentária para custear as despesas necessárias àquelas tarefas anteriormente apontadas.

Dada a natureza constitucional da obrigação a cargo do Poder Executivo, a dotação orçamentária e a realização da despesa é de rigor. Não se perca de vista que a lei orçamentária anual (art.165, inciso III, parágrafo 5o. , inciso I) por ser da iniciativa do Presidente da República , deveria incluir a previsão das despesas atinentes ao cumprimento da obrigação constitucionalmente estabelecida, e aplicar, efetivamente os valores orçamentários .Mas não é o que ocorre. Não cumpre o Poder Executivo tal tarefa.

V - FUNÇÃO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL NA DEFESA DOS DIREITOS E INTERESSES DAS POPULAÇÕES INDÍGENAS : *utilização da ação civil pública na efetivação do processo demarcatório*

A não realização dos processos demarcatórios lança as comunidades índigenas na insegurança, e,por fim, ao abandono, pois os atos de expulsão, de há muito praticados, não encontram resistência, posto que a não delimitação da área como domínio da União (art.20, inciso XI da CF) permite que a ocupação se consolide.

Não é raro haver registro imobiliário de propriedade incidente sobre áreas tradicionalmente ocupadas por comunidades índigenas, mesmo que essas estejam alí vivendo, pois são elas tomadas como "invasoras". E se fisicamente não estão na área, por força da expulsão sistematática, valem-se os reais invasores do argumento de não haver índio na região, despeito de todos os sinais existentes, tais como trilhas e/ou cimitérios.

Normalmente, as terras tradicionalmente ocupadas pelas populações indígenas são de elevado valor ambiental e econômico — férteis, ricas em reservas minerais, com potencial hidrelétrico e vegetação exuberante. Compreensível, pois, a cobiça que despertam aquelas áreas. Enquanto para o não-índio a terra é uma mercadoria, para o índio a terra é o seu *habitat* , o seu espaço de reprodução não só biológica, bem como cultural, definindo-o e diferenciando-o etnicamente.

Essa relação com a terra está ínsita no ***princípio do indigenato***, a ***"verdadeira fonte jurídica da posse territorial primária,naturalmente e virtualmente reservada.***"("OS INDÍGENAS DO BRAZIL, SEUS DIREITO S INDIVIDUAIS E POLÍTICOS", de JOÃO MENDES JÚNIOR, edição de 1912)

Diante da situação dramática das comunidades expulsas ou em vias de expulsão, por força do contacto dominador, agravada pela omissão do Poder Público, a via para superar tal omissão está na propositura de ação civil pública, a cargo do Ministério Público Federal , para condenar a UNIÃO à obrigação de fazer, devendo do pedido constar requerimento pela aplicação do previsto nos arts.634 a 637 do CPC.

Já que o Poder Público não cumpre sua obrigação por si, via ação civil pública, uma vez reconhecida a omissão, abrir-se-ia a possibilidade de ser realizado o processo demarcatório, para cuja execução o autor (MPF) poderia

encontrar entre as diversas organizações não governamentais, nacionais ou estrangeiras, os parceiros para a tarefa, cobrando-se, ao final, do Poder Público o montante dispendido na realização da demarcação da área indígena objeto da ação civil pública.

Ainda que pouco ortodoxa a forma processual apontada, o fato é que cumpre aos operadores do direito buscar dentro do próprio sistema normativo vigente o aparato necessário à efetivação da tutela dos direitos violados por força da não observância do mesmo sistema normativo.

A busca de apoio em ONG's, ainda que estrangeiras, se deve ao fato de já haver uma sensibilidade internacional para a questão indígena.E a experiência tem demonstrado que o Poder Público só reage diante da crítica internacional.

A judicialização do processo demarcatório,dentro da realidade político-intitucional presente, é a via que se mostra dotada de legitimidade e transparência, apesar de todas as dificuldades da tramitação processual, mormente em questão tão especial, que refoge ao comum das demandas trazidas ao exame do Poder Judiciário.

VI - CONCLUSÕES

A) a demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelas populações indígenas é um direito constitucionalmente assegurado.

B) é obrigação do Poder Executivo a conclusão dos processos demarcatórios das áreas já conhecidas, mas já está "in mora"desde 1993.

C) o Poder Público discumpre a lei orçamentária ao não aplicar as verbas previstas na realização dos processos de demarcação de terras indígenas.

D) cabe ao Ministério Público Federal (art.129, inciso V, e art. 232 da CF) propor ação civil pública para o

reconhecimento judicial da responsabilidade da União pela não efetivação da demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelas populações indígenas, e para a execução da obrigação em juízo às expensas da União.

Ana Lúcia Amaral
Procuradora Regional da República

Luíza Cristina Fonseca Frischeisen
Procuradora da República

O MINISTÉRIO PÚBLICO E O DIREITO SOCIAL À RENDA MÍNIMA

DUCIRAN VAN MARSEN FARENA
Procurador da República em S. Paulo

1. INTRODUÇÃO

O propósito do presente trabalho é examinar o papel de relevo que o Ministério Público pode exercer na efetivação do direito social à renda mínima.

Cumpre, de início, caracterizar a renda mínima como um direito. Com efeito, não se trata de uma benesse governamental, mas sim de um direito fundamental, de natureza social, derivado diretamente do texto constitucional, que eleva a "dignidade da pessoa humana" a fundamento do Estado Democrático de Direito. (art. 1o., III, C.F.).

Diz Iso Scherkerkewitz que "o benefício da renda mínima não é um benefício previdenciário e é mais do que um benefício assistencial. É um dever do Estado"[1].

Por isso mesmo entendemos mais exato denominá-lo **direito, e não benefício**, expressão que dá lugar à idéia de indispensável intermediação legislativa ou mesmo de favor estatal, que Iso Scherkerkewitz procura afastar:

"Não é um benefício exclusivamente assistencial uma vez que não é um favor do Estado, que possa ser concedido ou não, dependendo do humor dos governantes"[2].

Não se confunde a renda mínima com o (benefício) direito à prestação continuada, previsto na Lei 8.742/93 em favor de menores deficientes e idosos, embora a evidente relação entre ambos, estando ligados ao fenômeno da miserabilidade.

O direito à renda mínima pode ser definido como

uma prestação do Estado[3] a que faz jus todo aquele que não conseguir, com seu próprio esforço, "atingir o padrão social mínimo necessário à sua sobrevivência com dignidade"[4]. É um direito social, integrante dos direitos fundamentais, correspondente a uma obrigação do Estado e capaz de gerar direito subjetivo público.

Em outras palavras, volta-se o direito à renda mínima para os excluídos, para os que se encontram "privados da possibilidade de agir por própria iniciativa e responsabilidade"[5] pela ausência de condições mínimas de nutrição, saúde ou educação, enfim, para os incapazes economicamente de se tornarem "artífices do seu próprio destino".

Naturalmente, ".. cada um... permanece o artífice principal do seu êxito ou do seu fracasso: apenas com o esforço da inteligência e da vontade, pode cada homem crescer em humanidade, valer mais, ser mais"[6]. No entanto, esse esforço da inteligência e da vontade pressupõe, inequivocamente, uma **base material** sem a qual a inteligência não se forma e a vontade é inútil.

A renda mínima é um conceito mais abrangente do que mínimo vital. Ela envolve moradia, educação, saúde, consumo, lazer, etc. - enfim, tudo aquilo que, ao nível mínimo, constitui a dignidade humana. **O mínimo vital envolve aquilo que é necessário para a continuidade da vida física saudável - um padrão nutricional adequado.**

Esta distinção, elaborada para efeitos **meramente expositivos deste trabalho**, terá relevância porque distinguiremos a renda mínima **enquanto direito assistencial** e a renda mínima **enquanto direito à vida**, que independe de intermediação legislativa.

Tecidas essas considerações, impende lançar um olhar sobre a tríplice fundamentação (filosófica, política e jurídica) que sustenta o direito à renda mínima.

2. FUNDAMENTO FILOSÓFICO AS NECESSIDADES BÁSICAS.

Não é possível estudar a renda mínima sem incursionar por seus aspectos filosóficos. Com efeito, sob esse ângulo é que são apresentadas inúmeras objeções destinadas a descaracterizar a satisfação das necessidades básicas como responsabilidade coletiva, e, consequentemente, a prestação da renda mínima como direito.

Procuram os críticos das necessidades básicas ora identificá-las com desejos ou aspirações (assim, não haveria diferença entre uma criança faminta que "deseja" um prato de comida e um empresário que sonha com um iate), ora demonstrar a impossibilidade de sua determinação objetiva. Doutra parte, fazem sobressair a "autonomia do indivíduo" sobre a "intervenção" do Estado, consistente em "impor" a uma pessoa aquilo que seria, apenas, a idéia subjetiva de um terceiro sobre o que o indivíduo livre realmente necessita (ou melhor, deseja). É o que PELÁEZ chama de "relativismo liberal", cuja primeira consequência é aliviar a responsabilidade coletiva - e do Estado - quanto à fome de enormes contingentes humanos[7].

Negando-se a objetividade das necessidades, estas acabam relativizadas. Conceber necessidades objetivas, válidas para todos os homens significaria **impor um modelo preconcebido de felicidade**, quando na verdade o desejo por um iate, um gole de cachaça ou um prato de comida não diferem entre si; qualquer bem, pois, pode ser objeto de sempre crescentes "necessidades"; mesmo os conceitos de fome e doença seriam relativos[8].

Vulgarmente afirma-se que um favelado prefere um televisor a um prato de comida; argumento cínico que, afinal de contas, remete a causa da miséria ao próprio miserável.

Esse argumento, no entanto, é contestado por PELÁEZ, que afirma a independência entre a necessidade e o

desejo; aquela existe independentemente deste. Uma testemunha de Jeová que acaba de sofrer um acidente necessita urgentemente de uma transfusão, embora não a deseje[9].

Enfatizando a objetividade das necessidades básicas, PELÁEZ afirma que "...declarar indiferentes (intercambiables) todas las preferencias individuales (con independencia de si corresponden o no a *verdaderas* necesidades) es un socorrido expediente intelectual que permite al ultraliberal escabullirse de la exigencia moral que proyecta sobre él la existencia de necesidades insatisfechas (pues sería absurdo afirmar que uno está obligado a satisfacer todos los deseos de los demás). Al ultraliberal le interesa difuminar la frontera entre las necesidades y los deseos, igularlos "por abajo" (al nivel de los deseos), pues así cierra el paso a la idea de la responsabilidad colectiva frente a las *verdaderas* necesidades y restablece el imperio del *chacun pour soi.* Este golpe bajo a la solidaridad social es, por supuesto, adecuadamente disfrazado por medio de brillantes apelaciones al relativismo cultural, a la "irreductible pluralidad de formas de vida", a la inadmisibilidad de los criterios axiológicos "trascendentes" o "absolutos" y a otros *leitmotive* de la cultura contemporánea, tan aficionada a lo ambíguo y lo flácido[10]".

PELÁEZ, cujas lições estamos seguindo, define as necessidades básicas de forma instrumental, como meios para a consecução de certos objetivos. "Del problema de la universalidad de las necesidades se pasa al problema de la universalidad de los fines. Si existieran fines que "no pueden no ser deseados", las necesidades cuya satisfacción es una precondición para la consecución de esos fines quedarían automáticamente confirmadas como necesidades humanas básicas, objetivamente determinables". Afasta-se, desde logo, aquelas necessidades relacionadas com fins que só aparecem como desejáveis dentro de certa perspectiva moral, religiosa

ou ideológica (como, por exemplo, a ablação do clitóris)[11].

Assim, os planos de vida propostos pelas diferentes ideologias pressupõem o indivíduo vivo (as necessidades relacionadas com a continuação da vida são objetivas, a prova de relativismo); pressupõem, também, a imputabilidade moral, que exige um mínimo de folga vital (isto é, a energia pessoal não deve se exaurir apenas na luta pela sobrevivência), a justificar a objetividade de requerimentos acima do nível da mera sobrevivência física, como vivenda, trabalho, remuneração suficiente, descanso, etc; por sua vez, a educação é pressuposto da responsabilidade moral, e assim por diante. As necessidades básicas apresentam-se, assim, como "...un conjunto de medios racionalmente deseados por cualqueira, con independencia de cualesquiera otros que resulten necesarios (según su particular plan de vida). Por eso el discurso liberal de la "irreductible pluralidad de las estrategias felicitarias" no pone en peligro la objetividad de las necesidades básicas; la política de satisfacción de necesidades básicas no pretende proporcionar la felicidad, sino simplemente garantizar a todos los hombres un mínimo de condiciones previas em la "línea de salida" de la carrera hacia la felicidad. Las necesidades básicas aparecen así directamente conectadas con el manido concepto de "igualdad de oportunidades"[12].

A admissão de que as necessidades básicas sofrem certo grau de mutabilidade e flexibilidade não compromete o enfoque objetivista, nem este enfoque exclui o debate democrático; "antes al contrario: la objetividad de las necesidades garantiza la posibilidad de un consenso popular estable en lo que se refiere a la política de bienestar"[13].

Assim, o pressuposto filosófico do mínimo vital é a existência de necessidades objetivas, pertencentes a todo ser humano. Com relação àqueles cujas necessidades essenciais encontram-se insatisfeitas, surge a responsabilidade social por sua satisfação.

3) FUNDAMENTO POLÍTICO
A SOBERANIA DOS POBRES.

O artigo inaugural da Constituição de 1988 declara a soberania como um dos fundamentos do Estado Brasileiro; por sua vez, dispõe seu parágrafo único que: "Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição".

Poucos princípios, como a soberania, apresentam tanta riqueza de implicações. Efetivamente, com o termo soberania podemos estar nos referindo ao detentor do poder do Estado, ou à supremacia da ordem jurídica nacional sobre as demais, vale dizer, o poder de auto regulação e de edição de regras de direito[14].

Fábio Konder Comparato, cuja lição seguiremos, observa que a teoria moderna da soberania, originária dos legistas reais do século XVI, "representou o instrumento doutrinal de independência do monarca, tanto no plano interno - diante das prerrogativas feudais da nobreza -, quanto no plano externo, relativamente às pretensões hegemônicas do imperador e do Papa"[15]. Ressalta-se, assim, a soberania como poder ativo, de direção, situado acima de todos os demais poderes. Rompe-se a subordinação da lei positiva à lei divina; o direito e a soberania identificavam-se com os desígnios do soberano.

A transferência da soberania para o povo seria o primeiro "desvio semântico" do conceito. Ocorre, pois, o trânsito da vontade individual à coletiva. A indivisibilidade da soberania, requisito que nasceu com a idéia de vontade individual, compatibiliza-se com a vontade coletiva, recém introduzida no conceito, através do princípio majoritário[16].

Rousseau diferencia a vontade de todos (mero registro quantitativo, soma de vontades particulares) da vontade geral (expressão do interesse comum). Nessa concepção, a

opinião de uma minoria pode ser tomada como expressão da "vontade geral". Esvazia-se, assim, o conteúdo popular da soberania ao mesmo tempo em que é preparado o terreno para o advento da democracia burguesa, que irá se servir copiosamente da idéia de soberania da nação - cuja formulação mais acabada consta do artigo terceiro da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Opera-se, assim, novo desvio semântico na idéia de soberania popular: "o soberano, agora, já não é o titular do mando, mas simplesmente, na melhor das hipóteses, o que consente no exercício do poder. Deparamo-nos, aí, com um singular soberano, que aceita submeter-se ao governo de outrem". Afastada a possiblidade de intervenção direta, recua a soberania popular, pela eliminação de todo "poder ativo" do soberano. A soberania popular é contida pela delimitação da cidadania, mediante mecanismos como o voto censitário, exclusão do voto das mulheres, dos analfabetos, indígenas, etc.[17]

Compreende-se, assim, a observação aparentemente paradoxal de Aristóteles: salvo a monarquia, todos os demais regimes obedecem ao princípio majoritário. A referência, aqui, no entanto, é à maioria qualitativa, e não à numérica.

A democracia, para Aristóteles, "não é o regime da soberania popular, mas da soberania dos pobres, assim como a oligarquia se identifica pela atribuição do poder supremo aos ricos. Sem dúvida, segundo geralmente acontece, os pobres constituem a maioria da população, mas esse fato é meramente acidental e não substancial....A democracia é o regime em que o poder supremo pertence à maioria da população, na medida em que essa maioria é composta de pobres. Para estes, de fato, a única força se encontra no número".

"Na teoria democrática moderna, porém, não há nenhuma "opção preferencial pelos pobres". Soberano é o

povo, entidade una, e não complexa, composta de indivíduos perfeitamente iguais entre si. Dentro dessa unidade coletiva, cuja delimitação concreta varia notavelmente segundo a definição constitucional de cidadania ...a vontade da maioria equivale à vontade do todo. É dogma político que o povo quer, quando a maior parte dos que participaram, efetivamente, da eleição popular pronunciou-se em determinado sentido; mesmo que essa maior parte seja uma minoria, em relação ao número de eleitores ou em relação ao número de votantes"[18].

A noção simples e unitária de povo é irreal: "ele não é, nunca, uma coleção de indivíduos iguais entre si, mas um conjunto complexo de classes, raças, clãs, estamentos, grupos religiosos, cujo poder e influência variam enormemente, de época a época e de país a país. O mecanismo de atribuição do poder supremo a essa unidade global e abstrata, por meio da expressão do voto majoritário, mais esconde do que revela a realidade do poder efetivo na sociedade"[19].

Não basta, assim, a afirmação de que "todo poder emana do povo", que se presta a fundamento teórico mesmo de um regime oligárquico.

"Seria preciso partir, claramente, da alternativa democracia-oligarquia, no sentido aristotélico de governo dos pobres, contraposto ao governo dos ricos. E é necessário optar, não menos claramente, pela soberania dos pobres. Duas razões fundamentais fortalecem essa opção. Em primeiro lugar, o fato de que os grupos destituídos de propriedade e poder econômico são os maiores interessados no estabelecimento de um regime de igualdade, em todos os níveis: igualdade de acesso ao poder, à cultura, às artes, à produção, ao consumo, ao lazer. A idéia de igualdade sempre esteve na base da justiça e exerce, nos tempos modernos, um papel preponderante na transformação das sociedades. Em segundo lugar, milita a favor da soberania dos pobres o fato óbvio de que eles formam a maioria esmagadora de nossa população, e que um regime

político não é justo quando desatende ao interesse da maioria.

Tecnicamente, pode-se, portanto, traduzir o princípio da soberania dos pobres, em nosso país, como a atribuição do poder supremo à maioria..." [20].

Acrescenta ainda o insigne doutrinador que "propugnar a efetiva atribuição da soberania à fração majoritária do povo, composta dos economicamente fracos, significa alterar fundamente o esquema de poder. Os mecanismos de controle devem ser aplicados não ao soberano, mas aos detentores do poder ativo, tanto dentro do Estado, como fora dele, a começar pela empresa".

Inverte-se, pois, a perspectiva tradicional no que tange aos direitos fundamentais. "Em sociedades desenvolvidas, eles representam, de fato, uma correção à onipotência majoritária, protegendo os indivíduos e os grupos minoritários. **Em nosso país, ao contrário, os direitos fundamentais do homem são tão largamente desprezados, que o seu reforço e efetivo respeito correspondem ao próprio reconhecimento prático da soberania dos pobres.** Nos países politicamente desenvolvidos, democracia significa lei da maioria, mais o respeito aos direitos fundamentais do homem. **No Brasil, a autêntica democracia realizar-se-á com a atribuição do poder soberano à maioria, por meio do respeito aos direitos essenciais da pessoa humana.** (destacamos)

Ora, esses direitos essenciais da pessoa humana (essenciais, porque correspondem à própria dignidade do ser humano) não são apenas individuais, mas também sociais. São também direitos dos grupos humanos fundamentais: familiar, racial, lingüistico, religioso, cultural, profissional". As prerrogativas que permitem a subsistência e prosperidade desses grupos não são outorgadas pelo Estado, mas devem ser por ele e pelos grupos dominantes respeitadas. [21].

Enfim, "**a soberania dos economicamente fracos**

há de exercer-se, em nosso país, no sentido do desenvolvimento nacional"[22].

Assim, para os pobres, a soberania reclama do desenvolvimento, em primeiro lugar, **o direito a uma vida digna, independentemente de sua inserção no mecanismo econômico; e, em segundo lugar, sua inserção produtiva através do trabalho**[23].

O primeiro passo, indispensável para essa inclusão, é assegurar o **mínimo vital a todas as pessoas que vivem abaixo da linha de pobreza**, a libertação do homem da sujeição básica, da degradante necessidade diante da qual a liberdade e mesmo a "fração de soberania", na ilustração de Rousseau, torna-se uma verdadeira irrisão.

Evidentemente, a soberania popular não pressupõe apenas o mínimo vital. Fazem-se necessárias políticas públicas (atuação positiva do Estado) no sentido de resgatar o cidadão da condição degradante que inviabiliza o exercício da sua cidadania.

Mas o mínimo vital, em si, é um direito, desvinculado de qualquer discricionaridade do Administrador, faculdade que não raro acaba sendo desvirtuada para práticas clientelistas que representam a negação de toda cidadania, a negação da soberania popular como fundamento do Estado Democrático de Direito.

O segundo passo é, evidentemente, o trabalho. Efetivamente, "as políticas assistenciais, por necessárias que sejam, em face da miséria dos desempregados e excluídos, não bastam; mesmo assistido, um excluído continua excluído. Embora não haja como renunciar à política de redistribuição de renda, é a repartição inscrita no modo de produção que deve, em primeiro lugar, merecer nossa atenção"[24].

À medida que os excluídos são inseridos através do trabalho, diminuem os custos da garantia da renda mínima - e só diante desse fato podem eles ser reduzidos.

4 - FUNDAMENTO JURÍDICO - DIREITO À VIDA E À IGUALDADE. DIGNIDADE DO SER HUMANO.

Reside o fundamento jurídico do direito à renda mínima nos direitos à dignidade da pessoa humana, à vida e à igualdade (art. 1o., III, e 5o., *caput,* C. F.).

Entenda-se aqui a dignidade não como expressão desprovida de juridicidade, ou mera norma programática, mas como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais. "Observam Gomes Canotilho e Vital Moreira que o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer idéia apriorística de homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir "teoria do núcleo da personalidade" individual, ignorando-a quando se trate de direitos econômicos, sociais e culturais"[25]. Possui a dignidade, assim, um **sentido material**, que se integra nos direitos econômicos e sociais.

Por outro lado, num Estado social, como o Estado brasileiro, a igualdade assume contornos de **igualdade fática**, a estabelecer, para o cidadão, o direito a condições sociais básicas como ponto de partida para a liberdade. Assim, leciona Paulo Bonavides que:

"O Estado social é enfim, Estado produtor de igualdade fática. Trata-se de um conceito que deve iluminar sempre toda a hermenêutica constitucional, em se tatando de estabelecer equivalência de direitos. Obriga o Estado, se for o caso, a prestações positivas; a prover meios, se necessário, para concretizar comandos normativos de isonomia. Noutro lugar já escrevemos que a isonomia fática é o grau mais alto e talvez mais justo e refinado a que pode subir o princípio da

igualdade numa estrutura normativa de direito positivo"[26].

No direito à renda mínima podemos distinguir um núcleo, com característica de aplicabilidade imediata (art. 5o., parágrafo único), direta e integral consistente no **mínimo vital necessário para a subsistência física da pessoa humana.**

Não se pode conceber, no Estado Democrático de Direito, a igualdade como mera prestação negativa, à moda do Estado Liberal. O Estado Democrático de Direito está comprometido com uma atuação positiva no sentido de proporcionar imediatamente as condições sociais básicas que salvaguardem a integridade física da pessoa humana, ameaçada pela fome.

Enfim, o direito fundamental à vida também deve ser concebido em sua ampla dimensão, inclusive em termos de atuação positiva do Estado, a justificar tanto a vacinação obrigatória, como o custeio público do tratamento de um enfermo de AIDS, quanto a garantia do mínimo vital .

Articulam-se, pois, a dignidade da pessoa humana, a igualdade e o próprio direito à vida para tornar exigível imediatamente do Estado prestação (à qual, entretanto, não exaure o direito à renda mínima) que assegure a subsistência física da pessoa cujo estado de subnutrição ponha em risco a própria sobrevivência.

5 - O DIREITO SUBJETIVO À RENDA MÍNIMA

Conforme o exposto, a renda mínima é um direito, cujo titular é a pessoa humana. Não se confunde, assim, com benefícios da previdência (assistência) social que voltam-se para a família, o idoso, o deficiente físico, a despeito do denominador comum representado pelo estado de miserabilidade.

Tal como a vida, é um direito **incondicionado**. Não se exige requisito outro que o estado de carência, provocado

por razões independentes da vontade do indivíduo. Ainda assim, não há que se lhe exigir eficiência econômica, temporariamente suprimida por um infortúnio (como no seguro-desemprego).

O dever jurídico de fornecer a renda mínima é do Estado (Município, Estado Membro e União Federal, todos entes dotados da capacidade de realizar políticas sociais).

No entanto, não se pode esquecer que num Estado Federal, a obrigação de "erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais" (art. 3o., III) é fundamentalmente - até pelo imperativo de economicidade - da União Federal.

Com efeito, a implantação pelos Municípios e mesmo Estados de um programa eficiente de renda mínima teria como externalidade um efeito concentrador (habitantes das regiões desassistidas tenderiam a migrar para as assistidas para receber o benefício) que, na prática, tem sido superado (ou driblado) por **uma norma nitidamente inconstitucional** - a que estabelece a condição de residência na cidade por um tempo determinado[27]. E isso independentemente de os recursos serem locais ou contar o programa com auxílio federal.

Privar o recém-chegado de um benefício que recebe aquele que vive há dois ou cinco anos no Município é tão absurdo e inconstitucional quanto privá-lo, por exemplo, da saúde ou do acesso à educação para os seus filhos. A necessidade é a mesma, para o migrante recente ou o já radicado.

Consoante se verifica, qualquer benefício de renda mínima que não seja implantado a nível nacional e focalizado nas áreas mais deprimidas está fadado ao fracasso.

Realça-se, outrossim, o dever da União Federal diante da incapacidade econômica de grande número de municípios brasileiros - e mesmo Estados - para implantar um programa desta natureza[28].

6 - A LEI N. 9.533/97

A renda mínima - até por força das iniciativas parlamentares - chegou a um "ponto de inevitabilidade". Outro fator de impulso foi a campanha do Betinho, que logrou grande mobilização popular, frustrada pela falta de estímulo oficial. Cumpria, assim, ao governo reagir com uma medida que, dando foros de solução, dentro da "utopia do possível" - que nada mais é do que a utopia do ultraliberalismo - pudesse disfarçar a realidade. Nesse contexto, surgiu a lei n. 9.533/97.

Na visão ultraliberal, a única fonte de renda para o indivíduo deve ser o seu patrimônio, ou a venda de sua capacidade de trabalho. Não cabe ao Estado dar ao indivíduo algo que este não pode obter com seu próprio esforço, independentemente de quais sejam suas condições de vida. Se há desigualdade, essa é justamente a base sobre a qual deve se fundar o aprimoramento do indivíduo, o desenvolvimento das comunidades e do país. O exemplo do faminto estimula o bem alimentado a lutar.

No plano comunitário, entende-se que as comunidades incomodadas pelo espetáculo da miséria poderão instituir seu programa. Mas deverão ter capacidade econômica para tanto, cabendo à União, apenas, contribuir com cinquenta por cento do valor total do programa (art. 2o., caput, Lei n. 9.533/97).

Efetivamente, a Lei n. 9.533/97 deixa a garantia da renda mínima a cargo da iniciativa municipal, o que inevitavelmente provocará distorções e concentração. O mais rico município do Piauí (IDH 0,502), excluída a capital, terá uma capacidade econômica inferior ao mais pobre de São Paulo (IDH 0,850).

Fatalmente as famílias residentes nos municípios mais pobres do Brasil, que não podem contar com o apoio estadual, nos quais a arrecadação não chega a alguns milhares

de reais, continuarão sem nenhuma renda mínima. Sua miséria continuará a servir de exemplo para que os demais lutem...

Ademais, exige-se da família beneficiária (art. 5o., III) "comprovação de matrícula e frequência de todos os seus dependentes entre sete e catorze anos, em escola pública ou em programas de educação especial".

E onde não houver escolas[29] - ou "programas de educação especial"! - e as áreas rurais? Nas famílias onde o trabalho infantil é complemento de renda familiar (áreas carvoeiras, canavieiras, sisal, etc.) nenhum estímulo haverá para que os menores frequentem a escola em troca de um auxílio cujo "mínimo" por família é de quinze reais!

Enfim, o auxílio federal representado pela Lei n. 9.533/97 padece da mesma parcimônia, da mesma preocupação restritiva que outros programas semelhantes. Não se vê nenhuma referência à participação ou fiscalização comunitárias, nenhuma previsão de universalidade ou não discriminação. Sobretudo, evita-se qualquer menção à palavra direito.

7 - A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DO MÍNIMO VITAL. SUA LEGITIMIDADE.

Nesse quadro de ausência de vontade de resolver o problema da miséria, sobressai a função do Ministério Público, como advogado do excluído.

A Defensoria Pública, sem embargo do relevante papel que pode ter quanto à matéria - difícil de ser realizado por sua dependência do executivo - pressupõe indivíduos, ao menos, conscientes dos seus direitos e com uma capacidade mínima de fazê-los valer (possuem documentos, etc.). O Ministério Público atua onde a exclusão não permite sequer ao indivíduo a **provocação** de eventual serviço de assistência judiciária existente.

Compete ao Ministério Público atuar, mediante ações individuais ou coletivas, para a proteção dos interesses

individuais indisponíveis relativos à família, à criança, ao adolescente, e ao idoso e hipossuficientes em geral. A dignidade da pessoa humana, mormente em seu aspecto de **segurança alimentar**, é um interesse **absolutamente indisponível**.

Assim, sempre que uma pessoa estiver privada da dignidade humana e ameaçada em sua existência pela fragilidade de suas condições materiais (por exemplo, uma criança com sintomas de desnutrição), o Ministério Público pode e deve atuar, para obter do Estado (União, Estados Membros e Municípios) uma prestação consistente em renda em valor **nunca inferior ao salário mínimo**, dado que este mal se presta para a aquisição de alimentos necessários para o consumo mensal individual.

A atuação do Ministério Público, propugnando prioritariamente pela defesa das coletividades vulneráveis, pela generalidade e impessoalidade da prestação jurisdicional, atenua o risco concentrador que se entranha na exigibilidade concreta dos direitos sociais.

Não se deve, enfim, esquecer a importância da atuação do Ministério Público sobre as políticas estatais, aferindo-lhes a constitucionalidade sob o ponto de vista do sacrifício de direitos fundamentais que acarretem, postulando a implantação de políticas sociais compensatórias já previstas pela lei, zelando pelo seu bom funcionamento e eficácia.

8 - CONCLUSÕES.

1. A renda mínima, **enquanto mínimo vital**, é um direito fundamental da pessoa humana, de aplicação imediata, consistente em uma prestação econômica do Estado destinada a garantir à pessoa carente **nível nutricional suficiente para a manutenção da sua saúde e bem estar físico.**

2. Tem o Ministério Público legitimidade para, na

defesa dos interesses individuais indisponíveis, mover ações individuais ou coletivas para obrigar o poder público a assegurar aos excluídos o **mínimo vital**, em valor nunca inferior ao salário mínimo vigente.

1 Iso Chaitz Scherkerkewitz, Renda Mínima. In Revista dos Tribunais: São Paulo, ano 86, vol. 735, jan. de 1997, pag. 78.

2 Iso Chaitz Scherkerkewitz, idem, ibidem.

3 Ao contrário de Iso Scherkerkewitz (artigo citado, pag. 78) não definimos a renda mínima como benefício de seguridade social. É um direito fundamental, em sua expressão de **segurança alimentar**, exigível diretamente que pode ou não, dependendo da integração legislativa, ligar-se ao sistema de seguridade social.

4 Iso Scherkerkewitz, art. citado, pg. 78.

5 Encíclica "Gaudim et Spes", in Encíclicas e Documentos Sociais, Frei Antonio De Sanctis, org.. São Paulo: LTR, 1972, pag. 359.

6 Encíclica "Populorum Progressio", in Encíclicas e Documentos Sociais, citado, pag. 398. Nesse sentido, define a Encíclica o desenvolvimento como "a passagem de condições menos humanas a condições mais humanas"..."Menos humanas: as carências materiais dos que são privados do mínimo vital... Mais humanas: a passagem da miséria à posse do necessário" (idem, pag. 400).

7 Francisco J. Contreras Peláez, Derechos Sociales: Teoría e Ideología. Madrid: Editorial Tecnos, 1994, pags. 52-54.

8 Francisco J. Contreras Peláez, idem, ibidem.

9 Francisco J. Contreras Peláez, idem, ibidem.

10 Francisco J. Contreras Peláez, idem, pag. 56. A possibilidade de identificar e hierarquizar as necessidades é um dos pressupostos da idéia de direitos sociais - aos quais pertence o Direito à Renda Mínima - e fornece um critério para regular a distinção de funções entre a economia mercantil-competitiva e o setor público-assistencial. "La noción de necessidad - escribe David HARRIS - sirve para delimitar el dominio en que el mercado debe ser regulado o sustituido, frente a aquel otro en que puede funcionar libremente. La "necesidad" proporciona el fundamento para una economia mixta" (idem, pag. 57).

11 Francisco J. Contreras Peláez, id., pag. 79/80.

12 Francisco J. Contreras Peláez, idem, pag. 83. As necessidades básicas, enfim, não podem ser afastadas, por não dependerem do subjetivismo do indivíduo, mas sim da "configuração do mundo"(David Wiggins, *apud* idem, p. 53). Aquele favelado que adquiriu um televisor - e que nem pode ser criticado, numa sociedade de superconsumo onde o indivíduo vale pelo

que tem - terá ao fim de vendê-lo para comer; o que prefere o álcool reduzirá seu período de vida.

13 Francisco J. Contreras Peláez, idem, pag. 83.

14 J. Laferrière, apud Charles Debbasch et alii, Droit Constitutionel et Institutions Politiques, 3a. edição. Paris: Economia, 1990, pag. 24.

15 Fábio Konder Comparato, Por que não a Soberania dos Pobres? in: Revista de Direito Constitucional e Ciência Política, n. 04, janeiro/junho de 1985, pag. 112.

16Fábio Konder Comparato, idem., pag. 144

17 Fábio Konder Comparato, idem, pags. 116/17.

18 Fábio Konder Comparato., idem, pag. 118.

19 Fábio Konder Comparato, idem, pags. 118/119.

20 Fábio Konder Comparato, idem, pag. 123.

21 Fábio Konder Comparato, idem, pag. 126.

22 Fábio Konder Comparato, idem, pag. 128.

23 Ignacy Sachs, Em Busca de Novas Estratégias de Desenvolvimento. In: Revista de Estudos Avançados, publicação da USP e Instituto de Estudos Avançados. Vol. 9, n. 25, set./dez. de 1995, pag. 47.

24 Ignacy Sachs, idem, pag. 47.

25 José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: RT, 6a. edição, pag. 93.

26 Curso de Direito Constitucional,. São Paulo: Malheiros, 4a. edição, pag. 304.

27 Iso Scherkerkewitz noticia, por exemplo, a Lei 8.261/95 do Município de Campinas, que exige como requisito para o benefício da renda mínima a residência na cidade há, no mínimo, dois anos da publicação da lei. (artigo citado, pag. 81).

28 Incapacidade econômica, aferida pela ausência de arrecadação, nunca por eventual crise financeira - que pode atingir mesmo um município rico e permite a priorização. Um municipio que viva exclusivamente ou quase exclusivamente das verbas do Fundo de Participação, por exemplo, não terá capacidade econômica para um programa social deste porte. Já com os recursos alocados para o "salvamento" **de um único banco** - poderia o poder público federal implantar um programa nacional de renda mínima, cujo custo é estimado em sete bilhões de reais.

29 Em Alagoas, um dos estados mais pobres da federação, a proporção de crianças com idade de 7 a 14 anos fora da escola é de 17,7%. (Folha de São Paulo, 16/10/97, 3-9).

A RESPONSABILIDADE CIVIL EM ACIDENTES DO TRABALHO - TEORIA DO RISCO - SEGURO DO INSS

Vilanir de Alencar Camapum Júnior, Promotor de Justiça de Defesa das Vítimas de Delito e Acidentes do Trabalho e **Ivana Farina**, Promotora de Justiça do Estado de Goiás.

SÍNTESE DA PROPOSIÇÃO DOGMÁTICA

ACIDENTE DO TRABALHO - Indenização - Danos decorrentes do exercício de atividade laborativa de risco inerente - Aplicação da responsabilidade objetiva - Reparação de perdas e danos pelo empregador independente de culpa - Abatimento do seguro de acidentes do trabalho.

Ementa: Tem inteira aplicação a responsabilidade objetiva, baseada na teoria do risco do empreendimento, na indenização de perdas e danos decorrentes do exercício de certas atividades que trazem inerente a possibilidade de causar danos, para que a reparação seja a mais completa, incluindo, quando for o caso, os danos morais, abatendo-se do valor da condenação as verbas recebidas a título de seguro de acidentes do trabalho, a fim de que não haja *bis in idem.*

INTRODUÇÃO

Partindo-se do princípio que o Direito pode contribuir decisivamente para o avanço social, nele inserido o aperfeiçoamento e melhoramento dos ambientes de trabalho, já que fornece o respaldo da garantia estatal para fazer valer as normas jurídicas, como ocorre em qualquer Estado Democrático da era moderna, é preciso constatar que a teoria do risco, atribuindo ao empregador a responsabilidade pela saúde do empregado, é uma importante arma jurídica para incentivar este avanço em seu aspecto mais relevante, que é o da prevenção.

De fato, na medida em que os riscos envolvidos pelos acidentes de trabalho ou doenças ocupacionais passam a gerar expressivas indenizações, a aplicação da legislação específica passará a ser de total interesse do empregador, inclusive influenciando no planejamento estratégico das empresas.

Todavia, para o empregador que paga o seguro de acidentes do trabalho para o INSS, seria justo e/ou jurídico que ainda arcasse com a reparação de um acidente, mesmo não concorrendo com culpa, que fosse a levíssima, para o resultado lesivo ?

Esta é a questão que procuraremos responder no final do presente estudo.

A TEORIA DO RISCO DO EMPREENDIMENTO

Existem dois princípios, sistematizados pela literatura germânica, que podem expressar os fundamentos científicos da teoria do risco, em casos de acidentes do trabalho:

" a) *Princípio do interesse ativo*, fundado na máxima *cujus commodum, ejus periculum*, baseada no direito romano

(Paulo, D. 50, 17, 10). Expoente notável dessa corrente é o austríaco Vítor Mataja. Sustentava ele, já em 1.888, que as perdas e danos provenientes dos acidentes inevitáveis na exploração de uma empresa devem ser incluídos nas despesas do negócio. Imputar as perdas às vítimas dos acidentes é, sem nenhuma dúvida, falsear o balanço da empresa. É a idéia de Adolfo Merkel, Unger e Rodolfo Merkel, que a reduziu a esta proposição: *quem desenvolve em seu próprio interesse uma atividade qualquer deve sofrer as conseqüências dela provenientes.*

b) *Princípio da prevenção.* Inspirado na dificuldade da prova da responsabilidade e na insuficiência das regras processuais estabelecidas no sentido de favorecê-la, consiste em não admitir a exoneração da pessoa a quem se atribui a responsabilidade, enquanto não prove que o fato, aparentemente imputável a si, é, na realidade resultado de uma causa exterior e estranha à sua atividade, e impossível de ser por ela afastada. Concepção de Gustave Rumelin, a sistematização dessa doutrina acentua que o legislador pode conseguir do homem resultados melhores do que os produzidos pela sua diligência ordinária, estimulando-o com a idéia da responsabilidade: "O ideal, aos olhos do legislador, não é o *diligens pater familias* nem o homem dotado de *diligentia* ainda mais elevada, de natureza escrupulosa e desconfiada, que se deixa intimidar por todas as apreensões possíveis, e que tende a obviar a todo perigo. Bem ao contrário, é o homem que, com olhar seguro, calcula as possibilidades de bom e mau êxito, as possibilidades de acidente e os gastos de sua prevenção, e adquire, pesando fria e exatamente os diversos fatores, a garantia de acerto de sua decisão. Seria inútil *prescrever* essa atitude por medidas legislativas diretas, mas o legislador pode perfeitamente indicar a atitude justa e favorecê-la, de sorte que, não se contentando em prescrever a diligência típica, faça o homem responsável pelo resultado..." (*Da Responsabilidade Civil*, Vol. I, 10ª ed., Forense, 1.995, p. 52).

No Brasil, a teoria do risco do empreendimento vem sendo aceita tanto pela doutrina como pela jurisprudência. O memorável PONTES DE MIRANDA, no seu *Tratado de Direito Privado*, vol. II, págs. 209 e 210, citado pelo Dr. José Luiz Dias Campos no seu brilhante artigo "A Leocopenia por Benzeno em Cubatão", publicado em 18 de fevereiro de 1.989, pelo jornal O Estado de São Paulo, diz que **"quem cria o perigo, ainda que não tenha culpa, tem o dever de eliminá-lo"**.

Cita, para interpretação analógica, o caso de um incêndio que se iniciou na fazenda A. Não é preciso perquirir se o proprietário daquela fazenda foi quem ateou o fogo: ele tem o dever de eliminá-lo, para que o sinistro não atinja a fazenda B.

Se isso não for feito, será responsável pelos danos causados a outro imóvel. É do nosso direito ! É a responsabilidade objetiva.

Diz ainda Pontes de Miranda: **"Se assim é, para quem cria o perigo, mesmo que não tenha culpa, com muito maior razão haverá de ser responsabilizado quem cria ou mantém em tráfego, em movimento, irradiação ou escoamento, algo que seja fonte de perigo" .**

Esclarece que **" há dever de evitar perigos sempre que a falta de atividade para que a danosidade se afaste seria transgressão de direito de outrem.**

O responsável deixa que o dano ocorra, pois, se tivesse intervido, o dano não existiria.

A causa está naquilo que estabelece a periculosidade, mas não teria havido o resultado maléfico se o que devia praticar o ato excludente do risco, ou omitir algum ato, para que o dano não se desse, tivesse cumprido o seu dever ".

Observe-se que na lição do memorável Pontes, estão inseridas as bases fundamentais dos princípios do interesse ativo e da prevenção.

Na mesma esteira de raciocínio da doutrina, segue o posicionamento jurisprudencial:

> ***ACIDENTE DO TRABALHO - Indenização - Danos decorrentes do exercício de atividade laborativa de risco inerente - Aplicação da responsabilidade objetiva - Reparação de perdas pelo empregador independente de culpa.***
>
> Ementa Oficial: *Responsabilidade Objetiva. Tem inteira aplicação a responsabilidade objetiva, baseada na teoria do risco, na indenização de danos ocorrentes do exercício de certas atividades que trazem inerente a possibilidade de causar danos, como o corte de grama com máquina elétrica, quando não há propriamente culpa do empregador ou dono do instrumento, no evento danoso.*
>
> *Em casos tais, os problemas da responsabilidade são tão-somente os da reparação de perdas, quando os danos e a reparação não devem ser aferidos pela medida da culpabilidade, mas devem emergir do fato causador da lesão de um bem jurídico, a fim de se manterem incólumes a interesses em jogo, cujo desequilíbrio é manifesto se ficarmos dentro dos estreitos limites de uma responsabilidade subjetiva.*
>
> *Sentença mantida pelos próprios fundamentos, inclusive quanto aos danos morais. (Ap. nº 192112191 - 3ª C.C. do TAPR, dec. unânime, j. 05.08.92, Rel. Juiz Arnaldo Rizzardo).*

Vale transcrever significativo trecho do voto do relator:

De outra parte, a atividade exercida é de risco. Admite-se que dificilmente poderia alguém supor que viesse a ocorrer o evento. A probabilidade de ocorrência é mínima.

Mas, em certos casos, como o presente, tem inteira aplicação a responsabilidade objetiva. É como dizia Alvino Lima: "Os problemas da responsabilidade são tão-somente os da reparação de perdas, quando os danos e a reparação não devem ser aferidos pela medida da culpabilidade, mas devem emergir do fato causador da lesão de um bem jurídico, a fim de se manterem incólumes a interesses em jogo, cujo desequilíbrio é manifesto se ficarmos dentro dos estreitos limites de uma responsabilidade subjetiva" (Da *Culpa ao Risco*, São Paulo, 1.938, p. 101).

O risco está na base de tudo, consoante os objetivistas. Saleilles argumenta que é mais eqüitativo e mais conforme à dignidade humana que cada qual assuma os riscos de sua atividade voluntária e livre (*apud Da Responsabilidade Civil*, de Aguiar Dias, I, 70, Forense, Rio de Janeiro, 4ª ed., 1.960).

De sorte que a abstração da culpa não afastaria o dever de indenizar, sob o prisma da responsabilidade objetiva. Do contrário, muitos danos restariam encobertos, com graves injustiças.

Daí manter-se a sentença, e inclusive quanto ao dano moral. ".

Veja-se novamente a aplicação do princípio do interesse ativo.

E, o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás acompanhou o moderno entendimento, conforme muito bem ilustra venerável sentença do então Juiz Substituto Carlos Roberto Alves dos Santos, atuando na Comarca de Minaçu, num caso de acidente laboral ocorrido na empresa FURNAS. Observe-se o seguinte trecho do decisório:

"O princípio geral da responsabilidade civil, em direito

privado, repousa na culpa. Entretanto, em alguns setores de atividades econômicas perigosas, impera a teoria do risco. Um dos argumentos avalizadores desse ponto de vista é a contratação de seguro por parte dos agentes econômicos diluindo, dessa forma, os riscos de suas atividades profissionais ou empresariais.

O Prof. Caio Mário da Silva Pereira apresentou sua lição nestes termos:

> "Com vistas ao direito brasileiro, é uma realidade a convivência das duas teorias. O princípio geral é anunciado em termos de predomínio da teoria da culpa em direito privado. Assim se exprime o art. 129 do Código Civil de 1.916, enunciando preceito já tantas vezes repetido, segundo o qual o agente responde por sua culpa e está sujeito a reparar o dano (...) Isto não obstantes, em alguns setores, impera a teoria do risco. Assim é que a legislação sobre acidentes do trabalho objetiva; a que regula os transportes em geral (estradas de ferro, aeronáutica) invoca-a; mais recentemente a responsabilidade civil dos bancos marcha para a teoria
> *do risco (ver capítulo IX); responsabilidade por fato da coisa (ver capítulo VIII)."*
>
> In. Responsabilidade Civil - *2ª edição, p. 292.*

O E. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás adotou este entendimento na Apelação Cível em Procedimento Sumaríssimo nº 24.112 ficando assim ementado: " EMENTA - Ação de indenização - Responsabilidade Civil - Acidente do Trabalho - Culpa do empregador. A teoria do risco, ou da responsabilidade objetiva, contenta-se com a prova do dano e a relação de causalidade entre o resultado lesivo e a ação do

preposto, a fim de obrigar a empresa empregadora à reparação".

Na apelação Cível nº 33.768-0/188, relatada pelo saudoso Desembargador José Soares de Castro, o E. Tribunal de Justiça de Goiás volta a adotar a teoria do risco. Em seu voto o eminente Relator fundamenta sua opinião, entre outras citações, no entendimento do Prof. Caio Mário da Silva Pereira (fl.05) contido em sua obra retro citada, 3ª edição, pág. 124, nestes termos:

> "Não existindo um critério objetivo para caracterizar a periculosidade de uma certa atividade, pois que a vida moderna e os progressos técnico-científicos normalmente aumentam os riscos que as pessoas estão sujeitas, não resta ao Juiz senão, em cada caso, e com seu **arbitrium boni viri**, avaliar as circunstâncias para estabelecer nexo causal da atividade com o dano, e determinar a reparação. O trabalho é tanto mais delicado, quando é de se considerar que a atividade é em si lícita. O dever indenizatório configura-se no fato de que, não obstante a liceidade, o lesado tem a ele direito, em razão do perigo ínsito na atividade. Como a culpabilidade não é facilmente demonstrada, a tendência é marchar para a doutrina do risco, assentando que a reparação decorre da existência do binômio dano/atividade."

Adotando a teoria do risco profissional, o pedido do autor há de ser deferido. O local onde ocorreu o acidente, canteiros de obras da Usina Serra da Mesa, oferece um risco acentuado para os operários que ali trabalham visto ser uma região muito acidentada e foi exatamente em virtude desse desnivelamento que a máquina operada pelo autor perdeu o

controle e aconteceu o terrível acidente."

Na apelação cível, relatada pelo Desembargador José Soares de Castro, referida na sentença *supra*, a ementa ficou assim redigida:

> *" Responsabilidade Civil. Ação de Indenização por acidentes de trabalho. 1. Em se tratando de acidente de trabalho decorrente de atividade profissional com alto grau de periculosidade, ou seja, túnel de mina, a tendência da doutrina é para que se adote a teoria do risco, em razão do perigo ínsito da atividade e de que a reparação se origina da existência do binômio dano/atividade, sendo suficiente que seja demonstrado o dolo ou a culpa de qualquer natureza do empregador ".*

Neste ponto, fazem-se necessários alguns esclarecimentos e algumas críticas, quanto às formulações doutrinárias e jurisprudenciais já expostas: **1**- Observamos nos ensinamentos de Alvino Lima uma impropriedade terminológica, pois ele utiliza-se da expressão "perdas" como abrangente de todas as verbas indenizatórias, como sinônimo de "perdas e danos", o que não pode ser confundido, pois as perdas consubstanciam-se no aspecto compensatório, enquanto que os danos são de caráter reparatório; **2**- Na ementa da Apelação Cível em Procedimento Sumaríssimo nº 24.112-0/190, cujo relator não foi citado, mas que é o Desembargador Júlio Resplande de Araújo, então atuando na 1ª Câmara Cível, cumpre esclarecer que, na teoria do risco, a relação de causalidade não é entre o resultado lesivo e a ação do preposto, mas entre o resultado lesivo e a atividade perigosa, pois, quando se fala em ação do preposto, normalmente está se buscando algum elemento de culpa, que está fora da teoria do risco, já que numa atividade de risco o resultado lesivo pode acontecer independente da ação de qualquer preposto; **3**- Os

ensinamentos do Prof. Caio Mário, transcritos na apelação Cível nº 33.768-0/188 - Des. José Soares de Castro - são perfeitos. A falha ficou por conta da elaboração da ementa, onde a aplicação da responsabilidade objetiva ficou condicionada à demonstração de elementos subjetivos, como o dolo e a culpa, o que é uma incoerência. Os equívocos da jurisprudência Goiana são explicados pelo fato de que, via de regra, nos casos práticos de acidente do trabalho o risco da atividade normalmente vem acompanhado de alguma atitude culpável do empregador e/ou de um seu preposto. Todavia, é preciso ficar atento para que o raciocínio jurídico-científico não venha a ser distorcido pelas nuanças do caso concreto.

SEGURO DE ACIDENTES DO TRABALHO X TEORIA DO RISCO

Existe uma corrente doutrinária e jurisprudencial que entende que a responsabilidade objetiva, cujos fundamentos estão na teoria do risco, só será aplicável no caso de reparação acidentária, ou seja, aquela devida pelo INSS. Observe-se:

> *" Na ação de indenização, fundada em responsabilidade civil comum (art. 159 CC), promovida por vítima de acidente do trabalho, cumpre a esta comprovar dolo ou culpa da empresa empregadora. Somente se cogita de responsabilidade objetiva (sem culpa) em se tratando de reparação acidentária, assim considerada aquela devida pelo órgão previdenciário e satisfeita com recursos oriundos do seguro obrigatório custeado pelos empregadores, que se destina exclusivamente a fazer face aos riscos normais da atividade econômica no que respeita ao infortúnio laboral". (STJ - R.Esp. 10.570, 4ª T., Min.*

Sálvio de Figueiredo, 17.11.92, in RSTJ 5 (48) 111, agosto/93).

No campo da doutrina, Paulo Affonso Leme Machado, ao defender a cumulatividade das verbas devidas pela previdência com a reparação civil do empregador, quando incorrer em culpa, mesmo que levíssima (Súmula 229 do STF e art. 7°, XXVIII da C.F.), acaba por expor sua vinculação à corrente que adota a teoria do risco somente em relação à "matéria puramente acidentária". Veja-se :

" **Tudo aquilo que diz respeito a acidente do trabalho, dentro do normal risco da atividade laborativa é regido pela Lei de Acidentes, pois, dispensa o lesado de demonstrar, na via ordinária, a culpa do empregador.**

A teoria do risco, em matéria de infortunística, foi acolhida em benefício do trabalhador e não do empregador. Objetivou trancar outra via para não impor, àquele que a lei considera mais fraco, a obrigação de provar. Esse raciocínio não pode levar à afirmação de que, em nenhuma hipótese, o lesado terá outra via que não a acidentária.

Tudo o que ocorrer dentro do risco normal do trabalho, é matéria puramente acidentária. Aquilo que extravasa o simples risco profissional, cai no domínio da Responsabilidade Civil". (*in, Ação Civil Pública e Tombamento*, Ed. RT, 1.986).

Todavia, em sua fundamentação Paulo Affonso acabou por usar uma assertiva que representa a base do entendimento que adotamos, que pode ser um meio-termo entre os dois extremos. Tal assertiva também já foi acatada em manifestação jurisprudencial, que assim se pronunciou:

" Se não houvesse a legislação especial para o acidente do trabalho, o operário poderia pedir a indenização pelo direito comum, nos termos

do art. 159 do CCB. Ora, da legislação especial não pode resultar desfavor para o operário, que a lei visa proteger " (in *RTJ 101/1.100 e 114/912.922).*

Data vênia a afirmação do eminente ministro do STJ, Sálvio de Figueiredo, no sentido de que o seguro de acidentes do trabalho seria "custeado pelos empregadores", há que se esclarecer que por estar ele integrado à previdência social, caindo portanto na vala comum das verbas a ela destinadas, na prática o sistema é *custeado e mantido por toda a sociedade*, como expressam os artigos 194, 195 e 201 da Constituição Federal, e o artigo 10 da Lei nº 8.212/91.

O empregador que paga o seguro (e é apenas uma minoria), por uma questão de eqüidade, acaba por arcar, **em tese**, com a maior fatia da contribuição, o que é justo, já que a atividade econômica, especificamente a de risco, lhe proporciona lucros e vantagens diretas. Neste ponto, volta-se ao raciocínio de que o empregador é que tem que arcar com os riscos de sua atividade lucrativa. Todavia, o sistema previdenciário do Brasil, por sua própria desorganização e ineficiência, não vem conseguindo se sustentar, e, de conseqüência, a cada dia vem reduzindo os valores dos benefícios e criando entraves burocráticos, o que faz com que atualmente os segurados não consigam receber a compensação integral de suas perdas em razão do acidente laboral. Portanto, o empregado também não pode arcar com os ônus da ineficiência do sistema, pois, em última análise, isto seria arcar com o próprio risco do empreendimento, que, conforme já foi dito, é dever do empresário.

Além disso, em verdade, a falência do sistema previdenciário se deve primordialmente aos próprios empresários, detentores do poder econômico e político, que, repita-se, somente arcam com o seguro em tese, pois isto não acontece na prática, conforme bem acentuou ORLANDO

SOARES, em sua obra *Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro*, Forense, pág. 217/218:

" Acontece que vivemos num país capitalista, onde as classes economicamente fortes e politicamente dominantes distribuem entre si os principais cargos da administração pública, ali colocando pessoas de sua confiança e comparsas, que propiciam as fraudes e outras negociatas, que ensejam o enriquecimento ilícito dessas mesmas classes sociais, por meio, principalmente, do crime organizado.

(...) Some-se a esses abusos o fato de que o débito das empresas privadas, em geral, segundo dados de 1.990, orçava em 100 bilhões de dólares, quase igual, portanto, ao valor da dívida externa brasileira, não se tendo notícia de que houve qualquer providência governamental séria, no sentido de cobrança desse débito (Jornal do Brasil, 15.08.1990) ".

Portanto, está aí mais uma razão para ter-se como inconcebível que é o empregador quem arca com o seguro de acidentes. Na realidade, o que houve no Brasil foi uma socialização do risco de acidente do trabalho, onde os empresários não são os principais contribuintes, e, provavelmente por esta mesma razão, ainda não se conscientizaram da importância da prevenção, mesmo porque o fato da maioria dos acidentes não chegar a ter todas as repercussões jurídicas previstas em lei, acaba por ter como conseqüência a inexpressividade das indenizações, em relação ao custo da adoção das medidas preventivas.

Todavia, ainda resta o seguinte questionamento: mesmo o seguro sendo custeado por toda a sociedade, é justo e/ou jurídico que o acidentado o receba e que ainda receba todas as verbas indenizatórias previstas pelo direito comum, quando não tenha havido culpa do empregador ?

Neste ponto, cumpre fazer a seguinte distinção entre a natureza do seguro de acidentes do trabalho e a natureza da reparação civil devida pela aplicação do direito comum: O

seguro de acidentes do trabalho tem caráter compensatório, referente tão somente às perdas que o acidentado sofreu; por outro lado, a responsabilidade civil tem caráter indenizatório, mais abrangente, envolvendo não só as perdas, mas também os danos. Ou seja, trata-se de causas jurídicas distintas, pois a responsabilidade civil tem como fato gerador um ato ilícito; enquanto que o seguro é meramente contratual (RT 723/467).

E a qual é a natureza jurídica da teoria do risco do empreendimento ? Como é sabido, ela tem raízes no instituto da responsabilidade civil, mas, por outro lado, não tem como fato gerador um ato ilícito, assim como o seguro de acidentes do trabalho não o tem.

Pode-se fazer um paralelo, no qual a situação da teoria do risco está para com o instituto da responsabilidade civil e do seguro de acidentes do trabalho, assim como a situação das obrigações *propter rem* está para com o instituto do direito real e o instituto dos direitos obrigacionais. Observe-se o que diz MARIA HELENA DINIZ sobre as *propter rem:* "Realmente, não é ela um direito real, pois este se desnatura pela obrigação de um*facere* que o acompanha, pois seu objeto não é uma coisa, mas a prestação do devedor. Também não é um direito obrigacional pela autorização, concedida ao credor, de exigir a prestação de quem quer que se encontre em relação com a coisa gravada mediante ação real, e pelo fato do direito pessoal não se extinguir pelo abandono, não se transmitir a sucessor a título singular e de exigir a anuência do credor na cessão de débito, o que não ocorre na obrigação *propter rem*". (*Curso de Direito Civil Brasileiro - Teoria Geral das Obrigações*, 2° Vol., 10ª Ed., Editora Saraiva).

Do mesmo modo, a teoria do risco apresenta aspectos peculiares que se aproximam dos fundamentos do seguro de acidentes do trabalho, apesar de ter sua origem e conseqüências no instituto da responsabilidade civil. De fato, assim como os seguros de acidentes, a teoria do risco do

empreendimento tem um aspecto contratual, que seria mais ou menos o seguinte: existe uma cláusula implícita em todo o contrato de trabalho, pela qual o empregador irá suportar os riscos a que seus empregados ficam sujeitos na sua atividade, obrigando-se a indenizar as conseqüências lesivas que restarem para eles em razão de acidentes ligados ao trabalho, independentemente de ter havido culpa do empregador. Esta é a essência do princípio do interesse ativo. Todavia, apesar deste aspecto contratual, a teoria do risco não se identifica com o seguro de acidentes pelo fato de que este está sempre ligado à idéia compensação pelo que se perdeu, sendo que a teoria do risco vai mais longe, abrangendo inclusive os danos sofridos, pois esta é uma conseqüência natural de todas as reparações ligadas ao instituto da responsabilidade civil.

Exemplificando a situação, poderíamos pegar um caso em que, sem que haja culpa do empregador (que paga o seguro de acidentes do trabalho), mas tão somente em razão dos riscos naturais do empreendimento, um empregado venha a sofrer uma lesão deformante, mas que não lhe retire nem diminua a capacidade para o trabalho. Ora, neste caso, não havendo previsão de reparação de dano estético no seguro de acidentes do trabalho, o empregado estará suportando os ônus do empreendimento, se não for aplicada a teoria do risco. Ficaremos apenas neste exemplo, mas, como é de conhecimento geral, existe uma infinidade de situações semelhantes que seriam injustas para com o empregado, pois, via de regra, até pela forma legal de cálculo dos benefícios, o seguro não ressarce integralmente as efetivas perdas e danos do acidentado, notadamente quanto aos danos morais.

Assim sendo, se o mero pagamento do seguro, por parte do empregador, tiver a conseqüência de isentá-lo de qualquer outro pagamento, quando não incorrer em culpa ou dolo, isto significaria que a existência do seguro, criado para beneficiar o trabalhador, estaria, em muitas situações, redundando em prejuízo para ele, que ficaria sem a via de

acesso ao ressarcimento integral pela teoria do risco do empreendimento, que é aplicável ao empregador que não paga o seguro. E, conforme salientamos em linhas passadas, adiantando a base do nosso entendimento, através dos ensinamentos de Paulo Affonso Leme Machado e citação jurisprudencial, tal conseqüência é inadmissível, ou seja, a legislação especial, criada para proteger o operário, nunca pode resultar em seu desfavor.

Por outro lado, o recebimento do seguro cumulativamente com a totalidade das verbas indenizatórias devidas pela aplicação do direito comum, representaria um *bis in idem* no caso de não haver culpa do empregador, pois o fato gerador seria o mesmo, ou seja, o risco.

Chega-se então à solução que adotamos, que representa um meio termo entre as duas soluções extremistas: as perdas não ressarcidas pelo seguro, assim como os danos, poderão ser pleiteados pelo acidentado, na Justiça Comum, com fundamento na teoria do risco. Sendo certo que, se houver culpa do empregador, ainda que mínima, não haverá sequer compensação do valor recebido do seguro, pois aí o fato gerador já seria outro, qual seja um ato ilícito.

Quanto a uma possível alegação de inconstitucionalidade, em razão do disposto no inciso XXVIII do art. 7° da Constituição Federal, trata-se de uma questão de interpretação, e, repita-se, tal dispositivo, cujo *caput* antecipa seu elemento teleológico de proteção ao trabalhador, quando diz que "são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais...", não pode ser interpretado em prejuízo de quem almejou proteger, o que seria um contra-senso. Assim, a melhor interpretação é a que vê na frase "seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador..." apenas a constitucionalização do princípio do interesse ativo, atribuindo ao empregador os riscos de sua atividade e indicando o seguro como uma forma obrigatória de ressarcimento, mas sem vedar a complementação quando o seguro não for suficiente, através da aplicação, não cumulativa, mas subsidiária, da teoria do risco do empreendimento.

SUB-TEMA: ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NAS ÁREAS CÍVEL E ESPECIALIZADAS

Título: Aperfeiçoamento do Projeto do Código Civil visando a manutenção das atuais competências dos Ministérios Públicos Estaduais e do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios no velamento das fundações.

---

* JOSÉ EDUARDO SABO PAES

EMENTA. Fundações. Legitimação do Ministério Público para exercer a fiscalização das fundações de direito privado. Origens dessas pessoas jurídicas constituídas por bens afetados. O art. 26, do Código Civil de 1916. O Ministério Público e a Constituição de 1988. O Projeto de Lei nº 118, de 1984 (Novo Código Civil) e suas implicações no tocante à fiscalização das fundações pelos diversos Ministérios Públicos As incompatibilidades do Ministério Público Federal para desempenhar o velamento dessas pessoas jurídicas. Sugestões para a alteração, a fim de que se mantenha o atual sistema fiscalizatório dessas entidades.

JUSTIFICATIVA

A fundação de direito privado, tipo especial de pessoa jurídica, caracteriza-se por ser um conjunto de bens com um fim social determinado, que a lei (art. 16 do Cóidigo Civil) atribui a condição de pessoa.

Sendo esta a característica essencial no ente fundacional que, segundo alguns autores, teve como berço a Grécia, com a escola que Platão fundou nos jardins de Academia, uma instituição de ensino do tipo científico-religioso, consagrada às musas, em Atenas, tendo dirigido a Academia por quase duas décadas, legou-a, em seguida, a todos os discípulos, seus sucessores. Consta, também, que na Roma Antiga existiram fundações destinadas à distribuição de alimentos, ao culto funerário e à mantença de crianças pobres.

No direito brasileiro o nascimento do instituto dá-se, de forma concreta, no início deste século, mais precisamente com a vigência do Código Civil, em janeiro de 1917. Todavia, a história do movimento fundacional brasileiro é, segundo relato de Homero Sena e Clóvis Monteiro[1], do século XVIII. "... quando em 1738, Romão de Matos Duarte, solteiro milionário, achou por bem separar parte de seu patrimônio para formar um "fundo" para auxiliar recém-nascidos que eram abandonados por seus familiares[2]. e eram atendidos na Santa Casa de Misericórdia do Rio de Janeiro através da "Fundação Romão de Matos Duarte".

A administração desse patrimônio transformado em pessoa é apenas um instrumento para o alcance das finalidades originalmente impostas pelos instituidores. Na maioria dos países qualquer fundação é velada por uma autoridade pública desde o seu nascimento até sua eventual extinção. Este velamento público encontra respaldo nas mais variadas leis de cada país, v.g. a Lei nº 30/1994 que estabelece o regime jurídico e fiscal das fundações na Espanha. Com esta fiscalização procura-se evitar qualquer alteração estatutária na administração da entidade, mormente mudança das finalidades estipuladas pelo instituidor, alienação ou desvio do patrimônio destinado à consecução de suas finalidades.

No âmbito do ordenamento jurídico brasileiro a autoridade pública para velar pelas fundações é sempre um representante do Ministério Público, por força do estabelecido

no artigo 26 do Código Civil, abaixo transcrito:

> *"Art. 26. Velará pelas fundações o Ministério Público do Estado, onde situadas."*

O Ministério Público que representa o Estado/ Administração e que é a Instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, quando lhe incumbe, entre outros deveres, o da defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais, bem como a preservação do patrimônio público (art. 127, da Constituição Federal), recebeu do legislador, já em 1° de janeiro de 1917, data da vigência do atual Código Civil, a incumbência e a convocação de velar e acompanhar os órgãos diretivos funcionais, vez que há realmente um interesse indisponível envolvido na constituição, administração e alcance das finalidades sociais de uma fundação de direito privado.

Entendeu ainda o legislador ordinário, face ao preponderante sistema federativo consagrado em nossas últimas Constituições, que, caso as fundações estendessem suas atividades a mais de um Estado, caberia ao Ministério Público de cada Estado o encargo de exercer esta atividade fiscalizadora, aplicando-se ao Ministério Público do Distrito Federal a mesma competência destinada aos Ministérios Públicos estaduais. Desde então, o acompanhamento das fundações sediadas no Distrito Federal ou que nele atuem é realizado pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, através inicialmente do Curador de Resíduos com as atribuições previstas na Lei n° 3.434/56 e desde 1989 pela Promotoria de Justiça de Tutela de Fundações. Sendo esta a redação do atual Código Civil, art. 26:

> *"§ 1° Se estenderem a atividade a mais de um Estado, caberá em cada um deles ao Ministério Público esse encargo.*

§ 2º Aplica-se ao Distrito Federal e aos territórios não constituídos em Estados o aqui disposto quanto a estes."

Surpreendentemente, já no Projeto de Lei que institui o novo Código Civil, oriundo da Câmara dos Deputados (PL nº 634/75), suprimiu-se a atribuição concernente ao Ministério Público do Distrito Federal e Territórios de velar pelas fundações situadas ou atuantes no seu âmbito geográfico. Sendo que a referida supressão permaneceu no Projeto de Lei nº 118, de 1984, ora aprovado pelo Senado Federal.

Suprimiu-se, também, na Câmara dos Deputados, a atividade fiscalizatória de todos os Ministérios Públicos estaduais quando as fundações estenderem suas atividades a mais de um Estado da Federação.

Todavia, quando da tramitação do PL nº 118 no Senado Federal houve uma emenda de nº 12[3], de autoria do então Senador Fernando Henrique Cardoso que acrescentou ao art. 66 do Projeto um parágrafo no qual estabeleceu que se as fundações estendessem a atividade a mais de um Estado, caberá em cada um deles, ao Ministério Público local, esse encargo.

Apresentou o autor da emenda nº 12 como justificativa aspectos de suma importância que abaixo transcrevo:

"A emenda mantém o sistema vigente no Código Civil de 1916 quanto à fiscalização de fundações, sistema esse que vem funcionando a inteiro contento ao longo dos anos, sem ter jamais provocado qualquer tipo de crítica.

O texto do Projeto pretende, sem razão plausível, alterar tal sistema, dispondo que as fundações que estendam suas

atividades a mais de um Estado passam a ser fiscalizadas pelo Ministério Público Federal, e não mais pelo Ministério Público dos Estados em que desenvolvam seu trabalho.

Ora, são conhecidas as deficiências do Ministério Público Federal, estruturado apenas nas Capitais dos Estados, enquanto que os Ministérios Públicos locais possuem representantes em todas as Comarcas. Como, então, transferir-se para o Ministério Público da União o penoso encargo de velar por fundações que, mesmo quando estendam suas atividades a vários Estados, podem não ter atividade nenhuma em qualquer Capital?

Fundação que mantenha duas creches, em cidades fronteiriças de Minas Gerais e da Bahia, como poderá ter o amparo do Ministério Público Federal, cujo representante mais próximo está acerca de quinhentos quilômetros de distâncias? E a que mantenha duas escolas, uma na pernambucana Petrolina, outra na baiana Juazeiro? E a que se dedique a preservar o equilíbrio ecológico da região do rio Paranapanema, na divisa entre São Paulo e Paraná?

Em segundo lugar, possibilita o Projeto a burla a toda atividade fiscalizatória que o Ministério Público, dos Estados ou da União, pretenda efetivamente exercer.

Na Comarca de Mossoró move o representante do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte ação de prestação de contas contra os administradores de fundação que ali mantenha um asilo? Basta que esses

> mesmos administradores montem um segundo asilo, em Russas, no Ceará, para assim esvanecer a atribuição dos Ministérios Públicos de ambos os Estados, ficando a Fundação sob a teórica tutela do Ministério Público Federal."

Tal emenda, felizmente, foi acolhida pelo ilustre Senador Josaphat Marinho, relator do Projeto do Código Civil no Senado Federal[4].

O Projeto terminou por conferir ao Ministério Público Federal a competência de velar pelas fundações situadas no Distrito Federal ou em Territórios e ainda a excluir em definitivo a competência do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios de velar pelas fundações situadas no âmbito geográfico do Distrito Federal:

> *"Art. 66. Velará pelas fundações o Ministério Público do Estado onde situadas.*
> *§ 1º. Se funcionarem no Distrito Federal, ou em Território, caberá o encargo ao Ministério Público Federal.*
> *§ 2º. Se estenderem a atividade por mais de um Estado, caberá o encargo, em cada um deles, ao respectivo Ministério Público."*

A redação é infeliz, vez que não se encontra razão plausível para as alterações, neste ponto, do sistema de velamento e fiscalização das fundações. O legislador, ao estabelecer como atribuições do Ministério Público Federal o encargo de velar pelas fundações situadas no Distrito Federal e nos territórios, esqueceu-se de que já na Constituição de 1967, e expressamente na Constituição de 1988, art. 128, o Ministério Público, abrange o Ministério Público da União e o Ministério Públicos dos Estados, compreendendo o primeiro o Ministério Público Federal, o Ministério Público do Trabalho, o Ministério Público Militar e o

Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, cabendo a cada um deles exercer suas funções nas causas de competência das Justiças e dos Tribunais e da circunscrição territorial na qual atuam (Lei Complementar nº 75/93). Não cabe, por evidente inconstitucionalidade, atribuir ao Ministério Público Federal atribuições reservadas ao Ministério Público do Distrito Federal com competência, órgãos e carreiras distintas daquele.

E com razão, pois conferir ao referido Ministério Público Federal o encargo de velar pelas fundações que estendam suas atividades a mais de um Estado; seria inconstitucional, vez que o Ministério Público Federal somente funciona perante juizes e tribunais federais (art. 94 da Constituição Federal) e a Fundação de direito privado fiscalizada pelos Estados, onde têm sede, respondem judicialmente perante a Justiça comum estadual, não sendo possível que ela também responda perante a Justiça Federal em face do órgão que a fiscaliza, caso estendam suas atividades a outro Estado da Federação. O Poder Judiciário dos Estados deve continuar com a competência de julgar as causas relativas às fundações, exceto, por óbvio, se a matéria discutida envolve, num dos pólos da ação, órgão público federal que faça com que a causa seja atraída para a Justiça Federal.

Ademais, no plano prático, a atividade de fiscalização seria muito mais difícil, vez que a estrutura do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios abrange todas as circunscrições judiciais do Distrito Federal e Territórios, atuando, desde 1988, de forma responsável e séria no velamento, acompanhamento e fiscalização das contas das fundações de direito privado que possuem sede ou que realizam atividade no âmbito do Distrito Federal.

CONCLUSÃO

Por todas essas razões sucintamente expostas, urge retomar, neste ponto, a tradição de nosso direito, e espera-se que na Câmara de Deputados possa o projeto, recém-aprovado

pelo Senado Federal, receber, neste ponto, o necessário reparo, voltando-se a conferir ao Ministério Público do Distrito Federal, ramo do Ministério Público da União, conforme previsão constitucional do art. 128, I, da Carta Magna, a incumbência de velar pelas fundações sediadas no Distrito Federal e nos Territórios, ou que neles estendessem suas atividades.

Sugere-se o apoiamento da tese a fim de que a Confederação do Ministério Público (CONAMP) possa diligenciar esforços no sentido de apresentar ao Deputado-Relator do Projeto do Código Civil ementa aditiva no seguinte teor:

Art. 66. Velará pelas fundações o Ministério Público do Estado onde situadas.

"§ 1°. Se funcionarem no Distrito Federal, ou em Territórios, caberá ao Ministério Público do Distrito Federal esse encargo.

§ 2°. Se estenderem a sua atividade a mais de um Estado ou ao Distrito Federal caberá ao Ministério Público local esse encargo."

* José Eduardo Sabo Paes é Promotor de Justiça titular da 2ª Promotoria de Justiça de Fundações e Entidades de Interesse Social, Mestre em Direito pela Universidade Complutense de Madri e atualmente doutorando em Direito Constitucional pela mesma universidade.

1 Senna, Homero & Monteiro, Clóvis Zobaran - *Das Fundações no Direito da Administração.* Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1970, páginas 183/184.

2 Esses órfãos eram atendidos na Santa Casa de Misericórdia do Rio de Janeiro após serem recolhidos em uma cesta, que embutida em uma roda giratória possibilitava depositar-se a criança enjeitada pelo lado externo da parede da Santa Casa, para imediatamente ser recolhida, pelo lado interno, por enfermeiras de plantão.

3 Emenda proposta em 20 de agosto de 1984, na Sala das Comissões, cfe. Diário do Senado Federal, p. 9 e 10, sup. "B" ao n° 117, de 05 de julho de 1997.

4 A proposição foi recebida como emenda n° 19 do relator e foi consolidado no texto final, p. 00138 doSup. do Diário da Câmara dos Deputados, de 05 de fevereiro de 1998.

TESE

AUSÊNCIA DE NORMAS QUE DEFINAM O LOCAL DE REGISTRO DAS ASSOCIAÇÕES E FUNDAÇÕES. PREJUÍZO PARA OS EVENTUAIS BENEFICIÁRIOS. ENTRAVE PARA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E OUTROS ÓRGÃOS FISCALIZADORES.

INTRODUÇÃO

Com a notória ineficiência do Estado e ante sua redução apregoada pelo neoliberalismo, as entidades sociais passam a representar um setor público não estatal, na medida em que complementam e suprem a atividade do Estado constituindo-se em importantes instrumentos para consecução da cidadania plena, que todos perseguimos no limiar do novo milênio.

A Constituição Federal de 1988 prevê que a execução dos programas de assistência cabe à esfera estadual e municipal ,bem como às entidades beneficentes e de assistência social.

Inobstante a relevância pública dos serviços prestados por essas organizações sem fins lucrativos e do incentivo do próprio Estado através de isenções , imunidade , subvenções sociais e outras benesses, não se tem no país informações precisas e objetivas sobre a rede de entidades que oferecem serviços, projetos e programas voltados para o social. A ausência de identificação dessa rede de entidades não governamentais impossibilita a elaboração de um correto planejamento estatal que assegure a todos os mínimos essenciais.

Como o direito à informação representa um dos pressupostos para a formação do conceito de cidadania plena,

torna-se de fundamental importância proceder à feitura de um cadastro das entidades e organizações objetivando o acesso a dados fidedignos , marco zero para o efetivo acompanhamento e fiscalização por parte do Ministério Público.

Oportuno esclarecer que a atuação do Ministério Público no âmbito dessas entidades que integram o denominado Terceiro Setor ou Setor Social, visa à defesa dos direitos sociais, atribuição imposta pelo regramento contido nos arts. 127 e 129 da Constituição Federal . Ademais, o Código Civil ,a Lei Orgânica da Asssistência Social , o Decreto Lei 41/66 e outras legislações infraconstitucionais incumbiram o Promotor de Justiça do velamento das fundações e entidades assistenciais. De outra parte, essa

atuação também é plenamente justificada na defesa do patrimônio público , não raro, dilapidado através de entidades biombo que visam muitas vezes apenas angariar recursos públicos ou obter os benefícios fiscais, inobstante os relevantes interesses propugnados nos seus estatutos.

Esperamos represente o trabalho um contributo para o efetivo velamento do Ministério Público nas entidades sociais, o que redundará num significativo avanço na luta pela consecução da justiça social.

Em razão disso, sugerimos alterações na Lei dos Registros Públicos(Lei 6015/73) e a normatização das atividades desenvolvidas pelas entidades sociais.

JUSTIFICATIVA

A elaboração do cadastro das entidades sociais registradas no Estado de Pernambuco evidenciou na prática que inúmeras delas vêm se registrando em comarcas onde não exercem nenhuma atividade, estando suas diretorias e administrações sediadas em outros locais. O Promotor de Justiça verificou a existência fática da identidade, que não

constava nos registros locais. Em outros casos acontecia o inverso. O cartório do registro de títulos e documentos certificava o registro de entidades sem que o Promotor constatasse sua atividade ou administração na comarca.

O ato do registro é de natureza constitutiva e sem ele não se pode falar em pessoa legalmente constituída. A aquisição da personalidade só ocorre com o registro dos atos constitutivos da pessoa jurídica no registro próprio, conforme disciplina o art.18 do Código Civil a seguir transcrito:

Art.18-Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição dos seus contratos, estatutos ou compromissos no seu registro peculiar, regulado por lei especial ou com a autorização ou aprovação do Governo, quando precisa.

Parágrafo único. Serão averbadas no registro as alterações que esse atos sofrerem.

O Código Civil em seu art. 19 dispõe que o registro declarará a sede da associação ou fundação não correlacionando a sede ao local do registro.

Analisando a Lei de Registros Públicos, verificamos que existe uma lacuna no que se refere à definição do local no qual deva proceder-se ao registro dos atos constitutivos das sociedades civis , assim como das pessoas jurídicas , em geral .A referida Legislação dispõe acerca da matéria, dentre outros, nos seguintes artigos :

Art.114-No registro civil de pessoas jurídica serão inscritos:

I-os contratos, os atos constitutivos, o estatuto ou compromissos das sociedades civis, religiosas, pias, morais,científicas ou literárias, bem como os das fundações e das associações de utilidade pública;

II-as sociedades civis que revestirem as formas estabelecidas na leis comerciais, salvo as anônimas.

Parágrafo único. No mesmo cartório será feito o registro dos jornais, periódicos, oficinas impressoras, empresas de radiodifusão e agências de notícias a que se refere o art . 8° da Lei 5250/67.

Art.1°- Os serviços concernentes aos registros públicos, estabelecidos pela legislação civil para autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos, ficam sujeitos ao regime estabelecido nesta lei.

§ 1°-Os registros referidos neste artigo são os seguintes:

I- o registro civil de pessoas naturais;
II- o registro civil de pessoas jurídicas;
III- o registro de títulos e documentos;
IV- o registro de imóveis.

Art.2°-Os registros indicado no parágrafo 1° do artigo anterior ficam a cargo dos serventuários privativos nomeados de acordo com o estabelecido na Lei de Organização Administrativa e Judiciária do Distrito Federal e dos Territórios e nas Resoluções sobre a Divisão e Organização Judiciária dos Estados, e serão feitos:

I- o do item I, nos ofícios privativos ,cartórios de registros de nascimentos, casamentos e óbitos;

II- os dos itens II , nos ofícios privativos, ou nos cartórios de registro de títulos e documentos;

III- os do item IV, nos ofícios privativos , ou nos cartórios de registro de imóvel

Art.130-Dentro do prazo de 20 dias da data da sua assinatura pelas partes, todos os atos enumerados nos arts. 127 e 129 serão registrados no domicílio das partes contratantes e , quando residam estas em circunscrições territoriais diversas, far-se-á o registro em todas elas.

Os citados artigos 127 e 129 não fazem nenhuma alusão às pessoas jurídicas.

Havendo na comarca mais de uma serventia, qualquer delas é competente para o registro da pessoa jurídica . É o que se depreende da norma insculpida no art 12.da Lei 8935, de 18 de Novembro de 1994, que veio de regulamentar o art.236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro.

Lei 8935/94

Art. 12-Aos oficiais de registro de imóveis , de títulos e documentos e civis das pessoas jurídicas, civis das pessoas naturais e de interdições e tutelas compete a prática dos atos relacionados na legislação pertinente aos registros públicos , de que são incumbidos, independentemente de prévia distribuição, mas sujeitos os oficiais de registro de imóveis e civis das pessoas naturais às normas que definirem as circunscrições geográficas.

A referida legislação, relativamente à competência , repetiu a Lei de Registros Públicos que, a seu turno, é omissa no que tange à indicação do local para efetivação do registro das pessoas jurídicas.

O Código de Organização Judiciária do Estado de Pernambuco é igualmente omisso na questão, limitando-se a estipular que aos oficiais do registro de títulos e documentos incumbe registrar e averbar os competentes registros enumerados no

Regulamento dos Registros Públicos bem como registrar os instrumentos de constituição da pessoa jurídica.
Da análise sistêmica de todos os artigos de lei acima transcritos, comprova-se que inexiste comando legal a disciplinar o local de registro da pessoa jurídica.
Em que pese a lacuna referir-se a todas as pessoas jurídicas, nosso questionamento prende-se única e exclusivamente à inexistência de normas que disponham acerca do local para efetivação do registro das pessoas jurídicas elencadas no art.16, I, do C.Civil, ou seja, das sociedades civis , religiosas, pias ,morais, científicas ou literárias, as associações de utilidade pública e das fundações.

Vale salientar que as pessoas jurídicas relacionadas no art. 16, Incisos II e III do Código Civil, ou sejam as sociedades mercantis e os partidos políticos, têm seus registros disciplinados pelo Código Comercial e pelo art. 8° da Lei dos Partidos Políticos (Lei 9096/95) respectivamente , não lhes sendo absolutamente danosa a lacuna constante da lei registrária.

O argumento de que as pessoas jurídica podem registrar-se em qualquer local , independente de sua atividade não encontra respaldo no nosso ordenamento jurídico.

É intuitivo o raciocínio de que deva ser registrada no local de sua sede, lugar onde exerça suas principais atividades ou onde esteja sua administração e diretoria.
Quanto aos registros de títulos e documentos que envolvem interesses ligados quase que unicamente aos contratantes, existe obrigatoriedade de sua efetivação no local do domicílio das partes (art. 130 da Lei 6015/73) e quando residam estas em circunscrições territoriais diversas, faz-se o registro em todas elas. Inexiste razão lógica ou jurídica para se admitir o registro de associações e fundações, em qualquer local porque seus interesses transcendem às partes instituidoras e apresentantes .

A Instrução Normativa SRF n° 82, de 31 de Outubro

de1997, que dispõe sobre os procedimentos relativos ao Cadastro Geral de Contribuintes-CGC, disciplina quanto à obrigatoriedade da inscrição das pessoas jurídicas, preceituando que deverá ser inscrito cada um de seus estabelecimentos entendendo-se esses como a unidade autônoma móvel ou imóvel em que a pessoa jurídica exerce, em caráter definitivo ou temporário, atividade econômica ou social geradora de obrigação tributária , principal ou acessória. No seu art.4º, § 12, determina que o pedido de inscrição deve ser apresentado na unidade da SRF com jurisdição sobre o domicílio do estabelecimento requerente.

Fica patenteado que o registro no C.G.C. está relacionado à atividade econômica ou social desenvolvida pela pessoa jurídica, o que não ocorre relativamente à sua inscrição no registro de títulos e documentos que lhe concede a personalidade jurídica.

CONCLUSÃO

A Lei de Registros Públicos visa primordialmente à eliminação de riscos nos negócios jurídicos e, para tanto, enumera uma série de requisitos que visam à edificação de uma estrutura eficaz para o direito, eficácia que está intrinsecamente ligada ao conhecimento alcançável pelos destinatários.

Sem a determinação da competência , o registro das pessoas jurídicas elencadas no art.16, I, do CC, não alcançará a autenticidade, segurança e eficácia objetivadas pela Lei dos Registros Públicos, tampouco os fins sociais a que ela se destina.

Com o regramento, as pessoas interessadas e o Ministério Público terão acesso à informação de todas as entidades registradas na Comarca , o que possibilitará um maior engajamento da população e do Promotor de Justiça com vistas à inclusão dos direitos dos menos favorecidos.

Faz-se necessário seja normatizada a atuação das entidades sem fins lucrativos, inclusive quanto à definição da competência para os seus registros.

O Direito deve regular todas as relações jurídicas .É indispensável que seja suprida a omissão da Lei 6015/73 procedendo-se à integração da norma, através da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito, sem esquecer que nos termos do art.5° da Lei de Introdução ao Código Civil, a aplicação da lei deverá atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Enquanto não se procede a uma alteração legislativa, entendemos deva o Ministério Público solicitar às Corregedorias Gerais de Justiça a normatização da situação , estabelecendo regras no que tange à definição do local competente para o registro das pessoas jurídica constantes no art.16, Inciso I, do Código Civil ou sejam as sociedades civis, religiosas, pias, morais, científicas ou literárias, associações de utilidade pública e as fundações. As demais pessoas jurídicas têm seu registro disciplinado em leis específicas e a lei registrária define a competência do local para o registro dos demais títulos e documentos(art130).

Resta assim, proceder-se a uma alteração no art. 130 da Lei dos Registros Públicos , estabelecendo que as pessoas jurídicas referidas no art.16, I, do Código Civil, sejam registradas no local onde venham a exercer suas atividades. Sendo vários os locais dos seus estabelecimentos, que os seus registros se efetivem em cada um deles.

Liliane da Fonseca Lima Rocha
Promotora de Justiça- Coordenadora
do CAOP- Fundações e Entidades Assistenciais

Referência Bibliográfica

1 - MONTEIRO, Washington de Barro Curso de Direito Civil. 33° ed. São Paulo. Saraiva 1995

2 - PEREIRA ,Caio Mário da Silva. Instituição do Direito 6 ° ed. Rio de Janeiro:FORENSE,1982.

3 - CENEVIVA, Walter. Comentários à Lei de Registros Públicos 7.ed. São Paulo: Saraiva, 1993. 556 p.

4 - BATALHA, Wilson de Souza Campos- Comentários à Lei de Registros Públicos
Bauru (SP): Jalovi, 1981. 3v

5 - CAMPOS, Antônio Macedo. Comentários à Lei de Registro Públicos Rio de Janeiro: Forense, 1984.

6 - FRANÇA, R. Limongi. Instituições de Direito Civil: todo direito civil num só volume
São Paulo: Saraiva, 1988. 1024 p.

7 - LEITE,Celso Barroso. Filantropia e Assistência Social: Estudos.(manuscrito)

8 - LOPES, Miguel Maria de Serpa. Tratado dos Registros Públicos. 5. ed. Brasília (DF):Brasília Jurídica, 1995

9 - Curso de Direito civil- 7 ed. [s.l.: s.n], 1989

10 - SIMAS, Henrique de Carvalho. Manual Elementar de Direito Civil Brasileiro, 3 ed[s.l.:s.n.]

A Política Nacional das Relações de Consumo e a Economia Brasileira.

Ciro Expedito Scheraiber[1]

I - Da Relação de Consumo. Vulnerabilidade. Ordem Jurídica Tutelar; II - II - Da Política Nacional das Relações de Consumo; III - Direito do Consumidor: Direito Econômico; IV - Da atividade econômica. Uma evolução; V - Entrave à evolução econômica competitiva (Custo Brasil e Globalização); VI - Efeitos das dificuldades de implantação da política econômica. Atividade Econômica Informal; VII - Da Política Econômica e da Política das Relações de Consumo: formas de participação do Estado; VIII - Da eficácia do Direito do Consumidor na atividade econômica formal e informal; IX - Conclusões.

I - Da Relação de Consumo. Vulnerabilidade. Ordem Jurídica Tutelar.

Tendo em vista o surgimento, em especial após a revolução industrial, da chamada economia de massa, de direitos antes não cogitados, como os difusos, coletivos e individuais homogêneos, onde a ordem jurídica tradicional não oferecia resposta adequada, é que se estabeleceram normas protetivas, destacando-se a lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor[2]. Alargou-se a possibilidade de outros entes legitimados exercer ações protetivas do consumidor, além da própria pessoa lesada, tais como o Ministério Público, através da instituição das Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor, que galgou significativo ponto de sustentação ao exercício a defesa social.

A complexidade e a chamada massificação das relações comerciais atuais têm como característica deixar o consumidor em situação de desequilíbrio, ou desvantagem, sujeito, em regra, às imposições do mais forte, situação essa que se denomina de vulnerabilidade (seja econômica, cultural, ou técnica), fazendo com que o constituinte materializasse a "defesa do consumidor", a um só tempo, como princípio constitucional da ordem econômica e como princípio de direito e garantia fundamental.

No objetivo de privilegiar o consumidor no contexto dos direitos fundamentais, a defesa da igualdade de oportunidades lhe proporciona a importância social devida, através de normas de Direito do Consumidor. A Lei nº 8.078/90[3], bem como as demais esparsas que direta ou indiretamente oferecem essa tutela, trazem preceitos conceituais e programáticas, prevendo objetivos da Política Nacional das Relações de Consumo[4] a serem perseguidos pelos órgãos do Sistema Nacional das Relações de Consumo[5].

II - Da Política Nacional das Relações de Consumo.

Na perspectiva de estabelecer a "política" das relações de consumo, é que o legislador erigiu meros princípios tradicionalmente informativos ou "orientadores", a princípios normativos, de caráter cogente, de "aplicação obrigatória" do operador do direito, dada a força constitucional da defesa do consumidor[6]. Nessa linha é que o CDC elegeu vários princípios, de caráter vinculativo, dos quais se extraem "normas-objetivo" pois, no entendimento de Fábio Konder Comparato, referido por Olga Maria do Val[7], tais normas tem um "fim" que é estabelecer uma política pública (*public policy*) baseada numa ação de interesse público. Vale citar ainda que a autora afirma que "*não se pode esquecer que a norma do art. 4º, além de dispor sobre princípios definidores das diretrizes da Política Nacional, tem efeito vinculante, no sentido de que nenhuma*

decisão tendo por objeto uma relação de consumo, pode ser proferida em dissonância com o que este artigo determina[8]".

A proteção do consumidor está calcada nos princípios de que trata o artigo 4° , incisos I ao VIII do Código de Defesa do Consumidor, que ancora de forma implacável todo o corpo legislativo. Ou, como diz Nélson Néry Jr., no corpo legislativo se estabelece uma *"pormenorização daqueles princípios de modo a fazê-los efetivos e operacionalizá-los"*[9], tendo por objetivo o que prevê o "caput" do artigo 4° do CDC, ou seja, *"o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo*[10]*..."*

III - Direito do Consumidor: Direito Econômico.

Vê-se, portanto, que tais objetivos da Política Nacional das Relações de Consumo estão protegidos pelo sistema jurídico[11], com todos os instrumentos necessários ao seu pleno exercício, e decorrem basicamente de atividades econômicas, já que se inter-relacionam profundamente no fornecimento de produtos e serviços no "mercado de consumo".

O consumo é o último elemento da atividade econômica relacionada a produtos e serviços, que perpassa a de *"produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização"* para socorrer-se dos termos do artigo 3° do Código de Defesa do Consumidor, ao definir a figura do fornecedor. Utilizando-se da citação de Thierry Bourgoignie, citado por Antonio Cezar Lima da Fonseca[12]: *"la consommation est la fin de toute activité économique"*.

Para Klaus Tiedemann, *"el conjunto de bienes protegidos por el derecho económico se puede hacer remontar,*

en última instancia, a la protección del indivíduo, por cuya causa el Estado existe"[13].

A Política Nacional das Relações de Consumo, então, tem características expressas de natureza econômica, inclusive estabelecendo, por isso, a intervenção do Estado, em seu rol principiológico.

A intervenção estatal, em matéria de direito econômico, característica do direito consumerista, é necessária a fim de diminuir a diferença marcante entre o fornecedor (o mais forte) e o consumidor (o mais fraco), mas também para regular o mercado, de várias maneiras, seja para repor estoques, seja para determinar regras de qualidade e quantidade de produtos e serviços, seja para determinar a regular incidência tributária. Trata-se, portanto, de política econômica voltada à relação de consumo, que se insere dentro das medidas econômicas em geral, de competência do Estado (atividade econômica formal).

IV - Da atividade econômica. Uma evolução.

Duas facetas diversas, mas que funcionam no mesmo campo. Os objetivos da Política Nacional das Relações de Consumo estão inter-relacionadas às práticas econômicas, onde uma sempre atua em função da outra.

Segundo o escritor e cientista social norte-americano Alvin Toffler[14], caracteriza-se a evolução da sociedade econômica por ondas[15], sendo que a atual é a chamada "terceira onda", que chegou para mudar tudo, afirmando que a descentralização das instituições, a disseminação do conhecimento, a valorização da tecnologia e dos produtos inteligentes são características desta nova sociedade. Acrescentou que "*estamos com a terceira onda criando um novo tipo de sociedade, a sociedade da diversificação e diferenciação. A terceira onda não é só um fenômeno*

econômico. É um processo social e cultural onde o conhecimento será a essência da economia do futuro".

É a valorização do conhecimento, da sabedoria, em detrimento do patrimônio agrário ou industrial, e que caracteriza a integração das economias, a globalização, *a segmentação dos mercados em blocos: "Sociedades que vivem no just in time. A velocidade é crucial nesta nova economia".*

Por isso, a sociedade atual propende a uma sociedade de serviços, e de avançada tecnologia, mas que pelo processo de globalização a tendência mercadológica é a disseminação para além fronteiras. Daí a formação de blocos econômicos, tais como o Mercosul, Comunidade Econômica Européia, ALCA (Área do Livro Comércio das Américas) e outros.

Não há educação para um consumo adequado ou estímulo à produção regular, se se olvidar de um incentivo às práticas formais do comércio, por onde passa todo o arcabouço jurídico de regulação.

V - Entrave à evolução econômica competitiva.

No campo teórico e ideológico as evoluções econômicas apontadas, que são, todavia, realidade, sofrem dificuldades ou entraves a serem vencidos, com parcela significativa de sacrifícios, por mor de certo apego a determinadas condições que se perpetuam.

Assim, se aponta de um lado o chamado Custo Brasil e de outro os efeitos prejudiciais da globalização, como temas presentes ao propósito discutido.

O Custo Brasil. O Custo Brasil tem proporcionado intensos debates no segmento empresarial, que aponta diversas causas que o compõe, inclusive incentivando o incremento da economia paralela.

Importante relatório elaborado pelo Departamento

Econômico da Confederação Nacional da Indústria (CNI), Rio de Janeiro, 1996, encartilhado pela empresa aérea TAM, bem retrata as causas do fenômeno.

Constata o estudo, na apresentação de seu Presidente Mario Amato, que os "*investimentos, empregos e uma sociedade com elevada qualidade de vida*" constituem desafios aos brasileiros, e que a principal missão da sociedade é "*remover os obstáculos que impedem a concretização desses objetivos*"..., concitando à união de esforços para o desiderato, do Executivo, Congresso e Judiciário.

Aponta o baixo poder de competitividade que caracteriza a economia nacional, das as "*ineficiências e distorções*" acumuladas por vários anos, enumerando como principais o sistema tributário, com sua carga de onerosidade excessiva ou desigual, a legislação trabalhista, com sua rigidez, o sistema de educação e saúde, que pela ineficácia oficial lançam-se tais encargos sobre a empresa, a obsolescência das infra-estruturas de transporte, telefonia e do sistema energético, os elevados custos de financiamentos através de juros altos e incompatíveis com o mercado externo e, por fim, nos custos elevados de transação, associado ao nível de "regulamentação" da atividade econômica excessiva e onerosa.

A redução do Custo Brasil exige uma ação "*coordenada da sociedade*", com a liderança do Executivo e do "Congresso", afirmando que ... "*são muitos os ganhadores, já que a redução do Custo Brasil beneficia os consumidores, que passam a adquirir a preços mais baixos e com qualidade superior, e os trabalhadores do país, já que aumentam as oportunidades de emprego, seja através do crescimento das exportações, seja através do aumento da produção nacional voltada para o mercado doméstico*".

Nota-se que as agruras do setor formal estão a exigir sempre a parceria do Estado, para que juntamente com a atividade privada, o objetivo de eliminar ou reduzir esse Custo

Brasil seja atingido.

E tal estado de coisas leva efetivamente à informalidade e a todas as suas conseqüências danosas ao interesses dos consumidores, pois acabam sendo partícipes ou parceiros de um mercado de consumo marginal, paralelo, que não tem o amparo do poder fiscalizatório oficial.

A globalização. Fenômeno moderno, a globalização é um processo de aceleração capitalista, universalizado, onde se busca essencialmente o aperfeiçoamento tecnológico, sem conhecer fronteiras ou condições regionais. É a configuração da terceiro onda de Toffler, antes referida. A atividade industrial rompe fronteiras e vai assentar em outros lugares onde lhe é mais propício. O comércio tende a aglutinar-se em blocos econômicos, onde possa operar mais amplamente. A tendência é fazer desaparecer o desequilíbrio ou diferenças, objetivando produzir riquezas e estimular o consumo. "*Trata-se de uma nova espécie de processo social, uma coisa nunca vista antes: uma civilização genuinamente transnacional, alimentada pela exposição à tecnologia e pelas mesmas fontes de informações*", é o que destaca Kenichi Ohmae, no livro *O Fim do Estado Nação*[16], conforme menciona a importante reportagem da revista Veja.

A globalização tem, portanto, velocidade espantosa, com a qual contribui o aperfeiçoamento tecnológico, em especial da informática, através da Internet, e as comunicações e meios aperfeiçoados dos transportes que encurtam as distâncias, proporcionando que as empresas possam ter sedes gerenciais num país e operarem em outros, a exemplo da Nike, assentada nos EUA e que busca mão-de-obra mais barata fora. O mundo está se tornando uma "aldeia global".

Efeitos deletérios, entretanto, o processo de globalização proporciona. O incremento das demissões, causa um aumento das taxas de desemprego, pois a automação ou robotização toma o lugar do empregado. "*Entre desempregados*

e pessoas alojadas em subempregos precários, existiria no planeta, hoje, um contingente de 800 milhões de trabalhadores", resultado do processo de globalização. É o chamado "*desemprego estrutural*", onde se apresenta como um paradoxo, pois se veio para "*produzir coisas boas e baratas, vendidas numa escala planetária*", por outro lado, com o corte do emprego das pessoas, e sua renda, retira o consumidor do mercado que não vai adquirir esses produtos industrializados ou de escala. É a tendência que Karl Marx já ensinou, a do Capitalismo gerar desemprego, à par do excesso de mercadorias, ou o que John Maynard Keynes, em 1931 chamou de "*desemprego tecnológico*"[17].

A outra faceta deletéria é o desaparecimento das fronteiras, onde o capital externo invade, e os governos perdem o controle sobre a produção e comercialização. Nesse processo, dissolve-se a intervenção e proteção econômica. Se antes as empresas corriam atrás dos governos, hoje a situação é inversa, onde os governos é que disputam a instalação de empresas nacionais ou internacionais, oferecendo incentivos[18].

VI - Efeitos das dificuldades de implantação da política econômica. Atividade Econômica Informal.

Diferentemente da economia formal, que opera conforme a ordem jurídica, obedecendo aos ditames das normas comerciais, tributárias, previdenciárias, trabalhistas, ou seja, recolhe impostos, registra os seus empregados, paga os encargos sociais, enfim age às claras e a descoberto, há importante segmento da economia que opera à margem das exigências legais, fazendo com que a circulação de riquezas não apareça, permaneça na clandestinidade, às escondidas. É a chamada economia informal ou invisível.

Em importante reportagem, a Revista Veja, em 1989, bem caracterizou essa parcela da economia, evidenciando a sua importância e dimensão[19], demonstrando que a

informalidade graça tanto na chamada microeconomia, quanto na macroeconomia.

Contribui para isso, os diversos pontos já apontados pelo chamado Custo Brasil, onde, por uma séria multifária de distorções, o encargo da empresa comercial ou industrial se torna elevado, desestimulando o crescimento quantitativo e qualitativo dos produtos e serviços, bem assim, pelos efeitos deletérios da globalização (desemprego e descontrole estatal).

A propósito deste enfoque, é importante referir os excelentes estudos de Ney Prado[20], onde aponta as principais causas da atividade paralela: a) a marginalidade social, que por fatores próprios ou subjetivos, as pessoas, movidas pelo menor esforço, ou por mero oportunismo, diante de uma perspectiva de impunidade, deslizam-se à atividade econômica irregular, num processo de prática infracional ocasional; b) a pobreza, pelo fato do estado de necessidade, ante a falta de inclusão num processo formal da economia; c) o desgoverno, em razão do desvio da finalidade estatal de agente da soberania e agente da economia, sujeitando-se aos interesses cartoriais empresariais, afastando sua conduta dos interesses públicos.

O autor ainda manifesta como concausa o *direito inadequado*. Significa que, apesar de não considerar o direito como concausa única da atividade paralela, a ela contribui quando não oferece a segurança e as condições ideais ao exercício legítimo da atividade econômica. O sujeito sopesa as conveniências de se manter na formalidade ou informalidade e arrisca-se nesta, porque, do contrário, a sua atividade se torna inviável. Portanto, diante de um direito *inadequado*, está sujeito a sofrer dupla penalidade: uma pelo fato do exercício marginal à lei e outra pelo fato do direito lhe não proporcionar uma atividade segura e eficaz.

Fruto de uma política econômica e legislativa equivocada, assiste-se o inchaço das grandes cidades, onde as pessoas desempregadas buscam meios de renda na

informalidade, de diversas formas. "*As esquinas viram pontos comerciais de camelôs. Situação econômica do país faz atividade proliferar sem que a prefeitura tenha condições de coibir a irregularidade*" é a manchete dos jornais, que evidenciam "*Uma atividade ilegal, mas a sobrevivência de muitos*"[21].

Não é só na atividade de menor expressão que a informalidade ocorre. Nos diversos segmentos econômicos ou empresariais importantes ela se manifesta, seja sonegando impostos, seja colocando na subterraneidade os produtos, mascarando uma real e significativa produtividade[22]:

"Em geral as pessoas tendem a imaginar a economia informal como uma espécie de submundo produtivo habitado apenas por camelôs a fugir da polícia, barraqueiros de feiras chinfrins ou vendedoras de acarajés. Ela forma, no entanto, um vastíssimo tecido no qual se acomodam desde o padeiro do interior e o eletricista que instala o chuveiro elétrico até o pequeno industrial que vende telhas sem nota fiscal ou o grande empresário que monta um contabilidade paralela para enganar o Fisco. Entre as duas pontas instalam-se médicos, donos de açougues, proprietários de restaurantes e tintureiros, que raramente concedem um recibo ou uma nota fiscal".[23]

A economia informal ou invisível, na estimativa do então Ministro Maílson da Nóbrega, representa algo em torno de 40% do produto interno bruto do país[24].

A prática da economia invisível representa na maioria das vezes a fuga pela incompetência do Estado em manter uma política econômica ativa, geradora de empregos, tributariamente correta, ensejadora de uma justa distribuição de rendas e riquezas, e proporciona efeitos diversos, nocivos aos interesses sociais.

O atual Ministro do Trabalho, em entrevista na Revista Veja[25] afirma que a falta de emprego não significa falta de trabalho, deixando antever certa permissividade com a

pouca política pública de criação de emprego através do recrudescimento da economia.

Dentre esses efeitos preocupa a preservação dos direitos dos consumidores desses produtos e serviços, resultante dessa atividade.

Se o fornecedor de produtos e serviços ignora a boa conduta no cumprimento das exigências legais da sua atividade, não raramente ocorrerá de colocar no mercado produtos e serviços que não oferecem a segurança e a confiabilidade que normalmente se espera, deixando à margem os interesses do consumidor.

Decorre daí que os direitos básicos do consumidor (artigo 6° e 7°), arrolados no CDC estão sujeitos à frustração, estabelecendo-se uma paradoxo entre as políticas econômicas governamentais que operam de forma a admitir uma economia marginal, com aquela voltada para a defesa do consumidor.

VII - Da Política Econômica e da Política das Relações de Consumo: formas de participação do Estado.

A norma consumerista, em especial através das diretrizes estabelecidas no Código de Defesa do Consumidor, prevê, dentre outros, o processo de intervencionismo estatal, para proporcionar o que foi de início mencionado, que se pode resumir na prática da "equidade" nas relações de consumo.

Mas, apesar dos entraves apontados anteriormente às políticas econômicas e às relações de consumo, sensível evolução ocorreu, mercê do acerto das normas de direito do consumidor, podendo-se afirmar sem receio de erro, desimportando aquilatar qual delas tem oferecido maior contribuição. Sobremodo há que se entender que a Política Nacional das Relações de Consumo vem contribuindo para a melhoria da atividade econômica, privada ou pública, para a qual os órgãos do Sistema Nacional das Relações de Consumo,

ou os "instrumentos" de que trata o Código de Defesa da Consumidor (Ministérios, Secretarias, Departamentos de Proteção, Promotorias de Justiça, Delegacias de Polícia, Juizados Especiais, Varas Especializadas, Procons Estaduais, Municipais ou similares e Associações Civis), têm sido determinantes na formação de um mercado consciente, principalmente, da necessidade de manter o consumidor como seu parceiro econômico.

Assim é que as empresas tem criado mecanismos de atendimentos às reclamações dos consumidores, quer seja como termômetro da qualidade e eficiência de seus produtos e serviços, quer seja através de acertamento de conflitos emergentes, por meio dos chamados Serviços de Atendimento ao Consumidor (SACs).

Recente no Brasil, embora criado em 1977, com sucesso absoluto nos Estados Unidos, informa José Simão Filho[26] que deverá ter grande impulso o ECR (Efficient Consumer Response) ou resposta eficiente ao consumidor, que traduz uma associação ou parceria entre indústria, atacadista, distribuidor e supermercadista, que visa encurtar o espaço de tempo de chegada até o consumidor de produtos e serviços, com redução sensível de custo, que refletirá no consumidor, além do preço, também na qualidade do produto, pelo menor espaço de tempo em depósito, utilizando-se de processos eletrônicos, tais como leitura ótica de códigos de barras e de intercâmbio eletrônico de dados (EDI) que proporciona a racionalização pela forma inteligente e eficaz de suprimento de gôndolas. Afirma José Simão Filho: *"A tradicional postura do mercado, marcada pelo conceito de "ganhar/perder" está sendo rapidamente substituída pela cooperação, de forma a que todos sejam vencedores, inclusive e principalmente o consumidor"*.

Definitivamente é o propósito de soterrar a chamada "lei de Gerson", onde o "levar vantagem em tudo" se torna

ineficaz numa economia de cooperação.

Dentro dessa ótica, o Estado interventor na seara da prática das relações de consumo, ao editar leis impregnadas de direitos e obrigações claras e de instrumentos eficazes para o seu pleno exercício, fez contribuir para amainar a chamada *ineficiência no trato econômico*, pela já sensível evolução do mercado que, par e passo, manifesta o seu respeito ao consumidor e, por via reflexa às ferramentas de sua tutela.

E a política de orientação e de direção das relações de consumo, partindo do Estado, está concertada com o estudo do sociólogo alemão Claus Offe[27] de que o Estado, a liberdade de mercado e as ONGs formarão uma nova ordem social, pondo fim às ideologias. Diz: "*A diminuição do Estado pela diminuição do Estado é um dogma assim como a defesa cega do estatismo. Um Estado bom não é um Estado pequeno, mas aquele que atende com mais eficiência aos anseios dos cidadãos*". Acrescenta, entretanto, que "*o excesso de poder do mercado afeta a confiança na democracia. Um Estado fraco começa a fazer o que as empresas quiserem. As pessoas se perguntam então para que serve a democracia se as decisões estão sendo tomadas onde não temos influência*".

VIII - Da eficácia do Direito do Consumidor na atividade econômica formal e informal.

A produção econômica voltada ao consumo de bens e serviços, decorrentes de uma economia identificada, já de si exige a atuação do direito do consumidor, no sentido de intervir e compor os conflitos decorrentes do desacerto voluntário praticado pelo mercado, aliado às concorrentes falhas da política econômica oficial.

De forma mais acentuada ainda ocorre a necessidade de intervenção do direito consumerista no chamado mercado informal, dadas as dificuldades já

soberbamente referidas, pela falta de identificação da origem do produto ou do serviço, ou quando não, da dificuldade de fazer valer os instrumentos legais perante um fornecedor depauperado, sem condições de recompor eventuais danos, na ordem privativa.

Neste aspecto ressalta a importância da atuação dos operadores do direito do consumidor, não só para recompor o dano material ou formal, ou reprimir através de instrumentos administrativos e penais, mas para prevenir a reiteração de sua prática. No entanto, é de se acentuar que o direito do consumidor por si só não atingirá objetivos ideais, se a política econômica oficial não atuar dentro de sua competência no mesmo sentido.

Daí que o *direito inadequado* de que referiu Ney Prado, poderá funcionar como desestimulador das boas práticas comerciais.

Em especial, com o advento do Código de Defesa do Consumidor, em vigor a partir de março de 1991, pode-se verificar com segurança que contribuiu sobremaneira para amainar os efeitos deletérios do eventual *direito inadequado*, já sentido pelos, embora parcos, exemplos antes referidos de conscientização do respeito ao consumidor, e pela alteração de conduta do mercado fornecedor.

IX - Conclusões.

1. O Direito do Consumidor, operando tutela às relações consumeristas, exerce decisiva incursão no acertamento da atividade econômica.

2. As normas da Política Nacional das Relações de Consumo tem caráter finalístico e cogente, dada a fundamentação constitucional da defesa do consumidor.

3. A Política Nacional das Relações de Consumo oferece importante contribuição no vacertamento da atividade

econômica, inter-relacionando-se com o Direito Econômico, e configura forma de intervenção do Estado na economia.

4. Os instrumentos da Política Nacional das Relações de Consumo são essenciais para fazer cumprir as normas consumeristas e servem como desestímulo às más práticas comerciais formais e informais.

Promotoria de Justiça de Defesa do Consumidor de Curitiba
Avenida Iguaçu nº 470 - Rebouças - 80230-020 - Curitiba - PR.
Digitação: Marcio Régis Alves R. dos Santos - Auxiliar Administrativo

1 O autor é integrante do Ministério Público do Paraná, junto à Promotoria de Justiça de Defesa do Consumidor de Curitiba.

2 Artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias estabeleceu o prazo de 120 dias para que o Congresso elaborasse o código de defesa do consumidor.

3 Veja-se Nelson Néry Jr., "in" *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*", Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1991, p. 272, sobre tratar-se o CDC microssistema, onde a situação de "conjunto" se quedaria imune da contaminação de outros ramos do direito.

4 Tais objetivos estão arrolados no artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor.

5 O Sistema Nacional das Relações de Consumo congrega os esforços de órgãos do Poder Público, bem como representativos do segmento privado.

6 VAL, Olga Maria do. *Política Nacional das Relações de Consumo*, "in" Revista de Direito do Consumidor, editora RT, Vol. XI, pp. 67/83. A autora esclarece que hoje não há "normas programáticas em sentido tradicional, de meros delineamentos não vinculativos, de "simples programas ou exortações morais" entre outras, afirmando que "qualquer norma constitucional deve considerar-se obrigatória em confronto com qualquer poder estatal discricionário".

7 VAL, Olga Maria do. Op. Cit. p. 74.

8 VAL, Olga Maria do. Op. Cit. p. 76.

9 NÉRY JÚNIOR. Nélson. "Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor" **in** Revista de Direito do Consumidor, 3/44 e ss.

10 É o que dispõe o "caput" do artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor.

11 Reza o artigo 1º da Lei 8078/90: O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de "ordem pública e interesse social, nos termos do artigo 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Constitucionais Transitórias".

12 FONSECA, Antônio Cezar Lima da. "Direito Penal do Consumidor: Código de Defesa do Consumidor", Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1996, p. 41.

13 El concepto de delito económico y Derecho Penal Económico, *in* Nuevo Pensamiento Penal, trad. de Leopoldo H. Schiffrin, Ediciones Depalma, Bueno Aires, 1975, p. 465.

14 TOFFLER, Alvin. "Tofler: terceira onda cria uma nova sociedade", Gazeta do Povo, Curitiba, 31 de maio de 1994, p. 40. Alvin Toffler participou no 2º Congresso de Marketing do Cone Sul, em Curitiba, onde lançou o seu terceiro livro *A Terceira Onda* que, junto com os demais, *O Choque do Futuro* e *Mudança de Poder* forma a trilogia da análise da sociedade por "ondas".

15 Para Alvin Toffler, a primeira onda foi aquela das sociedades agrárias, surgida a mais ou menos 9.000 anos, tendo crescido à razão de 1 Km por ano, até disseminar-se pelo mundo todo. A segunda onda surgiu a partir da Revolução Industrial: "O sistema industrial criou a sociedade de massas, de escala e consumo. A sociedade da padronização, maximização, burocratização e repetição".

16 NASCIMENTO NETO, Antenor, "A Roda Global", ***in*** Revista Veja, edição de 3 de abril de 1996, pp.80/89.

17 Idem.

18 Idem.

19 "Brasil subterrâneo", ***in*** Revista Veja, edição de 12 de julho de 1989, pp. 98/105.

20 PRADO, Ney. Economia Informal e o Direito no Brasil, São Paulo, Ed. LTr., 1991.

21 PESSOA, Adriana. "Esquinas viram pontos comerciais de camelôs". Gazeta do Povo, Curitiba, edição de 4 de abril de 1998, p. 20.

22 "Brasil subterrâneo", Revista Veja, edição de 12 de julho de 1989, pp. 98/105. Aponta a reportagem que a economia "por baixo do pano" fatura mais de 100 bilhões de dólares por ano.

23 Idem, p. 99.

24 Idem.

25 POLICARPO JR. "Dá um calafrio" ***in*** Revista Veja, edição de 15 de abril de 1998, p. 15. Disse o recém empossado Ministro do Trabalho Edward Amadeo: "Quem vende um produto no sinal de trânsito não tem emprego convencional, mas tem um trabalho e, portanto, uma renda. Não estou dizendo que isso é ideal, mas o Brasil tem essa capacidade de se adaptar a coisas novas"

26 SIMÃO FILHO, José. "Uma conquista do consumidor". Jornal Folha de Londrina, edição de 30 de janeiro de 1998. p. 3. José Simão Filho é presidente do Grupo Varejo do Comitê Executivo da Associação ECR Brasil e diretor de logística e relações institucionais do Grupo Pão de Açúcar.

27 TRAUMANN, Thomas. "O Novo Poder", ***in*** Revista Veja, edição de 8 de abril de 1998, páginas amarelas, entrevista com Claus Offe.

DA APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AOS ESTABELECIMENTOS DE CRÉDITO

Leonir Batisti
Promotor de Justiça de Londrina-Paraná

EMENTA: São aplicáveis aos estabelecimentos de crédito, quanto a TODOS OS CONTRATOS DE MÚTUO, independentemente do destino visado pelo tomador com o empréstimo, as regras do CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - CDC, principalmente as vedações do art. 39 V (exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva) e do art. 51 IV (cláusula contratual que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a eqüidade).

1.1 - EXPOSIÇÃO INTRODUTÓRIA

Inobstante o Código de Defesa do Consumidor - CDC tenha expressamente referido no seu art. 3° par. 2° que é serviço "qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária...", a jurisprudência claudica em dar aos consumidores, quando na condição de *mutuários*, tal proteção.

Os Tribunais, em muitos casos, sustentam-se na vetusta argumentação do *pacta sunt servanda* e concluem

pela não obrigação dos Bancos de se pautarem pelas regras do Código de Defesa do Consumidor, notadamente quanto às vedações dos art. 39 V e 51 IV, quando diante de contratos de créditos.

Ou seja: diante da expressa referência da lei, buscaram alguns *limitar, tornar restrita* a noção de serviços bancários abrangidos pela proteção do CDC[1]. Essa visão que contraria a própria referência que declara o CDC como de ordem pública e interesse social, encontra eco na jurisprudência.

Contudo, parece cristalinamente claro que os contratos de mútuo, sujeitam-se às normas do CDC, vedando-se aos Bancos quaisquer práticas que contrariem tais normas, principalmente a exigência de vantagem manifestamente excessiva (art. 39 V) e a exigência fundamentada em cláusulas que estabeleçam obrigações iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a eqüidade, porque estas são nulas de pleno direito nos termos do art. 51 inc. IV combinado com o 51 par. 1°.

1.2 - DO FORNECEDOR

Nenhuma dúvida há de que os *Bancos são fornecedores* no conceito do CDC, já que subsumem-se na definição de *fornecedor do CDC, e os serviços de natureza bancária e de crédito foram expressamente referidos como tal no mesmo Código.*

O CDC no seu art. 3° conceitua o *fornecedor,* normalmente obrigado ao respeito aos direitos dos consumidores nas relações de consumo. O conceito engloba:

> *·pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira e ainda, entes despersonalizados;*

·*que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação (natureza industrial), importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos* ou prestação de serviços (natureza comercial).

São fornecedores principalmente as *sociedades mercantis*, portanto empresas constituídas por particulares, que buscam o lucro, que se organizam quer sob a forma de sociedades anônimas quer sob a forma de sociedades por quotas de responsabilidade limitada, ou mesmo em nome coletivo. São as empresas industriais, comerciais, agrícolas ou de serviços, inclusive empresas como *bancos, seguradoras, factorings, corretoras*, etc.

Importante é ter em conta que fornecedor é aquele que *desenvolve atividade,* o que supõe ânimo de comerciar profissionalmente, portanto com certa habitualidade e regularidade.

A par disso, resta bem claro que constitui *serviço* qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista, nos termos do art. 3° par. 2° do CDC. O Código quis deixar claro que são serviços e portanto submetem-se a ele, *as atividades de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária.* De se ressaltar a expressão *atividade de crédito.*

1.3 - DO CONSUMIDOR

Nos termos do art. 2°, *consumidor* é qualquer pessoa, física ou jurídica, que adquira bens ou serviços enquanto *destinatário final.* Portanto a *expressão-chave* para conceituação do consumidor é "destinatário final". Para exata

caracterização desta expressão é útil a Ciência Econômica. Esta caracteriza de duas formas as aquisições de bens e serviços, quanto à destinação deles:[2]

> · *Na primeira forma, estabelece-se a aquisição de bens ou serviços como insumos, como meios de produção de outros bens, enfim, como* bens ou serviços de utilização intermediária. *É o que se dá por exemplo, quando uma empresa que fabrica cadeiras de madeira, compra a madeira, a cola, energia elétrica, ou paga a uma outra empresa intermediária a montagem da cadeira. Esses são* bens intermediários, *que o adquirente empregará (agregará) para produzir a cadeira.*
>
> · *Na segunda forma, utilizar esses bens ou serviços enquanto* destinatário final. *É o que se dá com o adquirente da cadeira, que a leva para sua casa para usá-la. O adquirente da cadeira pode ser pessoa física que a utilizará na sua casa, ou mesmo pessoa jurídica que utilizará no escritório do comércio.*

Importante aqui é atentar-se que a *oposição* se dá entre bem de utilização final ou de utilização intermediária.

O CDC protege esse adquirente de bens e serviços enquanto destinatário final. Há contudo, *certo problema a ser referido*. Vê-se que o Código quer abranger no seu conceito de consumidor tanto a pessoa física como a pessoa jurídica. Ocorre que a pessoa jurídica adquire *bens com destinação final*, incluindo as próprias máquinas, que porém utiliza no processo de produção. Para a Ciência Econômica essas máquinas são *bens de utilização final, já que não vão fazer parte direta de outros bens.* Para a Ciência Contábil essas

máquinas são bens do *ativo imobilizado.* Alguns exegetas, logo no início da vigência do Código, interpretaram que as máquinas, que embora não se destinem a serem revendidas, nem se destinem a integrar novo bem, mas apenas a servir como meio de produção de outros bens, não tornam o industrial destinatário final, excluindo-o assim da proteção do sistema de defesa do consumidor. [3] De se afirmar que essa *interpretação é equivocada*, pois afastaria grande parte das operações de compra feitas pelas pessoas jurídicas, da proteção do CDC. Por outro lado, pretender uma interpretação subjetiva quando a lei expressamente traça elementos objetivos para a conceituação de consumidor, configura uma distinção indevida, dado que o legislador não distinguiu. Os *bens destinados ao imobilizado da empresa, são de utilização final, e assim sujeitam-se às normas de proteção do Código.* A doutrina mais recente tem se posicionado no sentido de que nestas operações, o adquirente é consumidor, recebendo a proteção legal. [4-5]

Mas, o próprio CDC acrescenta ainda 3 hipóteses de *equiparados* a consumidor:

> · *A hipótese do art. 2º par. único, que equipara a consumidor a coletividade de pessoas, mesmo indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo. Trata aqui a lei de considerar consumidor aquela coletividade de pessoas que se encontra não só numa condição de efetivamente realizarem aquisições, mas também de potencialmente o fazerem. A lei aqui tem em mira o exercício dos direitos ditos difusos, como por exemplo a nocividade de produto colocado no mercado, que tem potencial para um número indeterminado de pessoas, ou seja, aquelas que estejam em condições de adquirir tal*

produto e tenham interesse em fazê-lo.

· A hipótese do art. 17 do CDC que equipara a consumidor todas as vítimas do evento, quando sofrerem conseqüências em decorrência de defeito pelo fato do produto ou serviço, vale dizer, quando sofrerem alguma conseqüência em função da falta de segurança que legitimamente se espera do produto. O exemplo que pode ser dado é o seguinte: A adquire um botijão de gás para sua casa. A é o consumidor que integrou a relação de consumo. Explodindo o botijão e surgindo ferimentos em seu vizinho, este, que não integrou a relação de consumo, como vítima, fica equiparado a consumidor. Ou ainda, do revendedor de defensivos que ao manipulá-lo, em razão de defeito no acondicionamento, vê-se intoxicado.[6]

· A terceira situação é derivada do art. 29 do CDC, que equipara a consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas comerciais e aos contratos. *Sustenta assim o Código serem consumidores para os efeitos legais aqueles expostos a* oferta comercial, publicidade, práticas abusivas, cobrança de dívidas e banco de dados ou cadastro de fornecedores. *Igualmente aqueles expostos à condição de* contratantes, especificamente quanto a direitos inerentes a conhecimento de contratos, proteção contra cláusulas abusivas e quanto aos contratos de adesão.

O que se pretende estabelecer claramente é que a *atividade de crédito,* serviço prestado pelo fornecedor Banco oferecido ao consumidor, para este é *sempre bem de utilização final, e portanto, está caracterizado como consumidor o seu tomador,* quer seja o valor tomado destinado a financiamento de capital de giro incluindo matéria prima, quer seja destinado à aquisição de imobilizado, posto que não há como entender que o crédito seja bem de utilização intermediária. E não é de utilização intermediária porque a empresa comercial, (como padrão), não *reempresta tais valores,* mas os aplica em suas atividades de produção quer adquirindo máquinas, quer pagando tributos, quer pagando empregados.

A exceção cabível nesse momento, é a da operação de crédito entre duas instituições financeiras, por óbvio, porque a segunda certamente reutiliza tal crédito.

1.4 - A DOUTRINA

Nelson Nery Junior reafirma que as operações bancárias desde que constituam relações jurídicas de consumo, estão abrangidas pelo CDC. No caso do crédito, entende que desde que o devedor o utilize como destinatário final, dúvida não há.[7] Lembrando que o banco pelas leis brasileiras, é expressamente conceituado como comerciante, reafirma que a atividade de tomar dinheiro do poupador e emprestá-lo a terceiro é atividade comercial, e portanto relação de consumo.[8]

Adalberto Pasqualotto pondera que adota uma interpretação restritiva do conceito de consumidor, com base na teoria do tipo alemão, em face da qual, a relação típica de consumo implica uma situação típica de hipossuficiência, e por tal razão conclui que estão excluídos da proteção do CDC, os serviços bancários de desconto de títulos de crédito ou de financiamento à produção.[9]

Arruda Alvim...et alii adotam um conceito objetivo

de consumidor, e portanto, concluem que as atividades incluem-se como relações de consumo e assim merecem a proteção do CDC, obviamente excluindo quando for o caso o risco inerente aos investimentos de caráter mobiliário.[10]

Luis Rodrigues Wambier adota o entendimento de que o art. 29 do CDC não pode merecer interpretação de que todos estejam simplesmente expostos a qualquer tipo de prática comercial abusiva mereçam proteção, que deverá estar limitada àqueles que dêem destinação final ao produto. O autor porém alarga o entendimento, quando considera relação de consumo as operações de crédito rotativo, tipo cheque especial, por considerar seu tomador sempre como destinatário final, "sendo irrelevante que vá aplicar o dinheiro em produção ou consumo". Entende contudo excluídas as operações bancárias em que o tomador não seja o destinatário final, como as factoring.[11]

James Marins, com base numa interpretação lógica e gramatical do art. 29 do CDC, entende que todos os contratos bancários interempresariais se sujeitam ao CDC no que diz respeito à abusividade de suas cláusulas, fundamentando-se ainda nos valores fundamentais da Constituição Brasileira, concluindo que se a norma não estabelece limitações, não se justifica que o faça o intérprete.[12]

Antonio Carlos Efing taxativamente afirma que, sendo a relação bancária de consumo ou equiparada a consumo, as normas protetivas do art. 30 a 54 se estendem a pessoas jurídicas e físicas, até porque expressamente a lei informa serem as instituições bancárias fornecedoras, sendo impertinente questionar-se sobre o destino [13]. Entende que configura-se abusiva a cobrança de débitos, tanto a pessoa física como contra empresa que não atenda aos parâmetros do Código, abrindo-se a possibilidade de devolução de valores indevidamente cobrados.

Elcio Trujillo raciocina sob dois pontos principais:

Somente não constituem relação de consumo a tomada de recursos quando o tomador destinar o recurso creditício para fornecer a terceiro. Portanto, no caso de pessoa jurídica buscar o recurso mesmo que para transformação (entenda-se para utilização no processo produtivo), caracteriza-se a relação de consumo. O reforço a esse primeiro ponto é explicitado por ser o ente bancário-financeiro o mais forte e em condições de impor cláusulas, sujeitando-se portanto essas cláusulas aos princípios de transparência, equilíbrio, isonomia e boa-fé.[14]

É útil ter em conta a segunda conclusão do 1° Congresso Internacional de Responsabilidade Civil, 3° Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor, Congresso Brasileiro de Direito Ambiental e Seminário Nacional sobre os Dez anos da Lei da Ação Civil Pública, de Blumenau-SC, de 29-outubro a 01-nov-95, de que "as instituições financeiras estão sujeitas ao CDC também em relação às operações creditícias ao consumidor".[15]

Portanto, a *doutrina aponta firmemente* no sentido de entender que as atividades de crédito correspondem a um serviço identificado como relação de consumo, com isso determinando a conclusão de que as regras de proteção do CDC alcança tais atividades.

1.5 - OUTROS ARGUMENTOS

Inobstante poder-se considerar que o art. 29 se limite às relações de consumo, seu alcance quanto às práticas comerciais, bem como quanto à proteção contratual (artigos 30 a 54) é abrangente, e portanto alcança a todas as pessoas expostas às práticas. A interpretação do sentido de proteção deve ser a mais ampla possível.[16] Afora os argumentos já lançados pelos estudiosos, 3 ARGUMENTOS PODEM SER ACRESCENTADOS, para adotar esse entendimento, sendo que a jurisprudência já se manifestou no mesmo sentido:[17]

Por primeiro, quer-nos parecer que, quando refere "todas as pessoas determináveis ou não", o CDC quis efetivamente alcançar todas as pessoas, quer aquelas que estabelecem uma relação jurídica quer aquelas que não estabelecem a relação jurídica, *mas que potencialmente poderiam estabelecê-la, quer dizer, todos.*

Todos os que tomem conhecimento por qualquer meio de uma oferta comercial (e sabemos que os Bancos são fornecedores que oferecem no sentido jurídico, uma mercadoria especial, ou eventualmente serviços de atividade especial), tornam-se protegidos contra práticas abusivas ou contra cláusulas contratuais contrárias à boa-fé e equilíbrio, aplicando-se então as regras do CDC.

Em *segundo lugar*, atente-se que o art. 51 parágrafo 4° atribui ao Ministério Público o ajuizamento da competente ação para ver declarada nulidade de cláusula contratual que contrarie o disposto no Código ou de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre os direitos e obrigações das partes.

Obviamente, se o Ministério Público ajuizar ação para ver declarada nulidade de cláusula contratual, a nulidade declarada abrangerá *todos os contratos já assinados, mas também abrangerá a declaração judicial de que a cláusula, por ser nula sequer deverá constar em contratos a serem efetivados.* Isto protegerá não só os consumidores no sentido estrito do art. 2° (adquirentes de bens e serviços com destinação final), como todos aqueles (consumidores estritos ou não) que contrataram ou que poderiam contratar. Neste caso, uma pessoa jurídica não consumidora no sentido estrito do artigo 2° do CDC, se não tivesse ainda contratado, logicamente estaria amparada pois a cláusula quanto aos novos contratos sequer poderia constar no instrumento, por ter a justiça decidido ser nula. Ora, teriam sido protegidos aqui tanto os consumidores como não consumidores que estavam para

assinar o contrato. Se entendermos que o CDC é aplicável exclusivamente aos consumidores no sentido estrito, aqueles outros que já haviam assinado contrato, e que não são considerados consumidores no sentido estrito, não seriam beneficiados pela declaração da nulidade da cláusula. Estabeler-se-ia um contra-senso, já que a mesma classe seria tratada de 2 modos totalmente diversos: Para os que já haviam contratado, uma cláusula declarada nula pela justiça continuaria válida, porque a declaração de nulidade não os abrangeria. Para os que não haviam contratado, a declaração de nulidade da cláusula produziria efeitos, e portanto os beneficiaria, pois tal cláusula por ser inválida, sequer deveria constar no instrumento.

Em terceiro lugar, necessário reter que o próprio CDC, com fundamento na Constituição Federal, declara que as normas de proteção e defesa do consumidor são de ordem pública e interesse social. O interesse social sobrepõe-se ao particular, o que justifica o alargamento do conceito de consumidor, máxime quanto às práticas comerciais e aos contratos, até porque essas normas protetivas são fundadas na eqüidade, e portanto, a aplicação dessas normas encontra justificativa legal no próprio art. 5° da Lei de Introdução ao Código Civil.[18]

É certo assim que o contrato de acordo com a boa-fé é de exigência de bem comum, não se podendo proporcionar com o direito um desvalor em relação a alguns, por entendê-los fora da proteção legal. Há que se mencionar quanto ao particular, o fato de que a Constituição Brasileira de 1988 traça como objetivo fundamental da República, a construção de uma sociedade livre, *justa e solidária* (art. 3° inc. I), sendo razoável interpretar que inexiste sociedade justa ou solidária, quando se permite o desrespeito à boa-fé.

Do exposto conclui-se que o CDC inicialmente traduz o entendimento de que as regras inerentes aplicam-se às relações de consumo entre fornecedor e

consumidor, desde que o produto ou serviço tenha destinação final. O Código alarga esses conceitos ao estabelecer equiparações, notadamente, quanto a todas as vítimas do evento derivado do fato do produto ou serviço e a todas as pessoas (determináveis ou não), expostas a práticas comerciais e a contratos. Conquanto, como de hábito, a interpretação jurisprudencial não seja uníssona, há posicionamento firme no sentido de interpretar que as atividades bancárias fins (empréstimos) se submetam quanto às regras contratuais ao CDC, mesmo naquela hipótese de empréstimo a pessoa jurídica, pois o dinheiro é considerado juridicamente um produto com destinação final.[19]

1.6 - CONCLUSÃO

· *Os Bancos são* fornecedores de serviços, *posto que a natureza de suas atividades determina que se os classifique como tal, com base nos conceitos do próprio CDC.*

· *O bem dinheiro é de* utilização final, *pois somente são bens de utilização intermediária aqueles que compõe e integram outros bens, nos termos definidos pela Ciência Econômica.*

· *Portanto, todas as operações de crédito de bancos para outras empresas, qualquer que seja o destino do crédito, são protegidas pelo CDC. Quanto a tal proteção releva notar a* vedação de vantagem manifestamente excessiva *(art. 39 V) e a nulidade das cláusulas que estabeçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a eqüidade (art. 51 IV). A exceção cabível quanto às atividades de crédito limita-se às operações entre bancos*

ou factorings, empresas que reemprestam o valor.

· Mesmo em relação a operações entre bancos e factorings devem prevalecer os princípios gerais de direito que vedam particularmente o enriquecimento ilícito. *Acresça-se que o Projeto do Código Civil refere no art. 421 que "a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato", fortalecendo portanto o entendimento de que a atividade bancária deve se submeter aos princípios da eqüidade e boa-fé.*

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALVIM, Arruda, ... et alii. *Código do Consumidor Comentado,* 2. ed. rev. e ampl., 2. T. - São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 1995.

BRASIL - Superior Tribunal de Justiça, 4. Turma, R. Esp. 57.974-0-RS, j. em 25-04-95, v. u., Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. In: *Revista de Direito do Consumidor,* n. 18 - São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1996-abril/junho, p. 172-175.

BRASIL, Rio Grande do Sul - Tribunal de Alçada, 2ª C. Cível, Ap. Cível 192188076, j. em 24-09-92, v. u. Rel. Juiz Paulo Heerdt. In: *Revista de Direito do Consumidor,* n. 6. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 1993-abril/junho, p. 274-277.

DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao Consumidor: Conceito e Extensão.* São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 1993 (Biblioteca de Direito do Consumidor, v. 7).

EFING, Antônio Carlos. *Responsabilidade Civil do Agente Bancário e Financeiro, segundo as Normas do Código de Defesa do Consumidor.* In: *Revista de Direito do Consumidor,* n. 18. - São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1996-abril/junho, p. 105-124.

GRINOVER, Ada Pellegrini... et alii. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor/ Comentado pelos Autores do Anteprojeto,* 4. ed. - Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

MARINS, JAMES. *Proteção Contratual do CDC a Contratos Interempresariais, Inclusive Bancários.* In: *Revista de Direito do Consumidor*, n. 18 - São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1996 - março/junho. p. 94-104.

MENEZES, João Carlos. *Código do Consumidor/Jurisprudência Selecionada* - Campinas: Bookseller, 1996.

NERY JUNIOR, Nelson. *Os Princípios Gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor.* In: *Revista de Direito do Consumidor*, n. 3. - São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1992 -setembro/dezembro, p.44 a 77.

PASQUALOTTO, Adalberto. *Os Serviços Públicos no Código de Defesa do Consumidor.* In: *Revista de Direito do Consumidor,* n. 1 - São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1992, p. 130 a 148.

ROSSETTI, José Paschoal. *Introdução à Economia,* 12. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Atlas, 1987.

TRUJILLO, Élcio. *A Defesa do Consumidor, A Relação Contratual Bancária e o Empresário Financeiro. Revista de Informação Legislativa,* n. 132, a . 33 - Brasília: Senado Federal, 1996-outubro-dezembro, p. 143 a 170.

WALD, Arnoldo. *O Direito do Consumidor e suas Repercussões em Relação às Instituições Financeiras. Revista de Informação Legislativa,* n. 111, a . 28. - Brasília: Senado Federal, 1991-julho-setembro, p. 295-312.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Os Contratos Bancários e o Código de Defesa do Consumidor. Revista de Direito do Consumidor*, n. 18. - São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1996-abril/junho, p. 125-132.

1 - WALD, Arnoldo. *O Direito do Consumidor e suas Repercussões em Relação às Instituições Financeiras. Revista de Informação Legislativa,* n. 111, a . 28, p. 295-312. Em parecer para a FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS concluiu com o maior melindre que quanto à concessão de crédito ao consumidor "poder-se-á entender que cabe aplicar-lhe o disposto no art. 52 da lei, o mesmo não ocorrendo na hipótese de crédito livre ou desvinculado e não se lhe aplicando, de modo algum, as demais disposições da lei do consumidor".

2 - ROSSETTI, José Paschoal. *Introdução à Economia,* p. 482-491.

3 - FILOMENO, José Geraldo Brito entendeu que não pode ser considerada consumidora empresa que adquire máquina para a fabricação de seus produtos ou mesmo uma copiadora para seu escritório. GRINOVER, Ada Pellegrini... et alii. *Op. Cit.*, p.30.

4 - DENARI, Zelmo, com apoio também de MARINS, James, acolhe o

entendimento de que a empresa adquirente de ativo imobilizado está na condição de consumidor. GRINOVER. Ada Pellegrini...et alii. *Id.*, p. 129.

ALVIM, Arruda ...et alii., também adotam esse último entendimento. *Op. Cit.*, p. 29.

5 - O TA MG., na ap. 134886-7 reconheceu aplicar-se o CDC, condenando o fabricante a devolver quantia mais perdas e danos, face vício de máquina de costura vendida a empresa de confecção. *Revista dos Tribunais*, 694/170.

6 - Esse último exemplo é de ALVIM, Arruda...et alii. *Op. Cit.*, p. 26.

7 - GRINOVER, Ada Pellegrini...et alii. *Op. Cit.*, p. 311-313. (Os comentários são de NERY JUNIOR, Nelson, um dos autores)

8 - NERY JUNIOR, Nelson. *Os Princípios Gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Revista de Direito do Consumidor*, n. 3, p.54.

9 - PASQUALOTTO, Adalberto. *Os Serviços Públicos no Código de Defesa do Consumidor. Revista de Direito do Consumidor*, n. 1, p. 147.

10 - ALVIM, Arruda, ... et alii. *Op. Cit.*, p. 39-40.

11 - WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Os Contratos Bancários e o Código de Defesa do Consumidor. Revista de Direito do Consumidor*, n. 18, p. 125-132.

12 - MARINS, JAMES. *Proteção Contratual do CDC a Contratos Interempresariais, Inclusive Bancários. Revista de Direito do Consumidor*, n. 18, p. 94-104.

13 - EFING, Antônio Carlos. *Responsabilidade Civil do Agente Bancário e Financeiro, segundo as Normas do Código de Defesa do Consumidor. Revista de Direito do Consumidor*, n. 18, p. 106-124.

14 - TRUJILLO, Élcio. *A Defesa do Consumidor, A Relação Contratual Bancária e o Empresário Financeiro. Revista de Informação Legislativa*, n. 132, a . 33, p.165-167.

15 - A conclusão está publicada na *Revista de Direito do Consumidor*, n. 18, p. 356.

16 - DONATO, Maria Antonieta Zanardo afirma que o art. 29 somente alcança as relações de consumo. Porém, admite que se alarge sua aplicação, em caso de omissão da norma civil ou comercial, por considerar possível a aplicação da analogia prevista no art. 4° da LICC. *Proteção ao Consumidor: Conceito e Extensão*, p. 249.

17 - A jurisprudência também tem se manifestado neste sentido. Assim, na Ap. Cível 192188076, em 24-09-92, a 2ª C.Cível do TARS, por un., em acórdão relatado pelo Juiz Paulo Heerdt, expressamente entendeu aplicável o CDC, nos seguintes termos: "Ainda que não incidam todas as normas do CDC nas relações entre Banco e empresa, em contrato de crédito rotativo, aplicam-se os caps. V e VI, por força do art. 29 do CDC, que amplia o conceito de consumidor, possibilitando ao Judiciário o controle das cláusulas contratuais abusivas impostas em contratos de adesão. Cláusula que permite variação unilateral de taxa de juros é abusiva porque, nos termos do art. 51, X e XIII, possibilita variação de preço e modificação unilateral dos termos contratados. Possibilidade de controle judicial, visando a estabelecer o

equilíbrio contratual, reduzido o vigor do princípio pacta sunt servanda...." *Revista de Direito do Consumidor,* n. 6, p. 274-275.

Igualmente, o TARS, 7ª C. Cív., Ac. Un. nº 193051216 j. em 19-05-93, rel. Juiz Antonio Janyr Dall'Agnol Júnior: "BANCO - Contratos de mútuo e de abertura de crédito rotativo - Negócios inseridos entre as relações de consumo - Equiparação aos consumidores, todas as pessoas expostas às práticas previstas no CDC (art. 29) - Juros que constituem o "preço"pago pelo consumidor - Cláusula prevendo alteração unilateral do percentual prévia e expressamente ajustado pelos figurantes do negócio. Nulidade pleno jure - Possibilidade de conhecimento e decretação de ofício - Nulidade, também, da cláusula que impõe representante para emitir ou avalizar notas promissórias pelo consumidor - Inteligência e aplicação dos art. 51 inciso VIII do CDC e 146 parágrafo único do CC". Tratava-se de ação proposta por Téknica Material Elétrico Ltda. contra Citibank N. A, inerente a abertura de crédito rotativo ou cheque especial do Banco para com a empresa. MENEZES, João Carlos. *Op. Cit.,* verbete 43, p. 215-223.

18 - Diz o mencionado art. 5º da LICC: "Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum".

19 - O Superior Tribunal de Justiça do Brasil, em ac. un. da 4ª Turma, no R.Esp. 57.974-0-RS, j. em 25-04-95, em que foi relator o Min. Ruy Rosado de Aguiar decidiu: "Os Bancos, como prestadores de serviços, especialmente contemplados no art. 3º par. 2º, estão submetidos às disposições do Código de Defesa do Consumidor. A circunstância de o usuário dispor do bem recebido através da operação bancária, transferindo-o a terceiros, em pagamento de outros bens ou serviços, não o descaracteriza como consumidor final dos serviços prestados pelo Banco". *Revista de Direito do Consumidor,* n. 18, p. 173-175.

Os limites da coisa julgada nas ações coletivas no Código de Defesa do Consumidor:

A Lei nº 9.494/97 tentou instituir uma nova sistemática na questão relativa à coisa julgada nas ações civis públicas, tendo disciplinado que o artigo 16 da Lei nº 7.347/85 passaria a ter nova redação, no sentido de que os efeitos "erga omnes" estariam restritos à competência territorial do órgão prolator da decisão.

Inicialmente devem ser buscadas as origens do dispositivo, identificando-se que a Lei em questão decorreu de interesse direto do poder executivo federal, que estava sendo constantemente restrito nas suas políticas gerenciais, especificamente no trato dos problemas salariais dos funcionários públicos e no que tange ao processo de privatizações.

De fato, várias decisões, em sede de juízo de verossimilhança, foram concedidas pelo poder judiciário contra atos administrativos do poder executivo federal, obrigando a serem efetuados pagamentos imediatos a servidores públicos ou, até mesmo, suspendendo leilões, sob pena de sanções, inclusive de responsabilidade criminal, além de multas.

Em decorrência disso, foi exarada a medida provisória 1.570/97 sobre o assunto, a qual se converteu na Lei nº 9.494/97, cujo texto se encontra "sub judice" no Supremo Tribunal Federal, eis que foi intentada ação de inconstitucionalidade e, recentemente, ação de constitucionalidade por parte do Presidente da República, da Câmara e do Senado, a qual tem o número 4.

Por uma série de motivos a lei não terá qualquer relevância prática, os quais passamos a declinar:

a) o primeiro argumento que importa, diz respeito ao fato de que deve ser feita a distinção entre ação de direito

material e ação de direito processual.

Com efeito, ação de direito material **é, ao contrário de uma mera tentativa de obtenção de determinada atividade do "devedor"(exercício de pretensão que ocorre quando o "credor" se desloca até o devedor e solicita que pague o "débito"), uma ação idônea para a realização de determinada atividade no âmbito do direito material, capaz de conseguir, de maneira cogente, aquilo que o infrator não tenha desejado fazer voluntariamente.**

Por isso a correta definição de jurisdição é também fundamental para o entendimento do ora comentado, pois somente com o reconhecimento da atividade substitutiva do estado-juiz **é que se torna possível apreender o significado real da ação de direito material.**

Tolhido que foi o homem que vive em sociedade relativamente à possibilidade de realizar privadamente ações tendentes à efetivação da defesa dos seus direitos subjetivos, necessitará sempre da tutela estatal para tanto, oportunidade em que o Juiz objetivará fazer, em substituição, exatamente aquilo que o lesado faria, caso possuísse tal possibilidade.

Obviamente falamos em tese, haja vista que existe um grande número de variáveis que influem em um julgamento final. Assim, dificuldades de provar determinados elementos técnicos, provas testemunhais falsas, dificuldades financeiras das partes, carências técnicas dos profissionais envolvidos nos litígios, e muitos outros fatores podem fazer com que o conhecimento dos fatos controvertidos não seja feito da maneira desejável, resultando em algum desvio em relação ao que deveria ocorrer, em termos ideais de justiça, caso fosse possível uma atividade privada, direta, imediata e proporcional do lesado, no sentido de proteger seu direito subjetivo.

É preciso salientar, na forma do que aponta o Professor Ovídio A. Baptista da Silva[1], que "ter direito é ter,

em última análise, a faculdade de gozá-lo".

Em assim sendo, somente podemos dizer que possuímos o direito de ação quando temos todo o poder, o domínio de efetivá-lo. Ou seja, para gozar plenamente do direito de ação não basta uma mera tentativa ou uma exortação ao infrator do direito subjetivo para que faça algo, significa, isto sim, a ampla imposição de determinada alteração da realidade a ele, sendo irrelevante a sua vontade.

A ação de direito material, portanto, em rápidas palavras, é o exercício cogente do direito inato do ser humano de proteger seus direitos subjetivos, que se orienta contra um eventual opositor, com vistas à manutenção ou consecução de determinado bem-da-vida, que poderá ser alcançado até mesmo em uma ação predominantemente declaratória.

Com a massificação da produção e, conseqüentemente, das lesões ao mercado de consumo, a partir da revolução industrial, a concepção de defesa judicial "duelística", baseada no individualismo e no conceito de direitos subjetivos tornou-se insuficiente, estimulando, assim, novas idéias tendentes a abarcar em apenas uma ação inúmeros sujeitos lesados. Surgem, desta forma, os interesses transindividuais, cujas origens, segundo Márcio Flávio Mafra Leal[2], estariam já no direito medieval ou no direito inglês do século XVII.

Na atualidade, então, os entes coletivos, passam a atuar como substitutos processuais, representando inúmeros lesados e recebendo toda a "herança" dos direitos que foram ou estão na iminência de ser lesados no mundo material. Ou seja, toda a necessidade de ação que os substituídos materialmente possuem de obrigar o futuro demandado a fazer, deixar de fazer ou pagar alguma coisa. Em suma, os substituídos devem obter, por intermédio da jurisdição, exatamente aquelas "ações materiais" imprescindíveis para a concretização da justiça

e satisfação dos direitos transubjetivos, que assumiram esta condição por fatores reais e não meramente conceituais.

Ação processual, **por sua vez, corresponde ao exercício do direito público subjetivo à tutela jurisdicional, de caráter abstrato e dirigido contra o Estado.**

O titular deste direito subjetivo age contra o Estado, posto que ele é o devedor por excelência da obrigação de fornecer ordem e segurança, por intermédio do cumprimento das atividades jurisdicionais precípuas, as quais tendem a realizar a paz social, dirimindo eventuais conflitos, sejam eles reais ou meramente imaginários.

De fato, grande número de demandas são postas ao poder judiciário mas não possuem qualquer fundamento fático, devendo o Estado, mesmo assim, prover o pedido de tutela jurídica, nem que seja para certificar a inexistência dos direitos subjetivos materiais que o demandante alegava ou imaginava existirem.

Em assim fazendo, fica evidenciado, então, que a ação processual é abstrata, no sentido de que independe da real existência de amparo concreto em circunstâncias fáticas ou jurídicas, bastando o mero "agir" processual, ou seja, o mero exercício de pretensão processual frente ao poder judiciário para que se concretize a ação processual.

O agir do interessado contra o Estado será constante ao longo da demanda, podendo ser identificado simultaneamente a esta atitude também um agir contra o demandado ou réu.

Com efeito, entendemos que a ação processual também é orientada diretamente contra o obrigado, existindo uma série de atos processuais concretos orientados em oposição a ele, obrigando-o a exercer defesa.

Veja-se, também, que se a ação é o exercício de um direito preexistente, e que todos indistintamente possuem

o direito à jurisdição, não há como negar que o demandado, quando exerce este direito à jurisdição também aciona o Estado, buscando o cumprimento da obrigação de fornecer, em substituição, a resolução de algum conflito.

Seja através da reconvenção, que ninguém nega que seria legítima ação, como por intermédio de um agravo de instrumento ou uma apelação, o demandado age objetivando algum provimento estatal que lhe beneficie frente ao autor da demanda, sendo uma atividade positiva e de ataque ao autor, o qual, nestas circunstâncias, deverá reagir, apresentando réplicas, contra-razões ou realizando qualquer conduta tendente a impedir que a "ação" do réu predomine em relação a sua.

O importante, realmente, é identificar a existência da realidade de direito material e a realidade de direito processual, a fim de que melhor possam ser compreendidos os fenômenos jurídicos, bem como para que o trabalho forense, que tende à obtenção de utilidade, possa ser desenvolvido da maneira mais profícua possível.

Postos estes conceitos e com os auxílios prestados por valiosos debates privados com o Professor Adalberto Pasqualotto, podemos dizer que as conceituações existentes no artigo 81 do CDC, quais sejam as de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos não dizem respeito ao âmbito do direito processual, mas material, definição esta importantíssima.

De fato, os interesses acima citados possuem natureza fática imutável por qualquer tipo de determinação legal que venha a tentar o estabelecimento de novas regras processuais, ou seja, o direito material não pode ser desarticulado por aspectos instrumentais, pois, na forma já vista, são mundos completamente apartados.

Assim, jamais uma regra instrumental terá o condão de dispor, por exemplo, que os efeitos de uma publicidade

enganosa veiculada por televisão ou rádio não engloba interesses difusos, pois isto é uma realidade em si mesma, independentemente de qualquer ficção que tenha o objetivo de dispor em contrário.

O mesmo se diga de uma sentença de divórcio. Ela será exarada em uma determinada jurisdição, mas o efeitos positivo e negativo da coisa julgada se espraiarão por todo o território do país, em que pese existirem regras de competência territorial (processuais) restritivas no sentido.

Desta forma, se os interesses são difusos, coletivos ou individuais homogêneos, eventual decisão que conceda a ação de direito material veiculada na ação processual para a defesa daqueles somente poderá ter como limite o espectro de abrangência das lesões perpetradas, bem como a localização dos sujeitos que se enquadrem naquelas realidades jurídicas (juridicizadas pelo reconhecimento por parte do direito no sentido de que são realidades fáticas que merecem a proteção da norma legal).

Exemplo claro está nos já referidos contratos de adesão que são oferecidos nacionalmente por grandes empresas. Se forem consideradas nulas cláusulas abusivas destes "pactos", em ação coletiva de consumo, a eficácia deverá ser "erga omnes" aproveitando às pessoas lesadas e ao campo de existência de lesões, potenciais ou efetivas, **na forma já vista (consumidores que já assinaram e os "expostos" do artigo 29 do CDC, que poderão vir a assinar o contrato).**

No mesmo sentido é o comentário de Márcio Mafra[3], quando escreve que "...não se deve deixar de atribuir razão a Grinover, na passagem transcrita, quando chama atenção para a transindividualidade (ou indivisibilidade) do direito material e suas conseqüências em termos de eficácia objetiva e subjetiva do que é determinado em sentença (o seu *comando),* pois o cumprimento ou implementação de um direito difuso

inexoravelmente aproveitará de maneira uniforme ao grupo ou à comunidade a quem esse direito é atribuído, mesmo que não participe do processo...". Continuando (fl. 44 da obra), "...quando um juiz determina a interrupção de uma publicidade enganosa, da emissão de um poluente ou a recuperação de um área histórica, a decisão que atender ao direito material formará uma coisa julgada que beneficiará toda a comunidade, sem que a norma processual necessariamente diga que esta coisa julgada tenha de ser *"erga omnes"*.

Como resultado, o regime da coisa julgada nas ações que envolvem interesses difusos é completamente inócuo, pois a extensão do julgado será comandada pelo direito material, cuja realidade em si é suficiente para o delineamento dos limites subjetivos e objetivos da "res iudicata".

Por isso, não há como limitar a eficácia de uma sentença da forma tentada, o processo é instrumento a serviço do direito material, jamais podendo atropelá-lo;

b) como segundo aspecto, a restrição dos efeitos "erga omnes" de uma sentença coletiva infringiria os mais importantes dispositivos da Lei Consumerista, dificultando a defesa dos consumidores coletivamente considerados, maculando os princípios da vulnerabilidade do consumidor, da repressão eficiente aos abusos praticados ao mercado de consumo, além de afrontar os direitos básicos do consumidor constantes no artigo 6º do CDC.

Conforme ensinou Eros Roberto Grau[4], os princípios acima citados são o alicerce do microssistema consumerista, pelo que a infração a eles se constitui em flagrante lesão ao sistema jurídico como um todo, configurando, assim, evidente aplicação incorreta da norma legal que concretizar a infração.

A lei 9.494/97 sem dúvida fere estes princípios, pois intenta criar uma limitação à ampla, rápida e eficaz defesa dos consumidores vulneráveis, haja vista que busca fazer com que várias ações com o mesmo objeto e interesses lesados sejam

propostas em juízos diversos, quando apenas uma seria necessária.

Em assim o fazendo, diminuiria o poder de barganha, a força dos consumidores coletivamente considerados, os quais poderiam contribuir para harmonizar (equilibrar) o mercado de consumo, pois os agentes econômicos, sabedores de que com o ingresso de apenas uma ação judicial eventuais abusos massificados seriam prontamente neutralizados, prefeririam dialogar diretamente com os consumidores, seja individual ou coletivamente, alcançando-se, assim, a auto-regulação sem a intervenção do Estado.

Por último, estaria sendo ferido o princípio da repressão eficiente aos abusos praticados no mercado de consumo, na medida em que, por mera ficção, criação processual, óbvio formalismo, estariam sendo exigidas inúmeras demandas iguais, quando elas são completamente desnecessárias;

c) como terceiro argumento, a lei 9.494/97 dispôs que os efeitos da decisão ficarão restritos à competência territorial do órgão prolator.

Ora, conforme ensina Ada Pellegrini Grinover[5] "... a competência territorial nas ações coletivas é regulada expressamente pelo art. 93 do CDC...E a regra expressa da *lex specialis* é no sentido da competência da Capital do Estado ou do Distrito Federal nas causas em que o dano ou perigo de dano for de âmbito regional ou nacional...Assim, afirmar que a coisa julgada se restringe aos `limites da competência do órgão prolator' nada mais indica do que a necessidade de buscar a especificação dos limites legais da competência: ou seja, os parâmetros do art. 93 do CDC, que regula a competência territorial nacional e regional para os processos coletivos."

Por isso, as regras de competência continuam as mesmas, nada tendo sido alterado. Aliás, o fato de ser estabelecida a competência no foro da Capital do Estado ou

do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional em nada interferia nos efeitos da coisa julgada "erga omnes", continuando a ser evidentemente compatíveis as regras do artigo 93 com as do artigo 103 do CDC.

Mais uma vez se diga, as regras de competência, segundo Athos Gusmão Carneiro[6] servem para "...encontrar critérios a fim de que as causas sejam adequadamente *distribuídas* aos juízes, de conformidade não só com o superior interesse de uma melhor aplicação da Justiça, como, também, buscando na medida do possível atender ao interesse particular, à comodidade das partes litigantes."

Ora, pode ocorrer que o litigante seja um ente coletivo. Se é, por exemplo, o Ministério Público, na busca de defesa do interesse público e da relevância social de consumidores vulneráveis por presunção legal, não haveria como ser aplicada uma regra que viesse a tornar incômoda e dificultosa sua atuação, pois seria afrontosa ao interesse de "...uma melhor aplicação da Justiça".

Aliás, a exigência de que sejam propostas tantas ações iguais quantas sejam as divisões da competência, caso não fossem procedentes os argumentos já lançados, poderia inclusive ferir o princípio da inafastabilidade da jurisdição, consubstanciado no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, no qual é dito que "...a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito...".

De fato, dando a entender que deveriam ser intentadas várias ações com o mesmo objeto e com os mesmos interesses lesados em juízos com competência distinta, muitas lesões ou ameaças de lesões seriam perpetradas e individualizadas no pólo vulnerável, tendo em vista que são inúmeras e variadas as dificuldades de demandar, seja por carência de poder econômico, por falta de informação, pela incrível diferença entre as condições gerais de litigar entre o litigante habitual e o eventual[7], pela inexistência de associações

que congreguem consumidores, pela ausência de promotorias e varas específicas nas comarcas e sequer nas grandes capitais, tudo isto a ressaltar que, em realidade e não meramente em forma, estaria sendo negada a legítima prestação jurisdicional.

Não bastasse isso, uma interpretação restritiva que desse guarida à lei 9.494/97, feriria os princípios maiores da ordem econômica e social, inclusos no artigo 170 da Constituição Federal.

Destarte, qualquer determinação instrumental (processual) que venha a infringir aos objetivos do instituto jurídico da coisa julgada, quais sejam a segurança, definitividade e a obtenção de harmonia no convívio social é afrontosa ao sistema jurídico como um todo, devendo ser repudiada por injusta, reconhecido como injusto tudo aquilo que fere os princípios maiores do ordenamento jurídico e causa o desequilíbrio social.

d) outro argumento relevante diz respeito ao fato de que a Lei nº 9.494/97 foi orientada apenas para as ações civis públicas, não atingindo, portanto, as ações coletivas a que se refere a Lei Consumerista.

Veja-se que a denominação do Capítulo II, do Título III, do CDC é "Das ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos".

O mesmo se vê no artigo 103 do CDC, que trata da coisa julgada nas "ações coletivas" intentadas para a defesa dos interesses materiais definidos no artigo 81 do CDC.

Carlos Maximiliano[8] apresenta algumas regras importantes de aplicação do direito:

> *"Odiosa restringenda, favorabilia amplianda: restrinja-se o odioso; amplie-se o favorável;*
>
> *Commodissimum est, id accipi, quo res de qua*

agitur, magis valeat quam pereat: prefira-se a inteligência dos textos que torne viável o seu objetivo, em vez da que os reduza à inutilidade;

Verba cum effectu sunt accipienda; as leis não contém palavras inúteis;"

Assim, a restrição tentada pela Lei nº 9.494/97, por não ser adequada a todas as situações veiculadas em ações civis públicas, especialmente demandas que visem à proteção do meio ambiente e do consumidor, deve ficar limitada às ações que objetivem pagamentos de salários ou vantagens do funcionalismo, pois este foi o motivo original, sendo este o processo hermenêutico mais correto.

Quanto ao segundo aspecto, de acordo com o já salientado, a restrição comentada poderia dificultar a concretização dos objetivos do Código do Consumidor, caso fosse realizada uma interpretação extensiva incorreta.

Por último, se a lei contém uma ação que se chama de "civil pública" e outra chamada "ação coletiva", necessário que se faça uma interpretação que as distinga, a fim de que sejam respeitadas as regras de aplicação do direito e os próprios fundamentos da lei do consumidor, cujo maior mérito foi justamente reconhecer o necessário tratamento coletivo para a coibição das agressões massificadas do mercado de consumo, não sendo admissíveis, portanto, operações de interpretação que impeçam tais objetivos;

Assim, se a lei distinguiu foi por motivos de necessidade, cabendo a intérprete obedecer a esta realidade dogmático-jurídica, sob pena de ser desvirtuada a natureza das normas, o que ocorreria caso fosse realizada uma operação hermenêutica que tornasse a denominação do CDC sobre "ação coletiva" inútil.

e) ainda verifica-se que a Lei nº 9.494/97 fere

frontalmente os fundamentos da coisa julgada. Em abordagem por nós realizada[9], afirmamos que o fundamento político da coisa julgada reside precisamente no fato de que "...as relações interpessoais, muitas vezes dividindo, permutando, criando ou simplesmente realizando a circulação dos bens-da-vida, necessitam de relativa estabilidade e segurança, tudo com vistas à continuidade de desenvolvimento. Assim, não haveria progresso econômico e social, caso as contendas surgidas nas atividades supramencionadas não fossem definitivamente solucionadas, ficando pacificado o convívio coletivo."

O argumento é evidente, não há como as instituições terem credibilidade e serem reconhecidas como úteis se não possuem capacidade de efetivamente **resolver os conflitos que surgem na vida em comunidade. Imagine-se que uma determinada empresa esteja colocando produto no mercado de consumo, produto este perigoso e danoso à saúde dos consumidores e tenha transitado em julgado na Capital gaúcha decisão determinando a retirada do mesmo do mercado e condenando o fornecedor a indenizar eventuais vítimas do defeito. Seria aceitável que um consumidor lesado em Minas Gerais não pudesse se valer da sentença para ingressar diretamente na fase de liquidação de sentença para apurar o dano sofrido? Seria aceitável exigir que ingresse com nova ação individual de conhecimento ou que espere a propositura de ação coletiva por entes legitimado para realizar tudo e exatamente o que já fora feito no processo findo? Existirá respeito às instituições e estarão sendo respeitados os fundamentos da coisa julgada autorizar tamanha ofensa ao Estado de Direito?**

Por tudo isso, mais uma vez, não é concebível que a limitação atacada possa servir ao Código de Defesa do Consumidor, pois está afastada dos ditames constitucionais, merecendo ser desconsiderada.

Conclusões:

a) **As regras que falam dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos tratam de questões de direito material. Assim, a coisa julgada que emanar de demandas que envolvam estes interesses terá a mesma natureza e abrangência objetiva e subjetiva dos mesmos;**

b) **O direito processual serve para auxiliar, instrumentalizar o direito material, não tendo o condão de limitá-lo, sob pena de eventual tentativa de limitação não possuir qualquer respaldo real, fático, material, mas meramente formal e tendencioso.**

c) **A ação do Código de Defesa do Consumidor para a defesa de interesse transindividuais chama-se "ação coletiva", nos termos do que consta na própria lei;**

d) **A Lei 9.494/97 não se aplica ao Código de Defesa do Consumidor, posto que este é lei especial, prevalecendo suas regras, princípios e valores, especialmente porque a Lei nº 7.347/85 somente se aplica ao CDC, nos termos do artigo 90 deste, "...naquilo que não contrariar suas disposições.**

Paulo Valério Dal Pai Moraes

1 Ob. cit., p. 64.

2 Ações Coletivas: História, Teoria e Prática, Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1998, pp. 22 e 27. "Stephen Yeazell, na obra referida, sobre a genealogia e o desenvolvimento histórico dos processos coletivos, localiza as primeiras ações do gênero na Inglaterra medieval (século XII)...A maioria da doutrina, entretanto, prefere localizar os antecedentes da moderna ação coletiva no século XVII como uma variante do *bill of peace*. O *bill* era uma autorização para processamento

coletivo de uma ação individual e era concedida quando o autor requeria que o provimento englobasse os direitos de todos que estivessem envolvidos no litígio, tratando a questão de maneira uniforme, evitando a multiplicação de processos...O ser humano medieval estava indissociavelmente ligado à comunidade ou corporação a que pertencia, sendo fácil visualizar essa categoria como uma entidade homogênea e *unitária* (de certa forma, um *indivíduo),* fazendo-se representar tacitamente por alguns de seus membros...Não havia, portanto, discussão acerca da representatividade do autor da ação coletiva, por não se discernir *indivíduo de comunidade* como se concebe hoje."

3 Ob. cit., p. 44 e 93.

4 Revista Direito do Consumidor, Volume 5, Editora RT, pp. 183 e seguintes.

5 Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto, editora Forense Universitária, 5º edição, Rio de Janeiro, p. 724.

6 Jurisdição e Competência, Editora Saraiva, 1982, p. 43.

7 Adroaldo Furtado Fabrício, Revista Direito do Consumidor nº 7, editora RT, p. 30.

8 Hermenêutica e Aplicação do Direito, sétima edição, Livraria Freitas Bastos S.A., Rio de Janeiro, pp. 307 a 309, 310 e 311 a 312.

9 Paulo Valério Dal Pai Moraes, Ccnteúdo Interno da Sentença, editora Livraria do Advogado, 1º edição, p. 23.

PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR DIANTE DO DECRETO-LEI Nº 911/69

Epaminondas da Costa
Promotor de Justiça no Estado de Minas Gerais

Com o advento da Constituição de 5 de outubro de 1988, muito se tem discutido a respeito da constitucionalidade do artigo 3º do Decreto-lei nº 911, de 01/10/1969, no que pertine à concessão da liminar de busca e apreensão do bem, objeto do contrato de alienação fiduciária em garantia, bem como em relação à limitação das matérias de defesa: a mora ou o inadimplemento do devedor!.

O entendimento então esposado pelos doutrinadores, que defendem a inconstitucionalidade desse artigo de lei, consiste basicamente na consideração segundo a qual ficaria seriamente comprometida a garantia da mais ampla defesa e do contraditório, que está assegurada em sede constitucional (art. 5º, LV, CF).

A jurisprudência vem se inclinando por enquanto no sentido de reconhecer a constitucionalidade do referido texto legal.

Entretanto, o Egrégio Tribunal de Justiça do Espírito Santo, tendo como relator o eminente Des. Murílio Almeida de Abreu, já admitiu a inconstitucionalidade do parágrafo segundo do artigo 3º do citado Decreto-lei, o qual diz respeito à restrição das matérias que podem ser alegadas pelo devedor fiduciante, logo após decretada liminarmente a busca e a apreensão do bem, objeto do contrato de financiamento[1].

Não se perca de vista, que a Lei nº 4.728, de 14/07/1965, e o Decreto-lei nº 911, de 01/10/1969, constituem resquícios da chamada legislação autoritária, contrária ao

regime democrático e ao estado de direito.

Portanto, cuida-se de textos legais forjados para servirem com exclusividade ao sistema bancário, braço direito da ditadura militar na América Latina.

Vê-se, pois, de antemão, que se trata de normas legais incompatíveis com os novos tempos, em que o Poder Judiciário não poderá ficar preso à ortodoxia da aplicação cega da lei contra o cidadão, para a salvaguarda de interesses espúrios de conglomerados econômicos nacionais e alienígenas.

Nesse sentido, basta que se invoquem as disposições do artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil – Decreto-lei nº 4.657, de 04/09/1942, isto é: "Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum".

Ora, a determinação de que o Magistrado decrete liminarmente a busca e a apreensão do bem, sem a formulação de qualquer juízo prévio de valor, atenta não só contra o princípio processual basilar do livre convencimento motivado, como também evidencia o alto grau de autoritarismo contido na referida norma, cerceando o livre exercício da atividade jurisdicional.

Ademais, não podendo o julgador ponderar as razões verdadeiras, ensejadoras da mora ou do inadimplemento do devedor, bem como não podendo formular sobre elas um juízo de valor, como então concebermos a necessária motivação da sentença, conforme a exigência constitucional oriunda do artigo 93, IX, segunda parte, da Constituição da República?

Além do mais, esse privilégio concedido ao sistema bancário, em detrimento da sociedade, constitui uma regalia hedionda, atentatória contra o estado de direito, sendo ainda a mesma, violadora do princípio da função social da propriedade.

De fato, a propriedade não pode se transformar em

instrumento particular de banqueiros, com o qual venha a ser ultrajada a pessoa humana. Isto porque, não raro, os prepostos desse segmento da atividade econômica seduzem o devedor para lançar mão do crédito facilmente oferecido e, depois procuram, sem piedade, espoliá-lo. Não consideram as dificuldades momentâneas supervenientes e involuntárias por que passa às vezes o devedor, não se preocupando muito menos com o capital investido no bem por parte deste último, conseguido a duras penas.

Com efeito, não se concebe que o Poder Judiciário possa continuar assistindo passivamente a esse estado de coisas, limitando-se à aplicação fria do texto legal; e, paralelamente, abdicando de sua independência no ato de julgar, à medida que lhe cumpra apenas observar tão-somente requisitos preestabelecidos, como é o caso do artigo 3°, *caput*, do decreto-lei em comento.

A referida norma do artigo 3° ora debatido rompe frontalmente com a orientação dominante, do direito positivo, que apenas estabelece ser lícito ao juiz conceder liminarmente, ou após justificação prévia, a medida cautelar, sem ouvir o réu, e isto nas situações em que este, sendo citado, vier a tornar ineficaz a providência provisória (art. 804 do Cód. de Proc. Civil). Esse mesmo princípio está consagrado em vários preceitos do direito positivo pátrio.

Além disso, o aludido texto de lei entra em rota de colisão com o disposto no artigo 42 da Lei n° 8.078, de 11/09/1990 – Código de Proteção do Consumidor -, cujos termos são os seguintes: "Na cobrança de débitos o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça".

Pois bem, dúvidas não há de que a pessoa cobrada por meio que não seja o ordinário, isto é, através do processo executivo regular, com citação para pagamento ou a nomeação de bens à penhora, ver-se-á submetida à situação de

constrangimento.

Realmente, se o devedor fiduciante detém a expectativa legítima de direito sobre o bem dado em garantia fiduciária, não seria justo que ele não pudesse aliená-lo a outrem, quando parte de seu capital se encontra incorporado no mesmo.

Acontece que, feita essa alienação a outrem, e uma vez sobrevindo repentina modificação na situação econômico-financeira dos envolvidos nessa transação comercial, ambos os negociantes ver-se-ão submetidos ao constrangimento encerrado no desapossamento súbito do bem, aliado ao estremecimento de sua credibilidade no meio social em que vivem. Essa mesma situação ocorre ainda que o bem não chegue a ser alienado a outrem.

Aliás, o Código de Proteção do Consumidor, que é muito posterior à Lei nº 4.728/65 (art. 66) e ao Decreto-lei nº 911/69, estatui incisivamente que:

> *"ART.53 - Nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas* ***alienações fiduciárias em garantia****, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que,* ***em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado****" (sem grifos no original).*

E, ainda:

> *"§ 2 - Nos contratos do sistema de consórcio de produtos duráveis, a compensação ou a restituição das parcelas quitadas, na forma deste artigo, terá descontada, além da vantagem econômica auferida com a fruição, os prejuízos que o desistente ou inadimplente causar ao grupo".*

Curiosamente, ao se deferir LIMINARMENTE a busca e a apreensão do bem, objeto do contrato em questão, nada mais se estará fazendo senão a concessão da tutela antecipada de resolução do contrato e a retomada indireta do produto alienado, com a perda subjacente das prestações até então pagas. Isto fere o direito do consumidor.

Conseqüentemente, a concessão da liminar para a busca e a apreensão de bens dados em garantia fiduciária submeter-se-á a juízo prévio de valor, atentando-se para a defesa do legítimo interesse do consumidor/devedor fiduciante.

A norma em comento fora derrogada tacitamente pelo advento do Código de Proteção do Consumidor, haja vista o disposto no artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil – Decreto-lei nº 4.657/42.

CONCLUSÃO:

A norma contida no artigo 3º, *caput*, do Decreto-lei nº 911, de 01/10/1969, que trata da decretação liminar da busca e da apreensão de bem, objeto de contrato de alienação fiduciária em garantia, é manifestamente incompatível com as normas legais supervenientes, em especial com a Constituição Federal de 5 de outubro de 1998 e com o Código de Proteção do Consumidor – Lei nº 8.078, 11/09/1990.

Araguari, 1º de fevereiro de 1998.

Epaminondas da Costa

Promotor de Justiça no Estado de Minas Gerais

1 - Processo nº 024969000371 - DATA: 30.12.96 – Comarca da Capital – Juízo de Vitória – Autora: Nova Fronteira Agrícola S.A. – Réu: BANESTES S/A – Em CD-ROM INFORMA JURÍDICO, VERSÃO 12, DA PROLINK PUBLICAÇÕES.

Márcio Flávio Mafra Leal

Do ponto de vista material, o direito ao meio ambiente sadio, limpo e ecologicamente equilibrado, tem por titular uma comunidade de pessoas que o usufruem necessariamente nesse contexto coletivo e por isso considera-se um direito difuso.

Os direitos difusos vêm sendo positivados nas novas constituições, como a espanhola de 1978,[1] a portuguesa de 1976[2] e a brasileira de 1988. Cuidam basicamente da preservação ambiental e cultural, do direito dos consumidores, das minorias étnicas e sociais. Em outros países, os direitos difusos, apesar de não estarem formalmente na constituição, materialmente possuem índole constitucional, por expressarem valores preponderantes nas estruturas democráticas contemporâneas, inscritos em documentos de relevância indiscutível como os *Civil Rights Acts* norte-americanos, o *Environmental Bill of Rights* de Ontário-Canadá, dentre outros.

Os direitos difusos - formalmente constitucionalizados ou não - são produtos, em síntese, de movimentos sociais que emergiram na virada da década de 50 para 60, representados por mulheres e negros norte-americanos e, em menor escala política, por ambientalistas e consumeristas.[3]

Os direitos dos consumidores e o direito ao ambiente sadio questionam basicamente a preponderância da lógica do mercado na sua visão de curto prazo na obtenção de resultados e de eficiência, característica do interesse econômico, porém deletéria de outros valores que, em longo prazo, acabariam por eliminar as vantagens econômicas já obtidas.[4] Neste

sentido, a idéia de preservação da natureza, que fornece a diversidade de elementos necessários para a vida humana, determinou uma reavaliação das práticas produtivas que não observassem as limitações dos recursos naturais. É difícil reunir todos os fundamentos para justificar a preservação ambiental, pois, além desses, entram elementos recreacionais, econômicos, humanitários, religiosos, estéticos, existencialistas, preocupações com a posteridade, entre outros.

Afinal, qual seria o conteúdo jurídico dos direitos difusos, especificamente do direito a ambiente sadio? Crê-se que se trata, em última análise de direito à vida no seu aspecto qualitativo ou, sinteticamente, de um direito à *qualidade de vida*,[5] expresso no sacrifício de vantagens econômicas imediatistas em nome da preservação de determinados valores, tais como o ambiente natural,[6] espaços culturais (históricos, estéticos, etc.), disponíveis para essas e futuras gerações;

No plano da titularidade, a nota marcante dos direitos difusos é a sua transindividualidade. CAPPELLETTI asseverou há mais de vinte anos: "Nossa época, já tivemos oportunidade de ver, traz prepotentemente (sic) ao palco novos interesses 'difusos', novos direitos e deveres que, sem serem públicos no senso tradicional da palavra, são, no entanto coletivos: desses ninguém é 'titular', ao mesmo tempo que todos os membros de um dado grupo, classe ou categoria, deles são titulares."[7]

O art. 81, único, I da Lei 8.078/90 considera *direito difuso* os "transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato."

Praticamente toda a definição legal refere-se ao problema da titularidade do direito que, sinteticamente, quer dizer que o direito não tem titularidade determinável no plano individual e sua violação atinge indiscriminadamente toda comunidade.

BENJAMIN denomina a transindividualidade

também sob o nome de *comunialidade*, traduzindo provavelmente do inglês *commonality*, isto é, condições "que aparecem quando a qualquer cidadão é lícito utilizar determinados bens (também comunais) e ninguém - nem mesmo o Estado - tem poder para excluir a sua utilização por quem quer que seja." O autor, então, cita dois princípios que podem ser aplicados à transindividualidade: "o *princípio da indivisibilidade dos benefícios* (a utilidade do bem não é divisível entre os que o utilizam, impossibilitando a sua apropriação com exclusividade) e o *princípio da não-exclusão dos beneficiários* (nenhum dos membros do grupo pode ser excluído de seus benefícios a não ser que todos o sejam igualmente)." [8]

Como visto, não há como conceber o direito ao ambiente preservado na esfera de disponibilidade de *um* indivíduo, a exemplo dos tradicionais direitos obrigacionais e de propriedade. Nesse aspecto, é que se faz necessário lançar mão de um esquema de legitimação extraordinária para judicializar tais direitos difusos, pois, do contrário, jamais seriam apreciados pelo tribunal.

A definição de *ambiente* como *um direito* é bastante complexa. De um lado, reivindica-se a natureza de direito subjetivo e mesmo *personalíssimo,*[9] para esse bem. Por outro lado, entende-se que quem recebe proteção jurídica não é o indivíduo, mas o próprio ambiente, e por conseqüência, a comunidade que habita e se serve desse ambiente para sua sobrevivência e desenvolvimento. A noção é que o *meio ambiente* é, por assim dizer, *personificado*, a fim de que seja protegido judicialmente, subvertendo a tradição jurídica de atribuição de direitos a *sujeitos* e não a *objetos*.

Quer-se demonstrar, por igual, um certo grau de artificialidade em se atribuir o direito ao ambiente a um *titular*. Por exemplo, pode-se promover uma ação coletiva para a preservação de uma espécie da fauna ameaçada de extinção (v.g. um inseto daninho), coibindo determinadas práticas que

resultem no seu extermínio. Mas pode ocorrer que essa preservação seja indiferente para a maioria dos membros da comunidade concreta, embora em seu nome a ação seja proposta. Entretanto, a preservação de qualquer espécie da fauna é valor consagrado formalmente na Constituição Federal brasileira, em seu art. 225, p.1o., VII.[10]

Todo esse desenvolvimento redunda na conclusão de que o direito ambiental titularizado individualmente (ainda) não existe no Brasil: nenhuma norma definiu qual o conteúdo desse direito no plano individual, a fim de que se possa estabelecer uma tutela também individual com um pedido específico em ação judicial própria que proteja efetivamente tal direito.[11]

Exemplificando, quando se sofre um dano decorrente de um fato ambiental e o indivíduo ajuiza uma ação indenizatória, o fundamento da ação não será com base em direito ambiental, pois dessa causa de pedir não sobressai pedido deduzível a título individual. O indivíduo, nesse caso, demonstrará seus danos (pessoais ou patrimoniais) com base na responsabilidade civil comum, que lhe confere um direito patrimonial e individual.

Convivendo em um ambiente poluído, o indivíduo só poderá lançar mão da ação popular ou representar para que algum autor coletivo promova as medidas judiciais adequadas. Caso esse mesmo indivíduo resolva pedir uma indenização, esta terá por fundamento, repita-se, na responsabilidade civil e o valor a ser indenizado reverterá ao seu patrimônio pessoal. As conseqüências da coisa julgada beneficiarão o ambiente, mas o fundamento e o pedido dizem respeito a direito obrigacional.

Os fundamentos da ação coletiva e os da ação individual, nesse caso, são diversos, vale dizer, uma ação requer uma indenização baseada em direito ambiental, sendo o titular do direito material uma *comunidade* e o dinheiro

arrecadado jamais é revertido para os indivíduos. A outra ação (individual), tem por fundamento prejuízos ao *patrimônio ou à pessoa*, e não a um suposto *direito ambiental pessoal*. Apura-se esse dano por intermédio dos mecanismos de responsabilidade civil comum, sendo o titular do direito material o indivíduo e o dinheiro revertido ao seu patrimônio.

CONCLUSÃO

1. Não há - ainda - direito ambiental individualmente tutelável judicialmente no Direito brasileiro.

2. Por conseqüência, a titularidade do direito ambiental é atribuível tão-somente à comunidade.

1 Cf. principalmente os arts. 39 e seguintes.

2 Especialmente o art. 58 e seguintes.

3 YEAZELL, Stephen C. *From Medieval Group Litigation to the Modern Class Action*. New Haven and London, Yale University Press, 1987, pg. 243.

4 Não sem propósito a inserção da "defesa do meio ambiente" como princípio geral da atividade econômica, conforme o art. 170 da Constituição brasileira de 1988.

5 Veja-se o conceito de *qualidade de vida* oferecido por Ramón Marín Mateo: "*La calidad de vida, por tanto, que aquí nos interesa, habrá de funcionar como parámetro definitorio de las condiciones mínimas que debe tener el medio físico, entendido éste en un sentido amplio, para que cumpla con las condiciones queridas por el legislador en un momento histórico determinado, relacionándose con los recursos naturales [...]. No quieres decirse con esto el que los estándares utilizables para medir la influencia de los elementos reflejen exclusivamente informaciones materiales - estado de las aguas, de la atmosfera, etc. -; pueden estar implicados sensaciones sicológicas, estéticas o estados anímicos - belleza del paisaje, tranquilidad del entorno, equilibrio natural - [...]. Las sensaciones y satisfacciones que consideramos suponem el previo atendimento por parte del Estado de las necesidades básicas - alimentación, vivienda, salud, educación - que deben estar cubiertas por servicios públicos adecuados que lleguen a los sujetos que no estén en condiciones de proveerse por sí de los recursos precisos.*" *Apud* FIORILLO,

Celso Antonio, RODRIGUES, Marcelo Abelha e NERY, Rosa Maria Andrade. *Direito Processual Ambiental Brasileiro.* Belo Horizonte, Del Rey, 1996, pg. 32.

6 Conceito legal de ambiente (art. 3o. I, da Lei 6.938/81): "é 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."

7 CAPPELLETTI, Mauro. *Formações Sociais e Interesses Coletivos diante da Justiça Civil.* Revista de Processo, n. 5, jan/mar 1977, pg. 135.

8 Op. cit. pg. 84. Frise-se, incidentalmente, que os critérios citados pelo autor corresponde aos empregados pelos economistas para caracterizar os chamados "bens públicos". Cf. PIERCE, David. *The MIT Dictionary of Modern Economics,* Cambridge, 1986, p. 347, verbete "*public good*".

9 MARTINS & BETTIOL (op. cit. pg. 33): "(...) o meio ambiente é mais um direito personalíssimo constitucionalmente assegurado ao indivíduo."

10 Art. 225, p. 1o. VII: "(...) incumbe ao Poder Público (...) proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade."

11 Sobre o debate em torno da existência de um direito ambiental titularizável no plano individual, cf. o interessante artigo de CORRIVEAU, Yves. *Citizen Rights and Litigation in Environmental Law NGOs as Litigants: Past Experiences and Litigation in Canada.* In Environmental Rights: Law, Litigation & Access to Justice. Edited by Sven Deinmann & Bernard Lyssli, London, Cameron May, 1995.

DA ESTÉTICA URBANA E DO DIREITO À PAISAGEM

Antonio Carlos Brasil Pinto
Promotor de Justiça em Santa Catarina

A estética urbana se constituiu em constante preocupação dos povos civilizados e se encontra inserida na temática do moderno Urbanismo, não só em relação às edificações, como também no pertinente às construções, incluindo o significado técnico diverso dos dois vocábulos.[1]

Portanto, o Urbanismo não visa, apenas, à obra de utilidade, mas cuida do contexto em que estão inseridas; *"dos aspectos artísticos, panorâmicos, paisagísticos, monumentais, históricos, de interesse cultural, recreativo e turístico da comunidade".*[2]

Especificamente sobre o tema, a manifestação jurisprudencial, Agravo de Instrumento nº 4.212, da Capital, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina:

> Agravo de Instrumento. Ação Civil Pública. Propositura pelo Ministério Público. Proteção Ambiental. Possibilidade de danos a bens de direitos de valor estético, turístico e paisagístico. Obras em desconformidade com as restrições impostas ao local. Embargo liminar. Pressupostos evidenciados. Concessão. Recurso improvido.[3]

Esses bens encontram-se sob a proteção do Poder Público, tanto em relação ao teor do art. 180, da Constituição Federal, como em razão das demais e expressas referências constitucionais sobre o patrimônio cultural brasileiro em todas as suas manifestações, sejam artísticas, históricas,

paisagísticas ou turísticas, eis que catalogados como patrimônio público, nos termos do art. 1°, '1°. da Lei 4.717/65, que trata da Ação Popular.

Por outro lado, a referência à proteção estética da cidade e de seus arredores, enseja, como é obvio, a proteção e preservação de vistas panorâmicas, das paisagens naturais, e dos locais de particular beleza, seja em relação ao seu estado natural, combatendo os óbices privados à visibilidade e acesso, assim como traduz garantia contra a desconfiguração de reservas naturais, ou sítios de lazer que compõem o patrimônio turístico de uma cidade, de um Estado-membro ou da Nação, às vezes de forma tão notória e mesmo assim tão insanamente agredido.

Vale ainda referir que tanto em sede de proteção paisagística, monumental, histórica, artística, cultural enfim, insere-se a competência municipal, na justa medida do interesse local na preservação de sítios que representam recreação espiritual e fator cultural da população, ou recantos da Natureza que signifiquem algo digno de preservação, tanto por si só, quanto por relembrarem fatos notáveis ou edificantes do seu povo.

Chama a atenção do intérprete a evidência de que é impossível a formulação de uma definição ou conceito jurídico do que venha a ser lugar, paisagem ou monumento natural. A doutrina, com destaque para a francesa, esmera-se por demonstrar tal impossibilidade, assim como para sublinhar que ao legislador cabe fazer referência ao princípio legal de sua existência, caracterizado como interesse geral e portanto público, princípio aliás fartamente inserido na legislação brasileira, consoante o verificado ao longo do presente estudo.[4]

Questão relevante daí derivada, diz respeito ao direito à paisagem, tema aliás escassamente abordado pela doutrina jurídica nacional.

Marcus Polette, assim discorreu sobre a paisagem:[5]

> Paisagem pode ser definida como um sistema territorial integrado por componentes e complexos de diferentes amplitudes formados a partir da influência dos processos naturais e da atividade modificadora da sociedade humana, que se encontra em permanente interação e que se desenvolvem historicamente. Atualmente, esta adquire importância em diversas linhas de pesquisas, bem como é utilizada em diferentes escalas espaciais de compreensão por meio de relações sociais, econômicas, culturais e ecológicas. [...] GOBSTER & CHENOWTH (1989); KENT (1993) apud CARVALHO-MARENZI (1996), analisam que a paisagem pode ser entendida nas suas dimensões físicas, referentes aos elementos ambientais e sua relação: nas relações artísticas, relacionadas ao aspecto da composição, resultando na harmonia de sua forma física; e nas suas dimensões psicológicas, relativas ao impacto mental que pode causar nos observadores. [...] Na Pequena Enciclopédia Soviética, vol. 5, p. 350, apud BERNALDEZ (1981), o termo paisagem já possui uma conotação culta e científica sendo assim descrita: " Porção da superfície terrestre, provida de limites naturais, onde os componentes naturais (rochas, relevo, clima, águas, solos, vegetação, mundo animal) formam um conjunto de interação e interdependência. [6]

Polette também procura realçar que os desdobramentos em relação à gestão da paisagem

ultrapassam as questões puramente estéticas ou relacionadas à percepção ou ao sentimento:

> Na realidade, a paisagem atualmente é uma unidade cultural e econômica, pois possui estrutura e função definida e suas mudanças ocorrem justamente pela ação antrópica, que é o resultado da cultura absorvida pelo ser humano no espaço em que está integrado. Portanto, no processo de gestão ambiental seja nas áreas costeiras ou continentais, a abordagem da paisagem é essencial para compreendermos a relação do homem com a utilização racional, ou não, do solo, e das águas. A paisagem ao longo da história da humanidade é uma entidade complexa para se analisada pois ultrapassa simplesmente questões ligadas à percepção ao sentimento, ou ainda as concepções estéticas, culturais, ecológicas e até mesmo políticas. Deve ser continuamente analisada e discutida pelo homem, que é ao mesmo tempo, observador, bem como agente das mudanças que ali se evidenciam.[7]

Silvio Soares de Macedo formula a seguinte e alentada lição:

> A Paisagem é considerada então como um produto e como um sistema; como um produto porque é resultado de um processo social de ocupação e gestão de um território; e como um sistema, na medida que a partir de qualquer ação sobre ela impressa, com certeza haverá uma reação correspondente, no caso equivalendo ao surgimento de uma alteração morfológica parcial ou total. [...] A cada

paisagem, a cada lugar então atribui-se três tipos de qualidade, que seriam: 1. Ambiental — que mede as possibilidades de vida e sobrevida de todos os seres vivos e de suas comunidades nele existentes. 2. Funcional — que avalia o grau de eficiência do lugar no tocante ao funcionamento da sociedade humana. 3. Estética — valores com características puramente sociais, que cada comunidade em um momento do tempo atribui a algum lugar.[8]

No mesmo trabalho, Silvio Soares Macedo discorreu sobre o valor paisagístico, aduzindo o seguinte:

No caso específico deste estudo, entende-se por valor paisagístico aquele atribuído a um local, pelo consenso de toda a sociedade ou de um de seus grupos, e que identificam para um desses conjuntos sociais este lugar em relação aos demais. Podem ser arroladas como qualidades definidoras de valor paisagístico de um determinado espaço os seguintes atributos:

— Estética — um atributo totalmente dependente dos padrões culturais da sociedade em um determinado momento histórico e que realmente influi na determinação destes valores. A apreciação de cenas marinhas (hoje um mito turístico) com certeza não era um hábito nos tempos da Idade Média, quando grande parte da população considerava de um modo hostil as regiões costeiras [...].

— Afetividade — uma comunidade convivendo por longo período com algumas estruturas

morfológicas aparentemente muito estáveis, como por exemplo um morro florestado, um conjunto de velhos edifícios ou de praças verdejantes, incorpora tais estruturas ao seu cotidiano e pode em um momento, ocorrer uma mudança drástica de sua configuração. Esta comunidade irá se opor a tal ação em função da necessidade de conservação do seu espaço conhecido. Este valor, no caso, pode não ter nenhum significado para outras comunidades, ou nenhuma característica de excepcionalidade para o Estado e para a Nação, podendo ser por muitas vezes o fator de impedimento de um determinado tipo de desenvolvimento econômico [...]

— Simbolismo — um valor atribuído a um lugar, ou a um edifício, ou a um conjunto de edifícios, nos quais um evento social cívico ou religioso se efetivou em algum momento da história da comunidade ou marcou uma conquista material. [...] a muitos desses lugares, entretanto, não é atribuído, *pelo todo da comunidade um grande valor estético[...].*[9]

A Constituição Federal de 1988 materializou quatro referências sobre o assunto, a saber:

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

[...]

V — os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, *artístico, arqueológico,*

paleontológico, ecológico e científico. (original sem grifos).

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

[...]

III- proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico, cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis *e os sítios arqueológicos; (original sem grifos)*

Art. 24 — Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

[...]

VII — proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico*; (original sem grifos)*

VIII — responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; *(original sem grifos)*

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:

[...]

LXXXIII — qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise 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 ônus da sucumbência; (original sem grifos).*

Na legislação ordinária federal, referências são encontradas no artigo 1°, do Decreto-Lei n° 25, de 30 de novembro de 1937, que organizou a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, artigo 1°, da Lei 7.347/85, que disciplina a Ação Civil Pública e artigo 1°, da Lei 6.513/77, que dispõe sobre a criação de Áreas Especiais e de Locais de Interesse Turístico.

Eis a redação do Decreto-Lei 25/37:

Art. 1° — Constitui o patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto dos bens móveis e imóveis, existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico.

[...]

' 2° — Equiparam-se aos bens a que se refere o presente artigo e são também sujeitos a tombamento os monumentos naturais, bem como os sítios e paisagens *que importe conservar e proteger pela feição notável com que tenham sido dotados pela natureza ou agenciados pela indústria humana. (original sem grifos)*

Preconiza o artigo 1°, da Lei 7.347/85:

Art. 1° — Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações

de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados ;
[...]
III — a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Estabelece o artigo 1º, da Lei 6.513/77:
Art. 1º — Considera-se de interesse turístico as Áreas Especiais e os Locais instituídos na forma da presente lei, assim como os bens de valor cultural, protegidos por legislação específica e especialmente:
[...]
V — as paisagens notáveis.*(original sem grifos)*

Resta indagar se este restrito quadro normativo é suficiente para alicerçar um direito à paisagem.

Em primeiro lugar, é necessário destacar a distinção elaborada pela doutrina jurídica francesa entre direito à paisagem e direito da paisagem.

Analisando a primeira categoria e buscando caracterizá-la, Jacqueline Morand-Deviller alude à origem puramente artística do direito à paisagem:

> L'émergence d'un droit au paysage a pour origine la sensibilisation à cette notion dont les initiateurs seront les artistes: peintres maîtrissant les règles de la perspective e refusant de réduire le paysage au rôle de faire-valoir, effacé devant le portrait ou la nature morte (le genre culminera avec l'Ecole de Barbizon et les impressionnistes); écrivais romantiques trouvant une inspiration lyrique dans um lac, un vue panoramique, les horizons

> lointains, tant et si bien que l'on a pu qualifier le XIX siècle de "siécle paysagiste".[10]

No curso do mesmo estudo, a autora busca caracterizar que o crescente interesse pela proteção da paisagem teve como ponto de partida uma analogia entre monumentos históricos e monumentos naturais, concluindo que os segundos, pouco a pouco, passaram a integrar o patrimônio nacional francês, merecedores então de proteção, haja vista os danos a ele impostos, em nome do progresso, por industriais e engenheiros.[11]

Nota-se, pois, que, de início, a preocupação francesa em relação à proteção da paisagem esteve calcada na noção de monumentalidade:

> Dès 1901, une Société pour la protection des paysages et de l'esthétique da la France est fondée. Sa première victoire sera le sauvetage de la cascade du Lizon (Doubs) qu'un industriel voulait canaliser.[12]

O passo seguinte no exemplo francês, embora recente, a partir da conscientização pública da necessidade urgente de proteger o valor paisagístico, foi a inserção de sua disciplina como integrante dos valores de interesse público, catalogados como direito e dever de todos:

> La promotion du paysage auprès des pouvoirs publics est, somme toute, récente. Elle a pour principale cause la socialisation de la notion, née elle-même de la prise de conscience par l'opinion publique de la fragilité des paysages et de l'urgente nécessité de les próteger. Parce que le nombre de ses sujets ne cesse de s'élargir, son champ d'aplication fait de même;

> le paysage urbain rejoint le paysage naturel et le paysage rural est une des principales composentes du patrimoine qualifié, sans aucune connotation péjorative, de "mineur". Devenu fait social, le paysage interpelle le juriste: "Le respect des paysages naturels ou urbains ainsi que du patrimoine sont d'intérêt public" (loi du 3 janvier 1977 sur l'architecture). Par ailleurs, il est logique que sa protection ne soit pas seulement um droit mais aussi um devoir.[13] (original sem grifos)

Não obstante, em relação ao objeto, a positivação legal da preocupação de proteger os valores paisagísticos, no caso francês, foi marcada por uma forte conotação elitista, já que a lei sobre o assunto, editada em 8 de janeiro 1993, refere que a normatização se aplica à hipótese de "territórios importantes por seu interesse paisagístico", dando a entender que sua aplicação ficaria restrita a espaços previamente selecionados.[14] Curiosamente, tal noção de importância, em termos paisagísticos, ao ser também positivada, através do Decreto nº 94-283, de 11 de abril de 1994, foi caracterizada pela abrangência e largueza, já que o aludido texto legal francês deixou de fazer referência a locais pré-estabelecidos para centrar a regulamentação em tópicos e características genéricas, como, por exemplo, a unidade e coerência territorial:

> Le décret du 11 avril 1994 sur les directives paysagères (art. 1°) donne quelques précisions sur les caractéristiques des territores remarquables. Leur intérêt est établi, notadamment "soit par leur unité et leur cohérence, soit par leur richesse particulière en matiére de patrimoine ou comme témoins de modes de vie et d'habitat ou d'activités et

de traditions industrielles, artisanales, agricoles et forestières".[15]

Verifica-se, então, que em matéria de resguardo dos valores paisagísticos, mesmo diante de legislação específica em sede de direito à paisagem, o caso francês aponta para a generalidade, tanto de sujeitos, porque o assunto é de interesse de todos, quanto do objeto da proteção, como demonstram os termos acima transcritos.

Outra é a tônica quanto a matéria é o direito da paisagem, porquanto este estará sempre associado ao direito de construir e à relação conflitiva que daí possa derivar — conflito entre construção em sentido amplo e paisagem —, e, especificamente, frente ao antagonismo da exploração de um pelo outro.

Voltando à hipótese francesa, desde logo chama a atenção que para dar aplicação concreta ao direito da paisagem frente ao direito de construir, estabeleceu o legislador, através da edição do Decreto nº 94-408, de 18 de maio de 1994, mecanismos oficiais de análise da oportunidade de inserção do projeto no meio ambiente e, sobremaneira, de seus efeitos, danos ou prejuízos em relação à paisagem. Nota-se aqui que a legislação passou a exigir a elaboração de um verdadeiro estudo prévio de impacto paisagístico, tal o detalhamento documental necessário à obtenção da autorização, razão da transformação do processo, e da sua instrução, em algo longo, particularizado e delicado, além de representar custos elevados para o peticionário.

Ao comentar o citado Decreto nº 94-408, de 18 de maio de 1994, no pertinente às exigências para obtenção da autorização para construir Jacqueline Morand-Deviller aduziu o seguinte:

La double préoccupation du législateur est d'exiger du maître d'ouvrage qu'il justifie la

> manière dont sont projet s'insère dans l'environnement et de donner à l'autorité responsable de la délivrance des permits des éléments lui permettant d'aprécier l"atteinte que le projet pourrait porter au paysage.[16]

Nos termos da legislação sob comento, o pedido de autorização para construir deve ser instruído com os seguintes documentos:

> planta de situação do terreno: planta da massa da construção a edificar ou a modificar, cotada em três dimensões: planta dos trabalhos exteriores e das plantações mantidas, suprimidas ou criadas; planta das fachadas; uma ou mais representações gráficas indicando o tratamento dos espaços externos; dois levantamentos fotográficos que permitam apreciar a inserção paisagística; um documento gráfico com o mesmo objeto; um estudo de impacto, com explicações que permitam analisar e justificar o impacto visual do projeto.[17]

A questão então é definir se o quadro normativo brasileiro presta-se para alicerçar um direito à e da paisagem.

Primeiramente é necessário sublinhar que o tema mereceu expressas referências constitucionais, valendo a menção de que a legislação ordinária sobre a questão é pretérita à edição da Carta Política de 1988. Fica evidente que as normas constitucionais que se referem tanto ao valor paisagístico, como bem ou direito, ou ao patrimônio paisagístico, são de aplicação e eficácia imediata.

Assim, dúvidas inexistem acerca da positivação jurídica de um direito à paisagem relacionado à sadia qualidade

de vida de todos, mormente frente à destinação dos instrumentos jurídicos e judiciais onde estão materializadas as aludidas referências legais, mais precisamente textos ordinários destinados ao restabelecimento de interesses coletivos e difusos fraturados, como no caso da ação civil, ou a dar guarida à proteção do patrimônio público, como na ação popular; ou ainda de garantia da proteção do patrimônio cultural brasileiro, na hipótese do Decreto-Lei 25/37.

Não obstante, tal elenco normativo não vem sendo bem utilizado, especialmente no que pertine aos seus desdobramentos administrativos, relacionados ao direito da paisagem.

Com efeito, ressalvadas algumas hipóteses de monumentalidade, verifica-se que junto ao poder público licenciante, prevalece a noção de que prescrições edilícias municipais relativas ao direito de construir ostentam prevalência, como direito líquido e certo, sobre valores paisagísticos que lhe sobrepujam.

Nota-se diariamente o incremento do desarranjo das cidades, calcado em autorizações oficiais, derivadas da aludida interpretação administrativa de que para construir basta o acatamento das prescrições edilícias municipais.

Por isso a constatação e o alerta doutrinário:

> Jorge Wilheim, São Paulo, Metrópole 65 (Subsídio para seu plano diretor), p. 52, referindo-se a São Paulo, declara: "Se examinarmos a realidade urbana de São Paulo, a ocupação do seu solo, a transformação da paisagem natural do sítio em paisagem cultural urbana, torna-se chocante a contradição entre possibilidade e realização.[...] Em lugar de uma cidade planejada para pleno usufruto de seu sítio e maior gáudio de seus fruidores,

encontramos uma metrópole sem caráter, feia, desnaturada, proporcionando a 4,5 milhões de habitantes uma vida dificílima e tensa; em lugar de um palco que simboliza as conquistas culturais da sociedade, encontramos 550 km² de especulação imobiliária, o paraíso dos loteamentos que violentaram a paisagem natural sem acrescentar-lhe valor humano algum". E hoje são mais de 10 milhões de habitantes.[18]

Interessante ainda a evidência, quase sempre deslembrada, que o arranjo paisagístico não favorece apenas e genericamente à população, porque resguardada a sua sadia qualidade de vida, mas também importa em ganhos e valorização patrimonial, porquanto um imóvel, um empreendimento, um ramo de negócio, valerá mais quando inserido num ambiente harmonioso e paisagisticamente equilibrado.

CONCLUSÕES

Urge imprimir maior especificidade ao direito da paisagem. Para tanto, considerando o teor das referências constitucionais a respeito e o conteúdo do elenco legal ordinário já existente, bastaria impor ao peticionário, tendo por base a massa da construção a implantar e o local de sua inserção, a exigência da obtenção de licenciamento ambiental para edificar, figurando como pré-requisito, a apresentação de relatório de impacto paisagístico.

[1]cf. MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Municipal Brasileiro: Malheiros, 6° ed. 2° tiragem, 1993, p. 416, nota de rodapé n° 64. "Edificação e construção têm significado técnico diverso: construção é o gênero abrangente de toda obra imobiliária,

qualquer que seja a sua destinação; edificação é a espécie destinada ao uso humano, tal como habitação, trabalho, ensino, recreação, culto etc Assim, toda realização em imóvel é construção, mas nem sempre é edificação: uma ponte, uma usina, uma estrada, um estábulo, um muro são construções, mas não são edificações; edificação é a casa, o edifício de apartamentos, a escola, o hospital, a repartição pública, o templo etc. Essa distinção é normalmente feita nos códigos de obras, que cuidam genericamente da construção e especificamente da edificação".

[2]ibidem

[3]Acórdão prolatado no Agravo de Instrumento n. 4.212, da Capital, Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, Relator Des. Volnei Carlin, publicado no Diário da Justiça n. 7.481, de 17.3.88, p. 12.

[4]DESPAX, Michel. Droit de L'environnement. Paris,: Librairies Techniques, 1980, p.487. "Il n'existe pas de définition juridique précise du site ou de l'espace naturel. Le legislateur a seulement posé le principe qu'il existait un certain nombre de "monuments naturels et de sites dont la conservation ou lá préservation présentent, du point de vue artistique, historique, scientifique, légendaire ou pittoresque, un intérêt général" (L. 2 mai 1930). La doctrine s'est efforcée de poser quelques définition. C'est ainsi que P. de Gorsse (1) exprime, très justement, l'opinion suivant: " par paysage, il faut entendre une portion de territoire dont les divers éléments forment un ensample pittoresque ou esthétique par la disposition de se éléments ou les formes, l'effet de ses couleurs. Par site, il convient de désigner une portion de paysage d'aspect particulièrment interessant. Par monument naturel, on comprend un group d'élément dus à la nature, tels que rochers, arbres, sources, bouleversements du sol, accidents géologiques ou autres qui, séparément ou ensamble, forment um aspect digne d'attention. Un paysage peut renfermer des éléments puraments naturels, ou bien

englober dans son ensable des oevres d'home telles que constructions, ruines, églises, silhouettes diverses, et même ensemble urbain".

[5]Pesquisador da UNIVALI/FACIMAR-SC- Doutor em Ecologia e Recursos Naturais —UFSCar. Especialista em Geranciamento Costeiro.

[6]POLETTE, Marcus. Gerenciamento costeiro integrado: proposta metodológica para a paisagem litorânea da micorbacia de mariscal munípio de Bombinhas (SC) — Brasil. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ecologia e Recursos naturasi do Centro de Ciêncais Biológicas e da Saúde da Universidade de São Carlos —SP, como parte dos requisitos para obtenção do título de Doutor em Ciências, área de concentração em Ecologia e Recursos Naturais. 1997. Inédito, p. 62 e 64.

[7]POLETTE, Marcus. Paisagem: uma breve reflexão sobre um amplo conceito. Florianópolis, 1997: Artigo inédito, sd. sp.

[8]MACEDO, Silvio Soares. Paisagem, urbanização e litoral. Do Éden à cidade. Tese apresentada para concurso de livre-docência junto à Faculdade de Arquitetura e Urbanismo da Universidade de São Paulo. São Paulo: jan 1993, p. 11-12.

[9]id. p. 15. — Em complemento, aduz o Macedo: "Tal caracterização nos permite compreender e justificar os fatores que levam a população no seu cotidiano a adotar este ou aquele ponto ou lugar como um marco paisagístico significativo. É o caso, por exemplo, da cidade do Rio de Janeiro que, situada em meio a uma Serra e junto à Baia de Guanabara, tem sua zona sul e o espaço situado no entorno da referida baía considerados como marcos paisagísticos significativos como os morros do Pão de Açucar, Corcovado e Gávea (fatores: simbólico, estético e de excepcionalidade) e, o conjunto urbano

da Cinelância na área central da cidade (fator estético). Por todo o país, de Estado a Estado, alguns "objetos" e pontos são então destacados pelo consenso popular ou pela mídia e podem ser considerados valores paisagísticos locais ou nacionais". ibidem.

[10]MORAND-DEVILLER, Jaqueline. (Professeur à l'université Paris I (Panthéon-Sorbonne) — Environnement et paysage. AJDA. L'Actualité Juridique Droit Administratif. Paris: nº 9-20, septembre 1994, p. 589.

[11]ibidem — "A l'instar des monuments historiques, les monuments naturels sont plus em plus perçus comme partie intégrante du patrimoine national, un patrimoine menacé par les outrages que les industiels et les ingénieurs, ou nom du progrès, lui infligent".

[12]ibidem

[13]ibidem.

[14]id. p. 591. — "Dans la loi du 8 de janvier 1993, la conception de l'objet paysage reste élitiste: les nouvelles dispositions ne s'aplliquent qu'à "des territories remarquables par leur intérêt paysager".

[15]ibidem

[16]id. p. 593.

[17]Tradução livre do autor. O texto original: "Le dossier de demnade de permis de construire doit comprendre les documents suivants (art. R.421-2 du Code de l'urbanisme modifié): plan de situation du terrain; plan de masse des constructions à edifier ou à modifier, coté dans les trois dimensions; plan des travaux extérieurs et des plantations maintenues, supprimées ou créées; plan des façades; une ou plusieurs vues en coupe précisant l"mplantation et indiquant le

traitement des espaces extérieurs; deux documents photografiques ou moins permettant d'apprécier l'insertion pausagère (les photomontages, coûteux et souvent tompeurs, ne sont pas exigés); un document graphique ou moins répondant à ce même objet; l"étude d'impact lorsqu'elle est exigée et, principale nouveauté, une notice explicative permettant d'aprécier et de justifier l'impact visuel du projet". id. p. 593.

[18]Apud SILVA, José Afonso da. Direito urbanístico brasileiro. 2º ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995. p. 274, nota nº 4.

LICENCIAMENTO AMBIENTAL COMO PROCESSO ADMINISTRATIVO: A PARTICIPAÇÃO DO PODER PÚBLICO, DA COLETIVIDADE E DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DO MEIO AMBIENTE

Raimundo de Jesus Coelho de Moraes[1]

"A legitimidade das decisões políticas é função não somente de sua pertinência, mas igualmente do processo pelo qual foram tomadas. Aqueles a quem se solicita suportar os riscos, tiveram ocasião de dizer se eles o julgam aceitáveis?" [2]

I - Justificativa: 1. Introdução; 2. A necessidade do desenvolvimento da função administrativa ambiental; 3. A processualidade no âmbito da função administrativa; 4. O processo administrativo e o licenciamento ambiental: 4.1. Licenciamento Ambiental e Estudo Prévio de Impacto Ambiental; 4.2. Sujeitos do processo administrativo de licenciamento ambiental; 4.2.1. A participação do Poder Público no processo administrativo de licenciamento ambiental; 4.2.2. A participação da Coletividade no processo administrativo de licenciamento ambiental; 4.2.3. A participação do Ministério Público em defesa do meio ambiente no processo administrativo de licenciamento ambiental*; II - Conclusão.*

I - JUSTIFICATIVA

1. Introdução

A tese versa sobre a processualização no âmbito da função ambiental administrativa, especialmente do processo de licenciamento ambiental. Identificam-se os contornos gerais do processo de tomada de decisão ambiental e algumas conseqüências para atividade da Administração Ambiental e das partes necessárias, como o Ministério Público e as associações civis legitimadas.

Considerando-se que a responsabilidade de defesa do meio ambiente é do Poder Público - neste âmbito não somente do órgão licenciador ambiental, mas de toda a Administração - e também da coletividade, buscou-se desenvolver os aspectos da garantia do atendimento dessa relação focalizando-a no processo de licenciamento ambiental, considerando-se que este é um procedimento cotidiano de tomada de decisão ambiental.

Também deve ser advertido que estas reflexões são realizadas tendo por pano de fundo a realidade amazônica, onde nas últimas décadas a desorganização promovida pelo próprio Estado diretamente ou por meio de incentivos fiscais, além das condições peculiares da região, dificultam sobremaneira a atuação em defesa do meio ambiente.

2. A necessidade do desenvolvimento da função administrativa ambiental

O desenvolvimento da defesa jurídica do meio ambiente no Brasil é um fato inegável, seja no campo legislativo, seja na implementação das normas, não obstante o muito que ainda é necessário realizar para atender o mandamento constitucional inscrito no art. 225 da Constituição da República

e os princípios da Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento [3].

No entanto, na implementação, essa evolução é caracterizada por um desequilíbrio: no âmbito da função ambiental jurisdicional, apesar dos problemas que ainda se apresentam, têm-se um razoável acervo de trabalhos, jurisprudência e legislação que facilitam o exercício dessa função e o debate que segue no seu aperfeiçoamento. Resta, porém, o desenvolvimento da atividade de defesa no âmbito da função administrativa, apesar do esforço que vem sendo realizado. É nesse âmbito que se pretende incursionar para oferecer uma pequena contribuição a esse esforço[4].

Sabe-se que a mais proveitosa atuação na proteção jurídica do meio ambiente é a de caráter preventivo. Sem desconsiderar a importância da repressão e da reparação do dano, na prevenção é onde os esforços vão gerar os maiores sucessos [5].

Apesar de se poder realizar também por meio de instrumentos judiciais, como a ação civil pública e a ação popular, os melhores resultados se colhem efetivamente quando ocorrem ações eficazes no âmbito administrativo. É, assim, no exercício da função administrativa ambiental que se pode melhor realizar a prevenção.

Desde já pode-se firmar que o exercício da função administrativa ambiental deve ocorrer regra geral por meio de processos administrativos, especialmente o processo de licenciamento ambiental.

3 - A processualidade no âmbito da função administrativa

Não é pacífico o entendimento de ocorrência do processo fora do âmbito judicial ou jurisdicional. Esse posicionamento - defendido pela teoria da processualidade

ampla[6] - reconhece que a exigência do processo ocorre em todos os escaninhos do Estado, como limites ou crivos da manifestação do poder estatal, das funções estatais. Daí sua ocorrência necessária nas três funções básicas do Estado: na função judicial, na legislativa e na administrativa[7].

A processualidade no âmbito administrativo se traduz na necessidade de regular o exercício da função estatal administrativa com as garantias básicas inerentes ao processo: o contraditório, a ampla defesa, a oficialidade ou impulso oficial, a verdade real, em suma, as garantias baseadas na racionalidade e viabilizadoras da defesa do interesse público [8].

As finalidades do processo administrativo são atingidas com a realização do devido processo legal: eficácia, legitimação, legalidade, moralidade, impessoalidade, transparência, racionalidade, controle, participação (informação adequada e a oportunidade de ser ouvido antes da decisão), publicidade, garantindo-se assim efetivação dos princípios relativos ao funcionamento da Administração Pública.

Os sujeitos da relação processual administrativa: a Administração, o particular, o servidor, o órgão público perante a Administração. Adiante, sobre o caso específico do licenciamento ambiental, são apresentados comentários mais detalhados. Por ora se ressalta somente que, via de regra, há uma pluripessoalidade, caracterizando-se também uma multiplicidade de interesses a serem compostos.

Ora, para atender esses interesses e atingir a "prestação administrativa" (no caso a implementação ambiental) é efetivamente o processo a melhor via. É por meio dele que se pode regular a melhor atuação da atividade administrativa (da função administrativa) que deve buscar atender não só o interesse público mas os demais interesses, coletivos e privados, em suma, o rol de interesses que, não raro, se apresentam para a composição da decisão.

A evolução do processo administrativo vem se firmando com o aumento do volume e da importância das atividades da Administração e com a necessidade de preservação das garantias do cidadão em uma sociedade marcada por profundas transformações[9]. Criaram-se, assim, as condições para a exigência do devido processo legal na regência dos atos que antecedem a edição de uma decisão administrativa.

Há, por outro lado, uma relevância inegável neste desenvolvimento, especialmente no quadro geral de reforma e na definição de novos papéis ao Estado, nos debates que se realizam hodiernamente.

No Brasil, apesar de não existir uma lei geral que trate do processo administrativo, há fundamentos constitucionais para se concluir nesse sentido:

> *Art. 5º. (...)*
>
> *LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;*
>
> *LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;*

Logo, no âmbito da função administrativa do Estado devem ser observadas as regras do processo, conseqüência do desenvolvimento racional do direito administrativo e processual.

4 - O processo administrativo de licenciamento ambiental

As atividades desenvolvidas pelos órgãos

ambientais ainda merecem tratamento mais minucioso tanto do legislador como da doutrina. São muitos os problemas identificados no âmbito da função administrativa ambiental, em especial no licenciamento.

Apesar da edição da novíssima Resolução Conama nº 237/97, de 19.12, dispondo sobre licenciamento ambiental, ainda não se vê o tratamento adequado. Tal norma, marcada por uma visão restritiva do processo de licenciamento ambiental, não institui expressamente o contraditório, como reivindicado neste trabalho[10].

As exigências mínimas de racionalidade e bom senso muitas vezes são desprezadas no exercício dessa importante atividade da gestão ambiental - para não falar de ilegalidades cometidas. Exemplos desses problemas: quase sempre não se definem prazos, salvo os mais gerais, com evidentes prejuízos aos interessados; não são constituídos os autos do processo, com a reunião e a numeração cronológica de todos os documentos, permitindo-se o acesso seguro, a publicidade, a legalidade e a transparência administrativa; não são elaborados roteiros de consulta aos órgãos que possuem informações, nem uma sistematização que oriente a coleta de informações que possam ser instrumentalizadas para auxiliar na tomada de decisão.

Todos esses problemas estão relacionados, quase sempre, com a ausência da implementação do necessário processo administrativo ambiental. São, também, decorrentes de deficiências legislativas ou normativas que acabam por dificultar o desempenho da função administrativa em geral e da ambiental, em particular.

4.1. Licenciamento Ambiental e Estudo Prévio de Impacto Ambiental

Em decorrência disso, também muitas vezes se

confunde o processo de licenciamento ambiental com o Estudo Prévio de Impacto Ambiental e o seu respectivo Relatório de Impacto Ambiental, conhecidos como EPIA/RIMA, em evidente descompasso que causa prejuízo a ambos e ao resultado desejado [11].

Na verdade, o processo de licenciamento é - ou deve ser - a atividade realizada pela Administração Ambiental com o objetivo de proceder à tomada de decisão da forma mais racional, técnico-científica, pública e transparente possível. Já o EPIA e o RIMA são alguns dos instrumentos para se alcançar este objetivo, nos casos em que assim se estabelece como necessário, considerando-se a complexidade e os riscos de *causar significativa degradação do meio ambiente* [12].

O processo de licenciamento, portanto, é o continente; e o EPIA é o conteúdo qualificador. A relevância inegável deste instrumento[13] não pode, no entanto, descaracterizar ou impedir o desenvolvimento do processo de licenciamento ambiental. Pelo contrário, deve-se frisar que o desenvolvimento desses instrumentos (EPIA e RIMA) deve ocorrer *pari-passu* com o aprimoramento da processualização da função administrativa, sob pena de prejuízos mútuos.

4.2. Sujeitos do processo administrativo de licenciamento ambiental

O processo de licenciamento ambiental é, como vimos, o processo administrativo pelo qual se persegue a tomada de decisão correta dentro do viés da defesa do meio ambiente. Dele devem participar, como se lê no artigo 225 da Constituição da República, o *Poder Público e a coletividade* com o escopo de defender o meio ambiente.

Pressupõe-se que se instaure, a partir do pedido do administrado/interessado, uma relação jurídica processual administrativa, onde a Administração assume a posição de

presidente do processo e ao seu cabo emite a decisão; o requerente é parte interessada que provoca a Administração com o intuito de ver seu pedido satisfeito; e o Ministério Público, assim como as entidades da sociedade civil interessadas, devem compor o tríduo processual para garantir o contraditório e a defesa do interesse público e coletivo, de acordo com a legitimidade a eles conferida na Constituição e noutras normas[14].

Da mesma forma que no processo judicial não é de boa técnica nem aceitável que quem o preside e julga possa também defender interesses parciais que necessariamente compõem o processo (relação processual), assim neste processo a Administração, de modo análogo, não deve agir senão como presidente do processo e, ao final, emitindo ou não a licença.

Seu esforço deve ser o de garantir a observância do contraditório e da ampla defesa, dirigindo o *iter* processual, determinando diligências, perícias, confrontações, audiências públicas, enfim, realizando toda a instrução necessária para que ao final haja elementos suficientes para embasar uma decisão correta e justa.

Assim, temos os seguintes sujeitos, eventuais ou necessários:

1) Administração Pública Ambiental - O órgão licenciador, que instaura, preside e conclui o processo;

2) Interessado (requerente) - Pessoa física ou jurídica que requer a licença (autorização) ambiental;

3) Sociedade ou Coletividade, representada pelo Ministério Público e/ou por organizações não governamentais;

4) Órgãos Públicos com responsabilidade no assunto, fornecedores de informações e/ou de atendimento às demandas decorrentes da instalação e funcionamento da obra ou atividade;

5) Cidadão - que pode e deve participar diretamente no processo de licenciamento ambiental, inclusive requerendo diretamente, em associação.

4.2.1. A participação do PoderPúblico no processo administrativo de licenciamento ambiental

Dessa forma, além do órgão ambiental e do interessado, devem participar ainda os vários órgãos das várias esferas da Administração (federal, estadual e local) - não só porque possuem informações essenciais ao processo mas também por serem responsáveis pelas respostas às demandas a serem geradas na hipótese de implantação de uma obra ou atividade.

Assim, no viés da responsabilidade do setor público é imprescindível que participem, independentemente da esfera perante a qual estiver ocorrendo o licenciamento, além dos órgãos da Administração Pública Federal relacionados ao assunto, as Secretarias de Estado (de Saúde, Educação, Segurança Pública, Transporte, por exemplo) que poderão ter enormes responsabilidades na resolução dos impactos a serem gerados.

Também os órgãos das municipalidades a serem atingidas deverão ser consultados expressamente e emitir análise e/ou requerimentos sobre o projeto.

Na área de segurança e justiça, por exemplo, deve-se perquirir quais as demandas sobre o Sistema Judiciário. O Poder Judiciário e o Ministério Público e os demais órgãos do Sistema, tradicionalmente recebem grandes pressões resultantes desses impactos. Somente para citar algumas delas: os impactos dos grandes projetos na Amazônia são inegavelmente uma das causas do aumento da criminalidade e da violência, dos problemas de família e das várias mazelas sociais potencializadas que criam as condições para a

constituição dos imensos desafios que estão postos a estes órgãos, a exemplo da criminalidade relacionada às questões de terra. Via de regra, estes órgãos não estão estruturados - com recursos humanos e equipamentos em todos os municípios - para responder às suas responsabilidades atuais. Deve-se analisar se seu crescimento projetado poderá responder a demandas maiores.

Considerando-se o papel desenvolvido e a importância que assumem as Universidades e os Institutos públicos no Brasil, especialmente na região amazônica, devem essas instituições ser consultadas expressamente sobre o projeto e seus impactos e sobre o acervo de conhecimento produzido sobre o assunto.

Ainda para focalizar os referenciais mais abrangentes e quase sempre esquecidos, deve-se buscar o planejamento do governo nas áreas de ação direta do projeto; consultar os órgãos que possuem informações sobre a capacidade de investimentos do Estado. Certamente estas consultas serão fundamentais para se responder a questões estruturais em pauta, tais como: se as demandas e necessidades estão projetadas, planejadas, previstas nos planos setoriais; qual será o custo das respostas a elas; se haverá equilíbrio entre estes e as receitas a serem geradas em função das atividades do projeto.

É imprescindível, portanto, a consulta aos demais órgãos públicos e suas manifestações devem necessariamente compor os autos do processo de licenciamento, ao lado do EPIA/RIMA, referendando, completando ou retificando o seu texto, para possibilitar uma decisão fundamentada, transparente, responsável e séria, que viabilize a absorção e mitigação dos impactos e demandas sobre as estruturas públicas e sociais.

Essa instrução processual deve também ser realizada com a "outra parte" responsável pela defesa do meio ambiente.

4.2.2. A participação da Coletividade no processo administrativo de licenciamento ambiental

Como já vimos a responsabilidade não é somente do Poder Público, mas também da comunidade. Trata-se, neste caso, de verdadeiro direito-dever de cada cidadão e de toda coletividade.

E para que seja possível o cumprimento dessa responsabilidade pela sociedade, em especial pelas coletividades a serem atingidas, o processo de licenciamento deve estar alicerçado nos princípios da publicidade e da participação popular, garantidores do direito do cidadão e de suas associações de *serem informados* e de *poderem intervir* no processo de licenciamento ambiental.

A participação garante também o respeito aos princípios da legalidade, da transparência e da moralidade administrativa e possibilita uma decisão mais democrática e justa.

Possibilita-se ainda a oitiva da sociedade diretamente, o que quase sempre não é considerado nas tomadas de decisão. Considerando-se que o poder econômico é sempre ouvido e considerado e suas pretensões quase nunca encontram oposição, esse desequilíbrio injusto e comprometedor poderá ser corrigido, mesmo que parcialmente, com esta oitiva.

Estes princípios têm assento na Constituição da República[15]. E nada mais justo e adequado para se garantir a participação [16].

As audiências públicas podem ser uma reprodução de quase todo o *iter* processual, de forma concentrada, e perante as vistas da população interessada. Há a exposição do órgão licenciador, dos interessados em obter a licença, do requerente da audiência, dos técnicos, dos demais cidadãos presentes, enfim.

Por outro lado, ao cidadão é possível participar do processo de licenciamento ambiental ou de qualquer outra atividade de responsabilidade da administração pública de várias maneiras. Como exemplo, é possível usar do direito de petição (art. 5º, XXXIV, CR) dirigido ao administrador para requerer informações; também é possível o requerimento de audiências públicas e principalmente a participação direta nelas, requerendo, criticando e fiscalizando a atividade pública. De qualquer maneira, o associativismo é o melhor caminho para o cidadão que deseja participar ativamente desse processo.

4.2.3. A participação do Ministério Público em defesa do meio ambiente no processo administrativo de licenciamento ambiental

Para o Ministério Público essa processualização traz a possibilidade de realização de suas atribuições dentro de ambientação jurídica correta, mas, por outro lado, exige da Instituição a resposta adequada em termos de organização, estruturação e prioridades de atuação. Nos pontos seguintes serão analisados rapidamente estes aspectos.

A representação jurídica da coletividade deve ocorrer no processo por meio daqueles legitimados para isso: o Ministério Público e as associações civis, estas as chamadas organizações não governamentais (ONGs).

A legitimidade do Ministério Público se encontra lastreada tanto em aspectos jurídicos, bem como em aspectos político-sociológicos.

i) A legitimidade jurídica do Ministério Público

Não há dúvida quanto à legitimidade do Ministério Público inscrita, na sistemática do direito brasileiro, no texto constitucional e completada na legislação ordinária:

Art. 127. 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.

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público

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;

Entendemos que nesses dois incisos se encontram a previsão das funções perante a Administração Pública (no âmbito da função administrativa) e perante o Poder Judiciário (no âmbito da função jurisdicional), instrumentalizando-se as atribuições do art. 127.

Daí decorre, uma das responsabilidades da Instituição - a de perseguir a proteção do meio ambiente em todos os âmbitos de função estatal, inclusive administrativo.

Na falta de norma específica de processo administrativo, devemos buscar no Código de Processo Civil, a regra geral de processo, o lastro que unge processualmente a legitimidade do Ministério Público na defesa do meio ambiente também perante a Administração nas atividades da função administrativa ambiental:

Art. 82. Compete ao Ministério Público

intervir:...
III - em todas as demais causas em que há interesse público, evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte.
Art. 83. Intervindo como fiscal da lei, o Ministério Público:
I - terá vista dos autos depois das partes, sendo intimado de todos os atos do processo;
II - poderá juntar documentos e certidões, produzir prova em audiência e requerer medidas ou diligências necessárias ao descobrimento da verdade.
Art. 84. Quando a lei considerar obrigatória a intervenção do Ministério Público, a parte promover-lhe-á a intimação sob pena de nulidade do processo.

Como instituição que tem por finalidade a defesa jurídica do interesse público e das garantias constitucionais, o Ministério Público é, sem dúvida, parte legítima para estar perante a Administração Ambiental no processo de licenciamento ambiental defendendo o interesse da sociedade, com as prerrogativas inerentes[17].

Nesse papel, deve-se exigir o atendimento do disposto nos artigos citados, considerando-se a intervenção obrigatória: (a exemplo) de receber a intimação dos atos e termos do processo, sob pena de nulidade e ter acesso aos autos do processo, o que já pressupõe a autuação.

ii) A legitimidade social do Ministério Público

A legitimidade político-sociológica foi sendo recolhida no processo de amadurecimento da Instituição na busca de sua natureza de representação da sociedade. O exercício efetivo desse papel coloca o Ministério Público brasileiro certamente em distinguida posição - é uma organização pública que deve defender juridicamente os interesses da sociedade.

Hoje, o Ministério Público possui um amplo leque de atribuições, resultantes também dessa legitimidade social granjeada perante a sociedade. Assim, a Instituição assumiu, especialmente a partir da Constituição da República de 1988, um novo papel como *braço jurídico da cidadania*, o que levou ao debate sobre o seu lugar no universo político-jurídico do país[18].

No entanto, não resta dúvida sobre a legitimadade político-social que a sociedade atualmente confere ao Ministério Público e que é o efetivo lastro da missão que lhe é outorgada nos textos e na sistemática do atual ordenamento jurídico-constitucional para a defesa do interesse público, aqui ressaltado o interesse difuso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

iii) Organização e estruturação do Ministério Público para o desempenho da função

O desenvolvimento da defesa no âmbito da função ambiental administrativa deve implicar em detalhamentos necessários da legislação, como por exemplo nas conseqüências da aplicação da processualidade nas atividades da Administração Ambiental e no organização e estrutura do Ministério Público.

O Ministério Público deverá se organizar e estruturar para o exercício dessa função: aprimorar sua atuação na área administrativa com órgãos destinados a essa atividade. Da mesma maneira como a Instituição busca sedimentar sua atuação na defesa judicial do meio ambiente, deve aprimorar, com organização e estrutura adequada, a defesa no âmbito da função administrativa ambiental.

Exemplo de atividade administrativa ambiental do Ministério Público é o exercício do poder de fiscalização geral sobre a Administração Pública, que autoriza a instituição a atuar diretamente no controle das atividades de gestão ambiental: a fiscalização, o monitoramento e o licenciamento ambiental,

onde já se tem alguma experiência acumulada.

Assim, além das atividades gerais, como o planejamento e a capacitação de recursos humanos, deve a Instituição, nessa função, intervir sistematicamente para provocar a sua organização em termos da gestão ambiental e da estrutura e funcionamento dos órgãos responsáveis, especialmente a Administração Ambiental Licenciadora, para atender às necessidades decorrentes da implementação da processualidade administrativa ambiental.

II - CONCLUSÃO

Em conclusão, entendemos que é imprescindível, portanto, o reconhecimento da processualidade no licenciamento ambiental, para viabilizar a atividade da Administração Ambiental com as garantias do devido processo legal, possibilitando-se a participação dos demais órgãos do Poder Público, em todas as esferas, bem como da representação da sociedade por meio do Ministério Público e das associações civis, ou diretamente, por meio das audiências públicas - quantas forem necessárias -, com a oitiva e participação da população da área de influência da obra ou atividade, bem como a coleta das informações essenciais e as avaliações complementares àquelas apresentadas pelo requerente - científicas, técnicas e políticas - resultantes e componentes da atividade instrutória, fundamentadoras de uma decisão justa e adequada.

Considere-se, assim, que sem esse devido processo legal, pode-se cometer um grave erro político-administrativo: tanto o de não autorizar a realização de um empreendimento que, outra forma, poderia ser autorizado, como de autorizar uma obra ou atividade danosa ao interesse público.

Assim, de acordo com o papel constitucional do Ministério Público, faz-se necessário:

I - que o Ministério Público, por meio dos Promotores e Procuradores de Justiça com atribuição ambiental, promova, por meio de sua atividade administrativa ambiental perante os órgãos de licenciamento, e, com o não atendimento, perante o Poder Judiciário, o reconhecimento do licenciamento ambiental como processo administrativo (art. 5°, LV, CR), com o atendimento do *contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes* , tais como:

1 - Autuação das peças do processo, devidamente numeradas, em ordem cronológica, com publicidade dos atos e termos do processo;

2 - Citação das partes públicas interessadas, especialmente do Ministério Público, legitimado constitucionalmente para defender o interesse público e o meio ambiente;

3 - Realização de Audiências Públicas e consultas aos órgãos das várias esferas de governo e às comunidades diretamente afetadas pela atividade;

4 - Fundamentação das decisões tomadas.

II - Para a atividade legislativa: que se canalizem esforços para se estabelecer um código de processo administrativo, regulamentando a atividade da Administração Pública, norma geral que permita um mínimo de uniformidade e a complementação pelos Estados e Municípios, dentro de suas competências legislativas.

1 Promotor de Justiça, Coordenador do Núcleo de Meio Ambiente do Centro de Apoio Operacional de Defesa Comunitária e da Cidadania do Ministério Público do Estado do Pará

2 T.F. SCHREKER, *L'élaboration des politiques en matiére de l'environnement, Otawa, Comission de Refórme du Droit du Canadá,* p. 124, 1984, citado por Cláudio BONATO e outros em petição de ação civil pública *apud* MILARÉ, Édis e BENJAMIN, Antonio H.V., *Estudo Prévio De Impacto Ambiental,* São Paulo, RT, 1993, p. 166

3 Como de resto em toda a América Latina, de acordo com análise de

BRAÑES, Raúl: "Cinco años despues de Rio: algunas reflexiones sobre las tareas juridicas pendientes en America Latina" *in Anais do 2º Congresso Internacional de Direito Ambiental: 5 anos após a ECO-92,* São Paulo: Instituto "O Direito por um Planeta Verde" , junho de 1997, pp. 111-127.

4 *Continúan existindo muchas insuficiencias en las instancias administrativas y judiciales encargadas de la aplicación de la legislación ambiental. Las insuficiencias administrativas son especialmente notorias por el enorme peso que tiene la administración en la aplicación de las normas ambientales. Sin embargo, también deben considerarse los problemas de acceso a la justicia que se dan en el campo del medio ambiente por la carencia de mecanismos apropiados para ese efecto.*: BRAÑES,*op. cit.*, p. 125, fizemos o sublinhado no texto identificando no comentário a análise que se aplica integralmente à nossa realidade.

5 Essa característica é ressaltada, com vigorosa expressão e síntese, pelo Deputado Fábio FELDMANN, em texto do qual citamos o seguinte trecho: *Não imaginemos, contudo, que as alterações sofridas pelo Direito, como decorrência da crise ambiental que assola este final de milênio, seja apenas cosmética. A transformação é muito mais profunda. Modifica-se a própria percepção do papel e objetivos do Direito que, gradativamente, deixa de ser um instrumento de reparação e repressão do dano, para se transformar em ferramenta de prevenção da danosidade./ É essa - a prevenção - a ótica que orienta todo o Direito Ambiental. Não podem a humanidade e o próprio Direito contentar-se em reparar e reprimir o dano ambiental. A degradação ambiental, como regra, é irreparável. Como reparar o desaparecimento de uma espécie? Como trazer de volta uma floresta de séculos que sucumbiu sob a violência do corte raso? Como purificar um lençol freático contaminado por agrotóxicos?/ São indagações que o Direito tradicional - o "Direito do dano"- não tem condições de responder. Só um novo modelo jurídico - o "Direito do risco" - pode solucionar a ameaça coletiva do dano ambiental: preveni-lo!:* - FELDMANN, Fábio. "Apresentação" *in* BENJAMIN, Antonio H.V. (coord.),*Dano Ambiental: prevenção, reparação e repressão,* São Paulo: RT, 1993, p.5. No mesmo sentido: *O direito ambiental é - ou deve ser -, antes de mais nada, um conjunto de normas de caráter preventivo. Em todos os segmentos dessa disciplina jurídica se ressalta o aspecto de prevenção do dano ambiental. A tutela do meio ambiente, através de longa evolução, ultrapassou a fase repressiva-reparatória, baseada fundamentalmente em normas de responsabilidade penal e civil, até atingir o estágio atual em que a preocupação maior é com o evitar e não com o reparar ou reprimir:* BENJAMIN, "A Principiologia do Estudo Prévio de Impacto Ambiental e o Controle da Discricionariedade Administrativa" in MILARÉ e BENJAMIN,*Estudo Prévio de Impacto Ambiental,* São Paulo:RT, 1993, p. 77.

6 O enfoque deste texto é baseado especialmente no excelente trabalho de MEDAUAR, Odete. *A Processualidade no Direito Administrativo,* São Paulo: RT, 1993, 167 p.

7 No que se refere ao conceito de função, para a elaboração deste texto foi essencial o trabalho de BENJAMIN, Antonio H. V., " Função Ambiental" in BENJAMIN, (coord.), *Dano Ambiental: prevenção, reparação e repressão,* São Paulo: RT, 1993, pp. 9-82, onde se analisa a noção geral de função, função estatal, função administrativa e, por fim, de função ambiental.

8 *O processo administrativo representa garantia de direitos ou direito instrumental quanto ao indivíduo e sob o enfoque dos direitos difusos, do que fornece exemplo o processo de licenciamento ambiental, com participação em contraditório de entidades ambientalistas. Além do mais, associa-se à concepção de Estado democrático de direito e aos princípios constitucionais da Administração, como corolário e veículo de sua expressão : MEDAUAR, Odete, op. cit., p. 160.*

9 Em suma, o de que se cogita, atualmente, é o repensar do due process of law, de modo a adaptá-lo às novas situações coletivas emergentes de uma sociedade de massa, em cujo seio se movimentam interesses de toda sorte, movidos por grupos antagônicos e fortemente reivindicantes. Se o Direito em geral, e o Processo em especial, não se aparelharem para acolher tais interesses e outorgar-lhes a tutela devida, eles se encaminharão, naturalmente, para outras formas de expressão, provavelmente menos pacíficas, com enormes prejuízos para a paz social e para o prestígio do Direito e da função jurisdicional.: MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *Interesses Difusos - Conceito e legitimação para agir,* São Paulo:RT, 2ª ed., 1991, p. 186.

10 A indicada resolução não enfrenta o problema, mas traz algumas definições e aspectos de sua sistemática que, se não o afirmam, podem auxiliar na argumentação aqui desenvolvida, como por exemplo:*Art. 1º Para efeito desta resolução são adotadas as seguintes definições: I - Licenciamento Ambiental : procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso.*

11 Problema também assinalado por BRAÑES. *op. cit.*, p. 118: *En la prática, a falta de una normatividade adecuada, la evaluación del impacto ambiental ha pasado a tener una importancia desproporcionada, que incluso ha conspirado contra su propia eficacia.*

12 De acordo com os requisitos estabelecidos no art. 225, IV, da CR: *exigir,*

na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degração do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade.

13 *Dados os termos do atual regime constitucional, naquilo que se refere ao meio ambiente, o EIA é conditio sine qua non para a concessão de qualquer licenciamento de obra ou empreendimento de impacto ambiental. Destarte, o licenciamento transmutou-se em ato administrativo complexo, cujo requisito básico é a apresentação e aprovação do RIMA, em seus aspectos técnicos e formais./ Parece-me que, por força de caráter eminentemente público, assumido pelo EIA, os requisitos formais para sua elaboração assumem natureza imperativa, de essencialidade para a própria validade do ato. A formalidade administrativa é, aqui, um pressuposto capaz de garantir à coletividade a correta utilização do meio ambiente./ Abrandar-se o entendimento desta matéria é praticar verdadeiro delito contra a Constituição..*: ANTUNES, Paulo de Bessa. *Curso de Direito Ambiental*, 2ª ed., Renovar, Rio de Janeiro, 1992, p.113

14 *Na função administrativa, a Administração se confronta com o cidadão, seu servidor e mesmo outro órgão público; portanto, de regra há dois sujeitos, embora se registrem situações em que a Administração coloca-se entre vários sujeitos cujos direitos ou interesses se opõem (p.ex.: concursos públicos, licitações, licenciamento ambiental:* MEDAUAR, *op. cit.*, p. 51.

15 A Constituição do Estado do Pará detalhou e firmou mais garantias e avanços neste aspecto Assim, tem-se que, a partir da promulgação daquela Constituição, *"a implantação de projeto ou atividade que possa colocar em risco o equilíbrio ecológico ou provocar significativa degradação do meio ambiente" só poderá receber licenciamento válido após a realização de audiência pública que garanta a consulta à população interessada.* Esta norma, § 3° do artigo 253, tornou obrigatória para o Estado do Pará, a realização de audiência pública no licenciamento de projetos que incidam nos requisitos nela mencionados.

16 BENJAMIN, Antonio Herman V., *op. cit.*, p.120/121: *Se o proponente do projeto participa ativamente do procedimento de licenciamento, por que não se permitir, por isonomia, tal intervenção aos representantes do interesse público, indivisível e incapaz de apropriação individual, que é o meio ambiente sadio? / O princípio da participação pública, no EIA, dá ensejo a dois direitos, igualmente importantes: o direito à informação e o direito de ser ouvido. / Inclui-se no direito à informação a publicidade dos atos e documentos. Mas não é só. O direito à informação só é devidamente respeitado quando o administrador assegura o recebimento da informação, no momento adequado, na profundidade necessária e com clareza suficiente. / Já no direito de ser ouvido, o administrador deve assegurar ao cidadão (ou à sua associação ou órgão intermediário) possibilidade de juntar documentos e*

perícias, de indicar especialistas e testemunhas, de solicitar estudos complementares. Finalmente - é até supérfluo dizê-lo - o administrador tem por dever levar em conta , na sua decisão final, as objeções, os documentos, perícias e observações trazidos pelo público.

17Os interesses difusos, pelo fato mesmo de sua natureza, pedem uma legitimação... difusa, a ser reconhecida, em sede disjuntiva e concorrente aos cidadãos, per se ou agrupados em associações, e, bem assim, aos entes e órgãos públicos interessados ratione materiae, aí incluído o Ministério Público: MANCUSO, *op. cit.* , p.178.

18 V. a propósito o interessante trabalho de GOULART, Marcelo Pedroso. *Ministério Público e Democracia*, Tese apresentada no "II Congresso do Movimento do Ministério Público Democrático", Ribeirão Preto-SP, setembro, 1995., onde o autor defende, com base na teoria política de Gramsci, a localização do Ministério Público como integrante da sociedade civil.

O princípio da subsidiariedade como mecanismo de resolução dos conflitos administrativos oriundos da competência comum ambiental.

Paulo José Leite Farias
Promotor de Justiça do MPDFT
Diretor de Ensino e Professor da FESMPDFT
Professor de Direito Tributário da AEUDF
Mestrando em Direito e Estado na UnB

I - Sumário da Tese.

Assim, como ocorre com o conceito de *jurisdição*, que é, em tese e por excelência, uno e indivisível, o conceito de *administração*, nota distintiva da autonomia que caracteriza os entes integrantes do pacto federativo, também não admite divisões.

Aceita-se, o que é diferente, a *repartição* do exercício de competências administrativas, para que, na prática, seja viável a sua prestação.

Nesse contexto deve ser entendida a previsão do art. 23, incisos VI e VII, bem como seu parágrafo único, na Constituição Federal de 1988.

Com efeito, a circunstância de o Estado-membro, juntamente com o Município, a União e o Distrito Federal, comporem um único e indivisível sistema de administração pública de interesses ambientais, não implica - nem se pode conceber que implique - *concorrência ou superposição* de poderes, de modo a propiciar manifestações conflitantes ou contraditórias das diferentes pessoas políticas, em face de um mesmo assunto. Sem qualquer dúvida, um dos principais objetivos que a ordem constitucional busca realizar é o da

segurança e certeza jurídicas, circunstância que se deve ter em mente ao interpretar o dispositivo em apreço.

Igualmente, se o art. 23 da Constituição Federal estabelece uma competência *comum* da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, colocando na mesma *linha de competência* pessoas políticas que administram a questão ambiental (art. 23, VI, VII e parágrafo único), também é certo que o próprio parágrafo único do mesmo art. 23 ressalva que a *linha de competências* comum deve harmonizar-se pela "**cooperação**... , *tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional*".

Idêntica consequência se extrai da exegese do art. 225 da Constituição Federal, quando este imputa ao *"Poder Público"* o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações, controlando "*a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente*" (*verbis*, "*caput*" e inciso V do art. 225).Obviamente que este *"Poder Público"*, mencionado pela letra constitucional, conforme já visto, abrange todas as pessoas políticas que, segundo o art. 23 contém-se dentro da linha de *competência comum.*

Entretanto, se no campo da jurisdição - para seguir com a mesma analogia traçada de início - os conflitos de competência são prevenidos e solucionados com mecanismos de alta eficácia e presteza (as conhecidas *exceções e conflitos,* estes últimos em sentido técnico-processual), as anomalias detectadas no campo da prestação da atividade administrativa, em matéria ambiental, têm se tornado cada vez mais comuns, sem que soluções imediatas e eficazes sejam alcançadas em tempo hábil para evitar graves e irreparáveis lesões de direitos e interesses.

Não raro, os administrados são submetidos a intermináveis embargos e interdições provocadas por mal

resolvidos *conflitos de competência administrativa*, com indesejáveis reflexos patrimoniais e não patrimoniais para a coletividade como um todo. Na raiz de tais problemas, frequentemente encontra-se em questionamento determinada atividade antrópica *permitida e licenciada* por um órgão - a princípio competente para tanto - e censurada por outro. O fulcro de tais conflitos, em regra, está circunscrito à adequada inteligência do conceito da competência comum e ao *uso prevalente* que se reconhece ao princípio da *supletividade ou subsidiaridade*, no que concerne aos conflitos ocorrentes entre Estados e União.

O art. 23 veio, pela primeira vez na história do constitucionalismo brasileiro, contemplar, a título geral, o que denomina de competência comum (da União, do Distrito Federal e dos Municípios).

Verifica-se que, com este tipo de competência, desejou o constituinte que fosse ele instrumental de ordem constitucional destinado a dar efetividade ao federalismo cooperativo, posto que o parágrafo único do art. 23 reza que 'lei complementar fixará normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional'.

Nesse sentido, a Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente e está sendo objeto de Consolidação adequa-se perfeitamente ao ordenamento jurídico da Constituição de 1988 ao assinalar, em seu art. 1°, *verbis*:

> "Art. 1° - A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividade utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob

qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento do órgão estadual competente, integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA e do **Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Nautrais Renováveis - IBAMA, em caráter supletivo**, sem prejuízo de outras licenças exigíveis."

Logo, a cooperação e a coordenação entre a administração federal, estadual e municipal resultam necessariamente da interdependência de tarefas dos entes federados, devendo-se harmonizar tais tarefas.

Nesse sentido, importante trazer à colação o pensamento de HERMAN HELLER,[1] jurista e cientista político alemão, que aborda a função social do Estado de garantia da convivência e da cooperação entre os homens, como mecanismo que o justifica, *verbis*:

> *"A unidade estatal não parece, de fato, nem como orgânica nem como fictícia, mas como unidade de ação humana organizada de natureza especial. A lei da organização é a lei básica de formação do Estado (cf. acima, pp. 114 e segs.). A sua unidade é a unidade real de uma estrutura ativa cuja existência, como cooperação humana, torna-se possível graças à ação de "orgãos" especiais conscientemente dirigida para a formação eficaz de unidade. De máxima importância para o nascimento e conservação da unidade estatal são, sem dúvida, os vínculos vitais e impulsivos, os laços da psicologia coletiva e da imitação, os geográficos, nacionais, econômicos e mesmo jurídicos, todas as comunidades naturais e históricas, todos os 'fatores de integração' reais e funcionais".*

LUIZ ROBERTO BARROSO[2], ao tratar da competência comum ambiental, ressalta a necessidade de se evitar a superposição de atribuições, *verbis*:

> *"Ao falar em competências comuns, quer a Constituição significar que determinadas matérias são da responsabilidade tanto da União, como dos Estados e dos Municípios, cabendo a todos eles atuar. Para os fins que nos interessam neste estudo, cabe observar que se inserem nesta categoria, consoante o elenco do art. 23 da Constituição, as competências de:*
> *-proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas (inciso VI);*
> *-preservar as florestas, a fauna e a flora (inciso VII).*
> *Note-se que, embora as competências sejam comuns, em princípio não há superposição de atribuições. São esferas distintas, autônomas de atuação. Frequentemente, o exercício do poder de polícia em matéria ambiental virá associado com o poder de polícia já exercido pela entidade em outra área afim, como proteção à saúde, urbanismo, navegação, etc. A omissão da entidade em tese competente poderá ensejar a atuação de outra. Não há dúvida, todavia, que o risco de conflitos de atribuições, existe e caso venham a ocorrer, caberá ao Judiciário dirimi-los, pela interpretação sistemática da Constituição. Averbe-se que o parágrafo único do art. 23 prevê a edição da lei complementar - federal, naturalmente - para harmonizar a atuação de cada um dos entes estatais" (grifo nosso).*

Portanto sugere-se na presente tese que seja encaminhada moção ao Poder Legislativo Nacional pelo XII Congresso Nacional do Ministério Público para que no âmbito do art. 1° do presente ANTEPROJETO DE CONSOLIDAÇÃO DA LEI AMBIENTAL, seja colocado inciso nesse artigo, que trata dos "princípios da Política Nacional do Meio Ambiente" indicando expressamente a aplicação do princípio da subsidiariedade, inerente ao modelo federativo brasileiro, com a seguinte redação:

> *"XIV - as autorizações e licenças ambientais serão, em regra, concedidas pelo* órgão estadual competente, integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA e do **Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Nautrais Renováveis - IBAMA, em caráter supletivo**, sem prejuízo de outras licenças exigíveis."

II - Conflitos administrativos de gestão ambiental: o princípio da subsidiariedade como solução.

Na acepção da chamada **"regra de ouro"** do Federalismo, pode-se vislumbrar o mecanismo de resolução de muitos problemas federativos.

Para realização do princípio democrático na Federação , CELSO BASTOS afirma que :

> *"A regra de ouro poderia ser a seguinte: nada será exercido por um poder de nível superior, desde que possa ser cumprido pelo inferior. Isto significa dizer que só serão atribuídas ao governo federal e ao estadual aquelas tarefas que não possam ser executadas senão a partir de um governo com esse nível de amplitude e*

generalização. Em outras palavras, o Município prefere ao Estado e à União. O Estado, por sua vez, prefere à União"(grifo nosso).

Este princípio estruturante da federação está intimamente ligado ao princípio da subsidiariedade, mecanismo adequado para a solução dos conflitos administrativos das diferentes esferas federativas.

1) Conceito e fundamentos do princípio da subsidiariedade.

Ao tratar do princípio da subsidiariedade na União Européia, MARCUS SIQUEIRA DA CUNHA[4], esclarece o seu significado e sua concretização no art. 3°, "b", do Tratado da União Européia, *verbis*:

> *" Os idealizadores do Tratado de Maastrich da União Européia estão entre os primeiros que tentaram objetivamente frear o rápido e constante processo de agigantamento do poder comunitário verificado principalmente com o alargamento de competências "implícitas" em favor da comunidade."*

O Tratado de Maastrich que entrou em vigor em 01/11/93, tentou atenuar esta circunstância de denegação democrática. Por um lado com um procedimento de co-decisão, que ampliou a participação do Parlamento Europeu em algumas matérias, ainda que de importância secundária e, por outro lado, incluindo o art. 3°, 'b', que expressamente eleva o princípio da subsidiariedade a princípio fundamental no ordenamento jurídico comunitário.

O art. 3°, 'b', do Tratado da União Européia define, pois, a subsidiariedade nos seguintes termos:

"A comunidade atuará nos limites das

atribuições que lhe são conferidas e dos objetivos que lhe são cometidos pelo presente Tratado.

Nos domínios que não sejam das suas atribuições exclusivas, a Comunidade intervêm apenas, de acordo com o princípio da subsidiariedade, se e na medida em que os objetivos da ação encarada não possam ser suficientemente realizados pelos Estados-membros e possam, pois, devido à dimensão ou aos efeitos da ação prevista, ser melhor alcançados ao nível comunitário.

A ação da comunidade não deve exceder o necessário para atingir os objetivos do presente Tratado.(grifo nosso)"

Assim, a ação do órgão comunitário supranacional não deve retirar o poder de decisão dos órgãos estatais mais próximos do cidadão.

A conveniência das estruturas nacionais, com a supranacional, é vista por respeito ao princípio de subsidiariedade .

É consenso entre os doutrinadores que o princípio da subsidiariedade deflui diretamente do sistema federativo. PROUDHON no século XVII, quando definia o federalismo como um contrato onde as partes reservam para si um âmbito de soberania e ação maior do que aquele que estão dispostos a transferir ao ente federal, estava se referindo ao princípio da subsidiariedade[5].

JOSE ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO[6], ressalta a importância deste princípio, verbis:

"O princípio de subsidiariedade tem sido objeto de diversos estudo, em várias partes do mundo. German J. Bidart Campos afirma que

oriundo da doutrina social da Igreja, no século XX, o princípio da subsidiariedade preconiza que é injusto e ilícito adjudicar a uma sociedade maior o que é ainda capaz de fazer com eficácia, uma sociedade menor. Entende ainda, o publicista argentino, tratar-se de princípio de justiça, de liberdade, de pluralismo e de distribuição de competências, através do qual o Estado não deve assumir, por si, as atividades que a iniciativa privada e grupos podem desenvolver por eles próprios, devendo auxiliá-los estimulá-los e promovê-los.

No mesmo sentido, só deve supri-las ou substituí-las quando são impotentes e ineficientes para realizar suas tarefas. Objetivando igual eficácia, deve-se dar preferência à unidade social menor, em lugar da maior, do mesmo modo privilegiar o nível social inferior, a um nível social superior ou mais amplo."

Para fins de nosso trabalho, a definição de BARACHO mostra-se perfeita, a subsidiariedade deve ser vista como princípio, pelo qual as decisões devem ser tomadas no nível político mais baixo possível, isto é, por aquelas que estão o mais próximo possível das decisões que são definidas, efetuadas e executadas.Está assim, o princípio relacionado com o processo de descentralização política e administrativa, em outras palavras com o fortalecimento do poder local.

Neste sentido, HORST LÄSSING[7], refere-se à subsidiariedade ao tratar da autonomia municipal alemã, verbis:

"A posição jurídica dos Municípios é garantida tanto pela República Federal da Alemanha como também pelas Constituições de cada Estado. Elas regulamentam todas as questões

relativas à comunidade local que, dentro de sua área, são mandatárias das obrigações públicas. O parágrafo da Constituição Alemã que trata da regulamentação municipal, estabelece, expressamente, que os municípios em seus territórios administram por si e sob responsabilidade própria, todas as funções públicas.

Como parte integrante dos Estados, os Municípios detêm um setor da autonomia que tem que ser respeitado pelo Estado. Esta é uma marca do princípio subsidiário que vale de forma geral para a Europa e é, na verdade, um dos pilares do sistema do nosso Governo. Isto pode ser justificado principalmente pelo fato de que soluções locais estão mais próximas do problema e, também, é fato que medidas locais reduzem a carga de trabalho de instâncias superiores. As soluções ficam mais próximas do cidadão e representam melhor os seus interesses, enquanto que a distância entre os Estados e a União é maior, o que faz com que as soluções encontradas a nível federal, sejam , não só mais abstratas, como muitas vezes também mais ideológicas"(grifo nosso).

Deve-se ressaltar que também encontramos presente tal princípio da subsidiariedade na Doutrina Social da Igreja Católica[8], primeiro com a Encíclica Quadragésimo Ano (1931), "*princípio importantíssimo da filosofia social: que como é ilícito tolher dos indivíduos aquilo que esses podem realizar com as forças e indústria própria para confiar à comunidade, assim, é injusto remeter a uma maior e mais alta sociedade aquilo que nas menores e inferiores comunidades se pode fazer*".

2) O princípio da subsidiariedade como solução para os conflitos de atuação administrativa.

Em face da competência comum ambiental, prevista no art. 23, VI e VII da Constituição Federal, e considerando o princípio da subsidiariedade inerente ao modelo federativo a competência do órgão federal de gestão ambiental exerce-se, normalmente, supletivamente à atração do órgão estadual congênere, na fiscalização e concessão de licenças e autorizações ambientais.

Não seria exagerado afirmar que um dos princípios fundamentais do funcionamento do Sistema Legal de Tutela do Meio Ambiente, no Brasil, é o da atuação supletiva do órgão federal. No caso do IBAMA, aliás, tal princípio está claramente consagrado no diploma mater *da Política Ambiental Brasileira, a Lei nº 6938/81, conforme transcrição já efetuada do art. 1º desse diploma legislativo.*

Não poderia, ademais, ser diferente.

Em conseqüência dos princípios federativo e republicano, bem como em atenção à norma constitucional que consagra o sistema de gestão comum, ao órgão federal só poderia caber, no exercício da cooperação, uma atuação complementar - em que pese não conflitiva - com a do órgão estadual. E tal atuação supletiva - que, repita-se, não pode ser concorrente, simultânea e conflitiva - se exerce mediante a caracterização de determinadas situações. Como o próprio nome sugere, implica exercício condicional,

subsidiário de competência material. Visa, em aspecto ordinário, a suprir ou suplementar eventuais omissões, falhas ou funcionamento defeituoso da prestação administrativa que, originariamente, compete ao órgão estadual. Confira-se, mais uma vez a eleição do princípio da supletividade pelo legislador brasileiro em outro dispositivo da Lei 6.938/91:
"Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. - Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus afins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências.

Art. 10 - A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividade utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento do órgão estadual competente, integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, em caráter supletivo, sem prejuízo de outras licenças exigíveis." *(grifo nosso).*

Como já demonstrado, a supletividade não pressupõe simultaneidade, muito menos hierarquia. Pressupõe cooperação e harmonia, dentro de um sistema concatenado de repartição de atribuições, que não pode ser subvertido (art. 23, parágrafo único, da Constituição Federal). Está prevista justamente

para evitar o conflito e ordenar, lógica e cronologicamente, a atuação de cada centro de exercício de poder.

O raciocínio que parte de premissas contrárias, apegadas a uma visão concorrencial e simultânea do sistema de gestão ambiental comum, é equivocado e não se sustenta lógica, etimológica e juridicamente. Além disso, atenta contra o princípio federativo e republicano, fere a semântica constitucional e viola o texto expresso do art. 23, CF.

Com efeito, o significado do adjetivo "comum" é inconfundível com as conotações que, na língua oficial, se reconhece aos vocábulos "concorrente" e "simultâneo". Por outro lado, a analogia entre as competências legislativas, do art. 24, CF, e as administrativas, do art. 23, CF, não se justifica por qualquer critério científico ou acadêmico de que possa partir o eventual intérprete, por serem ontologicamente distintas. Por outro lado, não obstante devem ser evitados, os conflitos de competência na esfera administrativa, reclamam, muitas vezes, a intervenção do poder judiciário.[9]

A jurisprudência, abaixo colacionada, em aresto paradigmático indica a adoção, também pelos Tribunais, do princípio da supletividade como critério para a solução de conflitos de competência entre órgãos estadual e federal, verbis*:*

.

"Apelação em Mandado de Segurança nº 92.01.25533-0/MG

Relator: Exmo. Sr. Juiz Jirair Aram Megueriam

Apte: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA
Procurador: Dr. Geraldo Jonas Lima
Apdo: José Patrício de Moura e Silva e Outros
Remetente: Juízo Federal da 6ª Vara - MG
EMENTA
ADMINISTRATIVO. IBAMA. AUTORIZAÇÃO DE DESMATE. MATA ATLÂNTICA.
Ao IBAMA não é dado levar a efeito embargo e interdição do desmate de área florestal, em plena vigência de ato administrativo autorizador, por órgão competente."

III - Conclusão.

Em face dos argumentos apresentados fica clara, em regra, a função supletiva administrativa do órgão de proteção ambiental (IBAMA), no que se refere à concessão de autorizações e licenças ambientais, pelo princípio da subsidiariedade previsto no modelo federativo instituído pela Constituição federal de 1988.

Assim, não havendo omissão do órgão de proteção ambiental, o seu pronunciamento evita, em regra, a atuação do órgão de proteção nacional como base no princípio da subsidiariedade, pelo qual as decisões devem ser tomadas no nível político mais baixo possível, isto é, por aquelas que estão o mais próximo possível das decisões que são definidas, efetuadas e executadas.Está assim, o princípio relacionado com o processo de descentralização política e administrativa, em outras palavras com o fortalecimento do poder local.

Portanto, deve ser encaminhada moção ao Congresso Nacional, no sentido de constar do ANTEPROJETO DE CONSOLIDAÇÃO DA LEI AMBIENTAL em andamento na Câmara dos Deputados, inciso aditivo ao artigo primeiro, que trata dos "princípios da Política Nacional do Meio Ambiente",

no qual se indica expressamente a aplicação do princípio da subsidiariedade, inerente ao modelo federativo brasileiro, com a seguinte redação, *verbis*:

> *"XIV - as autorizações e licenças ambientais serão, em regra, concedidas pelo* órgão estadual competente, integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA e **em caráter supletivo pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Nautrais Renováveis - IBAMA,** sem prejuízo de outras licenças exigíveis."

1 HELLER, Hermann .*Teoria do Estado,* trad. Lycurgo Gomes da Motta, Ed. Mestre Jou, São Paulo, 1968, p. 274.

2 BARROSO, Luiz Roberto. " A Proteção do Meio Ambiente na Constituição Brasileira" in Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, out./ dez., 1992, p. 127.

3 BASTOS, Celso. Comentários à Constituição do Brasil, Saraiva, São Paulo, 1988, v. 1, p. 416.

4 CUNHA, Marcus Siqueira. " *O princípio da subsidiariedade na União Européia" in* Revista Forense, vol 332, out./dez., 1995, p. 421.

5 Apud MARCUS SIQUEIRA CUNHA, op. cit., p. 422.

6 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. " O princípio da subsidiariedade: conceito e revolução" in Revista de Direito Administrativo, vol 200, abr./jun., 1995, p. 51.

7 LÄSSING, Horst. " O papel da esfera municipal no modelo federativo alemão" in Subsidiariedade e fortalecimento do poder local - debates, Konrad Adenauer Stiftung, São Paulo, 1995, p. 50.

8 Conforme retrata MARCUS SIQUEIRA DA CUNHA, op. cit., p. 421.

9 LUÍS ROBERTO BARROSO, op. cit., p. 81, assinala, *verbis:*

> *"A tutela dos interesses ambientais enfatiza certas peculiaridades do federalismo brasileiro, por envolver o exercício de competências político administrativas comuns e competências legislativas concorrentes entre a União, os Estados e os Municípios. Os balizamentos constitucionais da esfera de atuação de cada entidade nem sempre são objetivamente aferíveis, e caberá ao Judiciário dirimir os conflitos, que se afiguram inevitáveis".*

ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM FACE AS QUEIMADAS

Juliano de Barros Araújo
Promotor de Justiça (GO)

Este breve trabalho visa apresentar noções básicas que devem informar a ação dos operadores do direito, em especial os Promotores de Justiça do Meio Ambiente, no combate à prática obsoleta das queimadas em nosso Estado.

A questão das queimadas na região do Cerrado transcende as discussões acadêmicas sobre os efeitos causados à flora, deve ser incluída no debate a questão da poluição atmosférica que causa riscos à saúde humana, bem como os riscos à segurança pública advindo de queimadas descontroladas.

O período de maior incidência das queimadas é durante a época seca, de junho a setembro, quando ocorrem queimadas sistemáticas no Cerrado, seja para limpeza e plantio, renovação de pasto, ou por acidente.

O primeiro fator preocupante é o aumento da produção de cana de açúcar e álcool, em razão de programas de incentivos governamentais para a utilização do álcool combustível (Proálcool), o que contribuiu para redirecionar a atividade produtora do Nordeste, para o Centro e Sul do País.

Para acompanhar o crescimento acelerado do mercado do álcool combustível serão necessárias várias modificações no sistema de colheita e produção, dentre elas a melhoria, modernização e expansão das usinas, aumento significativo das áreas plantadas e agilização dos processos de corte e transporte da cana.

Apesar desta necessidade de modernização, a

milenar técnica da queimada usada pelos agricultores primitivos donos de pequenas culturas, é a mesma ainda empregada hoje em dia nos gigantescos canaviais.

Vários estudos científicos, principalmente os apresentados ao Ministério Público do Estado de São Paulo, comprovam os inúmeros malefícios causados pela queimada da palha da cana de açúcar, podendo-se citar a poluição atmosférica, com a emissão de dióxido de carbono, principal gás do efeito estufa, o monóxido de carbono e grandes quantidades de ozônio.

Outros estudos científicos demonstram que a fuligem resultante da queima é altamente prejudicial à saúde humana, uma vez que foram identificadas quarenta (40) substâncias policíclicas aromáticas, conhecidas como hidrocarbonetos policíclicos aromáticos (HPAs) e seus derivados, que são considerados cancerígenos e mutagênicos, sendo responsáveis diretos por doenças respiratórias e de pele.

As substâncias provenientes da queima degradam o meio ambiente, pois além de causar a dizimação de fauna, microfauna e a biodiversidade genética, interferem no processo de fotossíntese, ou seja na absorção de gás carbônico e liberação de oxigênio e na respiração das plantas.

Diante da gravidade do problema ambiental, apontada pelos meios científicos, urge a tomada de medidas protetivas à coletividade e ao meio ambiente, visando com isso a solução da questão e a inversão da atual situação abraçada pelo setor canavieiro, que é a de privatização dos lucros e a coletivização dos prejuízos ambientais.

A solução não é simples, isto é, a mecanização imediata da colheita, pois caso isto ocorra haverá outra degradação ambiental, que é a ociosidade de grande quantidade de mão de obra, ou seja, o desemprego. Por outro lado, também não poderá, sob o argumento da manutenção de alguns empregos, continuar a degradação ambiental, pois

a teoria do desenvolvimento a qualquer custo está sendo gradativamente banida dos conceitos atuais de meio ambiente ecologicamente equilibrado, exigido pela Carta Magna.

Então, a única solução para o problema é a busca do desenvolvimento sustentável, princípio erigido na Conferência Mundial RIO 92. Ou seja, deverá haver a mecanização gradativa das colheitas e, juntamente, a especialização da mão de obra empregada em outras atividades econômica, evitando com isso a degradação ambiental e amenizando a questão social.

A exigência de se adotar o desenvolvimento sustentável não se encontra apenas no protocolo de intenções assinado durante a ECO-92, pelo contrário, a Constituição Federal, que é de 1988, portanto anterior à Conferência Mundial, exige, no artigo170, inciso VI, que a ordem econômica obedeça a defesa do meio ambiente. Em consonância com este dispositivo estão os artigos 186 e 225 da mesma Carta, que preceituam a necessidade do condicionam o cumprimento da função social da propriedade rural à preservação dos recursos naturais, bem como impõe à coletividade, incluindo-se aí os usineiros, a preservar e defender o meio ambiente.

O segundo fator de preocupação, é o recentemente demonstrado no Estado de Roraima, isto é, a ausência de medidas protetivas e preventivas contra o incêndio florestal nas unidades de conservação, tais como a falta do aceiro, de limpezas permanentes para evitar o acúmulo de massa vegetal, ausência de vias de acesso para controle de focos de incêndio, ausência de equipamentos adequados e efetivo humano para o combate aos incêndios, etc.

Apesar da boa vontade demonstrada pelo Corpo de Bombeiro, praticamente, não existe próximo às Unidades de Conservação qualquer destacamento especializado para o combate ao incêndio florestal, isto vem demonstrar o descaso que o Poder Público ainda dispensa ao Meio Ambiente e a

segurança da coletividade, uma vez que um incêndio descontrolado, nas proporções apresentadas no Estado de Roraima, coloca em risco a vida não só dos que se avizinham, mas de toda a coletividade.

As unidades de Conservação, como o próprio nome diz, são o que restam da cobertura vegetal no País, servindo como abrigos de fauna, biodiversidade genética, maciços florestais, etc. Portanto, a sua defesa deve ser feita de forma preventiva e profilática, merecendo atenção do Poder Público e da Coletividade, nos termos do artigo 225, da Constituição Federal.

O terceiro fator preocupante com relação às queimadas, está diretamente ligado às práticas rurais antiambientais. Ou seja, aquelas em que o padrão produtivo, baseado na queima de vegetação para limpeza de áreas, seguido de monoculturas, com exploração intensiva do solo, uso inadequado de fertilizantes e agrotóxicos. Toda esta prática tem causado fortes e irreversíveis impactos ambientais, exemplo disto é a região das nascentes do Rio Araguaia.

Mais uma vez voltamos a afirmar que, este modelo econômico de desenvolvimento a qualquer custo, sem levar em consideração a variável ambiental no processo produtivo, é contrário aos princípios constitucionais erigidos em 1988, que elevou o meio ambiente ecologicamente equilibrado a ser um direito fundamental de todos.

Vale ressaltar que tais condutas antiambientais, apesar de não serem consideradas ilícitos na esfera penal, são considerados ilícitos civis e administrativos, merecendo, portanto, uma reprimenda, uma busca para a recomposição, ou até mesmo a prevenção de tais condutas lesivas ao meio ambiente, isto porque, em matéria ambiental prevenir é sempre melhor do que remediar.

A última preocupação refere-se às queimadas criminosas praticadas contra mata ou florestas, ou mesmo no

perigo de dano evidenciado na fabricação, venda, transporte, ou soltura de balões; tipificadas nos artigos 41 e 42, da Lei n.º 9.605/98, que trata dos Crimes contra o Meio Ambiente. Vale ressaltar, que as penas cominadas para a queima criminosa em florestas ou matas são de 02 a 04 anos de reclusão e multa em caso de crime doloso, e de 06 meses a 01 ano e multa, quando a conduta for culposa.

CONCLUSÕES

1ª) A prática de queimadas no cerrado, especialmente no Estado de Goiás, deve ser considerada como prática rural antiambiental, descrumpridora dos princípios Constitucionais dispostos nos artigos 170, 186 e 225.

2ª) Cumpre ao Ministério Público, através das Promotorias de Justiça do Meio Ambiente combater a realização das queimadas, buscando promover o desenvolvimento sustentável de nossa agricultura.

3ª) O Ministério Público deverá utilizar todos os instrumentos jurídicos processuais, tais como o inquérito civil público, o termo de compromisso de ajustamento de conduta, a ação civil pública e ação penal, para coibir e responsabilizar pelos danos ambientais causados pela prática das queimadas, visando garantir um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

4ª) O Ministério Público não poderá aceitar qualquer tentativa de regulamentação das queimadas, por parte dos órgãos ambientais.

5ª) Ministério Público deverá atuar no sentido de viabilizar a assinatura de Termos de Ajustamento de Conduta com o Poder Público e órgãos ambientais, para a tomada de medidas protetivas e preventivas a incêndios florestais em unidades de conservação. Caso não seja possível o entendimento, serão ajuizadas ações civis públicas preventivas

ao meio ambiente.

6ª) O Ministério Público deverá exigir dos proprietários rurais, através dos instrumentos jurídicos processuais já mencionados, a apresentação de projeto técnico de uso e conservação do solo, assinado por profissional técnico habilitado.

JUSTIFICATIVA

Trata-se de averbação da reserva florestal legal, por ocasião da aquisição da propriedade através do usucapião.

Saint-Clair Honorato Santos [1]
Procurador de Justiça

O artigo 225, *caput*, da Constituição Federal dispõe:

> ***"Art. 225 - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações."***

A fim de garantir o direito que todos têm ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, conforme determina o texto constitucional necessário se faz que as limitações impostas pelo Código Florestal às propriedades rurais sejam respeitadas de maneira a atender sua função social.

O usucapião como forma originária de aquisição da propriedade rural, ao ser declarado, dever atender as limitações administrativas impostas pelo Código Florestal, por ocasião de seu registro.

Observe-se que a Constituição Federal em seu artigo 5° ao estabelecer os princípios dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, apresenta entre eles, nos seus incisos XXII e XXIII a garantia do direito de propriedade, e que esta atenderá a sua função social.

> ***"Art. 186 - A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simulteneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:***
> ...
> ***II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente."***

A determinação ao proprietário rural em manter em sua propriedade 20% da área com cobertura arbórea que constitui a Reserva Legal do imóvel, está prevista no art. 16 "a" e § 2° da Lei 4771/65, bem como o dever da sua reconstituição está ratificado pela Lei 8171/91 em seu art. 99.

> ***"Artigo 16 - As florestas de domínio privado, não sujeitas ao regime de utilização limitada e ressalvadas as de preservação permanente, previstas nos artigos 2° e 3° desta Lei, são suscetíveis de exploração, obedecidas as seguintes restrições:***
>
> ***Parágrafo 2° - A reserva legal, assim entendida a área de, no mínimo, 20% (vinte por cento) de cada propriedade, onde não é permitido o corte raso, deverá ser averbada à margem da inscrição de matrícula do imóvel, no registro de imóveis competente, sendo vedada a alteração de sua destinação, nos casos de transmissão, a qualquer título, ou de desmembramento da área." (grifamos)***

Com a edição da denominada Lei de Política

Agrícola (8171/91) reafirma-se a obrigação da recuperação de eventuais áreas de reseva legal degradadas:

> ***"art. 99:***
> ***A partir do ano seguinte ao da promulgação desta Lei, obriga-se o proprietário rural, quando for o caso a recompor em sua propriedade a Reserva Florestal Legal prevista na Lei nº 4771, de l5 de setembro de l965, com a nova redaçãodada pela Lei nº 7803, de l8 de julho de l989, mediante o plantio, em cada ano, de pelo menos um trinta avos da área total para complementar a referida Reserva Florestal Legal."***

A utilização inadequada da área de reserva legal pelo proprietário para outros fins que não aqueles estabelecidos pela lei implica em degradação da qualidade ambiental, **enquadrando-se qualquer indivíduo que pratique esta conduta no conceito de poluidor.**

Em nosso sistema legal está pacificamente assentado o princípio de que todo dano, qualquer que seja sua espécie, deve ser indenizado ou reparado, seja no plano civil (art. 159 C.C) ou no âmbito do Direito Ambiental (art. 14, da Lei 6.938/81), seja a nível constitucional (§ 3º. do art. 225).

A Lei 6.938/81 estabelece:

> ***"Artigo 14 - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente ou a terceiros afetados por suas atividades."***

Na doutrina é pacífico o entendimento de que a responsabilidade é objetiva no que diz respeito aos interesses difusos, relacionados com a tutela dos interesses ambientais aqui defendidos, seja o infrator pessoa física ou jurídica.

Portanto, a não manutenção da área de reserva legal, importará em uso nocivo da propriedade , nos termos do artigo 1° da Lei 4771/65, e conseqüentemente esta propriedade não estará cumprindo com sua função social.

Ademais, pode-se afirmar que estamos diante de ônus real, ou seja, obrigação que limita a fruição e a disposição da propriedade. Representa direito que prevalece erga omnes.

Constitui, assim, uma obrigação que inere à coisa, que adere à ela, que a segue, como a sombra persegue o corpo.

A aquisição de propriedade através do usucapião visa dar garantia aqueles que mansa e pacificamente após o tempo de posse, adquirem pelo preenchimento de seus requisitos, o seu direito.

O usucapião garantindo o direito de propriedade deve atender aos princípios de direito ambiental por ocasião do registro da propriedade rural, assim obtida. Quando transitada em julgada a sentença do usucapião, sendo levada a registro deve o oficial do cartório proceder a averbação da competente área de reserva legal.

O próprio magistrado por ocasião da sentença no processo de usucapião, nela fará constar a área de reserva legal indicada pelo requerente sobre o crivo do órgão ambiental, para ser averbada no competente registro pelo oficial.

Devendo os requisitos da matrícula constarem no mandado judicial, art. 226, da Lei 6015/73 a reserva legal já deveria assim estar descrita para cumprir tal exigência.

O Código Florestal determina (Lei 4771/65) que se proceda a averbação dessa área, sendo vedada sua alteração,

mesmo no caso de transmissão.

A determinação ao proprietário rural em manter em sua propriedade 20% da área com cobertura arbórea que constitui a reserva legal do imóvel, está prevista no art. 16 "a" e § 2º, da Lei 4771/65, sendo vedada a alteração da sua destinação nos casos de transmissão a qualquer título ou de desmembramento da área, mesmo nos casos de aquisição originária, bem como o dever da sua reconstituição está ratificado pela Lei 8171/91 em seu art. 99.

CONCLUSÃO

Assim observa-se que uma propriedade ao ser adquirida por sentença de usucapião, garantindo os princípios ambientais da Constituição Federal, necessário que nela figure a área destinada à reserva legal como requisito para a matrícula - art. 226, da Lei 6015/73.

1 Coordenador do Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Proteção ao Meio Ambiente

INFÂNCIA E JUVENTUDE
SEMPRE PRIORIDADE ABSOLUTA

O MINISTÉRIO PÚBLICO E O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR

Munir Cury

Procurador de Justiça/SP

EXPOSIÇÃO. 1. O Ministério Público e o princípio da prioridade absoluta. 2. A defesa do interesse público e o Direito à Convivência Familiar. 3. O Direito à Convivência Familiar frente à pobreza. 4. O Ministério Público e a Família Natural. 5. O Ministério Público e a Família Substituta: guarda e adoção. CONCLUSÃO.

EXPOSIÇÃO. 1. O Ministério Público e o princípio da prioridade absoluta. A Constituição Federal de 1.988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1.990) lançaram no país sementes de transformação social de grande significado e de longo alcance, exigindo do Estado e da própria comunidade posturas de maturidade e firmeza no enfrentamento da crônica questão de suas crianças e adolescentes. Em conseqüência, uma verdadeira *"revoada cívica"*[1] vem se irrompendo paulatinamente nas mais variadas esferas da sociedade.

Refiro-me, sobretudo, a dois aspectos fundamentais estreitamente ligados ao tema que ora me proponho a abordar.

A primeira reflexão dirige-se à expressão *prioridade*

absoluta. Ainda que o Estatuto da Criança e do Adolescente estabeleça em seu artigo 4º, § único, quatro hipóteses quanto ao seu significado, certamente o atendimento dos direitos de crianças e adolescentes é uma das áreas mais complexas para se fixar primazia. Principalmente quando a expressão *prioridade absoluta* vem precedida do advérbio *sempre.* Será *sempre prioridade absoluta* a grave questão da educação, considerando que ainda existem no nosso país 2 milhões e 700 mil crianças fora da escola? Ou a busca de alternativas para 40% dos estudantes que abandonam a escola por causa do trabalho? Nesse sentido, de que forma erradicar o trabalho de milhares de crianças, como forma de adesão à "Marcha Global Contra o Trabalho Infantil" que se iniciou em todo o planeta e se encerrará com a Conferência Mundial da OIT em junho/98 e que debaterá o tema trabalho infantil? Porventura a atenção e a luta institucionais devem se dirigir ao combate ao narcotráfico, face ao relatório da Divisão de Repressão de Entorpecentes (DRE) da Polícia Federal indicando que no primeiro trimestre de 1.997 a apreensão de cocaína cresceu 40% no país, que passou da condição de importador de maconha à de fornecedor para alguns países da América do Sul, e que segundo pesquisas feitas de 1.995 a 1.996, a parcela mais atingida é a juventude? Ou ainda, é chegada a hora de disciplinar e responsabilizar a escalada de vulgaridade, violência, degradação, perversão, discriminação e erotização desmedida que, a título de entretenimento, a televisão impõe às nossas crianças e adolescentes, violando frontalmente o preceito de que "somente exibirão, no horário recomendado para o público infanto-juvenil, programas com finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas (ECA, artigo 76)? Estejamos atentos, nesse sentido, às conclusões da pesquisa encomendada pelo Ministério da Justiça, divulgada em 03 de setembro de 1.997, apontando que 75% da população brasileira deseja o controle da programação de televisão, e que recentes estudos patrocinados pela UNESCO (Organização das Nações

Unidas para a Educação, Ciência e Cultura) indicam que "a TV é o fator singular mais forte no sentido de criar uma cultura global, e a onipresença da violência no meio de comunicação contribui para fazer o mundo mais violento", a tal ponto que uma pesquisa da Universidade de New South Wales, em Sidney (Austrália), de 1.989 a 1.994, indica que a televisão pode influenciar o desenvolvimento do feto por meio de emoções que causa na gestante. Exploração sexual de crianças, face às informações da ABRAPIA (Associação Brasileira Multiprofissional de Proteção à Infância e Juventude) de que grande parte das denúncias de abusos são ignoradas... abrigos... internatos... a final, qual é a vertente da infância e da juventude considerada *sempre prioridade absoluta* para o Ministério Público, instituição que "não surgiu de repente, num só lugar, por força de algum ato legislativo", mas "formou-se lenta e progressivamente, em resposta às exigências históricas"[2] ?

Eis-nos agora, diante da segunda advertência, tendo em vista que a atual disciplina constitucional faz do Ministério Público um órgão do Estado incumbido da defesa dos interesses da sociedade. A Constituição Federal proclama a promoção da cidadania e da dignidade da pessoa humana (artigo 1°, II e III), assim como a edificação de uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3°, I), além da erradicação da pobreza e da marginalização (artigo 3°, III), e, conseqüentemente, estará o Ministério Público "dentre os vários segmentos que compõem o mosaico social, jungido a privilegiar aqueles menos favorecidos, mais carentes de justiça."[3]

2. A defesa do interesse público e o Direito à Convivência Familiar. Na condição de órgão incumbido de zelar pelo interesse público, está a instituição legitimada a promover a garantia do direito à convivência familiar de crianças e adolescentes, verdadeiro "interesse público primário, que pode ser identificado com o interesse social, o interesse da sociedade ou da coletividade."[4]

Isso porque existe um inegável interesse da comunidade em reanimar e fortalecer os vínculos familiares, nestes tempos abalados por recessão e miséria, além de falsos princípios e tendências permissivas de toda ordem, que acabaram por desestruturar e embaraçar o homem na busca da sua plena realização, pois a família continua sendo sempre o espaço privilegiado, único e insubstituível de socialização, prática de tolerância e divisão de responsabilidades, além de celeiro para o exercício da cidadania, do respeito e dos direitos humanos.

O equilíbrio que o Ministério Público tem o dever constitucional de garantir na convivência social, ora representado pela afirmação do *direito à convivência familiar* assegurado a crianças e adolescentes independentemente da sua origem, nada mais é que a resposta adequada à exigência de cientistas sociais e renomados humanistas de que "se a sociedade é fruto da família que a constrói, sem dúvida também é válido o contrário, ou seja, que a família é o resultado da sociedade que a gera."[5]

É abundante a literatura contemporânea a respeito da importância da família para o desenvolvimento de crianças e adolescentes. Estuda-se, do ponto de vista biológico, a fragilidade do neonato em relação às demais espécies, o que justifica a necessidade de protegê-lo para que sobreviva. A psicologia demonstra a importância das relações afetivas para a obtenção da saúde mental, e as ciências sociais indicam que a presença de adultos confiáveis e o exercício da autoridade são indispensáveis para assegurar o convívio democrático entre homens e mulheres na sociedade. Já para o Direito, "no que concerne à família, não é principalmente o interesse individual, com as faculdades decorrentes, que se toma em consideração; os direitos, embora reconhecidos e regulados na lei, assumem, na maior parte dos casos, o caráter de deveres."[6]

O consenso a respeito da família como *locus* privilegiado para o adequado desenvolvimento humano está consagrado em documentos internacionais[7] e, no caso do Brasil, na Constituição Federal[8] e no Estatuto da Criança e do Adolescente[9].

É importante considerar que os diplomas mencionados centralizam a questão no direito que a criança tem a ser criada e educada pela sua família e, ao mesmo tempo, referem-se à necessidade de proteger e assistir essa mesma família no adequado exercício de suas funções. Tanto que a Constituição Federal, determina expressamente em seu artigo 226 que "a família, base da sociedade, tem a especial proteção do Estado." Essa proteção é estendida a formas não tradicionais de família, na medida em que, no § 4º do mesmo artigo, "entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes."

3. O Direito à Convivência Familiar frente à pobreza. Com certa frequência ressoa pelo país a grande falácia de que existem entre nós milhões de crianças abandonadas e que, por tal razão, deveriam ser incentivados programas e campanhas para promover a adoção e outras formas de colocação em família substituta. O que ocorre, na verdade, é uma lamentável confusão conceitual entre *abandono* e *pobreza*, uma vez que a imensa maioria das crianças pobres, mesmo as que estão nas ruas ou recolhidas em abrigos, possuem vínculos familiares. Os motivos que as levam a essa situação de risco não é, na maioria das vezes, a rejeição ou a negligência por parte de seus pais, e sim as alternativas de sobrevivência.

A título de ilustração, a nível mundial existem cerca de um bilhão e trezentos milhões de pessoas que vivem com menos de um dólar por dia, sendo que o número de pobres cresce cerca de 25 milhões por ano e aproximadamente um quarto da população do planeta vive na pobreza[10]. No Brasil, o

quadro das desigualdades mostra o tamanho do abismo social que fere a dignidade de milhões de cidadãos. Assim é que, 40,4% das crianças e adolescentes de até 14 anos do Nordeste vivem em famílias que ganham até meio salário mínimo mensal *per capita*. No Maranhão, o indicador de famílias que ganham até meio salário mínimo mensal *per capita* é de 70,7%; no Piauí, 70,6% das crianças vivem em famílias com essa renda; em Alagoas, o percentual é de 66,4%, e, no Ceará, de 65,9%. No Sudeste, apesar dos bolsões de miséria, a parcela de crianças que vivem nessas condições cai para 26%; em São Paulo, o índice é de 15,8%.[11]

É diante desse quadro desafiador que o Estatuto da Criança e do Adolescente prescreve expressamente, em seu artigo 23, que "*A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou suspensão do pátrio poder*", estabelecendo várias medidas aplicáveis aos pais ou responsável, entre as quais o "*encaminhamento a programa oficial ou comunitário de promoção à família*" (artigo 129, I e seguintes), para concluir, de forma indiscutível, que "*Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta...*"

Enquanto aguarda a implantação oficial de projetos capazes de superar a miséria que aflige grande parte de nossas famílias, entre os quais bem-sucedidos programas de renda mínima[12], o Ministério Público é, sem sombra de dúvida, importante liderança e alavanca no sentido de garantir a permanência de crianças e adolescentes em sua família natural. Mesmo porque, nunca é demais lembrar e até insistir, que somente o fator pobreza é insuficiente para o desligamento dos vínculos ou a perda do pátrio poder, devendo os pais ou responsáveis ser "*encaminhados a programa oficial ou comunitário de promoção à família*" (ECA, artigos 23, parágrafo único e 129, I).

4. O Ministério Público e a Família Natural. A

presente exposição pretende apresentar trabalhos desenvolvidos em vários municípios do país, com característica populacional diversa, na tentativa de ressaltar a importante liderança do Ministério Público da efetivação do apoio à família, baseando-se na "Contagem de População de 1.996" do I.B.G.E..

Até onde me foi possível conhecer, com a participação do Ministério Público, a cidade de Manaus-AM (1.157.357 habitantes) mantém programa de apoio e acompanhamento a famílias atingidas pela pobreza e/ou miséria, objetivando promovê-las e atendê-las nas suas necessidades básicas, mantendo consigo os próprios filhos, e ensejando oportunidades para o crescimento individual e grupal. No Estado de São Paulo (34.120.886 habitantes), também com a colaboração do Ministério Público, foi implantado o programa "Direito à Convivência Familiar" pela Secretaria de Assistência e Desenvolvimento Social, apoiado por diversas entidades internacionais inscritas na Comissão Estadual Judiciária de Adoção Internacional (CEJAI/SP), sendo que somente uma delas (AiBi-ASSOCIAZIONE AMICI DEI BAMBINI)[13] assiste diretamente 131 crianças, muitas das quais desabrigadas e convivendo com as suas famílias de origem.

5. O Ministério Público e a Família Substituta: guarda e adoção. No entanto, esse mesmo dever e liderança institucionais devem persistir, a partir do momento em que, esgotadas as possibilidades de manutenção da criança em sua família de origem, surja a alternativa da colocação em família substituta.

Seja através da ***guarda***, instituto jurídico ainda não devida e adequadamente utilizado pela comunidade, ou mesmo através da ***adoção***, devem ser difundidos mecanismos já implantados institucionalmente em vários estados da federação, e que viabilizem a garantia do direito à convivência familiar.

Sabemos que a ***guarda*** se destina à

prestação de assistência material, moral e educacional, sem que ocorra a destituição do pátrio poder, possibilitando, desta forma, a oportunidade para que os pais superem as suas dificuldades e, a partir daí, venham a acolher seus filhos.

Não se trata, obviamente, de estimular a ***guarda*** como se fosse a grande panacéia para as nossas crianças e respectivas famílias, mas de encontrar alternativas locais, saudáveis e humanas, que possam garantir um lar e uma família para cada criança.

Nesse sentido, a SOBEM (Sociedade de Bem-Estar do Menor) é uma entidade social sediada em São José dos Campos-SP (486.467 habitantes), criada em 1.979 pela iniciativa de um Juiz de Menores, de empresários e outros colaboradores da comunidade local. Tem por objetivo atender crianças, no regime de guarda, na faixa de 0 a 6 anos, acolhendo-as em lares hospedeiros e dando a elas atendimento especial. É mantida através de convênios com agências governamentais e de recursos obtidos pela própria instituição. Possui em seu quadro funcional um assistente social e uma psicóloga, além de contar com a colaboração de um grupo de voluntários. As crianças, de ambos os sexos, são encaminhadas pelo Poder Judiciário e já na SOBEM recebem atendimento médico, sendo posteriormente apresentadas ao casal hospedeiro previamente cadastrado pela instituição. Admite-se o acolhimento por pessoas solteiras, viúvas ou separadas. Pessoas sozinhas ou casais procuram voluntariamente a instituição, cabendo ao assistente social e à psicóloga realizar a entrevista e a visita domiciliar para uma avaliação das condições para o acolhimento. As crianças permanecem com o casal hospedeiro por tempo indeterminado, cabendo ao juiz a decisão pelo retorno à família de origem ou pela Adoção.[14]

A título de ilustração da viabilidade da proposta, em abril de 1.993, a Fundação "ABRINQ PELOS DIREITOS DA

CRIANÇA", com a colaboração do Instituto de Estudos Especiais da PUC/SP e do Ministério Público do Estado de São Paulo, preparou uma campanha informativa sobre a guarda, desencadeada na cidade de Lorena-SP (76.344 habitantes), onde o Poder Executivo local aprovara a isenção do IPTU como subsídio ao programa de guarda, fato que causara grande repercussão nacional. O objetivo da campanha era melhorar o nível de informação junto à população, na busca de melhores resultados para implementação de projetos de guarda nos municípios. O Promotor de Justiça local havia realizado um levantamento inicial junto à rede escolar, constatando a existência de 196 casos de crianças sob guarda informal. Além da regularização da situação de crianças, os trabalhos registraram telefonemas de cidades próximas e até de municípios de outros estados, solicitando informações a respeito, tornando evidente o interesse de outras comunidades locais, provavelmente dispostas a realizar programas semelhantes.[15]

No município de Rio de Janeiro-RJ (5.551.538 habitantes), numa parceria entre Prefeitura Municipal, Conselhos Tutelares e entidades sociais, foi instituído o projeto "FAMÍLIA ACOLHEDORA" que procura, de um lado, sensibilizar a comunidade à responsabilidade pelas suas crianças de 0 a 6 anos, motivando pessoas e casais a acolhê-las através do regime de guarda, treinando-as e capacitando-as previamente, sem relegar o acompanhamento da família biológica por meio da rede pública e de voluntários identificados como "amigos do projeto" (psicólogos, dentistas, engenheiros, etc.).

É conhecido o dever do Ministério Público de fiscalizar entidades de abrigo (ECA, artigos 90 e 95), diligência de fundamental importância para que o representante do *Parquet* constate se é observada a preservação dos vínculos familiares ou se, esgotadas as possibilidades de manutenção da criança na família de origem, abra-se de forma ágil, mas prudente e cuidadosa, a perspectiva de integração em família

substituta (ECA, artigo 92, I e II). Nessa linha, é oportuno ressaltar o recente "PROGRAMA DE FISCALIZAÇÃO DAS ENTIDADES DE ATENDIMENTO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE", desenvolvido pelo Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça da Infância e da Juventude do Ministério Público do Estado de São Paulo, auxiliado por 7 técnicos, objetivando não só aferir as condições de funcionamento e recursos humanos, como observar o envolvimento da família no trabalho desenvolvido pela entidade e o processo de desligamento do abrigado, seja no retorno à família de origem como na colocação em família substituta.

Ora, tais experiências, desenvolvidas e acompanhadas tecnicamente, não podem permanecer circunscritas a determinadas regiões, mas, ao contrário, atendendo ao fato de que a maior parte delas envolveu a participação do Ministério Público, devem se multiplicar e difundir, respeitadas as peculiaridades locais que possibilitem a sua implantação.

"A família, a comunidade e a sociedade civil devem participar amplamente da elaboração de alternativas, priorizando o apoio à família para que esta possa cumprir com suas funções. A família natural ou substituta é sempre melhor do que qualquer instituição de internação. A institucionalização tem historicamente produzido crianças analfabetas e sem perspectivas de vida autônoma. Primo Levi, pensador italiano que passou pela experiência de institucionalização, sintetizou o efeito destrutivo da internação através do conceito de **homem vazio**: *Imagine-se agora um homem ao qual, junto com as pessoas amadas, lhe são levados sua casa, seus hábitos, suas roupas, tudo enfim, literalmente tudo o que possui: será um homem vazio, condenado a sofrimento e necessidade, esquecido da dignidade e discernimento, já que acontece facilmente a quem perdeu tudo de perder-se a si mesmo.*"[16]

Por último, não tenho dúvidas de que, face às

atribuições constitucionais e legais do Ministério Público, a alternativa da colocação em família substituta através da **adoção**, mereça maior atenção e efetiva postura institucionais, na constante árdua busca do Bem Comum.

Ainda que se argumente que "a atual crise financeira e a preocupação com o desemprego estejam afastando os brasileiros da adoção e, na avaliação dos especialistas, a insegurança diante do futuro, aliada à burocracia, faça os casais adiarem os planos de adoção"[17], é preciso que permaneça vivo o debate sobre a adoção, inclusive para desmistificar e esclarecer pontos agudos, entre os quais a adoção por estrangeiros. Além disso, é urgente a busca de mecanismos que possibilitem a inserção de crianças efetivamente declaradas em estado de abandono em lares que possam garantir o seu completo desenvolvimento. Inúmeras obstruções têm ocorrido nesse hiato entre a carência e o abandono, exigindo a participação direta, profissional e sensivel do Ministério Público, no sentido de viabilizar o *direito à convivência familiar*. Nessa linha, a fiscalização das entidades de abrigo é uma excelente forma estabelecida pelo legislador a fim de avaliar a situação individual e familiar de crianças, cuja integridade e afetividade devem ser reverenciadas pelo agente fiscalizador como um templo sagrado.

Centenas de pessoas ou casais brasileiros aguardam durante longos meses ou mesmo anos a satisfação da expectativa de adotar uma criança, enfrentando angústias, preconceitos e traumas de toda ordem, cabendo ao Ministério Público parcela da elevada missão de aliviar tais tensões e conflitos.

Ainda que cada comarca ou foro regional deva manter "um registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro de pessoas interessadas na adoção" (ECA, artigo 50), a criação de **cadastro centralizado** que sirva de apoio aos respectivos juizes e sem qualquer interferência

nas colocações realizadas, "atenderia os sublimes interesses de crianças e adolescentes, evitando sua permanência em entidades de abrigo de forma indefinida."[18]

Cito a iniciativa da Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo, ao normatizar a adaptação dos cadastros e criar o cadastro centralizado de pessoas interessadas em adoção e de crianças e adolescentes em condições de serem adotadas, através do Provimento CG-12/95, competindo ao Juízo "encaminhar a planilha com os dados colhidos, para futuras consultas dos demais Juízes do Estado".

CONCLUSÃO. Diante do sublime perfil do Ministério Público esculpido pela Constituição Federal, aperfeiçoado de maneira instigante e compromissada com a infância e juventude pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, ***considerando*** as exigências atuais de apoio à família natural, face à situação de pobreza ou miséria em que sobrevive grande parte da população brasileira, ***considerando*** que a prioridade deve ser garantida à manutenção da criança na sua família de origem, ***considerando*** as modalidades de colocação em família substituta, ***considerando*** várias experiências coroadas de êxito, desenvolvidas em diversos estados da federação, ***SUGERE-SE AO MINISTÉRIO PÚBLICO***:

1. que os Centros de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça da Infância e da Juventude sejam criados nos estados onde não existam ou reativados onde tenham sido extintos;

2. que tais órgãos auxiliares da atividade funcional tenham especial atenção por parte da administração superior, garantindo-lhes eficiente estrutura e condições de atuação, em obediência ao princípio da prioridade absoluta estabelecido pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente;

3. que os Centros de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça da Infância e da Juventude dos estados

se articulem de maneira a estabelecer uma produtiva troca de experiências, possibilitando o conhecimento, divulgação e aperfeiçoamento de trabalhos de apoio à família natural, guarda e adoção, numa busca comum e solidária de garantir um lar para cada criança. Na condição de membro do Conselho Técnico-Científico da ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE MAGISTRADOS E PROMOTORES DE JUSTIÇA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE tenho conhecimento que o INSTITUTO AYRTON SENNA tem viabilizado recursos para a ampliação da chamada "REDE DE JUSTIÇA", visando apoiar a atuação local de cada promotor de justiça e magistrado na aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente;

4. que os Centros de Apoio Operacional das Promotorias da Infância e da Juventude sejam o canal ágil e fluido de comunicação de tais experiências, não só armazenando-as, como fazendo-as chegar aos órgãos de execução rápida e eficazmente;

5. que os órgãos da administração superior do Ministério Público dos vários estados da federação se dediquem junto ao Poder Judiciário, fornecendo subsídios para a criação de cadastro único de pretendentes à adoção e crianças em condições de serem adotadas, evitando, desta forma, a desnecessária institucionalização, conhecida por suas características opressoras e repressoras.

Esse intercâmbio nacional do Ministério Público na área da infância e da juventude poderá ensejar o desejável aperfeiçoamento institucional, fruto da humildade e da eficiente prestação de serviços, colaborando para que o preceito constitucional (CF artigo 227) e a prescrição legal (ECA, artigo 4º) sejam efetivados, garantindo, como resultado, o *direito a convivência familiar* a crianças e adolescentes, além de fomentar a cidadania e o crescimento da comunidade rumo à democracia participativa.

1 Expressão utilizada pelo relator Senador RONAN TITO, na justificativa

do Projeto de Lei nº 193 (Estatuto da Criança e do Adolescente)

2 Cf. HÉLIO TORNAGHI, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Revista dos Tribunais, 1.976, v. 1, p. 297.

3 Cf. ANTONIO AUGUSTO MELLO DE CAMARGO FERRAZ, *Ministério Público e Afirmação da Cidadania, p. 138.*

4 Cf. HUGO NIGRO MAZZILLI, *Regime Jurídico do Ministério Público*, Saraiva, p. 60.

5 Cf CHIARA LUBICH, discurso de abertura no Congresso "A Família e o Amor", Roma, 3 de maio de 1.981.

6 Cf. ESPÍNOLA, *A Família no Direito Civil Brasileiro*, Rio, nº 3.

7 Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança (20.11.89), artigos 5º e 7º.

8 Constituição Federal, artigo 227.

9 Estatuto da Criança e do Adolescente, artigos 19 e seguintes.

10 Elementos coligidos do estudo do PNUD (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento), divulgado em 16 de Outubro de 1.997, por ocasião do Dia Internacional para a Erradicação da Pobreza.

11 Dados de até 1.995, obtidos no estudo patrocinado pelo IBGE e UNICEF, denominado "Indicadores Sobre Crianças e Adolescentes", divulgado em Novembro de 1.997.

12 Os programas de renda mínima não constituem uma inovação na história da humanidade, sendo que o primeiro que se tem notícia foi implantado pela cidade belga de Bruges, por conta da inspiração de Thomas More, em 1.526. Boa parte dos países europeus possuem algum tipo de programa de renda mínima; a França aderiu ao programa em 1.988; na Espanha, embora não exista um programa nacional, algumas cidades garantem uma renda mínima. Nos Estados Unidos, foi criado em 1.975, pelo presidente republicano Gerald Ford, atingindo atualmente 20 milhões de famílias. Os programas de renda mínima mais sólidos no nosso país estão sendo desenvolvidos no Distrito Federal, em Campinas e Ribeirão Preto (SP).

13 AiBi-Associazione Amici Dei Bambini, sediada em Melegnano, Itália, à Via Giacomo Frassi, nº 19.

14 *Guarda Familiar - Desafios e Propostas*, IEE (Instituto de Estudos Especiais) da PUC/SP, ADOLFO IGNACIO CALDERÓN, ISA MARIA FERREIRA DA ROSA GUARÁ E MARIA DO CARMO BRANT DE CARVALHO, p. 39.

15 Idem, p. 40.

16 Cf CENISE MONTE VICENTE, *O Direito à Convivência Familiar e Comunitária: uma política de manutenção do vínculo*, "in" *FAMÍLIA BRASILEIRA - A BASE DE TUDO*, Cortez Editora, p. 47.

17 Cf Jornal FOLHA DE SÃO PAULO, edição de 17 de novembro de 1.997, 3º Caderno, p. 1.

18 Despacho do ilustre magistrado CARLOS EDUARDO PACCHI, no processo nº 96.114/92, da comarca de Osasco, a respeito da instalação do cadastro centralizado no Estado de São Paulo.

"MONITORAMENTO DA GARANTIA DA ABSOLUTA PRIORIDADE"

(Valério Bronzeado - Promotor de Justiça - MP-Pb)
e-mail : valerio@netwaybbs.com.br

"A melhoria das condições de vida da infância latino-americana requer reformas institucionais e mudanças legislativas. Converter o tema da infância em prioridade absoluta constitui o pré-requisito político-cultural destas transformações." (Emílio Garcia Mendez)

"A Constituição não é um simples ideário. Não é apenas uma expressão de anseios, de aspirações, de propósitos. É a transformação de um ideário, é a conversão de anseios e aspirações em regras impositivas. Em comandos. Em preceitos obrigatórios para todos : Órgão do Poder e cidadãos". (Celso Antônio Bandeira de Melo)

Sumário

1. Garantia da absoluta prioridade
2. Prioridade x Discricionariedade
3. Parceria Ministério Publico, Universidade e Tribunal de Contas
4. Conclusões
5. Bibliografia

Este trabalho propõe a criação de mecanismos para que o Ministério Público, em parceria com outras entidades, passe a fiscalizar a garantia Constitucional da **ABSOLUTA PRIORIDADE** (CF, art. 227 caput, c/c art. 4° do ECA) que

deve ser assegurada ao segmento infanto/juvenil.

1. GARANTIA DA ABSOLUTA PRIORIDADE

A Constituição brasileira de 1988 trouxe comando inovador. O art. 227 ordena que se dê "absoluta prioridade" ao segmento infanto/juvenil, nestes termos : *"É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, COM ABSOLUTA PRIORIDADE, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária etc ".*

Como disse Dalmo de Abreu Dalari "o apoio e a proteção à infância e juventude devem figurar, obrigatoriamente, entre as prioridades dos governantes. Essa exigência constitucional demonstra o reconhecimento da necessidade de cuidar de modo especial das pessoas que, por sua fragilidade natural ou por estarem numa fase em que se completa sua formação, correm maiores riscos".

O comando constitucional *do art. 227* adequa-se à Declaração Universal dos Direitos da Criança, da qual o Brasil é signatário. Lei infra constitucional regulamentou a garantia da absoluta prioridade . O parágrafo único do art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, estabelece :

> *"A garantia de prioridade compreende :*
> *a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;*
> *b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;*
> *c) preferência na formulação e na execução das políticas públicas;*
> d) destinação privilegiada de recursos públicos na áreas relacionadas com a proteção da infância e da juventude".

Pela dicção das alíneas "c" e "d" do art. 4° do ECA não poderá mais haver a desculpa amarela de "falta de verba" para a criação e manutenção de serviços afetos à infância e à juventude. Como lembra *Dalmo de Abreu Dalari "os responsáveis pelo órgão público questionado deverão comprovar que, na destinação dos recursos disponíveis, ainda que sejam poucos, foi observada a prioridade exigida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente"* e que *"será contrária à lei a decisão que não respeitar a preferência à infância e a juventude"*. Portanto, a não observância da garantia da absoluta prioridade por parte do Poder Público poderá ser impugnada e os atos administrativos que malferirem esta garantia constitucional poderão ser anulados via mandado de segurança, ação popular ou ação civil pública. *A* partir da elaboração e votação dos projetos de lei orçamentária , *q*ualquer do povo, associação ou o Ministério Público têm legitimidade para agir .

Quem defende o segmento infanto/juvenil sabe, todavia, que a garantia da absoluta prioridade não aterrizou entre nós. O ECA não foi implantado na maioria dos municípios brasileiros por falta de prioridade. Os Juizados e Curadorias estão desaparelhados, os investimentos em creche, pré-escola e ensino fundamental estão aquém do necessário, o Direito da Infância não figura nos programas de concursos e escolas jurídicas etc etc.

O grande constitucionalista português, J. J. Gomes Canotilho costuma dizer que *"a concretização das imposições constitucionais é, no plano jurídico, um processo e não um ato, é uma seqüência de atualização e não um estampido isolado; no plano político ela é uma luta democrática quotidianamente renovada no sentido de realização dos fins e tarefas constitucionais"*. A luta pela efetivação da garantia constitucional da absoluta prioridade, portanto, faz parte do processo de observação das normas Constitucionais, como lembrou Canotilho linhas atrás. Como disse Celso Antônio

Bandeira de Melo *"as normas jurídicas não são conselhos, opinamentos, sugestões. São determinações. O traço característico do Direito é exatamente o de ser disciplina obrigatória de condutas. Daí que por meio de normas jurídicas não se pede, não se exorta, não se alvitra. A feição específica da prescrição jurídica é a imposição, a exigência. (...) Assim, quando dispõe sobre a realização da justiça social - mesmo nas chamadas regras programáticas - está, na verdade, imperativamente, constituindo o Estado brasileiro no indeclinável dever jurídico de realizá-la".*

J. J. Gomes Canotilho lembra que *"hoje não há normas constitucionais programáticas. É claro que continuam a existir normas fins, normas tarefas, normas programas que impõem uma atividade e dirigem materialmente a concretização constitucional. Mas o sentido dessas normas não é o que lhe assinalava tradicionalmente a doutrina : "simples programas", "exortações morais", "declarações", "sentenças políticas", "aforismos políticos", "promessas", "apelos ao legislador", "programas futuros juridicamente desprovidos de qualquer vinculatividade".*

O grande constitucionalista português assevera que :

"A positividade jurídico-constitucional das normas programáticas significa fundamentalmente : 1) vinculação do legislador, de forma permanente, à sua realização (imposição constitucional) ; 2) como diretiva materiais permanentes elas vinculam positivamente todos os órgãos concretizadores, devendo estes tomá-las em consideração em qualquer dos momentos da atividade concretizadora (legislação, execução, jurisdição) ; 3) Com limites negativos, justificam a eventual censura sob a forma de inconstitucionalidade em relação aos atos que as contrariam".

Para a efetivação da garantia da absoluta prioridade é necessária uma atuação também prioritária dos operadores

jurídicos. Edson Seda, em sua obra A CRIANÇA E O DIREITO ALTERATIVO lembra que *"há promotores inertes na propositura de ações públicas porque não aplicam o Instituto da Prioridade Absoluta. Outros deixam o Prefeito agir cotidianamente de forma discricionária por não cobrarem a aplicação do Instituto da Participação Popular"*. Por fim adverte : *"Nas Comarcas em que o Juiz e o Promotor estudam e estão preparados colaboram com as comunidades para a reorganização social prevista na Constituição e no Estatuto, os Municípios vêm experimentando notável progresso nessa área"*. Diz ainda : *"Nos Estados em que os Tribunais dão força para os princípios de ordem pública da Constituição e do Estatuto, o Judiciário vem sendo, efetivamente, o modelador constitucional do novo Direito"*. Por fim, conclui com uma observação relevante : *"É extremamente importante que o Poder Judiciário lembre-se (o Juiz em primeira instancia, e o Tribunal em segunda) que o próprio juiz depende que os programas sejam organizados pela Prefeitura, pois são esses programas que cumprem decisões do próprio juiz, nos casos de adolescentes infratores. Sem esses programas, as decisões judiciais ficam retóricas (são escritas nos papéis oficiais mas não se cumprem) por falta de recursos e de serviços destinados à sua execução"*.

O ideal, todavia, como dissemos em nosso trabalho "Notas para efetivação do Estatuto da Criança e do Adolescente", é que haja a tomada de uma nova consciência, dentro de uma perspectiva de radicalização democrática, especialmente dos operadores jurídicos, para que a super-estrada da garantia da absoluta prioridade seja aberta.

2. PRIORIDADE X DISCRICIONARIDADE

A discricionariedade que tem a administração pública em escolher as suas prioridades, não vale quando a omissão do administrador provoca danos efetivos. Assim, quando há prejuízo manifesto por conduta omissa do

administrador, a escolha de sua ação deixa de ser discricionária, para se tornar vinculada.

Como explica *Dalmo de Abreu Dalari "é importante assinalar que não ficou por conta de cada governante decidir se dará ou não apoio prioritário às crianças e aos adolescentes. Reconhecendo-se que eles são extremamente importantes para o futuro de qualquer povo, estabeleceu-se como obrigação legal de todos os governantes dispensar-lhes cuidados especiais".*

No entanto, ainda persiste o ranço de uma jurisprudência malsã que sustenta, em alguns julgados, a impossibilidade jurídica de se condenar a Administração Pública em obrigação de fazer em ação civil pública por, supostamente, malferir o princípio da discricionariedade dos atos administrativos.

Este fato foi analisado pelo Procurador de Justiça goiano Sulivan Silvestre em monografia sobre a implementação de políticas públicas. Disse Sulivan : "sob o manto da jurisprudência, tem caído por terra dezenas de ações civis públicas propostas contra o Poder Público, que visam a implementação de políticas públicas e a condenação do Estado em obrigação de fazer, objetivando assegurar o efetivo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente, do consumidor, do meio ambiente e em defesa do patrimônio público".

Edson Seda, por seu turno, enfatiza que "há Tribunais que no julgamento de recursos decorrentes de ações públicas propostas com base no Estatuto, claramente desconhecem os institutos jurídicos criados pela Constituição de 1988. Em decorrência, deixam de dar guarida às normas cogentes e alterativas da nova Doutrina. Há portanto que se estudar muito e se preparar (nova política de recursos humanos) para fazer cumprir o caráter cogente e alterativo do novo Direito da Criança e do Adolescente no Brasil.

Nada mais prejudicial, portanto, para a materialização dos objetivos da nação brasileira insculpidos no preâmbulo da Constituição Federal do que a jurisprudência que interpreta de forma distorcida o princípio da discricionariedade, como consta do Acórdão a seguir transcrito, que sustentou que a definição de prioridades e políticas de governo e de investimentos públicos, ainda que com fundamento em princípios programáticos constitucionais, não pode ser buscada via ação civil pública :

> *" CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. Constituição dirigente e programática. Estatuto da criança e do adolescente. Ação civil pública para obrigar o governo goiano a construir um centro de recuperação e triagem. Impossibilidade jurídica. Recurso especial não conhecido. I - O Ministério Público do Estado de Goiás, com base nas constituições federal e estadual e no art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, ajuizou ação civil pública para compelir o governo estadual a construir um centro de recuperação e triagem, em face de prioridade genericamente estabelecida. O TJGO, em apelação, decretou a carência da ação por impossibilidade jurídica. II - A Constituição Federal e em suas águas a Constituição do Estado de Goiás são "dirigentes" e "programáticas". Têm, no particular, preceitos impositivos para o legislativo (elaborar leis infraconstitucionais de acordo com as "tarefas" e "programas" preestabelecidos) e para o judiciário ("atualização constitucional"). Mas, no caso dos autos as normas invocadas não estabelecem, de modo concreto, a obrigação do executivo*

de construir, no momento, o centro. Assim, haveria uma intromissão indébita do poder judiciário no executivo, único em condições de escolher o momento oportuno e conveniente para a execução da obra reclamada. III - Recurso especial não conhecido. Decisão recorrida mantida. (STJ/6ª T.; REsp. 63128/95 - GO; Rel. Min. Adhemar Maciel; DJ 20/05/ 1996, pg. 16745)

De acordo com a Professora Lúcia Valle de Figueiredo, citada no monografia de Sulivam Silvestre já referida, a supervalorização do princípio da discricionariedade tornou-se uma espécie de "abre-te-sésamo", porta escancarada por onde passam desmandos administrativos. No entanto, ela ensina que :

Poderíamos afirmar que as normas constitucionais - em sua maioria - são normas veiculadoras de deveres, para que os direitos e garantias individuais, coletivos e difusos possam atuar.
Ora, se é assim, as garantias repelem a discricionariedade, como era assente na doutrina (ou seja , a possibilidade de escolha entre alternativas indiferentes, quaisquer que sejam, todas igualmente válidas)
E ademais disso reforça-se esta assertiva com o controle jurisdicional inserido no inc. XXXV do Texto Básico " (Curso de Direito Administrativo, Malheiros).

Felizmente, amplos setores do Poder Judiciário têm reconhecido a eficácia da garantia da absoluta prioridade, como se vê das decisões a seguir transcritas :

"AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FEBEM. OBRIGAÇÃO DE FAZER.

"O administrador público deve observar o mandamento legal de tratar com prioridade os interesses de crianças e adolescentes, dando curso prioritariamente aos projetos existentes. "Confirma-se a sentença que condenou a FEBEM a uma obrigação de fazer. Apelo desprovido. Unânime." (Biblioteca dos Direitos da Criança ABMP - Jurisprudência - Vol. 01/ 97 AC 596044966, TJRS, 8ª CCiv, Rel. Des. Eliseu Gomes Torres, vu 22/08/96)

No mesmo sentido :

"CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. DEVER DO ESTADO. FENILCETONURIA. "Indisputável a obrigação do Estado em socorrer pacientes pobres da Fenilcetonúria, eis que a saúde é dever constitucional que lhe cumpre bem administrar. A Constituição, por acaso lei maior, é suficiente para constituir a obrigação. Em matéria tão relevante como a saúde descabem disputas menores sobre legislação, muito menos sobre verbas, questão de prioridade." (Biblioteca dos Direitos da Criança ABMP - Jurisprudência - Vol. 01/97 MS 592140180, TJRS, 1º Gr CCiv, Rel. Des. Milton dos Santos Martins, j. 03/09/93)

E ainda :

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ADOLESCENTE INFRATOR. ART. 227, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. OBRIGAÇÃO DE

O ESTADO-MEMBRO INSTALAR E MANTER PROGRAMAS DE INTERNAÇÃO E SEMILIBERDADE PARA ADOLESCENTES INFRATORES.

"1. Descabimento de denunciação da lide à União e ao Município.

"2. Obrigação de o Estado-Membro instalar (fazer as obras necessárias) e manter programas de internação e semiliberdade para adolescentes infratores, para o que deve incluir a respectiva verba orçamentária. Sentença que corretamente condenou o Estado a assim agir, sob pena de multa diária, em ação civil pública proposta pelo Ministério Público. Norma constitucional expressa sobre a matéria e de linguagem por demais clara e forte, a afastar a alegação estatal de que o Judiciário estaria invadindo critérios administrativos de conveniência e oportunidade e ferindo regras orçamentárias. Valores hierarquizados em nível elevadíssimo, aqueles atinentes à vida e à vida digna dos menores. Discricionariedade, conveniência e oportunidade não permitem ao administrador se afaste dos parâmetros principiológicos e normativos da Constituição Federal e de todo o sistema legal.

"3. Provimento em parte, para aumentar o prazo de conclusão das obras e programas e para reduzir a multa diária.

(Biblioteca dos Direitos da Criança ABMP - Jurisprudência - Vol. 01/97

AC 596017897, TJRS, 7ª CCiv, Rel. Des. Sérgio Gischkow Pereira, vu 12/03/97)

O Ministério Público pode e deve exigir condutas

para que as obrigações contidas em normas constitucionais garantidoras de direitos individuais, coletivos e difusos do segmento infanto/juvenil possam se efetivar, como é o caso da criação de condições para a implantação do Estatuto da Criança e do Adolescente. A discricionariedade dos atos administrativos cessa quando há violação da garantia da absoluta prioridade e a omissão do administrador resultar em dano efetivo. É o que ocorre, por exemplo, quando o administrador público posterga a *"preferência na formulação e na execução das políticas pública"* e *"destinação privilegiada de recursos públicos na áreas relacionadas com a proteção da infância e da juventude"* e passa a construir obras faraônicas, suntuárias e improdutivas dissociadas dos objetivos da Constituição dirigente, com danos efetivos ao segmento infanto/juvenil.

3 . PARCERIA MINISTÉRIO PUBLICO, CONSELHO DE CONTABILIDADE, UNIVERSIDADE E TRIBUNAL DE CONTAS

O Ministério Público, na qualidade de fiscal da lei e defensor da Constituição pode averiguar se a garantia da absoluta prioridade está sendo seguida pelo Poder Público, isto é, se está havendo *"preferência na formulação e na execução das políticas pública" e "destinação privilegiada de recursos públicos na áreas relacionadas com a proteção da infância e da juventude"*. Porém, esta empreitada é complexa. Exige aparelhamento e o concurso de técnicos capacitados aptos a adentrarem na intimidade dos gastos públicos. Estes, precisam ser visualizados em gráficos de fácil compreensão. Eis aí um campo bastante fértil de atuação interinstitucional, com conseqüentes resultados para a implantação das normas de proteção do ECA. O Tribunal de Contas, a Universidade, através do Curso de Contabilidade e o Ministério Público têm, juntos, condições de revelar se está havendo absoluta

prioridade ao segmento infanto/juvenil por parte do Poder Público. Não há notícia de que em algum município brasileiro este trabalho tenha sido desenvolvido.

O Ministério Público instauraria procedimento administrativo, com a requisição de informações pertinentes, que seriam analisadas por técnicos do Tribunal de Contas e estagiários do Curso de contabilidade da Universidade local. Para tanto seria firmado um convênio para a concretização desse fim.

4. CONCLUSÕES

Como dizia Aliomar Baleeiro, *"Estado subdesenvolvido é também o Estado do analfabetismo, das endemias, dos baixos índices sanitários, da corrupção administrativa, do peculato, da prevaricação eleitoral, dos desperdícios e das obras suntuárias e improdutivas"*. A causa central do subdesenvolvimento dos países periféricos é, portanto endógena. Neles, o Poder Público não garante prioritariamente os direitos fundamentais infanto/juvenis - notadamente saúde e educação - daí o malogro econômico e cultural dessas nações. Portanto, revela-se de suma importância aferir o grau de prioridade e atenções que vêm sendo dedicada à Infância e à Juventude pelo Poder Público .

Destarte, em conclusão, sugere-se :

1) a instauração por parte do Ministério Público de procedimento administrativo para apurar e aferir se o Poder Público está assegurando ao segmento infanto/juvenil a garantia da absoluta prioridade, principalmente a "preferência na formulação e na execução das políticas públicas e "destinação privilegiada de recursos

públicos na áreas relacionadas com a proteção da infância e da juventude";

2) que seja efetivada parceria, via convênio, entre o Ministério Público, Universidade (Curso de Contabilidade) e o Tribunal de Contas para efeito da investigação retro mencionada

(Valério Bronzeado - Promotor de Justiça - MP-Pb)
e-mail : valerio@netwaybbs.com.br

5. Bibliografia

Baleeiro, Aliomar, "Uma introdução à ciência das finanças"", 12 ed. Forense 1978.

Bronzeado, Valério, "O MINISTÉRIO PÚBLICO E A OBRIGATORIEDADE DO ENSINO FUNDAMENTAL", monografia apresentada no XI Congresso Nacional do Ministério Público, (Goiânia 23 a 26 de setembro de 1996 - Livro de teses, tomo I, pág. 410)

Bronzeado, Valério, "Notas para efetivação do Estatuto da Criança e do Adolescente" Revista da Associação Paulista do Ministério Público, dezembro/98;

Canotilho José Joaquim Gomes, Curso de Direito Constitucional, Livraria Almedina, Coimbra, 1993;

Canotilho, José Joaquim Gomes, "Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador", Coimbra Editora Ltda., 1994,

Cury: Munir e outros , "Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) Comentado", 1992, Malheiros Editores

Gomes, Antônio Carlos da Costa/ Mendez, Emílio Garcia, "

DAS NECESSIDADES AOS DIREITOS, Malheiros editores;

Melo, Celso Antônio Bandeira de, "Eficácia das Normas jurídicas", RDP 57/58:236

Seda , Edson, "A criança e o direito alternativo", Ed. Ades, 1995

Silvestre, Sulivan, " Da possibilidade jurídica de condenação da administração pública em obrigação de fazer sem ofensa ao princípio da discricionariedade . implementação de políticas públicas". (Livro de Teses XI Congresso Nacional do Ministério Público, Goiânia, setembro de 1996, Tomo II, pág. 670);

TEMA

Ponto II

Atuação do Ministério Público nas áreas cível e especializadas: Infância e Juventude

Sempre prioridade absoluta

Cristiano Chaves de Farias
(Promotor de Justiça – BAHIA)

SUMÁRIO

1 - Prolegômenos e Exposição da Matéria.
O crescimento institucional com a Constituição de 1988 e sua nova feição institucional na defesa dos interesses sociais.
Colocação da matéria.
2 - A atuação do MP na defesa e proteção da Infância e Juventude.
Efetivação dessa atuação ministerial.
Possibilidade de adoção de toda e qualquer medida, judicial ou não, na defesa dos interesses de criança ou adolescente.
3 - Prioridade absoluta na atuação do MP à proteção dos interesses e direitos da criança e do adolescente.
4 - Conclusões.

> *"É preciso pensar, mais que pensar, é preciso sentir, mais do que sentir, é preciso agir, com sabedoria quase que Divina, quando se milita na Justiça da Infância e Juventude."*
>
> *(**Luiz Paulo Santos Aoki**, MP/SP)*

Prolegômenos e Exposição da Matéria:

É fato certo e incontroverso que a Instituição mais fortalecida pela nossa *Lex Fundamentalis* de 05.10.88 foi o Ministério Público. Além de ganhar autonomia financeira-administrativa, desvencilhando-se por completo do manto dos outros poderes, o MP passou a ter feição social, sendo responsável pela *ordem jurídica, pelo regime democrático e pelos interesses sociais e individuais coletivos.*

Com o advento da *Magna Charta*, passou o Órgão a ter nova feição, adquirindo respeitabilidade institucional e consolidando sua mais verdadeira e nobre missão: zelar pela Justiça e resguardar a própria sociedade. Assim foi que o constituinte pátrio no Art. 127, foi alvejante ao afirmar: *"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."*

O pensamento de PRUDENTE DE MORAES FILHO, já há muito, reflete magistralmente essa nova postura ministerial, consolidada com a nossa Carta Política de 1988: ***"O Ministério Público não recebe ordens do Governo nem presta obediência aos Juízes, pois age com autonomia em nome da Sociedade, da Lei e da Justiça."***

E tal foi o *status* conferido pela Carta Magna ao Ministério Público que para alguns, como HUGO NIGRO MAZZILI, a opção do constituinte de 1988 foi de tão monta prestigiadora ***"quase erigindo-o a um quarto poder: desvinculou a Instituição dos capítulos do Poder Legislativo, do Poder Executivo e do Poder Judiciário..."***[1]

Alguns juristas mais incisivos, como MANOEL MARTINS DA COSTA CRUZ, chegam a disparar: ***"as funções do Ministério Público subiram, pois, ainda mais de autoridade em nossos dias. Ele se apresenta com a figura***

de um verdadeiro Poder do Estado. Se Montesquieu tivesse escrito hoje o 'Espírito das Leis', por certo, não seria tríplice, mas quadrúpla, a divisão de Poderes."[2]

Sem dúvida, a opção constitucional foi fortalecer notavelmente o MP para dotá-lo de condições suficientes para o exercício prático e efetivo da nova ordem jurídica e social que se instalou com o novo Texto Maior.

Abandonou-se *in totum* o antigo - e ultrapassado universalmente - conceito de ser o Ministério Público apenas órgão acusador sistemático, imagem estereotipada do Promotor do Júri, para conferir-lhe perfil independente (desvinculado dos poderes Executivo e Judiciário), de guardião da sociedade, enfim de instituição destinada à preservação e garantia dos valores fundamentais do homem e do próprio Estado - enquanto comunidade (afastando a idéia de representante dos interesses estatais-administrativos).

Dentro desse quadro jurídico-constitucional hodierno, entregou-se ao *Parquet* a tutela, em nome da própria sociedade, das garantias socias genéricas (transidividuais, metaindividuais e individuais indisponíveis), transformando-o em verdadeiro guardião dos direitos do consumidor, **da criança e do adolescente**, do acidentado no trabalho, das pessoas atingidas pelo crime, do meio-ambiente, dos idosos, do patrimônio público (na acepção mais ampla), artístico, turístico e cultural, dos usuários de serviços públicos, das pessoas portadoras de deficiência, além do controle da atividade policial, entre outras atribuições. Em resumo, incumbe-lhe velar pela defesa do respeito ao Ordenamento Jurídico, às garantias e direitos constitucionais de cunho social, coletivo ou mesmo individual, em alguns casos como, *exempli gratia*, aqueles que envolvam crianças ou adolescentes.

Essa atuação do Ministério Público, em verdade, visa a adequação do nosso Ordenamento Jurídico à universal tendência jurídica de impossibilitar, de todas as formas

possíveis e imagináveis, a vulneração às normas constitucionais, principalmente no que diz respeito aos direitos e garantias esculpidos em favor da infância e juventude.

A realidade constitucional, por conseguinte, transformou o Ministério Público num autêntico defensor da infância e juventude (e da própria sociedade como um todo), porquanto os interesses sociais e individuais que lhe são peculiar estão, invariavelmente, sob sua tutela, garantindo à Instituição um lugar de destaque na organização do Estado, em virtude dessa proteção de direitos indisponíveis e de interesse coletivo.

O Ministério Público sempre foi entendido como repositório natural dos interesses sociais não satisfeitos ou vulnerados, e hoje tem de agir direta e responsavelmente pelo Estado de Direito e pela democracia, além das garantias dos direitos coletivos e difusos, *principalmente no que concerne à infância e juventude*, seja pela peculiaridade e importância da matéria, seja pela determinação constitucional. Para isto há de manter estreita ligação com a sociedade, integrando-se no seu seio, a fim de poder conhecer suas necessidades e problemas, possibilitando tomar a medida adequada.

A atuação do MP na defesa e proteção da Infância e Juventude:

A linha de atuação do *Parquet* no campo menoril não está delimitada ou demarcada. É a mais ampla possível, partindo da previsão constitucional de que é "*dever da família, da **sociedade** e do **Estado** assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, saúde, alimentação, educação, ao lazer, à profissionalização, cultura, dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e*

opressão" - Art. 227, *"caput"*.

Pois bem, minudentemente examinando os direitos e garantias voltados à infância e juventude, enumerados **exemplificativamente**[3] no pré-falado dispositivo constitucional, nota-se, *prima facie*, que trazem consigo o caráter da **indisponibilidade** como nota marcante.

Ao perpetrar uma análise sistemática e comparativa das disposições constitucionais com o ECA, tem-se a indisponibilidade como questão intransponível, verdadeiro pressuposto dos direitos relativos à infância e juventude. Seja pelo prisma dos direitos fundamentais (Art.7° e ss.), seja quanto aos direitos individuais (Art.106 e ss.), os direitos e interesses menoris trazem a indisponibilidade como caráter precípuo, inderrogável.

A partir desse enfoque resultante da interpretação sistemática e teleológica da Constituição da República e da Lei n° 8.069/90, chega-se na base sólida, no suporte, onde se assentam todas as normas garantidoras dos direitos da criança e do adolescente: **a doutrina da proteção integral**, que traz como traço marcante e fundamental assegurar às crianças e adolescentes a satisfação de suas necessidades básicas vitais, independendo de formalismos ou questões instrumentais, processuais.

Com base nesta proteção integral, o ínclito Procurador de Justiça no Paraná OLYMPIO DE SÁ SOTTO MAIOR NETO, conclui que ***"as crianças e adolescentes não podem mais ser tratados como meros objetos de intervenção do Estado, devendo-se agora reconhecê-los como sujeitos de direitos elementares à pessoa humana, propiciando o surgimento de uma ponte de ouro entre a marginalidade e cidadania plena."***[4]

É que pela fragilidade e falta de condições pessoais de autodefesa, as crianças e adolescentes têm de ter os seus direitos e garantias resguardados pela sociedade como um

todo, inclusive a fim de impedir que pais ou responsáveis (ou melhor, irresponsáveis) extrapolem os limites legalmente admitidos, impingindo prejuízos morais e psicológicos de difícil reparação (pela tenra idade) a menores[5]. Há de se garantir fundamentalmente a incolumidade física, corpórea, psíquica e moral de crianças e adolescentes, como obrigação primaz da sociedade, em nome do próprio desenvolvimento da civilização, da sociedade que, no amanhã, será o reflexo da proteção dada à criança de hoje.

Para MAZZILLI, ***"tratando-se de interesses de crianças ou adolescentes, de interesses coletivos ou difusos, sua defesa sempre convirá à coletividade como um todo"***.[6]

Ora, partindo das colocações apresentadas no tópico anterior, incumbindo a defesa das crianças e adolescentes à coletividade como um todo, exsurge como corolário estar entregue ao órgão de defesa da sociedade, o Ministério Público, esta missão não só de defesa, mas ainda de preservação, garantia e efetivação, dos direitos assegurados à infância e juventude. Essa entrega da proteção integral das crianças e adolescentes ao Ministério Público, porém, tem especial razão de ser, haja vista tratar-se de interesses sociais e individuais completamente indisponíveis, pouco importando a situação específica a que se refira. Envolvendo criança ou adolescente, automaticamente, se impõe a atuação ministerial.

Poder-se-ia acrescentar, ainda, que, no âmbito dos interesses, sejam sociais, sejam individuais indisponíveis de crianças e adolescentes, disponibilizou a legislação pátria (desde a CF até a legislação ordinária, passando pelo ECA) ao Órgão Ministerial instrumentos eficientes para a defesa e garantia desses interesses, possibilitando uma ação mais célere e enérgica em favor dos menores.

Assim sendo, inúmeras são as hipóteses de atuação do Ministério Público na tutela dos interesses prioritários

definidos pela *Lex Legum* e pelo Estatuto Menorista, inclusive por serem incontáveis os direitos e interesses resguardados e tutelados pela Instituição, como observamos alhures.

Até mesmo porque a Lei Maior, textualmente, conferiu ao *Parquet* legitimidade ativa para qualquer medida de proteção aos interesses da infância e juventude, inexistindo previsão *numerus clausus* quanto as medidas possíveis de adoção - como, aliás, abordado na nota nº3, supra. **Versando sobre direitos sociais ou coletivos, ou ainda indisponíveis, pode o órgão ministerial promover toda e qualquer medida cabível.**

Nesse mesmo diapasão, a Lei nº8.069/90 - ECA, seguiu, não tendo colocado limites à defesa dos interesses e direitos nela previstos. As funções institucionais do *Parquet* têm de ser compreendidas do modo mais amplo possível, englobando não somente aquelas do Art. 201, como todas as outras expressas ou não no *Codex*.

Uma só coisa é certa e induvidosa: toda criança e adolescente está a exigir uma atuação protetiva integral, independente da questão que envolva.

MARIA AUXILIADORA MINAHIM e LUÍS ROBERTO RIBEIRO CRUZ, em judiciosa análise, destacam com rara felicidade, não haver previsão ***"'numerus clausus' quanto aos direitos coletivos e difusos que podem ser protegidos, prevendo, no seu texto, como forma de assegurar à criança e ao adolescente a proteção integral, a possibilidade de utilização de instrumentos processuais, na área da infância e juventude"***. E desfecham a questão, colocando *dies cedit* em qualquer dúvida, por ventura ainda existente: ***"Dessa forma andou bem o legislador ao tutelar a proteção integral à infância e à adolescência."***[7]

Outro não é o escólio do emérito HUGO NIGRO MAZZILLI, abordando exatamente esta matéria, arrematando: ***"as atribuições do MP, na área de proteção à infância e***

juventude, não se exaurem no Estatuto: incluem também atribuições implícita ou explicitamente a ele conferidas nos demais dispositivos, ou seja, compreendem atribuições conferidas à Instituição, nessa área, pelas mais diversas leis."[8]

Pela amplitude imposta pelas regras constitucional e estatutária, não se pode excluir a iniciativa e a intervenção ministerial em qualquer questão, judicial ou não, em que esteja envolvido ou onde se discutam interesses e direitos sociais, ou mesmo individuais, ligados à proteção da criança e do adolescente. O *Parquet* é o protetor natural e sempre necessário da infância e juventude!!!

Estabeleceu de modo indelével e induvidoso o legislador menorista (Art. 201, VIII) a *legitimatio ad causam* do *Parquet* para a propositura de qualquer ação visando a garantia e segurança das medidas de proteção integral às crianças e adolescentes e, mais ainda, para a possibilidade de adoção pelo órgão de qualquer outra medida, dentro ou fora do âmbito da Justiça[9], com o escopo de assegurar às crianças e adolescentes os seus direitos. E não só os direitos previstos no corpo do próprio Estatuto, como aqueloutros contemplados na *Lex Mater* ou em outros Diplomas Legais.

O que importa para autorizar a ação ministerial é identificar interesse difuso, coletivo ou mesmo individual (por ser indisponível) de criança ou adolescente, cujos direitos e garantias estejam - ou corram o risco de ser - expropriados ou negados por quem quer que seja (pessoa física ou jurídica, pública ou privada).

Investido especificamente do papel de *ombudsman*, cuja finalidade precípua é garantir a **proteção integral** da infância e juventude, o Promotor de Justiça tem como atribuições, além daquelas judiciais, a obrigação de visitas a estabelecimentos de atendimento a criança e adolescente, verificar propagandas nocivas a menores, fiscalização de

gastos públicos com os mesmas, exigir das autoridades públicas o correto desenvolvimento das ações educacionais, etc..

Estas atividades extrajudiciais apresentam-se imprescindíveis porque essenciais à garantia dos direitos da infância e juventude. **O espaço de ação do MP é por demais amplo e somente a atenção integral e primordial de seus representantes, tanto no nível judicial, quanto fora dele, permitirá que se cumpra o objetivo das normas constitucionais e estatutárias.**

HUGO NIGRO MAZZILI, hoje considerado o *"princípe do Ministério Público brasileiro"*, assinala que ***"é extremamente rico o campo que se descortina ao intérprete na área dos interesses coletivos, difusos e individuais indisponíveis ligados à proteção à criança e ao adolescente. Veja-se que o MP pode ser chamado a agir inclusive para cobrar do Estado uma atuação mais eficiente no fornecimento de condições de educação, saúde, profissionalização e lazer às crianças e adolescentes"***, concluindo que deve estar o seu membro sempre atento a toda e qualquer medida martirizadora de interesses menoristas, para providenciar a correção imediata.

Considere-se, ainda, que os atentados contra a proteção integral (imposta pela Constituição da República) à criança ou adolescente são praticados diuturnamente e, em sua grande maioria, contra pessoas mais humildes e com parcos recursos culturais e econômicos, diante do que a sociedade civil, mesmo aqueles que legalmente tenham condições de exigir, sentir-se-á desestimulado em movimentar a máquina judiciária em respeito a tais interesses. Aí reside, também, a grande importância do Estatuto, ao consubstanciar em seu corpo legal a proteção aos interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis, possibilitando ao MP imediata ação, visando à tutela desses interesses.

Tratando a questão de interesses de menores - portanto, indisponíveis - fica incontroversa, e torna-se necessária, a atuação do *Parquet*, sendo-lhe possível utilizar de qualquer medida, seja perante a Justiça, seja fora dela. Descortinou-se, via de conseqüência, uma gama infindável de garantias voltadas às crianças e adolescentes, trazendo consigo, como consectário lógico, um incontável volume e possibilidade de atuação ministerial, seja de forma repressiva, seja no modo preventivo. Essa ampla possibilidade de atuação do *Parquet*, através das inumeráveis medidas colocadas à sua disposição, a serviço da nobre causa menorista, vieram a conferir-lhe excepcional poder de fogo na defesa da mesma, permitindo uma ação eficaz centrada na **proteção integral** da infância e juventude.

O Estatuto da Criança e do Adolescente entregou ao Ministério Público um trabalho de extraordinário alcance social, vindo a corroborar e sacramentar as disposições constitucionais, confiando ao defensor da sociedade os instrumentos capazes de contribuir para a garantia dos direitos e interesses dos menores de 18 anos. Cabe aos representantes do *Parquet*, no sentido de garantir a **proteção integral** da infância e juventude e de cumprir sua função de fiscal dos interesses menoristas, estar atento e diligente aos referidos interesses, mantendo firme atuação extrajudicial e, se preciso, judicial, sempre no intuito de fazerem valer as disposições do Art. 227, CF e da Lei nº 8.069/90.

Pouco importa se está contemplada, ou não, na lei a hipótese ocorrida, havendo lesão - ou mesmo simples perigo de vulneração - a direito ou interesse de criança ou adolescente, está legitimada a atuação estatal-ministerial, em nome da sociedade. **A amplitude das atividades do MP no campo da infância e juventude é incomensurável e ilimitada.**

Com efeito, não há na Lei nº 8.069/90 limites às funções ministeriais, não estando o membro do Órgão

condicionado ou adstrito aos procedimentos elencados nos artigos do ECA. Ao revés. Toda e qualquer medida concernente à proteção menorista pode ser adotada, independente da previsão específica legal. Visa-se sim assegurar os interesses almejados constitucionalmente e pelo Estatuto.

Tanto sim que dispõe o *Parquet* (expressão francesa que significa "assoalho", designando o local onde ficavam de pé os representantes do antigo *Ministère Public,* então representantes do rei, antes de terem assento ao lado dos juízes - o que levou a serem conhecidos como *magistrature débout* - magistratura de pé), não somente das medidas especificamente relacionadas no Art. 201, ECA, como, concomitantemente, de toda e qualquer medida e procedimento contemplado no nosso Ordenamento Positivo - ainda que não elencada nominalmente no Estatuto (como, *v.g.*, as Ações Cautelares Inominadas).

Em suma, buscou-se efetivar a proteção aos direitos e interesses da infância e juventude, evitando que se deixe de garanti-los por falta de instrumentos processuais específicos. Isto é, que por absoluto formalismo ou burocracia processual, se permitisse martirizar direitos das crianças e adolescentes. Por isso, de modo esclarecedor, a Lei previu que toda e qualquer medida, contemplada na lei ou não, pode ser pleiteada e concedida pelo Juiz.

Uma vez presente a vulneração, ou receio dela, a direitos e interesses menoristas, surge uma necessidade natural de tutela jurisdicional mediata e urgente, sob pena de inviabilizar a prestação da Justiça e de impor prejuízo incalculável à parte mais vulnerável: a criança ou adolescente.

É o que consta do Art. 212, ECA, *verbum ad verbo*: *"Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por esta Lei, são admissíveis* ***todas as espécies de ações pertinentes****. §1º Aplicam-se às ações previstas neste Capítulo as normas do CPC."* - assinalamos

Fazendo a exegese da norma supracitada à realidade fática, é fatal concluir que o sistema processual relativo a infância e juventude (assim como em outros casos, como referente à defesa do consumidor) **há de ser interpretado e entendido de modo tal que sempre exista uma ação ou procedimento judicial pronto a propiciar a efetiva garantia e tutela dos direitos previstos no Ordenamento.**

Equivale a dizer: o processo é apenas instrumento pelo qual se efetivarão as normas de Direito Material previstas, desapegado de formalismos exacerbados ou exigências inócuas. Encontra-se dotado o Estatuto Menorista, da possibilidade de utilização de *"todas as espécies de ações pertinentes"* para a tutela efetiva dos interesses e direitos sociais, ou mesmo individuais, da infância e juventude, estejam especificamente previstas nele, ou não.

ADA PELLEGRINI GRINOVER, com a sua peculiar cultura, nota que ***"uma das preocupações marcantes do legislador do Estatuto foi a instrumentalidade substancial e maior efetividade do processo"***[10], corroborando da tese ora esposada.

Igualmente WÍLSON DONIZETI LIBERATI, douto Promotor de Justiça em Rondônia: ***"o Promotor disporá de todas as ações para promover a defesa e interesses da criança e do adolescente protegidos pelas leis"***[11]. No mesmo diapasão, desfecha HUGO NIGRO MAZZILI, expoência do MP brasileiro, observando ***"que as atribuições constantes do art. 201 do Estatuto não constituem 'numerus clausus'."*** Garantindo ainda: ***"o único limite para o exercício das atribuições ministeriais, naturalmente, consiste em que devem elas ser compatíveis com sua destinação institucional - assim prevista no art. 127, 'caput', da CF."***[12]

Não está, pois, preocupado o Estatuto Menorista

com o procedimento, com o rito, nem mesmo com o nome da ação através da qual determinado assunto estiver sendo encaminhado à apreciação da Justiça da Infância e Juventude, considerando, acima de qualquer coisa, o relevante e importante conteúdo do direito pleiteado (*res in judicio deducta*). **Estando, pois, atingidos frontalmente interesses de infantes, está consubstanciado o dano, pelo que legitimado o *Parquet* a intentar qualquer medida judicial tendente a saná-lo**. Esta a regra legal!!!

Há, destarte, expressa garantia da Lei no que tange à instrumentalidade substancial e à efetividade do processo que envolva interesse ou direito de criança ou adolescente.

Prioridade Absoluta para o MP a Proteção dos Interesses e Direitos da Criança e do Adolescente:

Em razão da exposição concatenada supra, conclui-se, de modo incontroverso, que a garantia e tutela dos interesses e direitos ligados à criança e ao adolescente exigem do Ministério Publico uma atuação permanente e efetiva engajada na comunidade. E mais, uma atuação PRIORITÁRIA, dando à matéria a garantia preconizada constitucionalmente.

Com a entrega ao *Parquet* desta importante missão, mirou-se uma mudança filosófica e prática dos ideais e opiniões formadas acerca da Justiça da Infância e Juventude, alterando-se as suas funções - que foram ampliadas no sentido de permitir perfeito atendimento aos anseios sociais, dando-lhe nova feição, e aplicando-se, efetivamente, a doutrina da proteção integral.

Está estreme de dúvidas, que o Ordenamento Jurídico Pátrio acolheu a doutrina da proteção integral, ao garantir educação, saúde, trabalho digno e outros direitos

estabelecidos na Constituição e no corpo do Estatuto da Criança e do Adolescente. A leitura dos dispositivos legais falam por si: *"é dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária..."* (Art. 227, CF). Disposição corroborada pelo Estatuto no seu Art. 4°, § único, alínea "c".

É da simples interpretação teleológica do texto constitucional que se extrai, com facilidade, a inexorável conclusão de que os órgãos do Estado (dentre eles o *Parquet*) têm de tratar das previsões da Lei Maior com **absoluta prioridade**. Ou seja, cada órgão com as suas naturais atribuições, dará PRIORIDADE TOTAL na execução dos ideais constitucionais de proteção menorista.

Com supedâneo no texto constitucional, o conspícuo OLYMPIO DE SÁ SOTTO MAIOR NETO, *expert* no assunto, em inteligente abordagem, adverte: ***"nesse contexto é que se pretende ver reconhecido que a proteção aos interesses individuais, coletivos ou difusos relacionados à infância e juventude deve ser tratada com absoluta prioridade pelo MP, já que o comando da CF nesse sentido tornam obrigatório o estabelecimento de uma politica institucional nessa área que contemple a preferência manifestada pelo ordenamento jurídico"***[13].

Forçoso é reconhecer-se que, muito embora tenha o MP, por imposição da Lei, de conceder prioridade a processos criminais com réus presos e aos mandados de segurança (cf. Código de Processo Penal e Lei nº 1.533/51), por força do dispositivo constitucional, esculpido no Art. 227, devem os representantes da Instituição dedicar ABSOLUTA PRIORIDADE aos procedimentos referentes à infância e juventude, sejam judiciais (ações) ou extrajudiciais (*verbi gratia*, nos Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente e

Tutelares).

Assinale-se que, sendo prioridade estatal a garantia e proteção desses direitos da criança e do adolescente, seria incongruência e verdadeiro absurdo legal, não dedicar o Órgão do Estado responsável pela tutela dos mesmos - o *Parquet* - prioridade a fiscalização e trabalhos afeitos à matéria.

Mas não só pelo comando constitucional há de se priorizar os procedimentos da infância e juventude. Até mesmo em respeito à natureza desses direitos e interesses e à especial atenção que merecem (e precisam) os infantes e adolescentes, terá o representante do *Parquet* de atender aos procedimentos da infância e juventude prioritariamente. Afinal, não seria crível, nem admissível, que as disposições de lei e da Constituição, protetoras da criança e do adolescente, estivessem submetidas a segundo plano, tendo de aguardar a análise dos inúmeros feitos acerca de outras matérias, que tornam repletas as prateleiras do Judiciário.

Anote-se, ademais, forte em NUNO DE CAMPOS, que a priorização da tutela dos interesses menoris é tendência universal, pois ***"os estados modernos têm eleito, dentre suas prioridades, o estudo e proteção do Direito do Menor"***[14].

A criança e o adolescente não podem esperar a disponibilidade do Estado para atender aos seus direitos. Ao revés, devem, necessariamente, a Justiça e o MP estarem disponíveis e prontos para, efetivamente, fazerem valer os direitos e interesses deste especialíssimo grupo.

Conclusões:

Nesta linha de intelecção, e à luz dos dispositivos constitucionais e legais supra invocados, é imperioso concluir-se:

a) o Ministério Público ganhou, com a *Lex Legum*, nova feição constitucional, desvencilhando-se do manto estatal,

estabelecidos na Constituição e no corpo do Estatuto da Criança e do Adolescente. A leitura dos dispositivos legais falam por si: *"é dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária..."* (Art. 227, CF). Disposição corroborada pelo Estatuto no seu Art. 4°, § único, alínea "c".

É da simples interpretação teleológica do texto constitucional que se extrai, com facilidade, a inexorável conclusão de que os órgãos do Estado (dentre eles o *Parquet*) têm de tratar das previsões da Lei Maior com **absoluta prioridade**. Ou seja, cada órgão com as suas naturais atribuições, dará PRIORIDADE TOTAL na execução dos ideais constitucionais de proteção menorista.

Com supedâneo no texto constitucional, o conspícuo OLYMPIO DE SÁ SOTTO MAIOR NETO, *expert* no assunto, em inteligente abordagem, adverte: ***"nesse contexto é que se pretende ver reconhecido que a proteção aos interesses individuais, coletivos ou difusos relacionados à infância e juventude deve ser tratada com absoluta prioridade pelo MP, já que o comando da CF nesse sentido tornam obrigatório o estabelecimento de uma politica institucional nessa área que contemple a preferência manifestada pelo ordenamento jurídico"***[13].

Forçoso é reconhecer-se que, muito embora tenha o MP, por imposição da Lei, de conceder prioridade a processos criminais com réus presos e aos mandados de segurança (cf. Código de Processo Penal e Lei n° 1.533/51), por força do dispositivo constitucional, esculpido no Art. 227, devem os representantes da Instituição dedicar ABSOLUTA PRIORIDADE aos procedimentos referentes à infância e juventude, sejam judiciais (ações) ou extrajudiciais (*verbi gratia*, nos Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente e

Tutelares).

Assinale-se que, sendo prioridade estatal a garantia e proteção desses direitos da criança e do adolescente, seria incongruência e verdadeiro absurdo legal, não dedicar o Órgão do Estado responsável pela tutela dos mesmos - o *Parquet* - prioridade a fiscalização e trabalhos afeitos à matéria.

Mas não só pelo comando constitucional há de se priorizar os procedimentos da infância e juventude. Até mesmo em respeito à natureza desses direitos e interesses e à especial atenção que merecem (e precisam) os infantes e adolescentes, terá o representante do *Parquet* de atender aos procedimentos da infância e juventude prioritariamente. Afinal, não seria crível, nem admissível, que as disposições de lei e da Constituição, protetoras da criança e do adolescente, estivessem submetidas a segundo plano, tendo de aguardar a análise dos inúmeros feitos acerca de outras matérias, que tornam repletas as prateleiras do Judiciário.

Anote-se, ademais, forte em NUNO DE CAMPOS, que a priorização da tutela dos interesses menoris é tendência universal, pois ***"os estados modernos têm eleito, dentre suas prioridades, o estudo e proteção do Direito do Menor"***[14].

A criança e o adolescente não podem esperar a disponibilidade do Estado para atender aos seus direitos. Ao revés, devem, necessariamente, a Justiça e o MP estarem disponíveis e prontos para, efetivamente, fazerem valer os direitos e interesses deste especialíssimo grupo.

Conclusões:

Nesta linha de intelecção, e à luz dos dispositivos constitucionais e legais supra invocados, é imperioso concluir-se:

a) o Ministério Público ganhou, com a *Lex Legum*, nova feição constitucional, desvencilhando-se do manto estatal,

e passando a exercer o papel de defensor da sociedade e guardião dos direitos e interesses difusos e coletivos, além dos individuais indisponíveis, tutelando as garantias constitucionais;

b) no âmbito da criança e do adolescente, é imperativa a intervenção ministerial, estando à sua disposição toda e qualquer medida, judicial e extrajudicial, tendente à garantia e proteção daqueles interesses e direitos;

c) não há taxatividade no ECA quanto às medidas neles contempladas, visando assegurar os direitos e interesses menoristas, sendo possível a utilização de toda e qualquer atitude, judicial ou não, em razão da adoção pelo nosso Ordenamento Jurídico da doutrina da proteção integral, não sendo *numerus clausus* as ações elencadas no Art. 201;

d) a Constituição Federal - Art. 227 - e o ECA, preconizaram como traço marcante, em relação à infância e juventude, a prioridade absoluta para o *Parquet* a defesa dos seus direitos e interesses, devendo o representante ministerial dedicar atenção prioritária às questões, judiciais ou não, referentes à criança e ao adolescente.

1 *in "Manual do Promotor de Justiça"*, São Paulo, Saraiva, 1991, p. 39

2 *in "A Instituição do Ministério Público", in JUIS* - Revista Jurídica do MP/ MG, nº15, 1993

3 É de ser observado que trata-se o Art. 227 da Constituição da República, por evidente, de uma lista meramente exemplificativa, não podendo ser admitida como taxativa, ante a impossibilidade material e formal de ser apresentado um rol completo de garantias às crianças e adolescentes, inclusive porque não é esta a função do constituinte. Outrossim, a cada dia, surgem - e continuarão a surgir - interesses a serem resguardados na seara menorista e que poderão não estar inseridos dentre aqueles contemplados na *Lex Legum*, o que não implicaria, de modo algum, na falta de tutela jurisdicional - ainda assim tais direitos seriam garantidos. Demais disso, outros Diplomas Legais, como a CLT, dispõem sobre medidas de proteção à criança e ao adolescente, o que esvazia de uma vez por todas a possibilidade de se entender o mencionado dispositivo como de enumeração taxativa. Tem-se em verdade, que quis o constituinte **apenas** enumerar

alguns dos direitos peculiares aos menores. Basta, pois, ser suscitado o desrespeito ou vulneração a interesse de criança ou adolescente, sem necessidade de estar tal interesse enquadrado na lista do Art. 227, CF, que a Justiça dará sua resposta imediata, amparada na obrigatoriedade de proteção integral aos menores e nas vestutas máximas *jura novit curia* e *narra mihi factum, dabo tibi jus.*

4 *"O Ministério Público e a proteção aos interesses individuais, coletivos e difusos relacionados à infância e juventude", in Anais do 9º Congresso Nacional do Ministério Público,* Salvador, 1992

5 Os direitos que os pais têm sobre os filhos menores não se sobrepõe, de modo algum, ao dever que têm aqueles de preservar a formação do infante, que a Constituição apontou como alvo prioritário - inteligência do Art. 227.

6 *in "A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo"*, São Paulo, Saraiva, 8ª ed., 1996, p. 499

7 "Estatuto da Criança e do Adolescente: a Proposta de um Novo Sistema Tutelar", *in Revista dos Tribunais*, São Paulo, dezembro de 1992, v. 686, p. 312

8 *in "Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado"* - coord. Munir Cury, Antonio Fernando do Amaral e Silva e Emílio García Mendez, São Paulo, Malheiros, 2ª ed., 1996, p. 608

9 É de se atentar para a ampla possibilidade de adoção de quaisquer medidas extrajudiciais pelo Ministério Público na defesa dos interesses menoristas, evitando-se ter de recorrer ao Judiciário - cujas prateleiras já encontram-se repletas. Essa, inclusive, apresenta-se como uma tendência universal, constando da Regra 11.2, da ONU, para a Administração da Justiça de Menores (*Beijing Rules*) o aconselhamento que *"... o Ministério Público (...) pode ser dotado de poder para resolver as questões que lhe forem submetidas, sem recorrer a audiências formais"*. Pela intelecção das normas de nosso Ordenamento, igualmente, infere-se a ampla possibilidade de atuação extrajudicial do *Parquet*, podendo diretamente conhecer e resolver questões referentes à criança e ao adolescente (como, *verbi gratia*, aplicar a remissão - ECA, Arts. 126-128 e 180, II), somente levando à Justiça aqueles cuja atividade jurisdicional seja impreterível e fundamental.

10 *in "Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado"*, coord. Munir Cury e outros, São Paulo, Malheiros, 2ª ed., 1996, p. 658

11 *Op. cit.*, p. 194

12 *in "Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado"* - coord. Munir Cury e outros, São Paulo, Malheiros, 2ª ed., 1996, p. 628

13 O Ministério Público e a Proteção aos Interesses Individuais, Coletivos e Difusos Relacionados à Infância e Juventude, *in "Livro de Teses do 9º Congresso Nacional do MP"*, v.2, Salvador, 1992, p. 448

14 O Ministério Público e a Proteção do Menor, *in Ministério Público, Direito e Sociedade*, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, AMPRS/ESMP/RS, 1986, p. 74

12º CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

TESE

I - TÍTULO: DA NECESSIDADE DE EFETIVA APURAÇÃO, COMPROVAÇÃO E PUNIÇÃO DO ABUSO E DA EXPLORAÇÃO SEXUAL INFANTO-JUVENIL.

Leane B. Fiuza de Mello Chermont

II - EXPOSIÇÃO:

1. Aspectos gerais:

Resultantes em manchetes jornalísticas, as notícias relativas às práticas criminosas de abuso ou de exploração sexual cometidos contra crianças e adolescentes, quase sempre questionam a impunidade dos agentes e a responsabilidade do poder público ante à disseminação do problema, que representa uma das maiores mazelas da atualidade.

Por sua própria natureza, os crimes sexuais são de difícil elucidação e comprovação. Estão envoltos pelos tabus, mitos e preconceitos da sociedade, que muitas vezes permeiam a atuação dos próprios operadores do Direito.

Há muito que a comunidade internacional preocupa-se com a questão, recomendando a adoção, pelos países, de normas de prevenção, proteção e repressão contra toda espécie de maus-tratos, abuso e exploração sexual, conforme restou consolidado na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança de 1989.

A nível nacional, a Constituição Federal, no § 4º do

Art. 227, determina, taxativamente, que "a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente".

O Estatuto da Criança e do Adolescente, por seu turno, previu uma série de medidas objetivando reprimir a prática de violência sexual contra a infância e adolescência.

Recentemente, em reportagem veiculada em um jornal com grande circulação na região norte, noticiou-se que a Delegacia de Atendimento a Adolescentes da Capital do Estado do Pará registrava em seus arquivos mais de uma centena de casos de favorecimento à prostituição envolvendo menores, mas nenhum acusado havia sido julgado até novembro de 1997.

O sistema jurisdicional do Estado precisa estar aparelhado para dar a resposta que a sociedade brasileira exige contra os responsáveis por crimes sexuais que atentam contra a parcela mais indefesa da população: a infância e juventude.

2. Distinção entre abuso e exploração sexual:

Apesar de apresentarem similitudes entre si, o abuso e a exploração sexual são formas diferentes de violência.

Etimologicamente, abusar significa "usar mal, ou de forma inconveniente". Explorar, por sua vez, tem o sentido de "tirar partido ou proveito, valendo-se de determinada situação"

Interessante definição apresentada pelos profissionais da área da Psicologia, expressa que "a exploração sexual das crianças refere-se ao envolvimento de crianças e adolescentes dependentes, imaturos desenvolvimentalmente, em atividades sexuais, que eles não compreendem totalmente, às quais são incapazes de dar um consentimento informado e que violam os tabus sociais dos papéis familiares".

A criança e o adolescente, quando vítimas do abuso e da exploração sexual, têm violado o seu direito de iniciar de

forma espontânea e natural a sua sexualidade, sendo envolvidos em práticas nas quais manifesta-se uma relação de dominação e autoritarismo, mesmo que dissimulada, por parte do agressor.

O critério biológico, traduzido no nível de desenvolvimento físico e cronológico do indivíduo, é utilizado como referência, tanto na área médica, como nos ordenamentos legais, no sentido de considerar como válido o consentimento a partir de um determinado limite mínimo de idade, no qual a pessoa já possui condições cognitivas e de discernimento suficientes para autorizar a prática de atividade de suma importância e conseqüências, como a de ordem sexual.

A criança possui a sua sexualidade latente desde os primeiros estágios da infância, e suas manifestações de auto-erotismo, muitas vezes, são confundidas pelos adultos, que terminam respondendo às necessidades de carinho e afeto puro e simples do infante, com toques eróticos que evoluem até a consumação do ato sexual, com vistas a saciar a sua própria lascívia, denotando a perversão e cupidez de seu caráter, caracterizadores do abuso sexual.

A situação de exploração sexual, por outro lado, utiliza o suposto "poder de sedução natural" da vítima, para obter qualquer forma de vantagem ou satisfação, direta ou indireta, através da atividade sexual da criança ou do adolescente.

Quando uma criança ou uma adolescente, menor de 14 anos, é prostituída, por exemplo, o rufião figura como o explorador, e os "clientes" serão os estupradores que abusam da sexualidade imatura das mesmas.

De destacar que, em casos concretos, o agressor pode, ao mesmo tempo, abusar e explorar a vítima, como quando favorece a prostituição e simultaneamente mantém relações sexuais com ela.

Na prática, várias peculiaridades são constatadas.

O abuso restringe-se, normalmente, ao âmbito familiar. Já a exploração sexual é desenvolvida em casas noturnas, bares, estradas, praças e logradouros públicos dos mais diversos, muitas vezes aos olhos de todos.

O abuso sexual é, no geral, perpetrado pelos pais, parentes, amigos, vizinhos ou agregados da família da criança ou do adolescente, e por isso mesmo, quase sempre resta acobertado pelo próprio grupo familiar, que a pretexto de "resguardar" a privacidade da vítima, não leva ao conhecimento das autoridades competentes, a prática delituosa.

Na exploração sexual, apesar de algumas vezes figurarem como autores, os pais ou responsáveis legais da criança e do adolescente, via de regra, é praticada por pessoas estranhas ao grupo familiar da vítima.

Identificam-se vítimas de abuso sexual em todas as classes sociais, de maneira uniforme, tanto meninas, como meninos, ao passo que a exploração atinge de forma maciça, as classes sociais carentes e menos abastadas economicamente e, principalmente, as ofendidas do sexo feminino.

3. A importância do atendimento às vítimas:

As seqüelas decorrentes da agressão sexual sofrida pelo infante ou adolescente, muitas vezes de caráter irreversível, poderão ser de ordem física e psicológica, isolada ou conjuntamente.

O sentimento de culpa desenvolvido pela vítima, após o processo de sedução e dissimulação do agente, decorre da interpretação distorcida de que também é responsável, ou de que concorreu para a exploração ou abuso sexual sofrido. Também os traumas, resultantes da perda de auto-estima e identidade, figuram como conseqüências diretas da violência

sexual cometida contra a criança e o adolescente.

Pesquisas psicanalíticas demonstram que o menino vítima de abuso sexual será, potencialmente, quando adulto, um agressor sexual. Já a menina, terá grande tendência a se tornar promíscua e insegura na fase adulta.

Despiciendo até mesmo assinalar os riscos de contrair doenças venéreas e sexualmente transmissíveis, algumas de natureza incurável, a que estão muito mais expostas às vítimas, que não possuem maturidade suficiente para se prevenir.

Com freqüência, na prática decorrente da exploração sexual, as vítimas tornam-se presas fáceis das drogas e outros tipos de vícios, que inclusive são mecanismos geralmente utilizados para corrompê-las.

A criança ou o adolescente, em contato nas ruas com a marginalidade de toda espécie, termina por iniciar-se em práticas infracionais e anti-sociais.

A necessidade de serviços especiais de prevenção e atendimento médico e psicossocial às vítimas de negligência, maus-tratos, exploração, abuso, crueldade e opressão é preconizada no Art. 87, inciso III do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Realmente, desponta como imprescindível que as vítimas sejam imediatamente encaminhadas ao devido serviço médico e psicossocial, que além de avaliar as condições de saúde física e psíquica da mesma, começará a levantar subsídios que embasarão a futura aplicação normativa aos agressores.

A Justiça deve garantir, outrossim, que as vítimas não tenham sua imagem exposta à curiosidade pública, principalmente nos casos de maior repercussão, devendo ser adotadas medidas também com relação a sua adequada segurança.

4. A investigação policial:

O preceito constitucional insculpido no Art. 127 da Carta Magna estabelece ser dever da família, da sociedade e do Estado defender a infância e juventude de toda forma de violência, o que significa dizer que todo aquele que tiver ciência do cometimento de qualquer tipo de abuso ou exploração sexual contra a criança e o adolescente tem a obrigação de levar os fatos ao conhecimento das autoridades públicas, que imediatamente deverão atuar, tanto no sentido de encaminhar as vítimas ao atendimento médico e psicossocial adequado, bem como de desencadear a *persecutio criminis* contra o agressor.

Em algumas hipóteses, a omissão de determinadas categorias de pessoas poderá implicar em infração administrativa, punida na forma da legislação estatutária.

É o caso do médico, professor ou responsável por estabelecimento de saúde ou de ensino, que deixar de comunicar às autoridades competentes os casos de violência que venha a, no mínimo, desconfiar.

Observa-se que os Arts. 13 e 245 do ECA falam em "suspeita ou confirmação" de violência praticada contra a criança e o adolescente.

O Conselho Tutelar deverá ser imediatamente acionado, a fim de que tome as providências de sua alçada, inclusive noticiando os fatos ao Ministério Público.

Também a autoridade policial ao tomar ciência do caso, imediatamente iniciará a investigação que, posteriormente, servirá de substrato ao oferecimento de denúncia pelo Promotor de Justiça, uma vez colhidos indícios suficientes de autoria e prova da materialidade.

Emerge como necessário que se repense e se reorganize a estrutura policial, com vistas a que sejam

investigadas eficientemente as práticas delituosas em questão.

O simples fato de ser levada a uma Delegacia de Polícia, nos moldes tradicionais, que abrange a investigação de todo tipo de delito, além de constrangedor, confere à vítima a idéia de que está sendo apreendida e acusada de um ato anti-social.

No caso de abuso sexual, as idéias de culpa e de temor reverencial, sempre presentes, impedem que o ofendido ou a ofendida relatem fielmente toda a violência sofrida quando interrogados pela autoridade policial da forma usualmente utilizada na apuração de infrações cometidas contra a população adulta.

Com relação à exploração, manifestada na prostituição e práticas pornográficas em geral, a criança ou o adolescente, em alguns casos, chega a revoltar-se com a prisão de seus aliciadores e exploradores, quando surpreendidos em flagrante, pois o identificam como seus companheiros na luta pela sobrevivência, e não procuram fornecer qualquer informação que comprove a autoria dos crimes. É como se o explorador figurasse como uma espécie de "salvador", de forma que as vítimas, dificilmente, aceitam dizer qualquer coisa que possa incriminá-lo e responsabilizá-lo.

A Polícia Judiciária, por conseguinte, deve contar com a ajuda de profissionais da área da psicologia e assistência social, no sentido de conseguir delinear o quadro psicossocial da vítima, pois somente diante do histórico de vida da mesma, é que a autoridade policial poderá apurar adequadamente a violência sexual sofrida.

5. A atuação do Ministério Público:

O ideal seria que o Promotor de Justiça tivesse condições de sempre acompanhar a investigação policial referente às práticas de abuso e exploração sexual perpetradas

contra as crianças e adolescentes.

Quando isto não é possível, porém, um contato prévio do órgão do Ministério Público com a vítima impõe-se como fundamental.

Mais uma vez, assinala-se a importância do apoio de uma equipe interprofissional.

De qualquer forma, uma conversa pessoal com a vítima, indubitavelmente, fornecerá elementos de grande valia à formação da *opinio delicti* do Promotor de Justiça.

A efetiva atuação do Ministério Público inicia com a correta identificação do caso concreto que lhe é apresentado, e com o devido enquadramento legal da conduta do agressor.

Os casos de abuso sexual mantém relação direta com os delitos tipificados nos Arts. 213 a 218 do Código Penal. A exploração sexual, especificamente, é traduzida nas figuras criminais capituladas nos Arts. 227 a 231; Arts. 245 e 246, incisos II e III, da Lei Penal em vigor, assim como nos Arts. 240 e 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Pode restar configurado, no caso concreto, o crime de perigo de contágio venéreo previsto no Art. 130 do *Codex* Penal.

Lamentavelmente, ainda muitos operadores do Direito não interpretam adequadamente os dispositivos legais pertinentes à matéria.

É o caso, por exemplo, do delito de favorecimento a prostituição (Art. 228 do CP), que ainda é freqüentemente confundido com o crime de rufianismo (Art. 230 do CP). Alguns profissionais da lei insistem em interpretar segundo a fórmula coloquial ou popular, que entende apenas favorecer a prostituição aquele que aufere lucro direto da atividade sexual da prostituta.

De ressaltar que o § 3º do Art. 228 do Código Penal estabelece que "se o crime é cometido com o fim de lucro,

aplica-se também a multa", o que significa dizer que a ação do agente pode não visar, exclusivamente, a aferição de vantagem econômica.

Outro aspecto importante a ser deduzido, diz respeito às disposições dos Arts. 224, alínea "a" e 232, ambos do Código Penal, no que tange à presunção de violência quando a vítima não é maior de 14 (quatorze) anos.

Exatamente aqui surge o ponto nevrálgico da interpretação da norma penal quanto ao assunto em apreço.

Conforme já foi dito, os profissionais da área médica adotam o critério biológico ou cronológico para determinação do grau de discernimento e capacidade para a pessoa consentir na prática de ato de tamanha relevância como o ato sexual.

A corrente que defende como relativa a presunção de violência nos crimes contra os costumes perpetrados contra pessoas com menos de 14 (quatorze) anos, argumentando que quando a vítima que já encontra-se numa vida totalmente dissoluta e de promiscuidade não merece ser protegida em sua incolumidade física e dignidade sexual, deixa de observar a intrínseca relação existente entre os Arts. 224 e 232 do Código Penal.

Ora, se o mencionado Art. 232 recomenda a observância do disposto no Art. 224 no que tange ao Capítulo V (Do Lenocínio e do Tráfico de Mulheres) do Título VI do Código Penal, resta claro que o espírito da lei não foi outro, senão o de resguardar, com maior eficácia, os direitos das vítimas, que em razão de sua pouca idade, não possuem capacidade e responsabilidade suficientes para avaliar a gravidade e relevância da atividade sexual.

Destarte, representaria um paradoxo, que as normas penais objetivassem apenas tutelar a parcela da população infanto-juvenil considerada como "casta e pura", onde as vítimas que já se encontrassem na mais deprimente vida de comércio carnal ficassem à margem do sistema de proteção

preconizado pela própria Constituição Federal e pelo ECA.

Com certeza este não é, e nunca foi o espírito da lei, cabendo aqui uma menção aos termos dos Arts. 227, § 1° e 228, §1°, ambos do Código Penal, que preconizam como causa de aumento da pena o fato da vítima ser maior de 14 e menor de 18 anos, pois quando a vítima possuir menos de 14 anos deverá ser aplicada a causa de aumento capitulada no § 2° existente em ambos os dispositivos legais, relativamente ao emprego de violência na prática do delito, que neste caso será presumida.

Portanto, seria um contra-senso se o legislador penal buscasse agravar o crime quando cometido contra jovens entre os 14 aos 18 anos, e não atentasse para o caso mais grave referente às vítimas com idade menor que a mencionada faixa etária, muito mais indefesas e expostas, sendo absoluta a presunção legal de violência nesta hipótese.

Outro âmbito importante de atuação do Ministério Público, relativamente às vítimas de parcos recursos econômicos, diz respeito à propositura da competente ação reparatória de dano "ex-delicto", onde o agressor pode ser compelido a indenizar o dano físico ou moral sofrido.

Em palestra proferida em Curso de Atualização em Direito da Criança, promovido pela Associação Brasileira dos Magistrados e Promotores de Justiça da Infância e Juventude, o Juiz de Direito PAULO SÉRGIO FROTA E SILVA, Titular da 1ª Vara da Infância e Juventude de Belém-PA, exemplificou que ações indenizatórias poderiam ser movidas contra os condenados por crime de favorecimento à prostituição infanto-juvenil, visando a que fosse custeada a formação educacional das vítimas (informação verbal).

Em suma, mister se faz que os membros do Ministério Público efetivamente se engajem na luta pela defesa dos direitos da infância e adolescência, concernentes à vida, à saúde, ao respeito e à dignidade, tanto no âmbito da atuação

preventiva, como na devida repressão aos transgressores destes direitos, através de uma interpretação sistemática e conjunta das normas constitucionais e penais.

6. O papel da Justiça:

Como bem assevera o pesquisador MARCEL HAZEU, ainda vigora uma interpretação machista no julgamento de crimes sexuais, segundo a qual a vítima é que deve demonstrar que sofreu violência física ou grave ameaça, sugerindo o nominado estudioso a aplicação de testes psicológicos que avaliem os traumas e abalos emocionais sofridos, e que sejam considerados como prova pela Justiça.

No fundo, ainda perpetua-se a idéia preconceituosa de que a vítima pode ter parcela de participação na consumação do abuso e da violência sexual, ou de que concorreu para a perversão de seu agressor.

Nos casos de abuso sexual perpetrados pelos pais ou parentes próximos ainda existe uma revoltante tendência em "tentar" entender o comportamento do agressor, e muitas vezes de conceder uma "nova chance" ao mesmo, num completo desrespeito à vítima, principalmente quando se trata de uma indefesa criança.

O Art. 130 do Estatuto da Criança e do Adolescente previu um inestimável mecanismo que pode ser utilizado pelos magistrados, em determinados casos que exijam a necessidade de afastamento do agressor da moradia comum, que representa uma medida de grande valia no resguardo à integridade física e psíquica da vítima em situações de manifesto risco.

Por outro lado, a sociedade e muitos profissionais do direito ainda têm a idéia errônea de que o lenocínio está circunscrito à hipótese clássica do rufianismo, da figura do "cafetão ou da cafetina", daquele que explora o corpo alheio,

para obter o seu sustento.

Contudo, é necessário que se interprete de forma adequada as normas penais relativas ao abuso e à exploração sexual.

Em seu trabalho, o julgador não pode prescindir do auxílio de uma equipe interdisciplinar de profissionais, que sem dúvida prestará inestimável auxílio, fornecendo subsídios para análise de cada caso concreto sob sua presidência.

O Juiz ainda, deve cercar-se de todas as cautelas quando da tomada de depoimentos das vítimas, principalmente as de tenra idade, inclusive intervindo quanto à formulação de perguntas manifestamente ofensivas pelas partes, com vistas a não permitir que seu contato com a Justiça se torne mais uma experiência traumatizante em sua vida.

O processo criminal que apura a prática de abuso e exploração sexual contra criança ou adolescente deverá correr em segredo de justiça, para salvaguardar a imagem das vítimas, as quais não podem ser denegridas e expostas à curiosidade pública, e muito menos submetidas a situações constrangedoras e vexatórias.

Finalmente, nas práticas delituosas, em que figurem como vítimas crianças e adolescentes, os Juízes competentes devem observar, no processamento e julgamento de tais delitos, a "absoluta prioridade" consagrada pela CF e pelo ECA, não permitindo que os processos criminais terminem "engavetados" como em muitas vezes a imprensa nacional divulgou, dando o devido e célere andamento aos referidos feitos.

III- CONCLUSÃO:

As notícias da proliferação dos crimes de abuso e violência sexual contra a infância e juventude envergonham a sociedade brasileira, que já não mais tolera a impunidade e complacência, muitas vezes das próprias autoridades e poderes

constituídos.

Tratar-se atos criminosos atentatórios à integridade física, psíquica e moral de crianças e adolescentes como se fossem delitos de bagatela ou de somenos importância, como se a infância e juventude não gozasse da mais absoluta proteção legal e constitucional, representa, como bem afirmava o saudoso Tancredo Neves, um verdadeiro crime de "lesa-pátria".

Indubitavelmente, deve haver uma revisão no ordenamento jurídico pátrio, tanto no sentido de reformulação das figuras penais relativas ao abuso e exploração sexual, que devem ser adaptadas à realidade moderna, assim como de ordem adjetiva ou processual, a fim de que os crimes perpetrados contra as crianças e adolescentes sejam julgados pelos Juízes das Varas da Infância e Juventude, com muito mais sensibilidade e formação teórica para apreciação e julgamento de tais questões.

Da mesma forma, as leis locais de organização de cada Ministério Público Estadual, poderiam conferir atribuição aos Promotores de Justiça da Infância e Juventude para oferecimento da devida ação penal contra os autores de crimes que atinjam esta categoria especial de vítimas.

A labuta em uma região do país marcada pela prática deste tipo de violência, que atenta contra a infância e adolescência da forma mais repugnante e reprovável, apenas resulta na certeza de que é preciso muito mais do que competência e preparo profissional para responder aos anseios da sociedade. É necessário que o jurista possua um compromisso com a causa de defesa dos direitos da criança e do adolescente.

BIBLIOGRAFIA:

CRIANÇA NOTÍCIA. Belém-PA: Centro de Defesa do Menor, n. 17, out./dez. 1996.

CURY, AMARAL E SILVA, MANOEL (coord.). **Estatuto da Criança e Adolescente Comentado**. São Paulo: Malheiros, 1992.

ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. São Paulo: Saraiva, 1994.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Minidicionário da língua portuguesa.** 3. ed.Rio de janeiro: Nova Fronteira, 1993.

FURNISS, Tilman. **Abuso sexual da criança: uma abordagem multidisciplinar. Manejo, terapia e intervenção legal integrados**. Tradução de Maria Adriana Veríssimo Veronese. Porto Alegre: Artes Médicas, 1993.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. São Paulo: Saraiva, 1991.

REIS, Emanoel. Pará tolera a prostituição de menores. **O Liberal**. Belém-PA. 2 nov. 1997. Atualidades.

SILVA, Anaclan Pereira Lopes da et. al. **Prostituição juvenil no interior do Pará:"Trombetas e os garimpos do Vale do Tapajós".** Belém-PA: Centro de Defesa do Menor. Cejup, 1997.

SILVA PEREIRA, Tânia da. **Direito da Criança e do Adolescente: Uma proposta interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

ACMP
Associação Cearense do Ministério Público
Biblioteca

000016

Livro de teses: Ministério Público e democracia

347.73; C759l; 1998 - COD.: 000004
t.3 ex.1 Cat.