Livro de Teses

Cível

Volume 02

Ministério Público e a cidadania plena

Tomo I

Livro de Teses

Cível

Volume 02

Ministério Público e a cidadania plena

Tomo I

PLANO DA OBRA

Volume 1 - **ATUAÇÃO CRIMINAL: o Ministério Público e o enfrentamento da violência e da criminalidade**

- Tomo I - Teses 01 até 38
- Tomo II - Teses 39 até 76

Volume 2 - **ATUAÇÃO CÍVEL: a contribuição do Ministério Público para a efetivação dos direitos sociais e fundamentais do cidadão**

- Tomo I - Teses 01 até 42
- Tomo II - Teses 43 até 86

Volume 3 - **POLÍTICA INSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVA: reflexão crítica na busca do aprimoramento**

FICHA CATALOGRÁFICA

C749t Congresso Nacional do Ministério Público (14.:2001:Recife)
Livro de teses: Ministério Público e a cidadania. __Recife: Associação do Ministério Público de Pernambuco, 2001.

3v.

Conteúdo: __v.1 Atuação criminal: o Ministério Público e o enfrentamento da violência e da criminalidade; __v.2 Atuação cível: a contribuição do Ministério Público para efetivação dos direitos sociais e fundamentais do cidadão; __v.3 Política institucional e administrativa.

1. Brasil, Ministério Público. 2. Ministério Público, Congresso.

Cddireito 341.413
CDU 347.963(816.2)

XIV CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Temário:

Ministério Público e a Cidadania Plena

Subtema II:

ATUAÇÃO CÍVEL: a contribuição do Ministério Público para a efetivação dos direitos sociais e fundamentais do cidadão

Livro de Teses

Volume 2
Tomo I

(Teses de 01 a 42)

Recife - 2001

Capa
Click Comunicação e Design
(81) 32412054 - 32424054

Impresso por
Gráfica Santa Marta

Responsável pela obra:
Associação do Ministério Público de Pernambuco
R. Benfica, 810 - Madalena - Recife - PE

Nota:

Este Livro de teses, editado em 5 (cinco) volumes por ordem temática, foi elaborado a partir dos originais fornecidos pelos autores das teses. Alterações necessárias foram realizadas com intuito de adaptá-las ao formato do livro e uniformizá-las quanto à apresentação. No entanto, a digitação e o conteúdo das mesmas, são de inteira responsabilidade individual dos autores.

XIV CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Presidente de Honra

Jarbas de Andrade Vasconcelos
Governador do Estado de Pernambuco

Presidente-Geral

Marfan Martins Vieira
Presidente da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - CONAMP

Presidenta-Executiva

Lais Coelho Teixeira Cavalcanti
Presidenta da Associação do Ministério Público de Pernambuco - AMPPE

Secretário-Geral

Fernando Grella Vieira
Secretário-Geral da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - CONAMP

Secretária-Executiva

Bettina Estanislau Guedes
Primeira-Secretária da Associação do Ministério Público de Pernambuco - AMPPE

Procurador-Geral de Justiça do Estado de Pernambuco

Romero de Oliveira Andrade

Comissão Organizadora Nacional

Achiles de Jesus Siquara Filho – BA
Luiz Antônio Ferreira de Araújo - RJ
Maria Tereza Uille Gomes - PR
Mozart Brum Silva - GO

Comissão Organizadora Executiva

Social

Alda Virginia de Moura Lima
Carlos Augusto Guerra de Holanda
Cristiane de Gusmão Medeiros
Letícia Guedes Coelho
Manoel Alves Maia
Marcellus de Albuquerque Ugiette
Maria Ivana Botelho Marroquim
Maviael de Souza Silva

Transporte e Receptivo

Carlos Augusto Guerra de Holanda
Christiane Roberta Gomes de Farias Santos
Israel Cabral Cavalcanti
Izabel Cristina Holanda Tavares Leite
José Augusto dos Santos Neto
José Tavares
Judith Pinheiro Silveira Borba
Manoel Alves Maia
Maviael de Souza Silva
Núbia Maurício Braga
Petrúcio José Luna de Aquino

Patrocínio

Ana Maria do Amaral Marinho
Bettina Estanislau Guedes
Cristiane de Gusmão Medeiros
Fernando Antônio Carvalho Ribeiro Pessoa
José Augusto dos Santos Neto
José Tavares
Lais Coelho Teixeira Cavalcanti
Marcellus Albuquerque Ugiette
Marília Fragoso de Vasconcelos
Taciana A. de Paula Rocha Almeida
Rosemary Souto Maior de Almeida

Científica

Ana Maria do Amaral Marinho
Anamaria Campos Torres
Ângela Simões de Farias
Geraldo Margela Correia
José Elias Dubard de Moura Rocha
Taciana A. de Paula Rocha Almeida

Financeira

Carlos Augusto Guerra de Holanda
Jecqueline Guilherme Aymar Elihimas
Lais Coelho Teixeira Cavalcanti

Comunicação

Andréa Fernandes Nunes Padilha
José Elias Dubard de Moura Rocha
José Vladimir da Silva Acioli
Marcellus Albuquerque Ugiette

Apoio Técnico da AMPPE

Carlisiana Marques de Albuquerque Calábria
Claudenice de Farias Andrade Tenório
Cristiano Gutemberg de Lima
Inês de Cássia Dowsley
Luciene Maria dos Santos
Maria Lúcia de Lima Raposo
Neildo Batista dos Santos
Sueli Nascimento
Tereza Cristina Gonçalves do Amaral Pastich
Wellington Mendes Tenório Filho

Assessoria de Imprensa

Patrícia Bandeira de Melo
Simonne Lins
Alcimar Rocha – BR Comunicações

Realização

Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP
Associação do Ministério Público de Pernambuco – AMPPE

Organização

PROMOVE

Apoio

Governo de Pernambuco
Ministério Público de Pernambuco
Prefeitura da Cidade do Recife
Prefeitura Municipal de Olinda

Patrocínio

Banco do Brasil S.A.
Bradesco
Coca-Cola
FIEPE
Hiper Bompreço
Petrobrás
SESI

Lais Coelho Teixeira Cavalcanti
Presidente-Executiva

Apoio Técnico da AMPPE

Carlisiana Marques de Albuquerque Calábria
Claudenice de Farias Andrade Tenório
Cristiano Gutemberg de Lima
Inês de Cássia Dowsley
Luciene Maria dos Santos
Maria Lúcia de Lima Raposo
Neildo Batista dos Santos
Sueli Nascimento
Tereza Cristina Gonçalves do Amaral Pastich
Wellington Mendes Tenório Filho

Assessoria de Imprensa

Patrícia Bandeira de Melo
Simonne Lins
Alcimar Rocha – BR Comunicações

Realização

Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP
Associação do Ministério Público de Pernambuco – AMPPE

Organização

PROMOVE

Apoio

Governo de Pernambuco
Ministério Público de Pernambuco
Prefeitura da Cidade do Recife
Prefeitura Municipal de Olinda

Patrocínio

Banco do Brasil S.A.
Bradesco
Coca-Cola
FIEPE
Hiper Bompreço
Petrobrás
SESI

MENSAGEM DE BOAS VINDAS

É com grande satisfação que recebemos, em Pernambuco, colegas de todo o Brasil, por ocasião do XIV Congresso Nacional do Ministério Público.

A oportunidade enseja o fortalecimento dos laços institucionais que nos unem, possibilitando o intercâmbio de trabalhos científicos elaborados nos mais diversos recantos do país, além de propiciar instrutiva troca de experiências relacionadas com o dia-a-dia de cada um dos membros da nossa Instituição.

Pernambuco, hoje - como nos tempos de Castro Alves, com sua admirável poética, e de Tobias Barreto, com sua sólida cultura jurídica -, serve de palco a importantes debates que serão travados pelos membros do Ministério Público Brasileiro.

O Brasil de hoje - como na época dos movimentos libertários pela "Abolição da Escravatura" e pela "Proclamação da República" -, vivencia momentos de grande conturbação social. Embora estejamos entre as dez maiores economias do mundo e desfrutemos de uma democracia formal, convivemos, diuturnamente, com um quadro de miséria e abandono em relação a grande parte da nossa população, desassistida e despojada dos seus mais elementares direitos, o que não só nos envergonha, como se volta contra todos nós, por meio da violência urbana e dos conflitos sociais.

Nesse contexto, as discussões do XIV Congresso, como bem evidencia o tema central *"Ministério Público e a cidadania plena"*, haverão de refletir não apenas a necessidade do inadiável e adequado *"enfrentamento da violência e da criminalidade"*, em seus diversos matizes, mas também colocar em destaque a exigência de medidas concretas que contribuam para *"a efetivação dos direitos sociais e fundamentais do cidadão"*.

Para atender a esses reclamos, precisamos estar cada vez mais conscientes da importância do papel reservado ao Ministério Público e a seus membros, fazendo-se absolutamente necessária *"a reflexão crítica na busca do aprimoramento"*. É fundamental que exercitemos nossa democracia interna, com ética e responsabilidade social, credenciando-nos, dessa forma, a agir com autonomia e independência frente a todos, especialmente aos que exercem o Poder.

Eis porque, após termos nos ocupado com o debate sobre *"O Ministério Público Social"*, no Congresso de Curitiba, em 1999, buscando reafirmar os compromissos imanentes à nossa consciência social, devemos agora avançar, procurando soluções através de ações compatíveis com esse perfil, de braços dados, como na ciranda, dança típica de Pernambuco e símbolo do nosso Congresso.

Nos quatro dias em que se desenvolverão as atividades científicas, os congressistas constatarão que Pernambuco tem, como característica, a luminosidade do sol, sempre brilhante e acolhedor. Que o sol seja o símbolo da alegria e do calor humano com que recepcionamos a todos, tendo como cenário a *Veneza Brasileira* e a *Marim dos Caetés*.

Sejam bem-vindos ao XIV Congresso Nacional do Ministério Público.

Marfan Martins Vieira
Presidente-Geral

Lais Coelho Teixeira Cavalcanti
Presidente-Executiva

SUMÁRIO

Subtema II
ATUAÇÃO CÍVEL: a contribuição do Ministério Público para a efetivação dos direitos sociais e fundamentais do cidadão

1. A premência de uma nova hermenêutica judicial sobre a natureza das ações coletivas ante o princípio constitucional da cidadania 1

2. A interpretação dada pelos tribunais à assistência jurídica integral e gratuita (art. 5 LXXIV, CF): Caso emblemático da obstacularização ao exercício da cidadania pelo judiciário 19

3. O Ministério Público e a efetividade das políticas públicas. 25

4. Direitos humanos e Ministério Público 29

5. Os direitos humanos e a inclusão do idoso 37

6. A importância da promulgação de um estatuto do idoso 55

7. O Ministério Público e a garantia dos direitos constitucionais – exegese do inciso II do art. 129 da Constituição Federal 61

8. Sistema Único de Saúde e a prevenção do câncer de pele 65

9. O recebimento pelo Ministério Público das comunicações das internações psiquiátricas involuntárias 75

10. Sistema Único de Saúde e manicômio judiciário 83

11. O Ministério Público, os loteamentos e as pessoas portadoras de deficiências. . 91

12. O neoliberalismo e o direito social à educação 99

13. O Ministério Público em defesa dos direitos humanos e da cidadania plena. . 111

14. O Ministério Público eleitoral e o aprimoramento do regime democrático. . .115

15. O FUNDEF e a competência jurisdicional 121

16. O Ministério Público e a prioridade absoluta para a infância e a juventude . . 127

17. A implementação de programas sociais pelo Ministério Público do Estado do Acre face a ausência de políticas públicas que garantam a efetividade dos direitos fundamentais da criança e do adolescente – Uma experiência local 133

18. A Lei de Responsabilidade Fiscal e o princípio constitucional da prioridade absoluta à criança e ao adolescente 139

19. Da inafastabilidade dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa nos procedimentos, administrativos ou judiciais, afetos à infância e juventude 149

20. Alteração do princípio constitucional da maioridade penal para 16 anos de idade 157

21. A questão da regressão nos casos de aplicação da medida sócio-educativa de internação 161

22. Aplicabilidade das medidas sócio-educativas aos maiores de 18 anos 167

23. O Ministério Público como órgão promovedor de ações que visem preservar os direitos difusos e coletivos, especificamente sobre o uso do chá vegetal denominado santo daime, a fim de proteger as crianças, adolescente e doentes mentais 173

24. A tutela e a familia substituta estrangeira 181

25. Adoção à brasileira - Paternidade sócio- afetiva 185

26. Acidente do trabalho envolvendo criança ou adolescente - Atividade perigosa ou insalubre – Responsabilidade civil objetiva 195

27. A obrigatoriedade da intervenção do Ministério Público nas lides acidentárias . . 203

28. Acidente do trabalho – Ação de reparação de danos – Intervenção do Ministério Público 209

29. Ações indenizatórias decorrentes de acidente do trabalho: competência da justiça estadual 219

30. O papel do Ministério Público no combate à poluição 231

31. Aspectos polêmicos da ação civil pública ambiental 243

32. Da responsabilidade objetiva relativa aos danos ao meio ambiente 253

33. Indenizaçào do passivo ambiental através da criação de fundação ambientalista. Estudo de caso. Experiência inovadora. 263

34. Atuação do Ministério Público no processo participativo de implantação dos instrumentos que garantem a gestão ambiental e a proteção da zona costeira 269

35. O compromisso de ajustamento de conduta como instrumento ministerial de tutela dos agrotóxicos 275

36. O transporte de cargas perigosas e o irrenunciável dever do poder público de prevenir e reprimir atentados ambientais: alguns breves comentários . . . 281

37. O Ministério Público e a preservação dos bens imateriais 303

38. Controle externo das atividades dos órgãos administrativos de defesa do consumidor 311

39. Aspectos da execução coletiva no direito do consumidor 317

40. "Mailing lists" e direito do consumidor 325

41. A necessidade de adequação dos bancos de dados creditícios em face da Constituição e do Código de Defesa de Consumidor 339

42. O Ministério Público e os direitos coletivos dos usuários da telefonia 353

43. Seguro saúde – Limitação do tempo da internação 367

44. Arguição de descumprimento de preceito fundamental e o aprimoramento do controle brasileiro da constitucionalidade 371

45. A inconstitucionalidade do art. 27 da Lei nº 9868/99 381

46. O controle de constitucionalidade concreto e a vigência da Lei nº 4.337/64 . . 387

47. Constitucionalidade da falência - Impossibilidade de sua extinção por Lei ordinária 391

48. Os critérios constitucionais para a revisão de benefícios previdênciários. . . 397

49. Influências dos direitos fundamentais na atuação do Ministério Público frente ao direito tributário 403

50. A legitimidade do Ministério Público na tutela dos direitos individuais homogêneos. A tendência jurisprudencial e a recente medida provisória nº 2.180-34 409

51. A discussão de matéria tributária em ação civil pública 421

52. O controle judicial da discricionariedade 433

53. A adoção do princípio da oportunidade como meio para uma maior eficácia da atuação do Ministério Público na defesa de interesses e direitos de natureza coletiva 445

54. O princípio da eficiência e, consequente Lei de Responsabilidade Fiscal, como forma mitigadora do poder discricionário do administrador público. . . 453

55. Defesa do patrimônio público - Improbidade administrativa indevida dispensa de concurso de ingresso no serviço público 463

56. A conveniência da reparação do dano x a impossibilidade de transação na Lei de Improbidade Administrativa - Uma proposta alternativa. 479

57. Tortura e abuso de autoridade – Subsunção à Lei de Improbidade Administrativa - Ocorrência de dano moral ao estado - necessidade de reparação 485

58. A inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 8.429/92 493

59. A desconcentração de poderes das Procuradorias Gerais de Justiça e a inconstitucionalidade do inciso VIII do art. 29 da Lei nº 8.625/93.. 497

60. A contagem do prazo prescricional da ação civil pública destinada à aplicação das sanções da Lei nº 8.429/92 503

61. A ação direta de inconstitucionalidade como instrumento de atuação do Ministério Público para coibir concessões de incentivos públicos a empresas privadas feitas de forma viciada.. 513

62. A função social das instituições financeiras em liquidação (empresas públicas) e o papel constitucional do Ministério Público 517

63. O Ministério Público e o terceiro setor 523

64. Da legitimidade do Ministério Público para impetrar ação de prestação de contas contra dirigentes de entidades de interesse social 529

65. O sigilo no inquérito civil e a efetivação da cidadania plena 539

66. Da possibilidade do órgão de execução do Ministério Público decretar o sigilo nos autos de investigação sob sua responsabilidade 547

67. Ação civil pública 555

68. O preparo na ação civil pública 559

69. O réu na ação civil pública: Despesas processuais 567

70. O Ministério Público e a reconvenção em interesses difusos e coletivos . . . 573

71. Propostas para racionalização da atuação do Ministério Público no cível . . . 579

72. Incompatibilidade da verificação de habilitações de casamento com o atual perfil do Ministério Público 583

73. Substituição de partes e procuradores 587

74. O Ministério Público interveniente ("custos legis") e a antecipação dos efeitos da tutela: a busca da efetividade do processo 595

75. A manifestação ministerial em sede de mandado de segurança frente a ausência de informações por parte da autoridade coatora. Revelia? 611

76. A nova sistemática do instituto do agravo e algumas dúvidas que ela ainda suscita 619

77. A Justiça Eleitoral e o Ministério Público 627

78. Alterações no Código de Processo Civil que agilizariam a resposta ao cidadão e reduziriam o custo à sociedade: 637

79. O direito de ser informado: direito a ser defendido pelo Ministério Público através da ação civil pública 643

80. A atuação do Ministério Público na sociedade de fato 647

81. Do caráter irrestrito do exercício do direito à filiação – Implicações processuais 653

82. Desnecessidade da ação de investigação de paternidade *post mortem* 659

83. Investigação de paternidade – Imprescritibilidade 665

84. Antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional - Fixação de alimentos provisórios – Nas ações de investigações de paternidade cumulada com alimentos. 671

85. Substituição processual superveniente nas ações de investigação de paternidade. 681

86. A necessidade da fiscalização das curatelas pelo Ministério Público 687

Subtema II

ATUAÇÃO CÍVEL: a contribuição do Ministério Público para a efetivação dos direitos sociais e fundamentais do cidadão

(Teses 01 até 42)

TESE 01

A PREMÊNCIA DE UMA NOVA HERMENÊUTICA JUDICIAL SOBRE A NATUREZA DAS AÇÕES COLETIVAS ANTE O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA CIDADANIA

André Luis Tabosa de Oliveira
Promotor de Justiça - PE

I - Introdução

A instituição do Ministério Público na modernidade revela um grau de amadurecimento democrático e constitucional de valia insuperável. Reflexo da sociedade em que se inserem, os seus membros sofrem as agruras ou benesses do momento histórico em que desempenham seus misteres. A mídia os põe sob dupla pressão: ou são alçados aos píncaros da seriedade qual vultos a serem incensados ou, de outra feita, reduzidos a exibicionistas, seres cujo fito básico é condenar cidadãos ditos honrados a qualquer custo.

Essa conjuntura é sentida por cada membro da instituição. Em cada parecer. Denúncia. Alegação Final. Em especial nas investigações preliminares ou inquéritos civis públicos ao se debruçarem sobre atos violadores de direitos coletivos, difusos ou individuais homogêneos. A sua exposição nesses processos recrudesce em razão direta das pretensões ilegítimas que contrariam e contra as quais investem.

Ao agir dentro das lindes do processo civil na condição de promovente de ações abroquelatórias de direitos transindividuais, o órgão ministerial submete-se às regras ordinárias referentes às condições de ação do art. 3º CPC, isto é, interesse processual, possibilidade jurídica do pedido, e a que interessa mais de perto a esse estudo, a legitimidade de agir.

A "*legitimatio ad causam*" é analisada por *ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA e CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO* (**Teoria Geral do Processo, 13ª ed., São Paulo, Malheiros, 1997, p. 261**): "***Assim, em princípio, é titular da ação apenas a própria pessoa que se diz titular do direito subjetivo material cuja tutela pede (legitimidade ativa), podendo ser demandado apenas aquele que seja titular da obrigação correspondente (legitimidade passiva). Os casos excepcionais, previstos na parte final do art. 6º do Código de Processo Civil, caracterizam a chamada legitimação extraordinária, ou substituição processual. (...) A Constituição de 1988, contudo, ampliou sobremaneira os estreitos limites do art. 6º do Código de Processo Civil, que vinha sendo criticado pela doutrina por impedir, com seu individualismo, o acesso ao Poder Judiciário, sobretudo para a defesa de interesses difusos e coletivos***"

A legitimação processual é imperativo para a perfeita adequação subjetiva dos interesses

postos sob apreciação jurisdicional. Inadequada e ilegal seria a atitude de um cidadão que, embora imbuído de sentimentos humanitários, tencionasse defender um interesse puramente individual de um seu colega de trabalho. A vedação a essa atitude se depreende da ordem do art. 6º CPC que apenas autoriza a defesa de interesse ou direito alheio por quem não lhe seja titular ante autorização legal expressa.

Essa norma da lei adjetiva civil matiza-se de historicidade indelével. É reflexo de uma sociedade marcadamente individualista em que o Estado seria um ente imparcial e distante dos interesses dos cidadãos. Apenas lhe incumbiria agir quando a isso instado. E somente quando exigida sua intervenção pelas pessoas adequadas segundo a própria lei de ritos. Eis sério obstáculo ao "*parquet*" em sua função social processual.

A função hodierna do Ministério Público é social. Vão longe as eras em que o Promotor de Justiça assemelhava-se à figura do grande advogado na obra "*O PROCESSO*" do tcheco Franz Kafka. Esse personagem mantinha seu cliente numa dependência de sua casa. Isso era necessário porque o Advogado apenas dialogava com seu cliente quando queria. Não sendo isso freqüente, e para que o cliente não perdesse a chance de falar com seu patrono, o primeiro optou por seu mudar para a casa do causídico de modo a aguardar seus humores e disposições de ânimo.

Inserido na sociedade e seu defensor primeiro, o membro do Ministério Público, na defesa dos direitos coletivos, age imbuído do mandado tácito de toda a coletividade. Não resguardará interesse privativo, senão o anseio de cada um de modo indeterminável, de grupos ou de cidadãos ligados entre si por questões de fato comuns. Exsurgem, destarte, os básicos interesses metaindividuais defensáveis judicialmente pelo "*parquet*: interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos".

Sucede que em seu afã, não raras vezes, há obstáculos. Não apenas gerados por vultosos interesses contrafeitos, incompreensão de administradores públicos e outros. Os limites derivam de interpretações e hermenêuticas do Poder que recebe seus pedidos e deveria velar pela efetiva realização de dar a cada um o que lhe é de direito: o Poder Judiciário.

Compreensões limitativas dos tríplices direitos metaindividuais tem levado a situações de grave perpetuação de injustiças. Lides onde se digladiariam interesses fazendários gerados num afã arrecadatório, sem respeito às leis e à Constituição Federal, são obliterados por decisões que meramente declaram que o órgão do "*parquet*" é parte ilegítima para o feito. Este é encerrado. O abuso persevera. Oclui-se a visão mais larga e desejada para a composição da questão social subjacente ao feito. Há o desamparo do cidadão que apenas tem como guardião o Promotor de Justiça.

Esse o tema do presente trabalho.

II - Dos Direitos e Interesses Difusos, coletivos e individuais homogêneos

Os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos vêm conceituados no art. 81 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90): "***Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercido em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:*** *I – interesses*

ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; ***II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, 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***"

O art. 81 do CDC desborda as bitolas do art. 6º da Lei Adjetiva Civil. Há a defesa coletiva de cidadãos e beneficiários que serão atingidos pela defesa coletiva. Não se demonstra, *a priori*, a anuência ou não à defesa plúrima. Impõe-se esta por imperativo constitucional, estando clara a legitimidade do Ministério Público para tal, conforme o art. 82, I, da mesma lei.

Urge analisar o conceito de cada um desses direitos.

III - Dos Direitos Difusos

Analisando a questão dos interesses difusos, *RODOLFO CAMARGO MANCUSO* (**Interesses Difusos, 5ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 84**) diz: "***Os interesses difusos apresentam as seguintes notas básicas: indeterminação dos sujeitos; indivisibilidade do objeto; intensa conflituosidade; duração efêmera, contingencial. (...) Essa "indeterminação de sujeitos" deriva, em boa parte, do fato de que não há um vínculo jurídico a agregar os sujeitos afetados por esses interesses: eles se agregam ocasionalmente, em virtude de certas contingências, como o fato de habitarem certa região, de consumirem certo produto, de viverem numa certa comunidade, por comungarem pretensões semelhantes, por serem afetados pelo mesmo originário de obra humana ou da natureza. (...) Sob a ótica objetiva, verifica-se que os interesses difusos são indivisíveis, no sentido de serem insuscetíveis de partição em quotas atribuíveis a pessoas ou grupos preestabelecidos. (...) eles [interesses difusos] estão soltos, fluidos, desagregados, disseminados entre segmentos sociais mais ou menos extensos; não tem um vínculo jurídico básico, mas exsurgem de aglutinações contingenciais, normalmente contrapostas entre si.(...) De fato, os interesses difusos, de ordinário, não se apresentam jungidos a um vínculo jurídico básico, mas a situações contingenciais, deriva a conseqüência de que eles são mutáveis como essas mesmas situações de fato; e mesmo podem fenecer e desaparecer, acompanhando o declínio e extinção dessas situações(...) Por outras palavras, não exercitados a tempo e hora, os interesses difusos modificam-se acompanhando a transformação da situação fática que os ensejou***"

Os interesses difusos, destarte, estão ligados a situações fáticas em que não se pode conceituar aritmeticamente os seus titulares, todavia, sua infringência atinge a toda a sociedade com danos ingentes aos seus membros. Dentre essa categoria, inserem-se o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, C.F./88), infância e juventude (art. 208 SS do E.C.A.), direito das pessoas portadoras de deficiência (Lei 7.913/89) e outros.

Violado um ecossistema equilibrado, devastada uma Estação Ecológica (Art. 1º, Lei 6.902/81), iniciada uma obra sem prévio estudo de impacto ambiental (Art. 1º, Resolução Conama nº 01/86) não se percebe "x" ou "k" como prejudicados, mas, a longo prazo, a população estará sujeita a uma qualidade ambiental mais reduzida, com sério dano às futuras gerações. Da mesma forma, se o governo estadual, por exemplo, não disponibilizar vagas para escolas públicas, o grau de analfabetismo se elevará e a Nação se sujeitará a maiores reflexos sociais como ausência de mão de obra qualificada, pobreza, marginalização e outras máculas sociais.

IV - Dos Interesses Coletivos

Os interesses coletivos não se matizam pela indefinição dos anteriores, razão por que há um potencial de legitimação ministerial mais delicado. Os interesses são conceituáveis de modo estamental. Há uma parcela da coletividade que está com direitos prejudicados por uma conjuntura ilegal ou arbitrária. Na dicção do art. 81, II, há direitos de um: "***titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base***".

Impõe-se a análise desse direito, eis que não são todos direitos coletivos que estão postos sob a espada do Ministério Público. Somente aqueles cuja defesa revele-se como relevante socialmente, como destaca *HUGO NIGRO MAZZILI* (**A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo, 12ª ed., São Paulo, Saraiva, 2000, p. 88**): "***... é necessário compatibilizar a destinação social e constitucional do Ministério Público com a defesa do interesse a ele cometido na legislação infraconstitucional. Por isso, no caso dos interesses difusos, em vista de sua abrangência ou extensão, não há como negar, está o Ministério Público sempre legitimado à sua defesa, mas no caso de interesses individuais homogêneos ou no caso de interesses coletivos em sentido estrito, sua iniciativa ou sua intervenção processual só podem ocorrer quando haja efetiva conveniência social na atuação ministerial, o que deve ser aferido em concreto, a partir de critérios como estes: a) conforme a natureza do dano (saúde, segurança e educação públicas); b) conforme a disposição dos lesados (a abrangência social do dano, sob o aspecto dos sujeitos atingidos); c) conforme o interesse social no funcionamento de um sistema econômico, social ou jurídico (previdência social, captação de poupança popular, etc..Assim, quanto à defesa de interesses coletivos e interesses individuais homogêneos, é preciso distinguir. A defesa de interesses de meros grupos determinados ou determináveis de pessoas só pode se fazer pelo Ministério Público quando isso convenha à coletividade como um todo, respeitada a destinação institucional do Ministério Público. (...) Não teria sentido, v.g., pôr o Ministério Público em defesa de meia dúzia de importadores de carros danificados no transporte: ainda que se trate de interesses individuais homogêneos, não haveria expressão social a justificar a atuação. Coisa diversa, porém, seria negar a priori a possibilidade da iniciativa da instituição para, por exemplo, propor ação civil pública cujo objeto fosse impedir a comercialização de medicamentos falsificados ou deteriorados, que pode lesar milhares ou milhões de pessoas, em todas as regiões do Estado ou do País. Negar o interesse geral da sociedade na solução deste litígio e exigir que cada lesado comparecesse em juízo em defesa de seus interesses individuais, seria desconhecer os fundamentos e objetivos da ação coletiva ou da ação civil pública***"

Tome-se a sociedade e proceda-se à cisão para a detecção dos grupos que a compõe. Diuturnamente, há interesses lesados por atitudes alheias, sejam essas de outros grupos sociais,

seja do Governo em suas diversas esferas, que prejudiquem esses mesmos grupos.

Caso o Governo Federal proceda à elevação das alíquotas do imposto de importação para veículos importados, o eventual sindicato dos revendedores desses veículos, entidade que congregaria os importadores respectivos, sofreria o impacto do repasse do valor desse Imposto Extrafiscal para a sua mercadoria. Eventual ação coletiva seria apresentada pelo mesmo sindicato, não se percebendo, "*a priori*', legitimidade ministerial para o fato.

Há interesses que não se podem cognominar de indeterminados. Há uma fração específica da sociedade que será beneficiada ou não com a defesa de seu interesse. Essa a raiz do interesse coletivo. Depreende-se claramente a relação jurídica base a envolver os interesses em dissídio: sua peculiar condição que os colige. Esta pode ser a qualidade de bancário, de empresário do setor têxtil, de componente de uma associação de classe, etc.

Sendo relevante, em seara social, a atuação do Ministério Público, legitimado estará o mesmo para a ação coletiva respectiva. Como direito coletivo, destaque-se o exemplo trazido por *NÉLSON NERY JÚNIOR* e *ROSA MARIA ANDRADE NERY* (**Código de Processo Civil e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor, 4ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p. 1864**): "***É coletivo, por exemplo: o direito dos alunos de determinada escola de ter assegurada a mesma qualidade de ensino em determinado curso***"

V - Dos Interesses Individuais Homogêneos

Os interesses individuais homogêneos são laconicamente conceituados como: " ***...os decorrentes de origem comum***". Só.

Sua compreensão há de implicar uma análise do espírito e do escopo das ações coletivas como um todo, sendo imperiosa a lição de *NÉLSON NERY JÚNIOR* e *ROSA MARIA ANDRADE NERY* (**Op. cit., p. 1864**), para quem os direitos individuais homogêneos são: "***os direitos individuais cujo titular é perfeitamente identificável e cujo objeto é divisível e cindível. O que caracteriza um direito individual comum como homogêneo é sua origem comum. A grande novidade trazida pelo CDC no particular foi permitir que esses direitos individuais pudessem ser defendidos coletivamente em juízo. Não se trata de pluralidade subjetiva de demandas (litisconsórcio), mas de uma única demanda, coletiva, objetivando a tutela dos titulares dos direitos individuais homogêneos. A ação coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos é, grosso modo, a class action brasileira***"

É de destacar a análise de *JOSÉ GERALDO DE BRITO FILOMENO* que traz à análise Súmula de Estudos do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça do Consumidor do Estado de São Paulo, (**Manual de Direitos do Consumidor, 3ª ed., São Paulo, Atlas, 1999, p. 117**): "***INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS DE ORIGEM COMUM – ATRIBUIÇÕES E LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO "Tratando-se da tutela, em última análise, de interesses individuais manifestos, mas tratados de forma coletiva, os chamados 'interesses individuais homogêneos de origem comum' (art. 81, III, do CDC) somente poderão ser suscetíveis de ação civil pública pelo órgão do Ministério Público , quando houver evidência de interesse público quanto a sua abrangência, e social quanto à sua qualificação" (junho/92)***"

O interesse individual homogêneo, para fins de defesa ministerial, giza-se pela presença de um interesse que, embora individual, corresponda à matéria de ordem dotada de vultosa relevância social.

A análise do direito individual homogêneo realizada por *EDUARDO GABRIEL SAAD* (Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, 4ª ed., São Paulo, LTR, 1999, p. 595) reclama destaque: "*São homogêneos os interesses ou direitos individuais que tenham origem comum. É o que diz o inciso II do artigo sob comentário. O que se há de entender por interesse de origem comum? Informa qualquer dicionário que "origem" é princípio, começo ou procedência; em sentido figurado, princípio ou causa. Parece-nos que o Código usou o vocábulo na acepção de procedência. Mas aí o inciso fica extremamente obscuro. Se é o mesmo o autor da lesão a alguns ou muitos consumidores, o caso pode ser classificado como de direito coletivo ou difuso. Diz o artigo sob estudo que interesses ou direitos individuais homogêneos são aqueles que derivam de origem comum.* ***E, por serem individuais, divisíveis e individualizáveis, não são, na sua essência, metaindividuais ou coletivos. Quando em grande número esses interesses e direitos homogêneos, surge a conveniência de terem tutela jurisdicional coletiva. De outra parte, é incontestável que eles, no âmbito processual, deveriam ter a forma de litisconsórcio facultativo (art. 46 do CPC). Acontece que por força do disposto no parágrafo único do sobredito art. 46 (introduzido pela Lei n. 8.952/94), foi o juiz contemplado com a faculdade de limitar o número de litisconsortes facultativos, quando ficar ameaçada a rápida solução do litígio ou quando dificultar a defesa. A defesa coletiva dos interesses e direitos homogêneos evita esses inconvenientes e, ao mesmo passo, não sobrecarrega o serviço forense.(...)Neste passo, lembramos que, no Código, a defesa coletiva dos direitos individuais assemelha às class actions de criação jurisprudencial norte americana.*** *Nas class actions é admitida sua propositura por qualquer consumidor que tenha sido lesado em seus interesses; no Código, o art. 82 dá-nos o rol de pessoas jurídicas públicas e privadas (inclusive o Ministério Público) com legitimação para propor tais ações.* ***Como remate a esta digressão acerca dos interesses e direitos homogêneos, cabe-nos salientar que eles devem ser em número tão elevado que possam equiparar-se a um segmento da sociedade***"

A concluir a distinção entre os tipos de direitos insertos no art. 81 do CDC, destaque-se a lição de *NELSON NERY JUNIOR* (**Princípios do Processo Civil na Constituição Federal, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, p. 112**): "***Interessante notar o engano em que vem incorrendo a doutrina, ao pretender classificar o direito segundo a matéria genérica, dizendo por exemplo que meio ambiente é direito difuso, consumidor é coletivo etc. Na verdade, o que determina a classificação de um direito como difuso, coletivo, individual puro ou individual homogêneo é o tipo da tutela jurisdicional que se pretende quando se propõe a competente ação judicial. O mesmo fato pode dar ensejo à pretensão difusa, coletiva e individual. O acidente com o Bateau Mouche IV, que teve lugar no Rio de Janeiro no final de 1988, poderia abrir oportunidades para a propositura de ação individual por uma das vítimas do evento pelos prejuízos que sofreu (direito individual), ação de indenização em favor de todas as vítimas ajuizada por entidade associativa (direito individual homogêneo), ação de obrigação de fazer movida por associação das empresas de turismo que têm interesse na manutenção da boa imagem desse setor da economia (direito coletivo), bem como ação ajuizada pelo Ministério Público, em favor da vida e da segurança das pessoas, para que seja interditada a embarcação a fim de se evitarem novos acidentes (direito difuso). Em suma, o tipo de pretensão é que classifica um direito ou interesse como difuso, coletivo ou individual***"

VI - Da Premência de uma nova compreensão da questão legitimatória para os direitos coletivos

O Poder Judiciário na modernidade há de cingir-se a uma visão do processo como meio eficaz para a solução dos conflitos de interesse. Não é um fim isolado e absolutamente autônomo, mas instrumento eficaz de resolução de pendengas, tendo em consideração os efeitos sociais de suas decisões.

Incoerente é tratar da mesma forma uma ação de despejo por falta de pagamento de aluguel de estabelecimento comercial e uma ação declaratória de nulidade de doação de bem público tingida por improbidade administrativa. Há interesses em jogo de jaez distinto. A matriz hermenêutica há de ser compreensivelmente mais larga no estudo do segundo feito. Há interesses de toda uma população que será alijada de um patrimônio vinculado à realização de um interesse social primário.

A análise deve ser realizada pragmaticamente e de modo teleológico. O mito do leito de Procusto não é de ser reiterado pela magistratura nacional. Segundo o conhecido mito grego, o personagem citado deveria se encaixar perfeitamente em um leito. Sucede que seus braços e pernas sobravam. A solução foi amputar seus braços e pernas alcançando-se o perfeito encaixe. Da mesma forma, como lembra o Evangelho, não se usam odres velhos para novo vinho. Fatalmente arrebentarão e grande será o prejuízo. Conclui-se que os direitos coletivos reclamam compreensão atualizada e sempre dinâmica por parte do Poder Judiciário. A cristalização conceitual apenas engessa a evolução do direito como produto cultural, negando sua historicidade imanente.

O direito é um produto cultural e, como tal, é necessariamente trans-histórico e tingido de evolução conceitual intrínseca, como destaca *Wilhelm Dilthey* (**Gesamemelte Schriften, V, p. 11, apud PAULO BONAVIDES, Ciência Política, 10ª ed., São Paulo, Malheiros, 1995, p. 31**): "***O século filosófico quis transformar a vida através de uma teoria abstrata e geral da natureza humana. Esta teoria mostrou-se ao mesmo tempo triunfante e insuficiente e até certo ponto eversiva na sua arrogância. Nosso século reconheceu, com a escola histórica, a historicidade do homem e de toda a ordem social. Cumpre, todavia, levar a cabo a fundamentada explicação das novas concepções. Exige-se o emprego de conceitos e métodos mais apuradamente psicológicos, que acompanham o crescimento da vida histórica; deve-se, sobretudo, patentear e tomar na devida conta, em todas as realizações humanas, como também nas da inteligência, a totalidade da vida da alma, a ação do homem completo, volitivo, sensitivo, intelectivo***"

O conceito de direito pede arejamento e oxigenação, não mais se enquadrando na túnica de Nesso do conceito individualista de direito individual. Quer-se mais. A pulverização de interesses sociais não tem como não se refletir no processo civil, vez que este diz de perto com a obtenção judicial desses mesmos direitos.

A modernidade desbanca fronteiras, o que mais se constata pelo recrudescimento do conceito de Globalização. Não mais se está só no mundo. Isso é aplicável não apenas aos países, que forçosamente estão a se conglobar em blocos econômicos, áreas de livre comércio intercontinentais e outros meios aglutinatórios. Surge no cotidiano das pessoas que tanto mais marginalizadas estão quanto menos a par do momento histórico hodierno estiverem.

Dentre diversos autores que analisam os reflexos da modernidade no Processo, destaca-se *MAURO CAPELLETTI*, Doutor em Direito pela Universidade de Florença, Itália, que em livro conjunto com *BRYANT GARTH*, Doutor em Direito pela Universidade Stanford, Estados Unidos, intitulado *ACESSO À JUSTIÇA* (**Tradução de Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre, Fabris, 1998, p. 49**) disserta: "***A concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos. O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de um controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam bem nesse esquema. As regras determinantes da legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juízes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos por particulares. As reformas discutidas a seguir são a prova e o resultado das rápidas mudanças que caracterizam essa fase. Verifica-se um movimento mundial em direção ao que o Professor Chayes denominou litígios de "direito público" em virtude de sua vinculação com assuntos importantes de política pública que envolvem grandes grupos de pessoas.***"

Os mesmos autores destacam a necessidade de um representante da população que há postular os interesses coletivos, sendo, no caso do Brasil, cada representante do Ministério Público em sua área de atuação o sujeito reclamado pelo autor: "***Uma vez que nem todos os titulares de um direito difuso podem comparecer a juízo – por exemplo, todos os interessados na manutenção da qualidade do ar, numa determinada região – é preciso que haja um "representante adequado" para agir em benefício da coletividade, mesmo que os membros dela não sejam citados individualmente.***"

Não se há de olvidar que o Brasil goza de um dos maiores índices de marginalização social e reduzida distribuição de renda. Os cidadãos não alcançaram maturidade plena no que pertine à cidadania, sendo-lhes negados direitos básicos como saúde, escola, moradia, educação e os demais a que fazem jus.

O instituto da assistência social é limitado a situações graves e não atende às demandas efetivas de uma coletividade anelante por melhores condições de vida. Os fundamentos constitucionais da cidadania e dignidade humana (art. 1º, II e III) são aviltados diuturnamente pelo Governo, por grupos sociais coesos, além de outros sujeitos sociais. Há um afã contido por justiça social e atenção aos mais carentes.

Em seus estreitos limites e ausência de condições, muitas vezes materiais e humanas, os membros do Ministério Público estão pelejando pelo atendimento da cidadania. Beira ao surreal um Promotor de Justiça do interior que em seu computador determina os jargões *intime-se, requisite-se informações, conduza-se o declarante por força pública*. Logo em seguida, dá-se conta de que deverá cumprir todas as suas determinações e dentro de prazos sempre esquivos e fugidios.

O cidadão comum, o mujique russo pátrio, está na modernidade alheio a questões e querelas coletivas. A ética da modernidade é sumamente individualista com pendores coletivos que, embora destacáveis, são, muita vez, efêmeros. Luta-se por ética na política mas, afastado um detentor de poder, há o silêncio satisfeito e despido de persistência da coletividade. As pessoas detêm um receio de agir, de se comprometer em longo prazo, talvez temendo contrariar interesses maiores. Eis a raiz da premência do agir ministerial.

Um cidadão tem um parente idoso em sua residência. A Lei Federal nº 8.842/94, que versa sobre a Política Nacional do Idoso assegura variegados direitos ao seu hóspede como adequação de currículos, metodologia e material didático para o idoso (Art. 10, III, "*a*"), garantia de mecanismos contra a discriminação do idoso (Art. 10, IV, *a*"), diminuição de barreiras arquitetônicas e urbanas (Art. 10, V, "*d*") e outras.

Há um momento inicial de iluminação em que o cidadão é esclarecido de seus direitos e tenciona defendê-lo. Todavia, há o choque com o poder executivo local que não teria verbas para adaptações arquitetônicas para os idosos, há atritos com populares que o tacham de subversivo, logo se chegando à conclusão de que apenas estaria interessado em eventual carreira política. Ele quedará em mutismo e se satisfará com invectivas e apupos inócuos contra o sistema jurídico e político.

Há um caso mais notável. Uma administração pública, premida por razões de escassez de caixa, labora para a criação de um tributo que sabe inconstitucional e ilegal. Ciente está do crasso equívoco em sua instituição e cobrança. Aprova-se a lei. Inicia-se a cobrança. No entanto, o cidadão analisa o custo para si. Sopesa os ônus para a contratação de um advogado, gastos com custas processuais, demora no andamento do feito, e outros revezes. Na equação final, conclui que mais gastaria rebelando-se contra a cobrança tributária ilegal que a saldando.

Esse fato é analisado com argúcia por *EDMAR DE OLIVEIRA ANDRADE FILHO* (**Controle de Constitucionalidade de Leis e Atos Normativos, São Paulo, Dialética, 1997, p. 67**), "*ad verbis*": "***Com efeito, ao editar uma lei ou ato normativo sobre matéria tributária que sabe inconstitucional, o legislador parece jogar com a possibilidade de que sempre haverá um ganho se algum contribuinte lesado não contestar a exigência. Se declarada a inconstitucionalidade da lei uma década depois, a Administração poderá ainda contar com os mecanismos de procrastinação de devolução do que indevidamente recebeu, e também poderá contar com benesse de outras leis econômicas que de forma direta ou indireta aviltam o poder econômico da moeda, como aconteceu com alguns planos econômicos que pretenderam, por decreto, acabar com a inflação. Parece que há orquestração, um grande esquema, adrede engendrado, somente para se tirar vantagem de incautos contribuintes***".

Adiante se demonstrará que os Tribunais Superiores vedam a competência do Ministério Público para a defesa dos interesses coletivos de todos os contribuintes que estejam submetidos a uma cobrança de tributo ilegal. Segundo a jurisprudência agora dominante, cada indivíduo deverá constituir um advogado e, de per si, exarar ao Poder Judiciário sua insatisfação pleiteando as medidas adequadas. Perpetua-se a ilegalidade e inconstitucionalidade e, mesmo cientes de que a atitude governamental é de impossível sustentação, os tribunais anulam os processos respectivos por suposto vício de ilegitimidade ativa para o processo.

Analisando a conjuntura do cidadão isolado, o já citado *MAURO CAPPELLETTI* em sua obra *JUÍZES LEGISLADORES* (**Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1993, reimpressão 1999, p. 59**) expõe: "***...o indivíduo mostra-se simplesmente incapaz de se proteger por si mesmo de forma adequada. Nas sociedades contemporâneas, o indivíduo isolado é desarmado. As regras tradicionais sobre a legitimação de agir, em particular, requeriam que, nos casos de danos causados por um produto a centenas, milhares ou milhões de consumidores, cada um deles agisse em juízo para ser ressarcido do dano sofrido individualmente. Isso é simplesmente irrealístico. Enquanto o dano total pode ser enorme, normalmente o fragmento do dano sofrido por***

cada um dos consumidores é demasiado pequeno para justificar o custo (econômico, psicológico, de perda de tempo, etc.) de uma ação individual; além disso, o "poder" (econômico, de informação, de organização) da contraparte é, em grande medida, usualmente muito maior do que o do consumidor. Daí decorre que a possibilidade realística de tutela em ditas situações de conflito foca condicionada ao abandono de concepções e estruturas puramente individualísticas do processo jurisdicional"

Analisando a função do Ministério Público no processo civil e em especial no acionamento para os direitos difusos, *ARRUDA ALVIM* (**Manual de Direito Processual Civil, 7ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 538**) informa: "***Acreditamos seja desejável que, de futuro, amplie-se, ainda mais, a gama de possibilidades conferidas ao Ministério Público taxativamente pelo Direito positivo, para que este órgão vele por direitos que são indubitavelmente significativos, do ponto de vista social, defendendo os interesses difusos, tais como os caracterize a lei***"

Urge uma maior compreensão do Poder Judiciário para a aceitação de demandas apresentadas pelo Ministério Público para a defesa de questões e interesses coletivos. Sem a sua atuação, a coletividade estará desabrigada ante a pletora de atitudes abusivas geradas pelo Governo e Administração Pública.

Reflexo do temor ao Ministério Público e sua atuação na defesa desses interesses pode ser visto, às escâncaras, na Medida Provisória nº 1.984-24, de 23 de novembro de 2000, que acrescentou um parágrafo único ao art. 1º da Lei da Ação Civil Pública: "***Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: (...)Parágrafo único. Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados***"

Há violação ao direito constitucional de ação, além do princípio da tutela jurisdicional, insculpidos no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, além do art. 129, II e III, que assegura a promoção pelo Ministério Público das competentes medidas para a proteção de direitos difusos e coletivos.

Cometido foi ao Ministério Público a defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, segundo o art. 81 CDC e art. 129 C.F./88. Extrair-lhes os meios processuais para o perfeito exercício desses misteres mediante interpretação restritiva é negar efetividade à Constituição.

Oportuna a construção do constitucionalismo norte-americano que já se encontra cristalizada na doutrina pátria, a saber, a teoria dos poderes implícitos, cuja análise é deflagrada por *PAULO BONAVIDES* (**Curso de Direito Constitucional, 6ª ed., São Paulo, Malheiros, 1996, p. 431**): "***Sobre o assunto, a regra estabelecida por Story é a de que na interpretação de um determinado poder não se consentirá em coisa alguma que possa invalidar ou prejudicar os seus confessados objetivos. Diz o eminente constitucionalista que se as palavras de um texto forem suscetíveis de duas interpretações, de acordo com o uso e o senso comum, é de rejeitar-se aquele que colide com um ou com todos os objetivos estabelecidos pela norma e cuja realização ela se propunha, aditando-se, ao revés, a interpretação tendente a promover e preservar os sobreditos interesses em toda a sua inteireza. Tal regra, acrescenta Story, resulta meramente de ditames do senso comum, porquanto todo instrumento há que***

ser interpretado de sorte que ut magis valeat, quam peneat (...)Prosseguindo a exposição da doutrina relativa à latitude dos meios e poderes implícitos assevera ele: "Na execução prática do Governo, os agentes da autoridade pública devem fruir de liberdade para exercer os poderes que a Constituição e as leis lhes cometeram."

ADA PELLEGRINI, em seu texto *DAS AÇÕES COLETIVAS PARA A DEFESA DE INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS*, p. 545/546: "*Ora, em primeiro lugar cumpre notar que a constituição de 1988, anterior ao CDC, evidentemente não poderia aludir, no art. 129, III, à categoria dos interesses individuais homogêneos, que só viria a ser criada pelo Código. Mas na sua dicção constitucional, a ser tomada em sentido amplo, segundo as regras da interpretação extensiva (...) enquadra-se comodamente à categoria dos interesses individuais, quando coletivamente tratados. Em segundo lugar, a doutrina, internacional e nacional, já deixou claro que a tutela de direitos transindividuais não significa propriamente defesa de interesse público nem de interesses privados, pois os interesses privado são vistos e tratados em sua dimensão social e coletiva, sendo de grande importância política a solução jurisdicional de conflitos de massa. Assim, foi exatamente a relevância social da tutela coletiva dos interesses ou direitos individuais homogêneos que levou o legislador ordinário a conferir ao MP e a outros entes público a legitimação para agir nessa modalidade de demanda, mesmo em se tratando de interesses ou direitos disponíveis. Em conformidade, aliás, com a própria Constituição, que permite a atribuição de outras funções ao MP, desde que compatíveis com sua finalidade (Art. 129, IX); e a dimensão comunitária das demandas coletivas, qualquer que seja seu objeto, insere-as, sem dúvida, na tutela dos interesses sociais referidos no art. 127 da Constituição*"

NÉLSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA ANDRADE NERY (Op. cit., p. 1.717) tratam da questão: "*Legitimidade do MP. Como a defesa coletiva do consumidor é hipótese de interesse social (CDC, art. 1º), encontram-se corretos os artigos do CDC 82, I e 92 quando legitimam o MP para agir em juízo propondo ação civil pública para a defesa coletiva de direitos individuais homogêneos, ainda que disponíveis. Autorização para que o CDC atribuísse essa legitimação ao parquet se encontra na CF art. 129, IX, que permite à lei ordinária atribuir outras funções ao MP desde que compatíveis com sua finalidade institucional e a defesa de interesses sociais (CDC, art.1º) é finalidade institucional do MP (CF 127 caput)*"

Nos juízos monocrático, nota-se aceitação mais tranqüila em relação à competência do Ministério Público para a defesa de interesses coletivo, a teor da sentença prolatada pelo Juiz Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Ceará, *AGAPITO MACHADO* (**Sentenças Cíveis na Justiça Federal, Belo Horizonte, Nova Alvorada Edições Ltda., 1999, p. 324**): "*14. Trata, a espécie, de Ação Civil Pública proposta pelo MPF contra a UFC e depois, a UECE. Ataca-se a Portaria nº 837/90, do Ministério da Educação, que veda aos estudantes a matrícula simultânea em instituições de ensino superior. (...) 15. Ainda é bastante polêmica a legitimidade do Ministério Público para ações civis públicas em casos da espécie. Para uns o Ministério Público estaria a resolver tudo através dessas ações e para outros o Ministério Público tem sido inerte. Nem tanto nem tão pouco. Melhor será o Ministério Público agir do que se omitir. Os Tribunais têm procurado reduzir a legitimidade do Ministério Público nessas ações. Os advogados, por seu turno, não são favoráveis à legitimidade do Ministério Público nessas ações, pois tira-lhes o direito de ajuizarem várias demandas individuais e perceberem os seus honorários. É como se descobrisse uma vacina contra a cárie dentária. Os dentistas não iriam gostar da idéia. O certo é que, para a justiça,*

a ação civil pública tem pelo menos minimizado a enorme quantidade de processos idênticos e lhe poupado da pecha de morosa. Em um País como o Brasil, onde existe 1 (um) juiz para quase trinta mil habitantes, o Judiciário não deve conter o exercício da ação civil pública, ajuizado pelo Ministério Público, à custa de restritivas. 16. Posso estar errado. Todavia, prefiro admitir uma certa elasticidade na legitimidade do Ministério Público em casos como o da espécie, onde inúmeros são os estudantes, mesmo de nível superior, que não tem condições de contratar advogado para defesa individual de seus direitos"

VII. Análise Jurisprudencial sobre o Entendimento dos Tribunais Superiores Sobre os Direitos Coletivos

As posições dos Tribunais Superiores, em especial do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, sobre os direitos coletivos têm revelado avanços notáveis numa compreensão totalizante da questão. Por vezes, no entanto, há clara regressão a conceitos vetustos historicamente em face da moderna tendência processual moderna de conferir maior efetividade à defesa de direitos transindividuais. Opta-se por conclusões díspares em relação aos fins sociais do processo.

A iniciar, impende destacar a mutação operada no Pretório Excelso e na Corte Máxima Federal sobre a legitimidade do Ministério Público para o ingresso de ações envolvendo tributos, em especial a Taxa de Iluminação Pública.

Em **21 de setembro de 1994**, o STJ no Resp 49272-6-RS, Ministro Demócrito Reinaldo, declarou: "***A lei nº 7.348, 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 8078/90) 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 de seu contexto. O art. 21 da Lei n. 7347/85 (inserida pelo art. 117 da Lei 8078/90) 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, pár. un., 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.***"

Em **25 de agosto de 1997**, o STJ, no Recurso Especial nº 109013/MG, pelo Ministro Humberto Gomes de Barros declarou: "***PROCESSUAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – CANCELAMENTO DE TAXA ILEGAL – LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO – DECLARAÇÃO INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE I – O Ministério Público está legitimado para o exercício de ação civil pública, no objetivo de proibir a cobrança de taxa ilegal. II – é viável, em processo de ação civil pública, a declaração incidente de inconstitucionalidade***"

Em **05 de outubro de 1999**, outro foi o entendimento do mesmo STJ, em acórdão

unânime de sua 1ª Turma, Ministro José Delgado afirmou: "***TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA – ÓBICE À COBRANÇA – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – VIA INADEQUADA – (...)2. A Ação Civil Pública não se presta como meio adequado a obstar a cobrança da Taxa de Iluminação Pública instituída por lei municipal, face ao fato de que a relação jurídica estabelecida desenvolve-se entre a Fazenda Municipal e o contribuinte não revestindo este último o conceito de consumidor, constante do art. 21, da Lei nº 7.347/85, a autorizar o uso da referida ação. 3. Os interesses e direitos individuais homogêneos, de que trata o art. 21, da Lei nº 7.347/85, somente poderão ser tutelados, pela via da ação coletiva, quando os seus titulares sofrerem danos na condição de consumidores***"

Na mesma linha restritiva, o Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 213631/MG, de 09 de dezembro de 1999, Ministro Ilmar Galvão, firmou o seguinte entendimento, "*ad litteram*":"***MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA DO MUNICÍPIO DE RIO NOVO – MG. EXIGIBILIDADE IMPUGNADA POR MEIO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA, SOB ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ACÓRDÃO QUE CONCLUIU PELO SEU NÃO CABIMENTO, SOB INVOCAÇÃO DOS ARTS. 102, I, A, E 125, §2º DA CONSTITUIÇÃO. Ausência de legitimação do Ministério Público para ações da espécie, por não configurada, no caso, a hipótese de interesses difusos, como tais considerados os pertencentes concomitantemente a todos e a cada um dos membros da sociedade, como um bem não individualizável ou divisível, mas, ao revés, interesses de grupo ou classe de pessoas, sujeitos passivos de uma exigência tributária cuja impugnação, por isso, só pode ser promovida por eles próprios, de forma individual ou coletiva***"

O entendimento do Supremo Tribunal Federal em relação à legitimidade ministerial para feitos que versem sobre tributos pode ser aferida pela estrada palmilhada pelo Recurso Extraordinário nº 195.056 – PR, analisado pelo Ministro Carlos Velloso, cuja matéria revelava tão grande relevância que ocupou destaque nos Informativos do Supremo Tribunal desde a data de 19.12.1996 (INFORMATIVO nº 58), com seguimento em 23.09.1998 (INFORMATIVO nº 124) até a data de 04.11.1998 (INFORMATIVO nº 130), que ora transcrevemos na seqüência cronológica: "***A Turma deliberou afetar ao Plenário recurso extraordinário em que se discute sobre a legitimidade ativa do Ministério Público para propor ação civil pública (Lei 7347/85) que verse sobre tributos. Cuida-se, na espécie, de ação civil pública que visa à revisão de lançamentos do IPTU, cujo acórdão ora recorrido negou legitimidade ao Ministério Público para a sua propositura, por não se tratar de interesses difusos ou coletivos***" (INFORMATIVO nº 58) "***Iniciado o julgamento do recurso extraordinário em que se discute legitimidade ativa ao Ministério Público para propor ação civil pública (Lei 7.347/85) que verse sobre tributos. Cuida-se, na espécie, de ação civil pública que visa à revisão de lançamentos do IPTU, cujo acórdão ora recorrido negou legitimidade ao Ministério Público para a sua propositura, por não se tratar de interesses difusos ou coletivos. Após o voto do Ministro Carlos Velloso, relator, confirmando o acórdão recorrido, o julgamento foi adiado em virtude pedido de vista do Ministro Maurício Corrêa***" (INFORMATIVO nº 124) "***...Após o voto-vista do Min. Maurício Corrêa, acompanhando a conclusão do Min. Carlos Velloso, relator, no sentido de confirmar o acórdão recorrido, mas por fundamento diverso, qual seja, a expressão "outros interesses difusos ou coletivos" (CF, art. 129, III) é indefinida, dependendo de lei que venha fixar o seu alcance, o julgamento foi adiado em virtude de pedido do vista do Min. Sepúlveda Pertence***" (INFORMATIVO nº 130)

Há clara tendência limitativa no Supremo Tribunal Federal em relação à legitimidade ativa do Ministério Público para a propositura de ação civil pública que ao cancelamento de cobrança de tributo ilegal e inconstitucional.

Exigir-se, como se está a fazer, que cada lesado mova sua ação de modo individual é ferir de morte a idéia-base do direito coletivo. Tome-se por base um município do interior. Instituída a Taxa de Iluminação Pública há, em geral, divisão dos usuários de energia elétrica em faixas de consumo para incidência da exação ora em discussão. Em média, um cidadão deveria saldar um valor entre R$ 5,00 ou R$ 30,00, de acordo com o seu consumo.

O custo anual do usuário alcançará valor máximo de R$ 60,00 no primeiro caso e R$ 360,00 no segundo. Valores bem inferiores ao dispêndio com honorários de um advogado, custas processuais e demais débitos, reais obstáculos para que o cidadão tenha acesso a uma efetiva prestação jurisdicional. Sem olvidar que em certas urbes interioranas, acionar-se a Prefeitura pode gerar um acirramento político e reações de grupos organizados exsurgindo prejuízos ao promovente.

Conferir-se competência ao Promotor de Justiça local para apresentar ação coletiva para o embate com o Município respectivo e empresa concessionária de energia traz incontáveis vantagens: 1) concentra-se o litígio em um único processo, o que alivia o Judiciário de centenas, talvez milhares de pequenos processos que atolam o Juiz de 1º grau que ficaria inviabilizado para suas funções ordinárias; 2) a propositura de ação coletiva não impediria que cada cidadão apresentasse o seu feito, a teor do art. 104 da Lei 8.078/90; 3) a indefinição jurídica não perduraria por dilatado tempo, com julgamento célere, sendo a economia processual, a instrumentalidade das formas e a celeridade os maiores reclamos da moderna teoria processual.

A interpretação conferida pelo STF e STJ está matizada por incoerência com a litigiosidade contida de uma população carente de justiça, como recorda *KAZUO WATANABE*.

Curioso é notar a posição doutrinária do Superior Tribunal de Justiça no Mandado de Segurança nº 5187/DF, publicado no DJ no dia 29 de junho de 1998, que, embora versando sobre ação não ofertada pelo "*parquet*" reclama destaque:"***I – As ações coletivas foram concebidas em homenagem ao princípio da economia processual. O abandono do velho individualismo que domina o direito processual é um imperativo do mundo moderno. Através dela, com apenas uma decisão, o poder judiciário resolve controvérsia que demandaria uma infinidade de sentenças individuais. Isto faz o judiciário mais ágil. De outro lado, a substituição do indivíduo pela coletividade torna possível o acesso dos marginais econômicos à função jurisdicional. Em a permitindo, o Poder Judiciário aproxima-se da democracia***"

Em relação à mensalidades escolares, há breve tempo houve divergência no âmbito do próprio STJ, entre a sua primeira Turma e as demais, como se constata do Resp 47019/MG, 1ª Turma, Ministro César Rocha, julgado em 11/05/1994: "***PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AUMENTO DE MENSALIDADE ESCOLAR. ILEGITMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. O Ministério Público não tem legitimidade para promover ação civil pública para impedir a prática de aumento de mensalidade escolar, pois não se trata de defender direito difuso, nem interesses ou direitos coletivos***"

Similar conteúdo se encontra no Resp 65836/MG, julgado em 14/06/1995, desta feita pelo Ministro Garcia Vieira.

Já a 4ª Turma do STJ, no Resp nº 38176/MG, Ministro Ruy Rosado de Aguiar decidiu: "***AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INTERESSES COLETIVOS. LEGITIMIDADE ATIVA. MINISTÉRIO PÚBLICO. ANUIDADE ESCOLAR. O Ministério Público tem legitimidade ativa para promover ação civil pública, na defesa de interesses coletivos da comunidade de pais e alunos de estabelecimento escolar, visando à fixação da anuidade escolar.***"

Da mesma 4ª Turma, exsurgiu o acórdão no Resp nº 89646/PR, em que preclaro ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira assim se expressou "***DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA, MENSALIDADES ESCOLARES. MINISTÉRIO PÚBLICO, INTERESSE. NATUREZA JURÍDICA. LEGITIMAÇÃO ATIVA. PRECEDENTES DA TURMA. RECURSO DESPROVIDO. I – Sob o enfoque de uma interpretação teleológica, tem o Ministério Público, em sua destinação institucional, legitimidade ativa para a ação civil pública versando mensalidades escolares, uma vez caracterizados na espécie o interesse coletivo e a relevância social. II – Na sociedade contemporânea, marcadamente de massa, e sob os refluxos de uma nova atmosfera cultural, o processo civil vinculado estreitamente aos princípios constitucionais e dando-lhes efetividade, encontra no Ministério Público uma instituição de extraordinário valor na defesa da cidadania***"

Na lição de *NÉLSON NERY JÚNIOR* (**Op. cit., p. 1869**) o STJ reconheceu legitimidade ao Ministério para ações que versem sobre mensalidades escolares, mormente após o julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 70997 – SP, rel. Min. Assis Toledo.

A ampliação da abrangência da legitimidade do Ministério Público para oferecimento de Ações Civis Públicas versando sobre interesses coletivos é recrudescimento da cidadania como conceito ontológico. A passos firmes, em alguns julgados, o STJ vem reconhecendo a competência ministerial, como se dessume dos seguintes acórdãos: "***PROCESSUAL LEGITIMIDADE – MINISTÉRIO PÚBLICO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – CONCURSO PÚBLICO. O Ministério Público é legitimado a propor ação civil pública, visando à decretação de nulidade de concurso público que afrontou os princípios de acessibilidade, legalidade e moralidade. Trata-se de interesses transindividuais de categoria ou classe de pessoa e de direitos indivisíveis e indisponíveis, de toda coletividade***" (Resp 180350/SP, j. 22/09/1998) "***AÇÃO CIVIL PÚBLICA, Contratos de adesão. Legitimidade do Ministério Público. O Ministério Público possui legitimidade para promover ação civil pública tendo por objeto cláusulas de contratos bancários de adesão***" (Resp 175645/RS, j. 07/12/00); "***O Ministério Público é parte legítima para ajuizar ação coletiva de proteção ao consumidor, em cumulação de demandas, visando: a) a nulidade de cláusula contratual (juros mensais); b) a indenização pelos consumidores que já firmaram os contratos de que constava tal cláusula; c) a obrigação de não mais inseri-la nos contratos futuros, quando presente como de interesse social relevante a aquisição, por grupo de adquirentes, da casa própria que ostentam a condição das chamadas classes média e média baixa***" (Eresp 141491/;SC, j. 17/11/1999)

Em recente julgado, o TRF-4ª Região no AC nº 1999.04.01.021261-5/PR disse: "***Administrativo. Ação Civil Pública. Cabimento. Superfatuamento imóveis habitacionais populares. Cerceamento de defesa. Agravo retido. O Ministério Público está legitimado à defesa de interesses individuais homogêneos sempre que a exigir a condição econômica e social dos substituídos processualmente ou quando convenha à coletividade(...)***"

Todavia, o Superior Tribunal de Justiça negou legitimidade ao órgão do "*parquet*' para ajuizar ação coletiva em defesa de aposentadoria especial, Resp 143.092-PE, julgado em 24 de abril de 2001, ministro Jorge Scartezzini: "***AÇÃO CIVIL PÚBLICA. APOSENTADORIA ESPECIAL.ILEGITIMIDADE. MP Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal objetivando obrigar o INSS a aceitar pedidos de aposentadoria especial, sem a exigência do requisito de limite de idade. Ocorre que os beneficiários da Previdência Social de tais aposentadorias não estão enquadrados na definição de consumidores, ex vi art. 2º, parágrafo único, da Lei 8.069/90 (CDC). Sendo assim, o direito pleiteado nesta ação, embora invocado por um grupo de pessoas, não atinge a coletividade como um todo, nem contém aspecto de interesse social o que torna inaplicável o art. 21 da Lei n. 7.347/85. Trata-se de direito individual disponível que os titulares podem dele dispor, logo o Ministério Público não tem legitimidade ad causam para propor ação civil pública (art. 6º da LC n. 75/93)***"

Há um temor considerável quando a ação civil pública é usada pelo Ministério Público, receio esse propugnado por autores satisfeitos com órgãos do "*parquet*' omissos e alheios às modernas e dinâmicas questões sociais.

Há expoentes dessa nova linha de compreensão doutrinária, dentre outros *ARNOLD WALD*, que no escopo de atualizar a magistral obra de Hely Lopes Meirelles (**Mandado de Segurança, 22ª ed., São Paulo, Malheiros, 2000**) acrescentou Capítulo 09 à sua Terceira Parte, sobre a Ação Civil Pública, com o título *A Recente Evolução da Ação Civil Pública. Usos e Abusos. Análise de sua Patologia.* No desenvolvimento desse capítulo, o autor dispõe: "***Da recente patologia das ações públicas – ao examinar a recente evolução jurisprudencial das ações civis públicas, quatro aspectos merecem um exame especial: as ações civis públicas intentadas com base na eqüidade, sem respaldo legal, caracterizando o pedido juridicamente impossível e a impropriedade da ação; as ações civis públicas intentadas como substitutas das ações diretas de inconstitucionalidade; as ações civis públicas nas quais o juiz se atribui jurisdição nacional; as ações civis públicas para a defesa de direitos individuais homogêneos e disponíveis fora dos casos expressamente previstos pelo legislador (...) Descabe, assim, a ação civil pública, entre outros casos para: recuperação de imposto pago indevidamente (defendendo-se interesse individual homogêneo tributário do contribuinte); anulação de operações financeiras (matéria que, conforme o caso, pode ser objeto de ação popular); operações bancárias não referentes ao consumidor e, em particular, ações referentes a depósitos feitos em bancos, sob qualquer forma, inclusive caderneta de poupança, por inexistir, no caso, serviço prestado pelo banco e remunerado pelo cliente, não sendo, pois, o banco um fornecedor, nem o cliente um consumidor (...) obtenção e restituição de dinheiro desviado por funcionário ou autoridade pública***"

VII - CONCLUSÃO

A cidadania é um reclamo diário da modernidade. A cada dia, o cidadão toma conhecimento de seus direitos. Sabe que os têm e luta pelos mesmos. Incumbe ao Estado, que se funda, dentre outros, no princípio da soberania popular propiciar meios e formas para o exercício da ânsia de justiça que recrudesce a olhos vistos. Desviar os olhos não mais é possível, eis que os reclamos fazem parte de nossa vida cotidiana. Em cada esquina. Rua. Banco. Repartição Pública.

O Poder Judiciário, como um dos emanadores da soberania estatal deve demostrar sensibilidade crescente para a análise das demandas que envolvam direitos coletivos, seja difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Formalidades devem ser minoradas ao efetivamente necessário e indispensável à lide.

A indignação de um trabalhador que percebe pouco mais de um salário mínimo e se insurge contra uma cobrança de uma taxa de poucos reais em sua conta de luz deve ser recebida pelo Promotor de Justiça e, depois de realizada a competente ação coletiva, repassado ao Judiciário. Este poder deve compreender que não há somente um interesse, mas uma classe de despossuídos sujeitos a mesma privação.

Indeferir ações coletivas promovidas pelo Ministério Público sob o argumento de que um cidadão carente deve constituir advogado, arcar com honorários e custas é desconhecer as melhores tendências da modernidade processual. Recebe-se não apenas uma ação coletiva mas um reclamo social que tem por estuário o Ministério Público, em especial, o Promotor de Justiça que está mais diretamente em contato com o povo.

Ao fim desse trabalho, conclui-se que o Poder Judiciário deve abrir-se às carências sociais expressas nas ações coletivas e plasmarem uma nova matriz hermenêutica para a compreensão das demandas metaindividuais. O art. 6º CPC é forma singela para as ações coletivas. Mais aproximado seria, por incrível que se afigure, o antigo art. 75 do privatístico e individualista Código Civil.

Deflui essa conclusão da natureza do direito guerreado. Sendo coletivos os reclamos, hão de ser contidos numa ação coletiva, adequada para o seu cabimento. A cidadania é algo presente na ordem do dia. Se o Judiciário se calar, como lembra o Evangelho, até as pedras falarão.

A sensibilidade do Poder Judiciário no acolhimento da ações coletivas é imperativo que deve ser atendido. Apenas dessa forma construir-se-á uma sociedade mais justa, em que a cidadania seja, em verdade, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, art. 1º, II, C.F./88.

TESE 02

A INTERPRETAÇÃO DADA PELOS TRIBUNAIS À ASSISTÊNCIA JURÍDICA INTEGRAL E GRATUITA (ART. 5º, LXXIV, CF): CASO EMBLEMÁTICO DA OBSTACULARIZAÇÃO AO EXERCÍCIO DA CIDADANIA PELO JUDICIÁRIO

João Gaspar Rodrigues
Promotor de Justiça em Tabatinga-AM.
Autor dos livros: "O Ministério Público e um novo Modelo de Estado" e "Tóxicos: abordagem crítica da Lei n. 6.368/76)

Sumário: 1- Introdução. 2- O utilitarismo e a justiça social como mecanismos de realce do valor democrático. 3- A interpretação reducionista dada pelos Tribunais. 4- Conclusão.

I- Introdução

Está insculpido no mármore virgem da Constituição que "o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos" (art. 5º, inc. LXXIV). Esta assistência jurídica num país pobre e ignorante como o nosso, onde a maioria das pessoas não tem condições de reclamar proveitosamente nem os direitos básicos de sobrevivência em função da ignorância sobre as coisas jurídicas[1], funcionaria como um excelente mecanismo cívico, integrador desse homem desamparado no seio da cidadania, fazendo-o sentir-se como membro ativo da democracia, colhendo-lhe os frutos e por isso mesmo conscientizando-se aos poucos da importância do valor democrático. Para sabermos o valor de uma árvore, não consideramos suas raízes, mas sim os frutos que ela nos dá. O valor ou a utilidade da democracia aumenta ou diminui na medida em que o desejo, assim como a fé nela, se propaga ou se restringe. Ao se sentir protegido, o cidadão passa a confiar nos valores da democracia e é esta confiança, sentimento quase palpável, que confere a seiva de legitimidade democrática criando aquela simbiose entre o todo e a parte.

1. Um dos obstáculos ao exercício da cidadania plena no Brasil é justamente a radicular ignorância da maioria de nosso povo em relação aos seus direitos e a forma de garanti-los e defendê-los. Os outros dois obstáculos são a postura conservadora do Judiciário (que o leva a interpretar e aplicar normas que limitam o alcance democratizador do próprio Direito, como no caso que está sendo analisado) e o sistema jurídico que não define, de forma clara, as possibilidades para uma efetiva participação popular consciente.

II - O utilitarismo e a justiça social como mecanismos de realce do valor democrático

Diz a prudência que se um ato satisfaz meu bem-estar, então eu tenho boas razões para praticá-lo, e se um ato prejudica meu bem-estar ou satisfaz mediocremente, então tenho boas razões para deixar de praticá-lo. Em outras palavras, se os mecanismos democráticos cumprem o seu papel utilitário e de justiça, o beneficiário tem razões para emprestar seu apoio, legitimando-os e fortalecendo-os pela adesão. Do contrário, se a omissão da democracia frustra o bem-estar do homem e sua ânsia por justiça, este não vê razão para tê-la como valor máximo a ser preservado (a mão que nada oferece não pode receber). É fato inferível, que o povo não tem razões para apenas servir a qualquer fim, mas *primacialmente* ao bem-estar. O interesse humano fornece a única base racional para a ação. Se um interesse existente pode ser satisfeito, isso origina um motivo para fazer o que quer que promova o interesse. Com isso não podemos negar que na democracia, como nas realções individuais, vige o pouco compreendido *toma-lá-dá-cá*. Um certo utilitarismo é indissociável da democracia, tendo em vista sua finalidade política. Uma pessoa sempre está em melhor situação quando os seus interesses e necessidades são satisfeitos, e ela estará em situação pior quando eles são frustrados. O utilitarismo, em princípio, não está comprometido com qualquer sistema político ou econômico, como por vezes tem-se sugerido sua vinculação ao sistema capitalista. Coerentemente deve ele se adequar a um sistema econômico ou político que seja capaz de servir mais efetivamente ao bem-estar geral.

A existência de indivíduos histórico-universais, numa visão hegeliana, só confirma a regra de que os interesses e objetivos pessoais são a base de atuação dos homens, mesmo quando coincidem com o interesse universal. Vejamos o que diz Herbert Marcuse[2], um dos maiores conhecedores da filosofia negativista de Hegel: ¿Mas se as únicas fontes de ação dos homens são as suas necessidades e os seus interesses particulares, como pode a autoconsciência da liberdade jamais motivar a prática humana? ¿Para responder a esta pergunta devemos indagar, quem é o sujeito efetivo da história? ¿A prática histórica é prática de quem? Poderia parecer que os indivíduos fossem simplesmente fatores da história. A consciência deles está condicionada por seus interesses pessoais; eles fazem negócios, não história. Há alguns indivíduos, entretanto, que superam este nível; sua ação não repete velhos padrões, mas cria novas formas de vida. Tais homens são homens da história (indivíduos histórico-universais), como Alexandre, Cesar, Napoleão. As ações destes indivíduos também se originam em interesses pessoais que, neste caso, se identificam com o interesse universal, e este de longe supera o interesse de qualquer grupo particular; aqueles indivíduos forjam e governam o progresso da história.

A democracia é determinadamente voltada para o interior. Ocupa-se por vocação com o melhoramento paciente e realista da vida em sociedade. Isso porque se constitui bem menos numa forma de governo, e mais num ambiente cooperativo, uma forma de vida. E é por isso também que a democracia não se ressente da forma de governo para prosperar. A Inglaterra ilustra isso. Apesar de ser uma monarquia ela é mais democrática que muita república. Os direitos individuais encontram ali sua máxima expressão. Dentro da própria tradição poética do país, o vento e a chuva podem penetrar na mais humilde choupana inglesa, mas o Rei jamais ousará fazê-lo, sem a permissão do proprietário[3].

---

2. *Razão e Revolução*, Ed. Paz e Terra, 4ª ed., 1978, p. 213-214.

3. Machado Paupério, *Teoria Democrática do Estado*, Ed. Forense Universitária, 1997, p. 25.

Os arranjos, organizações e instituições humanas, desde o povo até o Estado, surgem de interações fundadas em valores e objetivos partilhados. Algumas interrelações são fugazes, outras não. A família, a igreja, a sociedade são exemplos de arranjos humanos distinguidos com o selo da permanência. Em qualquer caso, a chave do relacionamento encontra-se nos benefícios esperados da interação ou do esforço cooperativo mais duradouro. Por a questão em termos de objetivos compartilhados é ter os homens unidos pelos fins que a associação possa fornecer: carências satisfeitas, valores concretizados, crenças reafirmadas, interesses protegidos, objetivos atingidos. A democracia propõe-se a ser o grande campo onde todos os esforços e arranjos (instituições) humanos possam livremente desenvolver suas potencialidades e buscar os objetivos a que se propõem. Seria a democracia então, uma associação de objetivos ou empreendimento cooperativo para promover fins comuns. Uma crítica se faz necessária: ¿se a democracia busca a satisfação dos fins comuns, convergentes, como ficaria os objetivos divergentes, já que a homogeneidade é atributo avaramente distribuído aos seres humanos? De fato, qualquer forma política seria apta a perseguir fins comuns; a dificuldade está em conciliar o convergente com o divergente. Aí o grande diferencial da democracia que falta a todos os outros regimes políticos e a torna tão especial: a tolerância. A cultura democrática permite relações duráveis entre adversários pois tem uma estrutura de práticas e normas comuns capazes de fornecer algum laço unificador onde falta o consenso.

III - A interpretação reducionista dada pelos Tribunais

A assistência jurídica integral e gratuita, como vimos de dizer, inserida no receptáculo sacrossanto da Lei Maior, constitui-se num mecanismo cívico com o intuito de distribuir as primícias democráticas ao seu destinatário, cumprindo a finalidade política da democracia. O Estado "democrático", indiferentemente, fez e faz pouco caso da norma constitucional, e simplesmente não a implementou. De um só tacada nega a supremacia constitucional e reafirma seu caráter antidemocrático, ainda que diante de uma ordem jurídica que o tem como "democrático". É justo esclarecer que aqui e acolá, nos centros mais populosos e onde os mecanismos democráticos são mais ativos, posto que mais utilizados, e os fachos da imprensa alcançam com nitidez, foi criado um arremedo polifêmico de defensoria pública. Em regiões mais afastadas e ignoradas, a defesa do "cidadão" é feita com baraço e cutelo, quando não, recorre-se aos subsistemas jurídicos (apadrinhamento, "os favores da lei aos amigos", etc) que retiram a indenidade do sistema jurídico.

Além de tudo isso, há uma política nos tribunais que reduz o alcance da "assistência jurídica integral e gratuita", a começar pela própria designação: na Constituição, como se ver, "assistência jurídica", nos tribunais "assistência judiciária"; o primeiro enfoque é declaradamente mais amplo e abrangente que o segundo, pois induz a assistência gratuita e integral a todos os escaninhos do Estado, e não somente ao Judiciário, que não monopoliza a aplicação do Direito.

A jurisprudência é formadora de conceitos jurídicos e como detentora dessa atribuição precisa cercar-se de cuidados para não reduzir o alcance conceitual de institutos jurídicos, principalmente daqueles indispensáveis à vida democrática do país. E os conceitos jurídicos não são abstrações da mente lúcida ou não de qualquer operador jurídico; não saem simplesmente da cabeça dos juízes ou doutrinadores, assim como Minerva nasceu da cabeça de Júpiter, já adulta e sábia. Sempre será a lei, ou no caso, a Constituição Federal que dará o referencial básico para a formação do conceito ou da terminologia científico-jurídica. O que não pode ser encontrado no conteúdo de normas jurídicas positivas não pode fazer parte

de um conceito jurídico, dizia Kelsen.

Os tribunais antes de porfiarem, como lhes compete, pela implementação da norma constitucional, paradoxalmente tentam reduzir o alcance prático da prescrição constitucional, esvaziando-lhe o conteúdo e corringindo a cincada ou cochilo do legislador constituinte em dá tamanho presente ao povo. ¿Imagine conferir tal arma que pode ser utilizada contra o próprio Estado e por outro lado fortalecer o espírito democrático? É uma sandice sem igual, tratemos de corrigí-la! Mais uma vez a inteligência funcional do Estado em ação.

A investigação de paternidade e o exame de DNA (único meio ao alcance da ciência capaz de conferir certeza plena) são emblemáticos e servem para retratar a política conservadora de nossos tribunais. Tentam os tribunais retirar a fórceps o adjetivo integral, relativizando a gratuidade. Entendem que a "assistência judiciária gratuita compreende isenção de honorários do perito, mas não das despesas que se fizerem necessárias com a perícia". Outros ainda entendem que o Estado não deve suportar os ônus da perícia de DNA de beneficiário da justiça gratuita por falta de "previsão orçamentária". Tudo isso não passa de leréia e sem o mínimo de fundamento jurídico; o verdadeiro fundamento é a Constituição Federal, simplesmente. Esquecem os tribunais brasileiros do princípio de hermenêutica constitucional que manda atribuir a uma norma fundamental o sentido que maior eficácia lhe dê. Também é de se considerar que os direitos assegurados pela justiça (enquanto valor) não estão sujeitos à "negociação política ou ao cálculo de interesses sociais". Em vez de ficar preocupado com a operacionalização da assistência jurídica gratuita e integral, encargo do Estado e de seu corpo técnico, deveria o Judiciário preocupar-se em fazer cumprir a Constituição, em toda sua extensão normativa e política. E neste sentido, deve o Estado contar com serviço especializado ou verba própria para atender a determinados exames, a exemplo do DNA.

A preservação de valores fundamentais do cidadão, e a assistência jurídica integral e gratuita assim se posta, é um bem primário muito mais importante que vantagens econômicas ou sociais. Renda ou riqueza não substituem o auto-respeito (o auto-respeito é um sentimento do próprio valor e do valor das próprias aspirações, objetivos e planos), onde germina a justiça social. Na ausência de impulsos benevolentes fortes e duráveis, argumenta John Rawls, um homem racional não aceitaria uma estrutura básica simplesmente porque ela maximizaria a soma algébrica de vantagens, independentemente dos efeitos permanentes que pudesse ter sobre seus interesses e direitos básicos. E mais adiante continua: numa sociedade justa as liberdades básicas são tomadas como pressupostos e os direitos assegurados pela justiça não estão sujeitos à negociação política ou ao cálculo dos interesses sociais[4]. O desenvolvimento do auto-respeito como um todo requer uma crença aceita por todos de que cada pessoa tem os mesmos direitos básicos. Ademais é necessário que as instituições reforcem as atitudes positivas, maximizando e distribuindo igualmente certos direitos e liberdades.

Falar em direitos básicos ou fundamentais dentro de um sistema formal onde pessoas morrem de fome, parece um gesto vazio e coloca o expositor numa posição incômoda, principalmente quando não tem ou não pode indicar os meios imediatos de satisfazê-la ou ao menos de amenizá-la. Os recursos sociais devem ser dispostos de forma a estabelecer condições mais favoráveis, através das quais os cidadãos comuns possam efetivamente exercer os direitos e liberdades da cidadania. Isso, todavia, não pode ser fator para retardar ou impedir que mecanismos formais extremamente educativos sejam implementados. Aqui calha a distinção entre

4. *Uma Teoria da Justiça*, Ed. Martins Fontes, 2000, p. 16 e 30.

a justiça formal e distributiva (ou social). Muitas vezes a justiça formal requer que o governo siga políticas de bem-estar social e econômico como um meio para assegurar a própria justiça formal, como a nossa assistência jurídica gratuita aos carentes ou a educação pública. Assim a justiça social indiretamente entra na seara da justiça formal, favorecendo-a.

Um fator político, quer me parecer, é o principal entrave à estruturação física da assistência jurídica integral e gratuita no Brasil. A classe política de nosso país, que cultiva a habilidade e a esperteza, está mais interessada em manter necessitados que agradecidos. Em sua ótica ladina eles sabem que o vulgo é esquecediço e, portanto, é melhor mantê-lo em necessidade, dependente, do que satisfazê-lo. Quem está satisfeito dá as costas à fonte. De certa forma é o que dizia Francis Bacon, de que na política, como no amor, deve-se dar sempre mas nunca dar tudo. A gratidão alimenta-se com a expectativa. E esta expectativa e passividade da espera por um direito líquido e certo, diria quase natural, denota o grau de insensibilidade à injustiça que caracteriza o nosso povo, o que me faz relembrar as palavras de Pierre Bourdieu (Le pouvoir symbolique, p. 232) de que "a sensibilidade à injustiça ou a capacidade de perceber uma experiência como injusta não está uniformemente espalhada e que depende estreitamente da posição ocupada no espaço social".

O nosso povo recebe alguns benefícios (favores), de vez em quando, numa arrevesada justiça social e com isso nunca discute seus direitos. Resigna-se, assim, a uma situação despudoradamente injusta, como se fosse um mal inevitável enviado por Deus.

IV- Conclusão

A assistência jurídica é integral e gratuita e como tal se estende a todos os escaninhos do Estado e não somente ao Judiciário na solução de litígios. Nada se pode opor à gratuidade da assistência jurídica reduzindo o alcance da norma constitucional conferidora de instrumento cívico incomum. Implantada nestes moldes a assistência jurídica eliminaria um dos obstáculos ao exercício pleno da cidadania no Brasil: a ignorância da maioria de nosso povo em relação aos seus direitos e a forma de garanti-los e defendê-los.

TESE 03

O MINISTÉRIO PÚBLICO E A EFETIVIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Paulo Roberto Barbosa Ramos*
Promotor de Justiça - MA

Ao mesmo tempo em que a Constituição de 1988 estabelece como seus objetivos inarredáveis a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a erradicação da pobreza e da marginalização; 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 e a garantia do desenvolvimento nacional impõe ao Ministério Público, instituição permanente, essencial a função jurisdicional do Estado, a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Esses dois dispositivos não estão inseridos na Constituição apenas como peças ornamentais, da mesma forma que não estão desvinculados um do outro. A Constituição é um todo interligado, não sendo possível dela extrair qualquer sentido sem que se tenha em consideração a finalidade que deseja alcançar através de toda a sua arquitetura.

Não pode deixar de ser do conhecimento de todo cidadão que a finalidade da Constituição é assegurar os direitos fundamentais. Deve-se entender por direitos fundamentais os direitos mais elementares, necessários à garantia da dignidade da pessoa humana. Entretanto, é preciso que se perceba que os direitos fundamentais não são direitos naturais, mas sim direitos históricos. Assumem a perspectiva de fundamentais à medida que a sociedade passa a valorar determinados bens considerados imprescindíveis para que o ser humano se sinta parte da sociedade em que vive, de maneira que hoje não parece mais ser possível considerar-se direitos fundamentais apenas aqueles considerados essenciais quando do surgimento do ideário constitucional, em França do final do século XVIII.

Hoje são direitos fundamentais não apenas a liberdade de locomoção, a liberdade de expressão, a liberdade de pensamento, a liberdade contratual, os direitos políticos, como também os direitos à alimentação, à moradia, ao transporte, ao lazer, ao trabalho, à educação, à saúde, à cultura (comumente inseridos na rubrica dos direitos econômicos, sociais e culturais) e ainda os direitos típicos de uma sociedade de massa, como o direito à informação verdadeira e de interesse público, o direito à paz, o direito à democracia e o direito ao desenvolvimento.

* Doutorando em Direito pela PUC - SP

Durante muitas décadas acreditou-se que a defesa dos direitos individuais dos cidadãos, os chamados direitos de primeira geração ou primeira dimensão, estaria assegurada com a omissão do Estado ou com a previsão de instrumentos voltados a impedir a invasão indevida do Estado na esfera da vida privada das pessoas. Hoje, todavia, tal concepção parece insuficiente para a garantia desses direitos. Tenha-se como impossível a garantia do direito de ir e vir, especialmente às pessoas pobres ou portadoras de limitações físicas, sem que o Estado disponibilize transportes dentro de valores acessíveis e devidamente adaptados. Da mesma forma hoje não estará garantido o direito à liberdade de pensamento sem que esteja assegurado a todos os cidadãos o acesso à educação formal de qualidade, assim também não estará assegurado aos cidadãos o direito de participar conscientemente das decisões políticas na sociedade se não tiverem acesso a informações verdadeiras e de interesse público.

O espaço adequado para que todos esses direitos sejam garantidos é justamente aquele traçado pela Constituição de 1988, quando se refere aos seus objetivos fundamentais, que poderiam ser resumidos em dois valores norteadores: desenvolvimento e democracia.

A garantia do desenvolvimento nacional é condição sem a qual nem mesmo os direitos de primeira geração, considerados tradicionalmente direitos que independem de ação positiva do Estado, serão usufruídos. O desenvolvimento é pressuposto da liberdade. Sem que a sociedade produza riquezas suficientes e faça essa distribuição de forma justa entre os cidadãos que a compõem, dentro dos parâmetros traçados pela própria Constituição, que não somente reconhece o primado do trabalho, como também da livre iniciativa, não será possível garantir a todos os brasileiros nem mesmo aqueles direitos primeiramente conquistados pelos homens no final século XVIII. A percepção desse fato deve impulsionar o Ministério público a cumprir o seu papel de guardião da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Nenhum governante, sob a desculpa de legitimidade eleitoral, sensivelmente viciada no Brasil por conta do analfabetismo que grassa entre a sua população, deveria poder colocar em prática programas de governo incompatíveis com os objetivos previstos pela Constituição de 1988. O que se tem visto, entretanto, é justamente o contrário. Amparado no princípio da discricionariedade, na legitimidade eleitoral e na arrogância, os governos federal e estaduais levam às últimas conseqüências programas que não privilegiam o desenvolvimento nacional. O que se tem visto é a radicalização de um projeto de administração completamente incompatível com a Constituição, sem que o Ministério Público se movimento no sentido de abortá-lo por flagrantemente inconstitucional, à medida que fere um dos objetivos da República Federativa do Brasil, que é garantir o desenvolvimento nacional, como forma de erradicar a pobreza e marginalização, promovendo o bem de todos.

Por conta desse projeto de governo que caminha no sentido contrário ao do estabelecido pela Constituição de 1988, os direitos fundamentais dos brasileiros são feridos, ensejando, dessa forma, o ajuizamento de ações civis públicas voltadas a implementação de políticas públicas necessárias a assegurar o desenvolvimento nacional.

Por outro lado, à medida que o governo brasileiro implementa políticas recessivas, desestimula os cidadãos a participarem com independência do processo de lutas políticas, inviabilizando, dessa forma, a própria democracia, pela qual o Ministério Público deve zelar.

Conclui-se então que as políticas públicas são instrumentos imprescindíveis para que os objetivos traçados pela Constituição de 1988 sejam efetivamente cumpridos, cabendo ao Ministério Público utilizar os instrumentos jurídicos dos quais dispõe para vê-las implementadas,

garantindo, como isso, o desenvolvimento e a democracia, pressupostos de uma sociedade livre, justa e solidária.

punição do crime de genocídio como uma questão de interesse internacional.

- Convenções de Genebra sobre a Proteção das Vítimas de Conflitos Bélicos, de 1949: proteção da população civil, vítima de conflitos bélicos.
- Convenção Européia dos Direitos Humanos, de 1950: direitos individuais clássicos (protetores da pessoa humana contra os abusos e interferências estatais na vida privada), aprofundando a proteção da liberdade e da segurança pessoal.
- Pactos Internacionais de Direitos Humanos, de 1966: desenvolveram o conteúdo da Declaração Universal de 1948. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Ratificados e promulgados pelo Brasil: Decreto Legislativo 226/91 e Decreto 592/92.
- Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969 (Pacto de San José de Costa Rica): protege a pessoa humana garantindo-lhe o direito à vida, à integridade pessoal, à liberdade, à indenização, à liberdade de consciência e religião, de pensamento e de expressão, de reunião etc. O Brasil aderiu à Convenção por Ato de 25 de dezembro de 1992, sendo promulgada pelo Decreto 678/92.
- Convenção Relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, de 1972: primeiro documento normativo internacional que declara a existência de um 'direito da humanidade', tendo por objeto, por conseguinte, bens que pertencem a todo gênero humano e não podem ser apropriados por ninguém em particular.
- Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Direitos dos Povos, de 1981: declara que os povos são também titulares de direitos humanos, tanto no plano interno como na esfera internacional.
- Convenção sobre o Direito do Mar, de 1982: volta a afirmar a existência de direitos fundamentais da humanidade, especificamente sobre os mares e oceanos.
- Convenção sobre a Diversidade Biológica, de 1992: assinada no Rio de Janeiro, regula o direito da humanidade à preservação do equilíbrio ecológico do planeta.

Assim, nesse início do século XXI, buscando limitar o Poder do Estado na defesa da dignidade da pessoa humana, evoluindo do reconhecimento de direitos individuais que limitam o Poder do Estado, para direitos do indivíduo que o Estado deve assegurar, chegamos à elaboração da pessoa humana como sujeito de direito internacional.

Isto é, nesse início de milênio, sem embargo da soberania da nação, desenvolvem-se mecanismos internacionais de limitação de Poder, na proteção da dignidade da pessoa humana.

III. MINISTÉRIO PÚBLICO DESVINCULADO DOS PODERES DO ESTADO

Paralelamente ao desenvolvimento dos direitos humanos, verificou-se o fortalecimento do Poder do Estado contemporâneo em relação ao indivíduo, redundando em que o cidadão permanecesse vulnerável. De nada adiantariam, nesse contexto, as convenções internacionais e os dispositivos legais internos de garantia de direitos, caso as organizações se mantivessem incapazes de torná-los realidade.

TESE 04

DIREITOS HUMANOS E MINISTÉRIO PÚBLICO

Edison Miguel da Silva Jr
Procurador de Justiça - GO
Ivana Farina
Promotora de Justiça - GO

I. SÍNTESE DA TESE

O Ministério Público tem o dever institucional de promover a proteção dos direitos humanos, pois essa missão social é ínsita à estrutura conferida pela Constituição Federal de 1988 à Instituição, qualificada como permanente e desvinculada dos Poderes do Estado. Por isso, dentre as prioridades institucionais, deve figurar a atuação em busca de punição dos responsáveis por práticas criminosas como a tortura, estabelecendo-se mecanismos de aplicação efetiva da Lei 9.455/97, sem fazer concessões à falsa idéia de que o importante é afastar o delinqüente das ruas.

II. VISÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS

O tema "direitos humanos" relaciona-se à busca de mecanismos de limitação do Poder, presente desde a Antigüidade da história da civilização ocidental cristã até os nossos dias.

Nesse processo histórico, marcado por avanços e recuos, a partir do século XVIII, as idéias de liberdade, dignidade e igualdade dos seres humanos são transformadas em "direitos", ou seja, regras sociais de cumprimento obrigatório.

Esses direitos recebem a sua denominação atual com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que reconhece, em âmbito internacional, os valores supremos da igualdade, da liberdade e da fraternidade entre os seres humanos.

Com essa declaração, sob o impacto dos horrores da 2ª Guerra Mundial (1939-1945), os países, reunidos na ONU, reconhecem que a paz no mundo somente será possível se houver em cada país e nas suas relações internacionais o respeito aos direitos humanos.

Dessa forma, seguindo um plano de efetivação das garantias individuais, várias convenções internacionais são celebradas e incorporadas à ordem normativa interna dos países, tais como:

-Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, de 1948: define a

punição do crime de genocídio como uma questão de interesse internacional.

- Convenções de Genebra sobre a Proteção das Vítimas de Conflitos Bélicos, de 1949: proteção da população civil, vítima de conflitos bélicos.
- Convenção Européia dos Direitos Humanos, de 1950: direitos individuais clássicos (protetores da pessoa humana contra os abusos e interferências estatais na vida privada), aprofundando a proteção da liberdade e da segurança pessoal.
- Pactos Internacionais de Direitos Humanos, de 1966: desenvolveram o conteúdo da Declaração Universal de 1948. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Ratificados e promulgados pelo Brasil: Decreto Legislativo 226/91 e Decreto 592/92.
- Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969 (Pacto de San José de Costa Rica): protege a pessoa humana garantindo-lhe o direito à vida, à integridade pessoal, à liberdade, à indenização, à liberdade de consciência e religião, de pensamento e de expressão, de reunião etc. O Brasil aderiu à Convenção por Ato de 25 de dezembro de 1992, sendo promulgada pelo Decreto 678/92.
- Convenção Relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, de 1972: primeiro documento normativo internacional que declara a existência de um 'direito da humanidade', tendo por objeto, por conseguinte, bens que pertencem a todo gênero humano e não podem ser apropriados por ninguém em particular.
- Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Direitos dos Povos, de 1981: declara que os povos são também titulares de direitos humanos, tanto no plano interno como na esfera internacional.
- Convenção sobre o Direito do Mar, de 1982: volta a afirmar a existência de direitos fundamentais da humanidade, especificamente sobre os mares e oceanos.
- Convenção sobre a Diversidade Biológica, de 1992: assinada no Rio de Janeiro, regula o direito da humanidade à preservação do equilíbrio ecológico do planeta.

Assim, nesse início do século XXI, buscando limitar o Poder do Estado na defesa da dignidade da pessoa humana, evoluindo do reconhecimento de direitos individuais que limitam o Poder do Estado, para direitos do indivíduo que o Estado deve assegurar, chegamos à elaboração da pessoa humana como sujeito de direito internacional.

Isto é, nesse início de milênio, sem embargo da soberania da nação, desenvolvem-se mecanismos internacionais de limitação de Poder, na proteção da dignidade da pessoa humana.

III. MINISTÉRIO PÚBLICO DESVINCULADO DOS PODERES DO ESTADO

Paralelamente ao desenvolvimento dos direitos humanos, verificou-se o fortalecimento do Poder do Estado contemporâneo em relação ao indivíduo, redundando em que o cidadão permanecesse vulnerável. De nada adiantariam, nesse contexto, as convenções internacionais e os dispositivos legais internos de garantia de direitos, caso as organizações se mantivessem incapazes de torná-los realidade.

Assim, no bojo de um movimento democrático, surgiu no Brasil, na nossa Carta Magna de 1988, uma instituição permanente, desvinculada dos três Poderes do Estado e limitada apenas pela lei, com a missão de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais, isto é, com a missão de proteger os direitos humanos, em cada caso concreto da sua atribuição.

Portanto, cabe ao Ministério Público tomar a dianteira na promoção dos direitos humanos no Brasil. Tanto daqueles de primeira geração (direito à vida, à integridade física e mental, à liberdade, à privacidade etc.), bem como os de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), até os de terceira (direito do consumidor, direito à qualidade de vida, de um meio ambiente sadio etc). Dessa maneira, a Instituição estará a defender o Estado Democrático de Direito destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias" (Preâmbulo da Constituição Federal de 1988).

Nesse desiderato, a atividade ministerial tem se destacado na defesa dos direitos coletivos e difusos, tornando-se a Instituição de maior credibilidade na opinião publicada. Contudo, o mesmo desempenho não se tem visto quanto aos direitos humanos de primeira geração, particularmente em relação à defesa da integridade física do indivíduo face ao poder punitivo do Estado.

Além da crise dos estabelecimentos penais, nos quais mais de 200 mil pessoas são depositadas em condições que ofende a mais elementar noção de dignidade, obscurece o trabalho dos promotores e procuradores os dados sobre a tortura no Brasil.

Apenas para lembrar:

> 1) – "No Brasil, a prisão e a detenção ilegais, apesar de todas as restrições claramente definidas pela Constituição de 1988, continuam de todo banalizadas em seu emprego contra a maioria da população trabalhadora, pobre e não branca. As regras apenas são seguidas em proveito dos que detêm alguma parcela de poder ou de riqueza, em geral brancos – mas mesmo em relação a esses contingentes abusos são comuns. Em razão da forma indiscriminada com que a detenção e a prisão são realizadas em nosso país, há um desrespeito deliberado e continuado, apesar da democracia, dos preceitos constitucionais e dos direitos internacionais de direitos humanos, válidos para a lei interna" (PINHEIRO, Paulo Sérgio in DIMENSTEIN, Gilberto. Democracia em pedaços: direitos humanos no Brasil, São Paulo: Companhia das Letras, 2000).

> 2) – ONU FAZ DURAS CRÍTICAS À PERSECUÇÃO PENAL NO BRASIL
>
> "Depois de 23 dias no país, relator especial da ONU, Nigel Rodley, afirma que a maioria das delegacias brasileiras tem como principal método de investigação o abuso de poder.

"A viagem pela delegacias e penitenciárias brasileiras pode surpreender até mesmo um experiente colecionador de casos de tortura no mundo. Depois de percorrer seis estados, incluindo o Distrito Federal, o relator especial das Nações Unidas (ONU), o inglês Nigel Rodley, admitiu que o sistema carcerário brasileiro é pior do que ele esperava. Durante 23 dias de andanças, ele encontrou por aqui um problema que não havia identificado em nenhum outro país: a longa permanência de presos nas delegacias, mesmo depois de encerradas as investigações, por falta de vagas nos presídios.

"As delegacias brasileiras, de uma forma geral, foram reprovadas por Rodley. 'Na maioria dos locais que visitei, o principal método de investigação é o abuso de poder. As condições em algumas delegacias são sub-humanas', afirmou ele, atribuindo a situação ao comportamento violento e corrupto de agentes. 'É prática comum a polícia forjar flagrantes e obrigar detidos a assinar confissões de culpa.' Há, para Rodley, porém, uma forma de evitar a confissão de culpa: o dinheiro. 'Ser culpado ou inocente faz parte de um comércio, de um trabalho de extorsão." (Correio Brasiliense – 13/09/00).

3) – "Dante Alighieri, em sua magistral Divina Comédia, faz constar, à entrada de seu inferno imaginário, um aviso segundo o qual, a partir dali, toda esperança deve ser deixada do lado de fora. O mesmo aviso precisa ser afixado à entrada dos presídios brasileiros – grandes, pequenos ou médios, do interior ou das grandes metrópoles.

"A diferença, em relação ao inferno de Dante, é que este existiu apenas na incomparável imaginação do poeta, servindo-lhe de poderosa metáfora para traduzir os estados abjetos da condição humana, enquanto o outro, o inferno dos presídios brasileiros, é real, espantosamente real. Não é uma metáfora: é um escárnio à condição humana" (CASTRO, Reginaldo Oscar. O colapso do sistema carcerário. Correio Brasiliense, Brasília, 22/09/00).

E agora, no dia 11.04.01, a Folha de São Paulo, com reportagem de página inteira, escrita por Lisandra Paraguassú, sob o título "DESCASO COM A LEI ESTIMULA TORTURA, DIZ A ONU", informa que:

- "Relatório preparado pela ONU (Organização das Nações Unidas) após visita a estabelecimentos do sistema prisional brasileiro aponta que o país ignora a Lei da Tortura, aprovada há quatro anos, e não cumpre a legislação penal.

- "O documento constata que surras, pau-de-arara e outras formas de violência se transformaram em instrumentos comuns para obter informações e confissões de presos ou de acusados.

- "Seu conteúdo será apresentado oficialmente hoje à tarde durante reunião do órgão em Genebra, na Suíça.

- "Após visitar cinco Estados – São Paulo, Rio de Janeiro, Pernambuco, Pará e Minas Gerais – a convite do governo brasileiro, Rodley classificou de 'apavorante' e 'indescritível assalto aos sentidos' a situação nos presídios e delegacias.

- "Para ele, a falta de treinameno dos policiais e o excesso de poder dos delegados nas investigações também estão entre os problemas. 'Uma cultura de brutalidade e, frequentemente, de corrupção é generalizada', escreve o relator.

- "Casos – Rodley anexou ao documento uma lista com 349 histórias de pessoas que se dizem vítimas de tortura por parte de policiais civis. Em alguns casos, nada foi feito. Em outros foram abertos inquéritos, mas o relator cobra do governo brasileiro os resultados.

- "O Ministério da Justiça pretende utilizar o relatório da ONU para cobrar dos Estados investigações das denúncias (leia o texto na pág. C3).

- "No final do documento, Rodley chega a fazer recomendações. O Ministério da Justiça informou que está fazendo um levantamento das providências tomadas pelos Estados. As informações serão repassadas à ONU.

- "Pontos Positivos – O relator fez um elogio ao país: 'Existem muitos aspectos positivos na legislação brasileira'. Mas completou: 'Só que eles são largamente ignorados'.

- "Seriam três os pontos positivos. Entre eles estão a legislação, considerada moderna e adequada, e o presídio Nelson Hungria, em Minas Gerais, avaliado como relativamente moderno.

- "O projeto Delegacias Legais (RJ) –que pretende funcionar mais como posto de serviços que prisão- também foi tido como uma boa iniciativa, mas ainda com alguns problemas.

- "Objetivo – A convite do governo brasileiro, Rodley esteve no Brasil para verificar a ocorrência de tortura no sistema de segurança do país, mas também resolveu avaliar a situação do encarceramento por considerar que as condições das prisões representavam uma forma de tortura, semelhante às surras a que os presos são submetidos.

- "A pior situação entre os locais visitados, segundo o relator, estava no 2º Distrito Policial de São Paulo. 'Acredito que os detentos esperando para ser julgados nessas condições subumanas só podem aparecer em frente ao juiz como perigosos', escreveu.

- "No dia da visita, mais de 200 presos estavam

amontoados quase sem roupas em um corredor de 40 metros por 1,5 metro. Os buracos que serviam de banheiros estavam todos entupidos e o cheiro, segundo Rodley, era insuportável.

- "No 2º DP de São Paulo, assim como em todos os outros lugares visitados pelo relator, as queixas e tortura e surras são comuns.

- "Os depoimentos relatados por Rodley foram considerados consistentes – alguns presos tinham marcas das surras e os ferros e paus usados foram encontrados.

- "O relator da ONU concluiu que, apesar de os governos federal e estaduais adotarem um discurso em favor do cumprimento da lei e de respeito aos direitos humanos, a prática é diferente. 'A assessoria jurídica gratuita, obrigatória por lei, é ilusória para 85% dos presos que precisam dela.'

- "Segundo Rodley, a maior parte dos juízes prefere enquadrar os crimes como lesões corporais ou abuso de autoridade, não como tortura.

- "Até o final do ano passado, apenas uma pessoa havia sido condenada por tortura no Brasil.

- "Lei de Tortura completa 4 anos

- "(...) Um levantamento feito pelo Conselho Nacional de Procuradores Gerais de Justiça, apresentado no ano passado em Brasília, mostrou que os métodos de tortura usados continuam sendo os mesmos do regime militar: pau-de-arara, queimadura, choque elétrico, afogamento e asfixia estão entre os que mais aparecem nos processos.

- "O levantamento mostra que 80% dos réus em 240 processos são policiais civis e militares.

- "Muitos juízes ainda classificam crimes que poderiam ser considerados tortura como lesões corporais, abuso de autoridade (praticado por policiais) ou mesmo constrangimento ilegal."

IV. ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NESSA REALIDADE

Registra Hélio Bicudo: "Ultimamente, renova-se o conhecimento de atos dessa natureza – mortes e torturas – sem que uma cabal satisfação se dê à opinião pública, mediante o processo e a punição de quantos se deixaram seduzir pelas facilidades que a arbitrariedade propicia, não se contendo nos limites que configuram a ação policial legítima. (...) Muitas pessoas já foram mortas, outras estropiadas e grande número delas torturadas, sem que qualquer procedimento sério tenha sido adotado, para que semelhantes ofensas aos direitos fundamentais da pessoa humana possam ter paradeiro" (Direitos humanos e sua proteção. São Paulo: FTD, 1997, p.92).

Como é possível essa transgressão ao mais elementares direitos humanos?! O respeito à liberdade e dignidade da pessoa humana, bem como a proibição da tortura, foram conquistas do iluminismo e, no entanto, no início do século XXI, esses direitos ainda são desrespeitados com tamanha tolerância no Brasil!

Os instrumentos legais para a garantia da liberdade e dignidade do cidadão face ao poder do Estado já existem. Colocá-los em prática é dever constitucional do Ministério Público, incumbindo-lhe a defesa do Estado Democrático de Direito e especialmente, no contexto em análise, promover a aplicação efetiva da Lei 9.455/97 (Lei de Tortura).

Caso contrário, como responder ao grito de J.M.E., 31 anos, preso no Rio de Janeiro, anotado no Relatório da II Caravana Nacional de Direitos Humanos (set. 2000): "Já me tiraram a comida e o sol, já levei chute e bofetada. Abriram as pernas da minha mulher, arrancaram a roupa da minha mãe. Não tem mais o que tirar de mim, só ódio."

V - BIBLIOGRAFIA

- BICUDO, Hélio. Direitos humanos e sua proteção. São Paulo: FTD, 1997.
- COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 1999.
- DIMENSTEIN, Gilberto. Democracia em pedaços: direitos humanos no Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.
- STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. A convenção americana sobre direitos humanos e sua integração ao processo penal brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- DIALOGANDO SOBRE DIREITOS HUMANOS. São Paulo, Fundação Procurador Pedro Jorge de Melo e Silva, IEDC – Instituto de Estudos Direito e Cidadania, 1999.

TESE 05

OS DIREITOS HUMANOS E A INCLUSÃO DO IDOSO

Daisy Maria de Andrade Costa Pereira
Promotora de Justiça - PE

"Com os idosos está a sabedoria, e na abundância de dias o entendimento." (Jó. 12:12).

A idéia de elaboração desse trabalho, surgiu à partir da importância que venho sentindo acerca da discussão e reflexão do tema. Também surgiu como interesse despertado com a recente participação no "Curso de Atualização em Direitos Humanos e Direitos do Cidadão", promovido pela PUC Minas em parceria com o British Council e a Development Planing Unit da University College London.

Assim, com o ardente desejo de aprofundar o assunto, me propus a estudar um pouco a matéria na tentativa de realizar uma abordagem sintética e objetiva sobre o que representa hoje, no nosso país, a pessoa do idoso. Sabendo que o idoso é pessoa e como tal, sujeito de direitos e obrigações, como promover a inclusão do mesmo nas discussões sobre os Direitos Humanos?

É bem verdade que o nosso Ordenamento Jurídico Brasileiro dispõe de Lei inovadora acerca da Proteção do Idoso, lei que surgiu como resposta aos anseios da sociedade. Sociedade esta que, apesar de "desorganizada" do ponto de vista sócio-político, consegue se unir em torno de um objetivo e deslocar o foco de suas ações para um viés de interesse momentâneo desembocando assim em conquistas isoladas. Isto porque temos uma tendência a nos comportarmos de forma "atomizada" e só nos aglutinamos quando os nossos interesses estão em pauta direta.

[1] As estatísticas continuam apontando o envelhecimento da população brasileira. A expectativa de vida do brasileiro, ao nascer, passou para 68,4 anos no ano de 1999, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). A elevação da estimativa de vida no País mostra um rápido envelhecimento da população. A quantidade de brasileiros com mais de 60 anos já eqüivalia a 8% da população total contra 4% na década de 40. Esse perfil está longe do que se vê em países europeus, aonde o grupo de mais de 60 anos chega a 20% da população, segundo relatório da Organização das Nações Unidas (ONU). A previsão par o Brasil é que essa relação chegue a 12% em 2020.

1. Fonte: IBGE

O mesmo estudo também mostrou que a taxa de fecundidade continua caindo. O número de filhos por mulher, que em 1950 era de 6,2, na última contagem, 1999 foi computado em 2,3.

Eis aí o novo perfil da nossa sociedade, razão pela qual precisamos despertar e nos organizarmos politicamente, como sociedade civil, na tentativa de cumprir a missão humanística em busca de mundo melhor para todos e onde os Direitos Humanos sejam uma realidade na prática.

I - INTRODUÇÃO

"Necessário é que a vida tenha seu termo e que, chegada a maturidade, como os frutos e as outras produções da terra ela amadureça e se destaque da árvore, por assim dizer". *Cícero*

Para falar sobre a Inclusão do Idoso e os Direitos Humanos, é prudente fazermos uma pequena digressão acerca da discussão dos Direitos Humanos ao longo da história pontuando-a a partir de cada paradigma formador da Teoria Constitucional e como a sua discussão internacional representa papel relevante na introdução dos Direitos Humanos no regulamento interno de cada Estado.

É sabido que a internacionalização dos Direitos Humanos serve de parâmetro para que os Estados Nacionais constitucionalizem esses direitos. Na verdade, partindo da Declaração Universal dos Direitos do Homem que, embora não possua um caráter de obrigatoriedade, traz consigo um efeito pedagógico bastante acentuado para os Estados, uma vez que ela representa a vontade internacional.

Percebe-se que o grande avanço conseguido pelo sistema internacional de proteção aos Direitos Humanos está relacionado com a inclusão das proteções nos Sistemas Constitucionais internos. Estes sim se constituem numa efetiva proteção para as comunidades locais.

Ao longo da formação da Teoria Constitucional, como demarcação histórica dessa formação, iremos encontrar a figura de alguns paradigmas constitucionais.

É inegável que entre os séculos XV e XVII inúmeras transformações ocorridas na Europa desembocaram em grandes revoluções nas áreas da comunicação, da política, da tecnologia, etc. A partir daí surge a estruturação de uma nova sociedade, a qual abandonou as características do sistema medieval de viver e adotou posturas mais flexíveis.

Surge aí o chamado "Estado Moderno" que deflagrará um arcabouço de alterações constitucionais. É o fenômeno do pensamento constitucional cuja interligação com o movimento "constitucionalista" será historicamente identificado como o "**Estado de Direito**" traduzindo-se assim como o primeiro paradigma constitucional.

O Professor Nelson Saldanha em seu livro *Formação da Teoria Constitucional,* descreve:

> [2] ***"Temos então o Estado de Direito como aquele em que o limite e o fundamento da ação estatal se encontram na ordem jurídica e essencialmente na base desta, a constituição".***

Posteriormente, e aí já após a 1ª Guerra, começam a ocorrer mudanças surgindo assim uma nova sociedade, a qual nasceu à partir de movimentos e idéias contrárias ao acúmulo concentrado de capitais, à exploração do homem pelo próprio homem. Emerge assim um novo paradigma, o paradigma do "**Estado Social**", que surgiu como o tradutor dos anseios sociais e intérprete dos direitos meramente formais e já existentes.

Instalado o paradigma do Estado Social ou do Bem Estar Social, percebe-se a importância da participação da sociedade em busca de uma maior interação entre o direito e a justiça. Rende-se às evidências o crescimento de movimentos buscando uma maior organização da sociedade civil, desembocando assim o novo paradigma que hoje vivenciamos, o paradigma do "**Estado de Direito Democrático**".

À partir de então, a história constitucional segundo alguns doutrinadores, começa a narrar e apontar para a existência dos direitos fundamentais destacando-os em gerações.

No final do século XVII podemos descrever que se constituiu a chamada 1ª Geração dos Direitos Fundamentais: "as liberdades públicas". Logo depois da 1ª Guerra surge uma 2ª Geração: "os direitos sociais". Fala-se atualmente numa 3ª Geração, ainda se construindo, que seriam os "direitos de solidariedade".

Na verdade a doutrina dos Direitos do Homem já estava presente no século XVII, no entanto só a partir do século seguinte se tornou ponto relevante nas discussões e reformas institucionais.

De forma sucinta, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em sua obra "*Direitos Humanos Fundamentais*", descreve o tema da seguinte forma:

> [3] ***".. . a doutrina dos direitos fundamentais revelou uma grande capacidade de incorporar desafios. Sua primeira geração enfrentou o problema do arbítrio governamental, com as liberdades públicas, a segunda, o dos extremos desníveis sociais, com os direitos econômicos e sociais, a terceira, hoje, luta contra a deterioração da qualidade de vida humana e outras mazelas, com os direitos de solidariedade".***

O que podemos perceber é que a efetivação dos direitos fundamentais vem passando por inovações e rompendo paradigmas ao longo da história constitucional. A sua aplicação vem se confirmando a cada passo, não obstante a complexidade do processo de crescimento.

É, portanto, saudável não perder de vista a necessidade de resgatar valores morais, éticos, espirituais, sociais a fim de fortalecer a efetiva aplicação de direitos fundamentais frente ao Neoliberalismo avassalador do nosso século.

Inegavelmente a questão do Idoso, no Direito Brasileiro, há que ser amplamente discutida e tratada de forma mais eficaz. Não poderemos nos limitar aos reconhecimentos primários de

2. SALDANHA, Nelson, "Formação da Teoria Constitucional", Editora Renovar, 2000, p. 20
3. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, "Direitos Humanos Fundamentais", Editora Saraiva, 1998, p. 15

direitos de preferências em filas, não obrigatoriedade de votar, gratuidade no transporte coletivo, prioridade de atendimento, e agora, mais recentemente, a prioridade de tramitação processual através da Lei 10.173 de 09/01/2001.

A inclusão do Idoso na discussão dos Direitos Humanos deve ser feita principalmente por se tratar de um direito de existência, e ainda porque, as estatísticas revelam um aumento na população que faz desaparecer a imagem de país jovem se contrapondo a imagem de país de idosos.

O caminho percorrido pela sociedade na tentativa de um ordenamento jurídico mais justo, de leis mais equânimes acabou por despertar em todo cidadão a necessidade de buscar mais e lutar mais por uma sociedade em que o ser humano seja protegido como o maior bem que a humanidade possui e, sendo valorizado em toda a sua plenitude sem nos esquecermos que o homem é a obra mais perfeita da criação.

II - DESENVOLVIMENTO

"Envelheçamos rindo! Envelheçamos como as árvores fortes envelhecem". Olavo Bilac

Para falarmos em Direitos Humanos, diretamente associados aos Direitos do Cidadão, do Indivíduo, podemos começar com a Bíblia e, mais precisamente no seu primeiro livro, o livro de Gênesis. Quando o homem foi criado, recebeu a **VIDA**, a **PROPRIEDADE**, a **CONVIVÊNCIA SOCIAL** e a **LIBERDADE**.

VIDA: *"E criou Deus o homem à sua imagem e semelhança . . . macho e fêmea o criou".* (Gênesis 1:27).

PROPRIEDADE: *"E tomou o Senhor Deus o homem, e o pôs no jardim do Éden para o lavrar e o guardar".* (Gênesis 2:15).

CONVIVÊNCIA SOCIAL: *"E disse o Senhor Deus: Não é bom que o homem esteja só; far-lhe-ei uma adjutora ..."* (Gênesis 2:18).

LIBERDADE: *"E ambos estavam nus, o homem e a sua mulher, e não se envergonhavam.".*(Gênesis 2:25).

Observamos que desde a criação do mundo havia uma preocupação com o homem e suas necessidades básicas.

Seguindo os mesmos caminhos, a história registra como 1ª declaração de direitos fundamentais da figura humana a Magna Carta de 1215 na Inglaterra, assinada pelo Rei João (chamado de João Sem Terra), também conhecida como *"Grande Carta da Liberdade Inglesa"*, tornando-se definitiva somente em 1225 através do Rei Henrique III, reconhecido como tal pelo Papa de então. Garantia aquela carta, dentre outras coisas, o seguinte:

> "A Igreja da Inglaterra seja livre e goze de todos os seus direitos e liberdades, não serão tomadas propriedades imóveis para pagamento de dívidas, uma vez que os bens móveis apresentados ao credor bastem para liquidar a dívida; um homem livre não poderá ser punido por um pequeno delito, senão proporcionalmente a esse delito. Não poderá sê-lo por um grande delito, senão proporcionalmente à gravidade desse delito; nenhum homem será detido, nem encarcerado, nem desapossado de seus bens, nem colocado fora da lei (outlaw), nem exilado, nem molestado, senão em virtude de um julgamento legal, por seus pares, e segundo a lei do país."

Posteriormente surge também na Inglaterra, o Habeas Corpus Act (1679) e o Bill of Rights (1688), documentos que continuam enfatizando de forma evolutiva a defesa da liberdade, propriedade privada, segurança, resistência contra abusos da coroa (Estado) e liberdade de consciência e de religião.

A partir de então só assistimos evolução histórica de proteção e garantia de direitos do homem. Nos Estados Unidos com a Constituição de 1787. Em 1789 com a *"Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão"*, proclamada na França. Em 1919 com a Constituição de Weimar, Alemanha.

É sabido que a internacionalização dos Direitos Humanos serve de parâmetro para que os Estados Nacionais constitucionalizem esses direitos. Na verdade, partiremos da Declaração Universal dos Direitos do Homem que, apesar de não possuir um caráter de obrigatoriedade, traz consigo um efeito pedagógico para os Estados, uma vez que ela representa a vontade internacional, e como tal sinala a trajetória a ser seguida por cada Nação.

Percebe-se que o grande avanço conseguido pelo sistema internacional de proteção aos Direitos Humanos está relacionado com a inclusão das proteções nos Sistemas Constitucionais internos. Estes sim se constituem numa efetiva proteção para as comunidades locais.

A tradição constitucional brasileira revela que todas as suas Constituições sem exceção, enunciavam Declarações de Direitos. Senão vejamos:

CONSTITUIÇÃO DE 1891:

TÍTULO IV

Dos Cidadãos Brasileiros

SEÇÃO II

Declarações de Direitos

Art. 72 – A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

.....

§ 2º. Todos são iguais perante a lei. A República não admite privilégios de nascimento, desconhece foros de nobreza e extingue as ordens honoríferas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho.

CONSTITUIÇÃO DE 1934:

TÍTULO III

Da Declaração de Direitos

CAPÍTULO II

Dos Direitos e das Garantias Individuais

Art. 113 – A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

1) Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas.

CONSTITUIÇÃO DE 1937:

DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS

Art. 122 – A Constituição assegura a brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 1º. Todos são iguais perante a lei.

CONSTITUIÇÃO DE 1946:

TÍTULO IV

Da Declarações de Direitos

CAPÍTULO II

Dos Direitos e das Garantias Individuais

Art. 141 – A Constituição assegura a brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 1º. Todos são iguais perante a lei.

CONSTITUIÇÃO DE 1967:

TÍTULO II

Da Declaração de Direitos

CAPÍTULO IV

Dos Direitos e Garantias Individuais

Art. 150 – A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 1º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção, de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. O preconceito de raça será punido pela lei.

EMENDA CONSTITUCIONAL DE 1969:

TÍTULO II

Da Declaração de Direitos

CAPÍTULO IV

Dos Direitos e Garantias Individuais

Art. 153 – A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 1º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. Será punido pela lei o preconceito de raça.

Com essa pequena "viagem", e peregrinando pelos textos constitucionais anteriores à Constituição de 88, pudemos perceber a evolução dos Direitos Humanos com a inclusão desses no sistema interno de proteção.

Promulgada a Constituição de 1988, o grande destaque e inovação que se percebe no seu texto, e que traduz uma maior preocupação com os Direitos Humanos, é o fato de enumerar os Direitos e Garantias Fundamentais já no Título II, antecipando-os à própria estruturação do Estado. Reconheceu o legislador constituinte originário a importância desses direitos.

A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, denominada de "Constituição

Cidadã", a sociedade brasileira vem testemunhando mudanças bem marcantes nos seus direitos. Indiscutivelmente constatamos uma luta maior para assegurar o cumprimento do texto constitucional, garantindo a eficácia dos direitos nela assegurados. É bem verdade que ainda estamos muito longe de uma efetiva justiça social onde exista uma isonomia de valores e onde todos, indistintamente, tenham direito à vida, à saúde, à educação, à habitação, à assistência médica, social e jurídica. Enfim, onde ***"... todos sejam iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza..."***, como dispõe o art. 5º "*caput*" da CF.

Pensar desta forma pode até parecer utópico, mas, antes de qualquer coisa é dever de todo o cidadão lutar para defender o cumprimento da Constituição. Nós cidadãos de hoje somos responsáveis pelas garantias e preservação dos direitos das gerações futuras. Da mesma maneira que hoje desfrutamos de conquistas efetivadas em gerações passadas.

No que se refere a proteção especificamente da Pessoa do Idoso é uma garantia que só surgiu com a nova Constituição de 1988.

Não obstante a recomendação da Assembléia Geral da ONU, na Resolução 37/51 de 03 de dezembro de 1982, que propôs aos Governos que introduzissem, o quanto antes possível, os princípios das Nações Unidas em favor das Pessoas de Idade. (Esses princípios se encontram no final deste trabalho). Somente 12 anos depois surge a Lei Nº 8.842/94.

Vale transcrever a citação de Flávio da Silva Fernandes acerca do reconhecimento desses direitos do idoso.

> [4] ***"O reconhecimento dos direitos dos cidadãos quando envelhecem é um fato recente. A urgência desses direitos é conseqüência de três fatores primordiais: as transformações sociais, a expansão demográfica e a consideração de que a saúde dos indivíduos é afetada no curso dos anos. Os direitos devem representar uma compensação pelas perdas e limitações porque passam as pessoas ao envelhecer, em particular nos aspectos físicos e psicológicos."***

No que diz respeito à Pessoa Idosa, o mesmo autor ainda acrescenta:

> [5] ***"Seja qual for a ótica em que se discuta ou escreva acerca do envelhecimento e da velhice, é preciso entender que têm de ser respeitados os direitos intangíveis, quer dizer, aspectos inatacáveis e até intocáveis. Situações que dizem respeito a quatro pontos especiais: Tratamento Eqüitativo; Direito à Igualdade; Direito à Autonomia e Direito à Dignidade."***

4. FERNANDES, Flávio da Silva, *"As pessoas Idosas na Legislação Brasileira – Direito e Gerontologia"*, Editora LTR, 1997, pag. 17;
5. FERNANDES, Flávio da Silva, *"As pessoas Idosas na Legislação Brasileira – Direito e Gerontologia"*, Editora LTR, 1997, pags. 22 e 23;

GARANTIAS CONSTITUCIONAIS:

Para se falar em Direitos Humanos, há que se pensar que o mesmo deve ser reconhecido à pessoa dentro de um ambiente de comunhão e solidariedade. E é essa comunhão, essa solidariedade que identificamos na CF de 1988, no Capítulo que trata Da Família, Da Criança, Do Adolescente e **Do Idoso.** Dizem os arts. 229 e 230 da CF/88:

> ***"Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade." (grifos nossos).***

> ***"A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida." (grifos nossos).***

O reconhecimento da necessidade de inclusão do Idoso na discussão dos Direitos Humanos tem que ser absoluto, sob pena de afetarem a própria personalidade humana.

Essa interpretação abrangente nos aponta com clareza a profundidade dos Direitos Humanos e a sua amplitude.

A pessoa humana é, sem dúvida, o bem mais valorado e que carece de maior proteção. Recaséns Siches apresenta uma feliz definição sobre a vida humana:

> [6] ***"A vida humana, que é o objeto do direito assegurado no art. 5º, caput, integra-se de elementos materiais (físico e psíquicos) e imateriais (espirituais). A vida é intimidade conosco mesmo, saber-se e dar-se conta de si mesmo, um assistir a si mesmo e um tomar posição de si mesmo. Por isso é que ela constitui a fonte primária de todos os outros bens jurídicos. De nada adiantaria a Constituição assegurar outros direitos fundamentais, como a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem-estar, se não erigisse a vida humana num desses direitos. No conteúdo de seu conceito se envolvem o direito à dignidade da pessoa humana, o direito à privacidade, o direito à integridade físico-corporal, o direito à integridade moral e, especialmente, o direito à existência."***

A Constituição de 88, em seu art. 5º (caput) diz: **"Todos são iguais perante à 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**

6. SICHES, Recaséns, Vida Humana, sociedad y derecho, Cit. na obra de Flávio da Silva Fernandes, já referida;

propriedade". (grifos nossos).

O princípio da igualdade ventilado pelo legislador constituinte sinala, de forma clara, a Proteção à Pessoa do Idoso.

O Constitucionalista José Afonso da Silva assim se refere sobre a Tutela Constitucional dos Idosos:

> [7] ***"Os Idosos não foram esquecidos pelo constituinte. Ao contrário, vários dispositivos mencionam a velhice como objeto de direitos específicos, como do direito previdenciário (art. 201, I), do direito assistencial (art. 203, I), mas há dois dispositivos que merecem referência especial, porque o objeto de consideração é a pessoa em sua terceira idade."***
>
> ***"Assim é que o art. 230 estatui que a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida, de preferência mediante programas executados no recesso do lar, garantindo-se, ainda, o benefício de um salário mínimo mensal ao idoso que comprove não possuir meios de prover a própria manutenção ou tê-la provida por família, conforme dispuser a lei (art. 203, V), e, aos maiores de sessenta e cinco anos, independente de condição social, é garantida a gratuidade dos transportes urbanos."***

DIREITOS SOCIAIS DO IDOSO:

Para tratar sobre esse tema, iremos fazer uma peregrinação sobre o que fala a Constituição Federal. O legislador constituinte inicia a Constituição Federal apresentando os seus Princípios Fundamentais e assim discorre no art. 1º:

> ***Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:***
>
> ***II – a cidadania;***
>
> ***III – a dignidade da pessoa humana:***
>
> ***IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.***

A República Federativa do Brasil tem como um dos objetivos fundamentais, ***"promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação."*** (art. 3º, IV).

---

7. SILVA, José Afonso da, "*Curso de Direito Constitucional Positivo*", 12ª edição, Malheiros Editores, pag. 775 e 776;

O art. 6º da Constituição Federal assim estabelece:

> ***Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.***

¨ **DIREITO À EDUCAÇÃO:** arts. 205, 206 e seu inciso I e 208 incisos I e III da Constituição Federal. Não obstante a previsão constitucional acerca do direito à educação, ainda é alarmante o número de analfabetismo que toma conta do nosso país em todas as camadas da população.

> ***Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu***
>
> ***preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.***
>
> ***Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:***
>
> ***I – igualdade de condições para o acesso e permanência na escola.***
>
> ***Art. 208 O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:***
>
> ***I – ensino fundamental obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria;***
>
> ***III – atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;***

¨ **DIREITO À SAÚDE:** art. 196 e 227 e seu § 1º e inc. II e § 2º da Constituição Federal. Tanto o Idoso como o Portador de Deficiência necessitam de uma maior atenção à sua saúde. Ora porque se encontram em situação de maior fragilidade ora por que suas enfermidades necessitam de um acompanhamento diferenciado. A verdade é que qualquer que seja o comportamento do Estado contrário e na contra-mão do comando constitucional, representa grave violação à direitos sociais.

> ***Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção e recuperação.***
>
> ***Art. 227. 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, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 1º. O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de entidades não governamentais e obedecendo os seguintes preceitos:

II – criação de programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos.

§ 2º. A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

¨ **DIREITO AO TRABALHO:** no que diz respeito ao idoso, atualmente acompanhamos uma discriminação precoce no mercado de trabalho. Normalmente nos deparamos com ofertas de emprego em que já estabelecem a idade de 40 (quarenta anos) como limite máximo para o ingresso em determinada função. Ora tal preconceito é no mínimo incoerente com a realidade apontada pelo IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, em suas contagens populacionais ao longo das últimas décadas. É notório o envelhecimento populacional e a longevidade. Enfim, o perfil de país jovem que caracterizava o Brasil não é mais a nossa realidade.

Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XXX – proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

XXXI – proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência.

¨ **DIREITO AO LAZER:** arts. 215 e 217 com seu § 3º da Constituição Federal. O lazer é uma atividade que deve fazer parte do cotidiano de todo cidadão, devendo este dispor de áreas e ambientes saudáveis para o exercício deste direito.

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais

Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um,...

§ 3º O Poder Público incentivará o lazer, como forma de promoção social.

" **DIREITO À SEGURANÇA:** É evidente o clima de insegurança que toma conta da nossa sociedade. As pessoas estão assustadas e angustiadas com o crescimento da violência, fator externo que acarreta desconforto ao cidadão e gera muita ansiedade. O art. 144 da Constituição Federal, disciplina a matéria e aponta a segurança como dever do Estado e direito do cidadão.

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

" **DIREITO À PREVIDÊNCIA E À ASSISTÊNCIA:** art. 203 e seus incisos I, IV e V, 229, 230 § 2º e 244 da Constituição Federal. Acompanhado as reformas porque vem passando o nosso sistema previdenciário, percebemos muitas violações a direitos já anteriormente adquiridos. Essa prática além de ilegal e inconstitucional provoca muita insegurança em todos os cidadãos.

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

I – a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

IV – a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

V – a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Art. 230 § 2º. Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.

Art. 244. A lei disporá sobre a adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo atualmente existentes a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência, conforme o disposto no art. 227, § 2º.

" **DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR:** art. 226 e 230 com seu § 1º da Constituição Federal e art. 222. Existe uma luta para se manter ao máximo a convivência das pessoas no seio da família. A realização de programas para garantir o exercício de tais direitos é algo que deve permear as ações dos poderes constituídos.

> ***Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.***
>
> ***Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.***
>
> ***§ 1º Os programas de amparo aos idosos, a partir de serão executados preferencialmente em seus lares.***

III – CONCLUSÕES

> *"E o efeito da justiça será paz, e a operação da justiça repouso e segurança, para sempre".(Isaías 32:17).*

· É dever de todo cidadão fiscalizar a implementação da Política de Proteção à Pessoa Idosa como exercício pleno da cidadania;

· É dever do Ministério Público e de toda sociedade fiscalizar e denunciar qualquer tipo de violação aos direitos dos Idosos;

· É urgente a necessidade de uma mobilização em defesa da Pessoa do idoso no sentido de tornar conhecida e aplicada a Lei Nº 8.842/94;

· Os operadores do Direito não podem fechar os olhos para a defesa urgente dos Direitos inerente à Pessoa do Idoso, pois só assim estarão atentos para as mudanças sócio-culturais porque passam a humanidade.

· Considerando o crescente e avançado aumento da população idosa no Brasil, é fundamental acompanharmos de perto o desenvolvimento das Políticas Públicas em atenção a essa faixa etária.

BIBLIOGRAFIA

· CASTRO, Reginaldo Oliveira de, (Organizador), *"Direitos Humanos – Conquistas e Desafios"*, Editora Letraviva, Brasília 1999.

· FERNANDES, Flávio da Silva, *"As Pessoas Idosas na Legislação Brasileira – Direito e Gerontologia"*, Editora LTR, SP 1997.

· FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *"Direitos Humanos Fundamentais"*, Editora Saraiva, 1998.

· GOMES, Orlando, *"Introdução do Dieito Civil"*, Editora Forense.

· MARTINEZ, Wladimir Novaes, *"Direito dos Idosos"*, Editora LTR, SP 1997.

· PINHEIRO, Carla, *"Direito Internacional e Direitos Fundamentais"*, Editora Atlas, SP 2001.

· SILVA, José Afonso da, *"Curso de Direito Constitucional Positivo"*, Malheiro Editores, SP 1996.

· VILHENA, Oscar Vieira, (Organizador), *"Direitos Humanos – Normativa Internacional"*, Editora Max Limonad, SP 2001.

LEGISLAÇÃO CONSULTADA

· Constituições da República Federativa do Brasil.

· Código Civil Brasileiro.

· Lei Nº 8.842, de 04 de Janeiro de 1994 – Dispõe sobre a política nacional do idoso, cria o Conselho Nacional do Idoso e dá outras providências.

ANEXO

"O justo florescerá como a palmeira; crescerá como cedro no Líbano. Na velhice ainda darão frutos: serão viçosos e florescentes." (Salmos 92:12 e 14).

PRINCÍPIOS DAS NAÇÕES UNIDAS EM FAVOR DAS PESSOAS DE IDADE

Para dar mais vida aos anos que são acrescentados à vida

A ASSEMBLÉIA GERAL DA ONU:

Reconhecendo a contribuição das pessoas idosas às suas sociedades,

Reconhecendo que na Carta da ONU os países membros das Nações Unidas expressam, entre outras coisas, a determinação de reafirmar sua fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e valor da pessoa humana, e na igualdade de direitos de homens e mulheres, das nações maiores e menores e de promover o progresso social e elevar o nível de vida dentro de um conceito mais amplo de liberdade,

Registrando a inclusão dos direitos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no Acordo Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, e de outras declarações com o objetivo de garantir a aplicação de normas universais a grupos determinados,

Em cumprimento do Plano de Ação Internacional sobre o Envelhecimento, aprovado pela Assembléia Mundial do Envelhecimento e convertido em documento seu pela Assembléia Geral na Resolução 37/51 de 3 de dezembro de 1982,

Reconhecendo a enorme diversidade das situações das pessoas de idade, não só entre os diferentes países, como também dentro de cada país e entre as pessoas mesmo, problema que necessita respostas políticas diferenciadas,

Consciente de que em todos os países é cada vez maior o número de pessoas que alcançam uma idade avançada e em melhor estado de saúde do que vinha acontecendo até agora,

Consciente de que a ciência já esclareceu a falsidade de muitos estereótipos sobre a inevitável e irreversível decadência que envolve a idade,

Convencida de que há procedimentos que permitam às pessoas de idade que desejam e podem proporcionar maior participação e contribuição às atividades de sua sociedade,

Consciente de que as pressões que pesam sobre a família tanto nos países em desenvolvimento como nos desenvolvidos, é indispensável oferecer apoio àqueles que se ocupam do atendimento das pessoas idosas que requerem cuidados,

Tendo presentes as normas fixadas no Plano de Ação Internacional sobre o Envelhecimento e os convênios, recomendações e resoluções da OIT – Organização Internacional do Trabalho, da OMS – Organização Mundial da Saúde e de outras entidades das Nações Unidas,

Propõe aos governos que introduzam o quanto antes possível os seguintes princípios em seus programas nacionais:

INDEPENDÊNCIA

1. As pessoas de idade devem ter acesso à alimentação, água, moradia, vestimenta e atenção à saúde adequados, através de recursos (renda), apoio de suas famílias e da comunidade e sua própria auto-suficiência.

2. As pessoas de idade devem ter a possibilidade de trabalhar ou ter acesso a outras oportunidades de obter renda.

3. As pessoas de idade devem participar do momento, e em que medida deixarão de trabalhar (aposentar-se).

4. As pessoas de idade devem ter acesso a programas educativos e de formação adequados às suas condições.

5. As pessoas de idade devem ter a possibilidade de viver em ambiente seguro e adaptado às suas preferências pessoais e suas capacidades em contínuas transformações.

6. As pessoas de idade devem poder residir em seu próprio domicílio, tanto quanto lhes seja possível.

PARTICIPAÇÃO

7. As pessoas de idade devem permanecer integradas à sociedade, participando ativamente na formulação e aplicação das políticas que afetam diretamente seu bem-estar, e compartilhar seus conhecimentos e habilidades com as gerações mais novas.

8. As pessoas de idade devem buscar e aproveitar oportunidades de prestar serviços à comunidade e trabalhar como voluntários em setores apropriados a seus interesses e capacitação.

9. As pessoas de idade devem poder formar movimentos ou associações de idosos.

CUIDADOS

10. As pessoas de idade devem poder desfrutar dos cuidados e da proteção da família e da comunidade, de acordo com o sistema de valores culturais de cada sociedade.

11. As pessoas de idade devem ter acesso aos serviços de atenções à saúde que as ajudem a manter ou recuperar um bom nível de bem-estar físico, mental e emocional, assim como prevenir ou retardar o aparecimento de qualquer enfermidade.

12. As pessoas de idade devem poder usar os serviços sociais e jurídicos que lhes assegurem maiores níveis de autonomia, proteção e cuidados.

13. As pessoas de idade devem ter acesso a meios apropriados de atenção institucional, capazes de lhes proporcionar proteção, reabilitação e estímulo social e mental, num ambiente humano e seguro.

14. As pessoas de idade devem desfrutar de seus direitos humanos e das liberdades fundamentais quando residirem em lares ou instituições (asilos) onde lhes ofereçam cuidados ou tratamento, com pleno respeito à sua dignidade, crenças, necessidades e intimidades, assim como ao seu direito de adotar decisões sobre atenções que lhes proporcionem e sobre a qualidade de vida no local.

AUTO-REALIZAÇÃO

15. As pessoas de idade devem poder aproveitar as oportunidades para desenvolver plenamente seu potencial.

16. As pessoas de idade devem ter acesso aos recursos educativos, culturais, espirituais e recreativos da sociedade.

DIGNIDADE

17. As pessoas de idade devem poder viver com dignidade e segurança, e ver-se livres de exploração e maus tratos físicos e mentais.

18. As pessoas de idade devem receber um tratamento digno, independentemente da idade, sexo, raça ou origem étnica, dependência/incapacidade e outras condições, e serem valorizadas sem que isto dependa de sua contribuição (ou capacidade) econômica.

TESE 06

A IMPORTÂNCIA DA PROMULGAÇÃO DE UM ESTATUTO DO IDOSO

Judith Pinheiro Silveira Borba
Promotora de Justiça - PE

JUSTIFICATIVA

Após a década de 80, o Brasil começou a perder o conceito de país jovem, devido ao aumento da expectativa de vida e à diminuição dos índices de natalidade e mortalidade infantil.

O segmento populacional que deu ao país aquela antiga roupagem , envelheceu, e hoje tende a se deparar com uma legislação desatualizada face esta nova situação, pois que voltadas para uma nação que não está acostumada com a velhice.

Estima-se que depois do ano de 2020 o Brasil terá a 6ª maior população idosa do mundo, o que corresponderá a 32 milhões de pessoas com mais de 60 anos.

Esses dados expressam uma necessidade urgente da implementação de ações que garantam uma atenção especial às pessoas idosas, as quais comporão uma significativa parcela da população.

A crítica situação do idoso no Brasil, deve-se fundamentalmente à precariedade das políticas sociais que preparem a população para a terceira idade , o desconhecimento pela sociedade de uma forma geral das necessidades vivenciadas, a inexistência de uma norma específica que consolide os direitos das pessoas com mais de sessenta anos e falta de perspectiva pela população idosa, restando aos mais velhos a marginalização, o descaso,o abandono e a degradação.

Também o número de pessoas idosas contempladas com apoio ou beneficência é muito pequeno, e mesmo os que têm acesso recebem benefícios exíguos e o idoso fica à mercê de programas de assistência e de benemerência, sendo relegado à condição de maior abandonado.

Porém a legislação sobre a matéria é esparsa e pouco precisa. Um exemplo é que não se tem uma idade precisa para ser considerada uma pessoa idosa: no Código Penal e na legislação eleitoral é a partir dos 70 anos. Para a Política Nacional do Idoso é a partir dos 60 anos.

Estabelece a Constituição Federal, em seu art. 230, que família, a sociedade e o Poder Público têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua dignidade, bem estar e participação na comunidade.

A Lei nº8842/94, que dispõe sobre a Política Nacional do Idoso, não se contrapõe à promulgação de um Estatuto do Idoso, pois aquela apresenta a nível do poder público diretrizes de atuação e quais os Ministérios tem atribuição para implementação da política nacional do idoso.

Tal lei só apresenta um caráter cogente quando no parágrafo único do seu art. 4º proíbe a permanência de portadores de doenças, que necessitam de assistência médica ou de enfermagem permanente, nas instituições asilares de caráter social, o que a torna quase que uma mera carta de intenções, sem qualquer caráter coercitivo e permitindo que seja vergonhosamente descumprida, como está acontecendo.

Já a Lei Orgânica da Assistência Social, entre outros assuntos trata do benefício de prestação continuada e das entidades assistenciais, a Lei 10.048, de oito de novembro de 2000, prevê a prioridade de atendimento em serviços e a Lei nº 10.173, de 09 de janeiro de 2001, trata da tramitação prioritária dos procedimentos judiciais em que uma das partes seja idoso.

Desta forma, se faz necessária a existência de uma lei específica, que trate de forma sistemática e abrangente os direitos de tal parcela da população, pois em tal diploma legal se terá a proteção integral à velhice, havendo normas que possibilitarão a sua eficácia, atribuindo meios ao Ministério Público para efetivamente atuar em defesa das pessoas com mais de sessenta anos.

O Estatuto do Idoso funcionaria como uma carta de direitos e nele seriam previstos, entre outros assuntos, além dos direitos fundamentais, as que dizem respeito ao atendimento prioritário em serviços públicos, fiscalização da entidades que atendem a tal parcela da população, aos Conselhos Nacional, Estadual e Municipal dos Direitos do Idoso, previsão de crimes e sanções administrativas (e como deverão ser apurados).

Como acontece com a Lei nº 7853/89 (que trata sobre a defesa dos direitos das pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, a criação da Coordenadoria Nacional para Integração do P.P.D) igualmente deveria haver no diploma legal referente ao indivíduo idoso a previsão de atribuições ao Ministério Público, inclusive quanto a necessidade de atuação como " custos legis" quando a ação tratar de questões referentes a idade avançada e da obrigatoriedade da fiscalização pelo promotor de justiça das entidades que abriguem ou tenham como residentes as pessoas idosas.

Nesse contexto, o Ministério Público, enquanto instituição, deve zelar pelo fiel cumprimento das leis que asseguram o exercício da cidadania do segmento populacional representado pelos idosos, propondo inquéritos e ações civis públicas e fiscalizando as entidades de abrigo (ou similares) e as entidades sociais, velando para estas cumpram efetivamente o seu papel.

COMENTÁRIO AO PROJETO DE LEI APRESENTADO PELO DEPUTADO FEDERAL FERNANDO CORUJA

Estão em tramitação no Congresso Nacional três projetos de lei sobre o Estatuto do Idoso, sendo um de autoria do Deputado Federal Fernando Coruja.

Caso este seja promulgado, será uma vitória para a população com mais de sessenta anos e apresenta avanços, tais como:

· Apresenta um título especifico trazendo os direitos fundamentais;

· O Ministério Público é incumbido de fiscalizar e garantir o cumprimento da Lei;

· Tipifica ou agrava alguns crimes específicos, tendo por base a idade da vítima;

· Preocupa-se com questões da saúde do idoso;

· Possibilita deduções do imposto de renda, tendo em vista doações feitas ao Fundo dos Direitos do Idoso;

· a previsão do dever recíproco de alimentar entre irmãos;

· acarretará multa de um por cento ao dia sobre o total a pagar o não pagamento de benefício previdenciário ou remuneração no dia programado (seja de iniciativa pública ou privada), sendo incorporado no montante a ser recebido pelo idoso.

Constata-se, não obstante, que em tal Projeto tomou por base o Estatuto da Criança e do Adolescente e nele há várias normas permitindo a gratuidade para o idoso , sem porém informar qual a sua fonte geradora (como, por exemplo, o direito ao desconto de 50% nas passagens aéreas, rodoviárias e ferroviárias para deslocamentos intermunicipais e interestaduais e nos ingressos de eventos culturais, artísticos, desportivos e similares).

Também há normas para tratamento preferencial do idoso:

· nos serviços público ou de relevância pública (inclusive não se submetendo a filas e, se tiver que aguardar deverá ser em local adequado – porém não é esclarecido o que significa esta última expressão);

· reserva específica de vagas em estacionamento (mesmo não tratando em que número, a partir de quantas vagas, da prevalência quanto as dos portadores de deficiência física e como será diferenciado o carro da pessoa com mais de sessenta anos);

· formulação e execução das políticas públicas;

· destinação de recursos públicos;

· compra ou obtenção de ingressos para eventos culturais, artísticos desportivos ou similares;

· acesso à justiça (quanto a tramitação dos processos, devendo constar na capa dos

autos tal observação).

Outrossim deveria ser tipificado como crime e/ou agravado de forma especial (tendo em vista a idade e a vulnerabilidade da vítima):

· a discriminação e a exploração da pessoa ,

· o tratamento violento, cruel ou opressivo que atente quanto aos seus direitos fundamentais (quando desnecessário e/ou desproporcional);

· a omissão de socorro, abandono de incapaz quando parente até o terceiro grau;

· a internação irregular em estabelecimento psiquiátrico ou de natureza asilar;

· a indevida custódia de idoso.

Outras críticas ao projeto seriam:

· Quando ao direito do idoso à educação, habitação, cultura, lazer, diversão e esportes trata de maneira programática e não auto- aplicável;

· Não são normatizados de forma pormenorizada o Conselho Tutelar de Defesa e o Fundo dos Direitos do Idoso;

· Esquece que ao juiz caberá julgar as ações/requerimentos propostos pela (s) parte (s), Conselhos e Ministério Público, , sendo perigoso, o tornando pouco isento, quando permite que ele próprio fiscalize as entidades e também apure, julgando a existência de irregularidades;

· Quanto aos impedimentos para servir nos Conselhos Tutelar e de Defesa dos Direitos do Idoso deveria constar a proibição de ser membro aquele que fosse judicialmente sentenciado ou comprovada inidoneidade moral;

· Constar de forma expressa que caberia ao Ministério Público velar pelo cumprimento integral da Lei;

· Revoga a Lei nº8842/94 (a Política Nacional do Idoso), que foi promulgada após luta do movimento e que não se contrapõe ao Estatuto);

· Não conter a possibilidade dos contribuintes em deduzir do imposto de renda devido o total das doações feitas "a entidades devidamente registradas e inscritas no Conselho Municipal de Defesa dos Direitos do Idoso.

CONCLUSÃO

A população brasileira está envelhecendo e por isto se faz necessário a implementação de ações que efetivamente garantam uma atenção especial a população com idade mais avançada.

Na esfera jurídica, é necessário a promulgação de um estatuto do idoso que permitirá uma melhor efetivação dos direitos da pessoas com mais de sessenta anos, servindo como instrumento de cidadania e onde deverão constar:

- os direitos fundamentais e tratamento preferencial da pessoa idosa;
- previsão de crimes e sanções administrativas;
- atuação do Ministério Público para a defesa dos direitos do idoso;
- regulamentação dos conselhos e fundos de direitos do idoso nas três esferas da Federação;

TESE 07

O MINISTÉRIO PÚBLICO E A GARANTIA DOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS

- Exegese do inciso II do art. 129 da Constituição Federal

Isaac Benchimol Ferreira*
Promotor de Justiça - GO

Ementa: ***O inciso II do artigo 129 da Constituição Federal é auto-aplicável, estando o Ministério Público legitimado para atuar em defesa de quaisquer dos direitos assegurados na Carta de 88 independemente de legislação infra-constitucional, bem como em defesa de qualquer interessado, mesmo individual, em virtude da nítida repercussão social das referidas garantias asseguradas.***

Como é do conhecimento geral, o legislador constituinte pátrio, no texto de 1988, outorgou ao Ministério Público uma gama de atribuições que sobrepujou substancialmente às existentes até então, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Ao definir os novos contornos à instituição, além de dar-lhe conceituação, delineou sua estrutura, enumerou suas tarefas e lhe conferiu capacidade para postular em juízo ou fora dele, a fim de garantir os direitos assegurados na Carta Federal em vários dispositivos. Para o desempenho de tão relevante missão e, sobretudo, para o bom desempenho de suas funções, desvincula-o de quaisquer dos poderes, evidenciando que trata-se de instituição-filha da soberania do Estado Brasileiro.

Especificamente no texto do inciso II, do art. 129, o constituinte da atual Carta Política Brasileira, determinou, verbis: *"II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública dos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;"*.

Conclui-se daí, sem qualquer esforço exegético, que o membro do Ministério Público está autorizado a patrocinar a defesa da pessoa em qualquer situação de desrespeito (postergação, violação ou ameaça de violação) aos seus direitos constitucionalmente garantidos. Exemplo claro é o direito à saúde, assegurado no art. 196, verbis: *"A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de*

doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação".

Este autorizo constitucional é, obviamente, a expressão da prerrogativa do Ministério Público de atuar, também, em substituição processual, não carecendo da edição de nenhuma norma infraconstitucional, uma vez que, como visto no texto transcrito, sua legitimidade é patente. Se necessário fosse, o Texto Maior teria trazido a expressão "de conformidade com a lei". Não é o caso. Desse modo, interpretação ou mesmo qualquer dispositivo legal que tente de alguma forma mitigar o alcance da norma constitucional é inadmissível. Se houver dispositivo anterior a 1988 está revogado (como acontece com o art. 81, do Código de Processo Civil)e, se posterior, é simplesmente redundante. Isto porque o legislador ordinário, o jurista, o hermeneuta do Direito não pode restringir nem estender a norma maior, vez que haverá sempre de se adequar a ela , bem assim aos demais dispositivos do ordenamento jurídico nacional, a partir, obviamente, do texto da Constituição, *a priori*.

Quando a Constituição dispõe que compete ao Ministério Público **"zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos"**, está impondo-lhe uma tarefa certa e dirigida à fiscalização do exercício desses poderes, por quem está na regência dos mesmos, o que vale entender que os seus membros, em qualquer célula federativa que estiver, têm a obrigação de agir administrativa e/ou judicialmente. Na mesma esteira, tem o *munus publicus* de agir quando os serviços de relevância pública forem desrespeitados, como, por exemplo, a saúde e a educação, os quais são assegurado explicitamente nos artigos 196 e 205, respectivamente.

Portanto, tendo enfatizado a obrigação de agir, instrumentalizou-lhe a expressão **"promovendo as medidas necessárias a sua garantia".** O termo usado foi "medidas", porque engloba atividade no âmbito administrativo e judicial - neste, também, em caráter *in limine*, cautelar preparativo ou incidental. Comporta aqui o significado desse termo:

"Medida - 1. Direito Processual. a) meio que visa a conservação de um direito, a prevenção de fatos e o cumprimento de lei. Medida Judicial - Direito Processual. Providência tomada pelo órgão judicante, mediante requerimento da parte ou por iniciativa sua, ex officio, em razão de seu poder jurisdicional e de polícia, desde que fundada em lei ou no interesse de justiça " (Diniz, Maria Helena, Dicionário Jurídico, v.3, p. 238 e 240. São Paulo: Saraiva, 1.998).

É cediço no mundo jurídico que, normalmente, quando se fala em **medida,** entende-se ação judicial, mormente as chamadas ações constitucionais, como *habeas corpus*, *habeas data*, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, mandado de segurança, dentre outras. A respeito, vale lembrar:

> "É função institucional do Ministério Público, de acordo com a Lei Complementar 75/93, art. 5º, I, **a medida jurídica, do regime democrático dos interesses sociais e dos interesses individuais indisponíveis, considerados, dentre outros, os seguintes fundamentos: ..."**[1]. Como instrumento de atuação para obter essas finalidades, a Lei Complementar n.75/93 prevê o uso do inquérito civil e da ação civil pública, ou outras ações, nelas incluído o mandado de injunção e a ação de responsabilidade (in, Regime Jurídico do Ministério Público, Hugo Nigro Mazzilli, São Paulo, 1996, Ed. Saraiva, p.226).

1. Grifo nosso

Cumpre esclarecer:

> "Direito indisponível - aquele que é insuscetível de ser objeto de atos de disposição por parte de seu titular. Por exemplo, o direito da personalidade, o referente ao estado capacidade da pessoa, etc". (Diniz, Maria Helena, Dicionário Jurídico, v.2. p. 166. São Paulo: Saraiva - 1998).

Neste *etcetera* inclui-se a saúde, mormente porque do Estado é o seu interesse assistir a pessoa humana, promovendo, protegendo e recuperando o seu bem estar físico e mental.

Já, serviço de relevância pública "é atividade pública que desempenha, em regra, gratuitamente, tarefa precípua do Estado (José Cretella Júnior, in Diniz, Maria Helena, obc.v.4, p.323).

E ainda:

> "Quanto à maneira como concorrem para satisfazer o interesse geral, os serviços públicos podem ser: uti singuli e uti universi. Serviços uti singuli são aqueles que têm por finalidade a satisfação individual e direta das necessidades dos cidadãos. Pelo conceito restrito de serviço público adotado por Celso Antônio Bandeira de Mello, só esta categoria constitui serviço público: prestação de utilidade ou comodidade fruível diretamente pela comunidade. Entram nesta categoria determinados serviços comerciais e industriais do Estado (energia elétrica, luz, gás, transportes) e de serviços sociais (ensino, saúde, assistência e previdência social)". (Di Pietro, Maria Sylvia Zanella, Direito Administrativo, 10ª ed. São Paulo, Atlas, 1998, p.90).

Verifica-se, pois, que a capacidade postulatória do parquet brasileiro é ampla e geral quando se trata de zelar pela efetiva realização dos direitos assegurados na Constituição, não podendo quedar diante do desrespeito comissivo ou omissivo, aos mesmos, sob pena de não cumprir sua função institucional. A propósito, se faz mister as citações:

> "1. Ademais, além de garantidor e fiscalizador da separação dos poderes, o legislador constituinte conferiu ao Ministério Público funções de resguardo ao status constitucional dos indivíduos, armando-o de garantias que possibilitassem o exercício daqueles e a defesa destes. Assim, não podemos nos esquecer que a proteção do status (Jellinek) constitucional do indivíduo, em suas diversas posições hoje, também é função do Ministério Público, que deve preservá-lo. 2. Essa atuação do Ministério Público visa adequar nosso ordenamento jurídico à tendência contemporânea de todo o Direito Constitucional universal, que é impedir de todas as formas possíveis, o desrespeito sistemático à normas Constitucionais, que conduz à erosão da própria consciência Constitucional. 3. Analisando estas importantes funções do Ministério Público, o Ministro Sepúlveda Pertence afirmou que o legislador constituinte concedeu uma **titularidade genérica**[2] para promover medidas necessárias à proteção, vigência e eficácia da Constituição" (Morais, Alexandre de, Direito Constitucional. 7ª ed., p. 479/480, São Paulo, Atlas, 2000).

2. Grifo nosso

Arrematando, cumpre lembrar a conclusão de Hugo Nigro: "Em suma, desde que haja alguma característica de indisponibilidade parcial ou absoluta de um interesse, ou desde que a defesa de qualquer interesse, disponível ou não, convenha à coletividade como um todo, será exigível a iniciativa ou a intervenção do Ministério Público junto ao Poder Judiciário".

Finalmente, é de se considerar que, muito embora o texto constitucional tenha designado o Ministério Público para o exercício, em regra, de ações públicas, em caso de lesões ou ameaça de lesão a interesses individuais não homogêneos, mas relacionadas a algum dos direitos assegurados na Carta da República está o agente ministerial autorizado a atuar em virtude da relevância social da matéria. Afinal, qualquer negativa de direito assegurado na Lei Maior tem especial relevância jurídica e constitui grave perigo para toda sociedade, justificando a adoção de medidas por parte do Ministério Público.

Esse entendimento está expresso na súmula nº. 7 do Conselho Superior do Ministério Público de São Paulo, *in verbis*:

> "O Ministério Público está legitimado à defesa de interesses individuais homogêneos que tenham expressão para a coletividade, como: *a)* os que digam respeito à saúde ou à segurança das pessoas, ou ao acesso das crianças e adolescentes à educação; *b)* aqueles em que haja extraordinária dispersão dos lesados; *c)* quando convenha à coletividade o zelo pelo funcionamento de um sistema econômico, social ou jurídico".

Deve-se, portanto, concluir quer o outrora tão propalado autorizo infraconstitucional para o Ministério Público agir, atuar ou promover medida está irremediavelmente extinto. Para cumprir sua obrigação funcional, basta que haja um direito assegurado na Constituição Federal desrespeitado. Atuará segundo a lei, *latu sensu*, dispensado o autorizo ordinário, posto que o autorizo constitucional apresenta-se *quantum satis*.

TESE 08

SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE E A PREVENÇÃO DO CÂNCER DE PELE

Adriana Maria de Vasconcelos Feijó
1ª Promotora de Justiça de Penedo - AL
Dalva Vanderlei Tenório
Promotora de Justiça de Pilar - AL

***Ementa**: Sistema Único de Saúde (SUS). Necessidade de implantação de ações, programas e serviços que visem reduzir os riscos de doenças, respaldado numa política preventiva de saúde. Respeito ao direito fundamental à saúde. Aplicação do princípio constitucional de acesso universal e igualitário. Garantia de distribuição gratuita de protetor solar aos usuários do SUS que exercem atividades ou residem em áreas de risco.*

"*No Brasil, hoje, a experiência de luta pela construção da cidadania se expressa como reivindicação de direitos e liberdades básicas e de instrumentos de organização, representação e participação nas estruturas econômico-social e política da sociedade*" – José Geraldo de Sousa Júnior (Um Direito Achado na Rua: O Direito de Morar - artigo publicado no Livro O Direito Achado na Rua).

I. EXPOSIÇÃO/JUSTIFICATIVA:

A preocupação com a saúde ganhou destaque com a Revolução Industrial, oportunidade em que o cenário mundial registrou uma alteração de comportamento relativamente à saúde. Hodiernamente, a promoção, a PREVENÇÃO, a preservação e a manutenção da saúde é uma inafastável preocupação num Estado Democrático de Direito, mas é irrefragável que a Revolução Industrial representou um marco na forma de se abordar o direito à saúde, com o acúmulo de pessoas nas cidades e a crescente preocupação do industrial com a manutenção de sua força de trabalho (manutenção da saúde dos operários).

Contudo, uma série de outros direitos estão relacionados com o direito à saúde, tais como alimentação, descanso, salário digno, combate às epidemias, lazer etc. Nesse contexto, o industrial compreendeu que investir sozinho em saúde seria muito dispendioso e inviável, tendo como desdobramento a intervenção direta do Estado e o reconhecimento do acesso à saúde como um direito fundamental.

Entretanto, para fins de elaboração do presente trabalho, cumpre-nos delimitarmos o campo de abordagem do multifário tema relativo ao direito à saúde, direito público subjetivo

exigível do Estado, o que nos leva a enfocarmos a necessidade de garantia de acesso amplo, universal e igualitário à saúde, numa visão preventiva que atenda a TODOS efetiva e concretamente.

Portanto, entendemos que assegurar aos usuários do Sistema Único de Saúde (SUS) - especialmente àquelas pessoas que vivem ou trabalham em áreas de risco -, a **distribuição gratuita de protetor solar, visando implantar ações preventivas no combate ao câncer de pele, revela-se uma forma de respeito ao direito fundamental à saúde**, cumprindo-se o texto constitucional que dispõe ser a saúde um "*direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à* ***redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação***" - grifamos (art. 196 da CR/88).

Importante transcrevermos, neste ponto, a definição do que seja PREVENÇÃO segundo as normas e recomendações internacionais sobre deficiência, *in verbis*: "*Por prevenção se entende a adoção de medidas com vista a impedir que se produza uma deterioração física, intelectual, psiquiátrica ou sensorial (prevenção primária) ou a impedir que essa deterioração cause uma deficiência ou limitação funcional puramente (prevenção secundária)*"[1].

Destarte, **as políticas públicas relativas à saúde devem estar voltadas à prevenção**, ao tratamento e também à recuperação da saúde de TODOS, sendo atribuição do Estado, com a participação da comunidade local, desenvolver políticas e programas de saúde pública capazes de atender às demandas sociais, respaldados na convicção de que **a prevenção é fundamental para reduzir a incidência das anomalias** e, ainda, de que a obrigação primeira de garantir o respeito aos direitos fundamentais do indivíduo é responsabilidade do Estado; *in casu*, estamos nos referindo a um direito básico do indivíduo, o direito à saúde, com a implantação e manutenção de serviços públicos que devem respeitar, dentre outros, os princípios constitucionais da legalidade, moralidade e especialmente eficiência, princípios esses que regem toda e qualquer atuação do administrador público (art. 37, *caput* da CR/88).

Impende frisarmos que as ações e serviços de saúde são de **relevância pública**, tendo como diretriz o ATENDIMENTO INTEGRAL, com prioridade para as atividades preventivas (art. 198, inc. II da CR/88).

II. DADOS ESTATÍSTICOS:

Os dados estatísticos existentes em nosso país, relativos às anomalias da pele que atingem mais significativamente os trabalhadores e moradores de áreas de risco (regiões do país cujo clima e condições de vida contribuem para uma maior incidência de anomalias da pele), não são desconhecidos dos gestores públicos da saúde, em que pese o descaso com a **implantação de uma política de saúde voltada para a informação e a prevenção dessas anomalias que acometem principalmente os trabalhadores rurais brasileiros, expostos diariamente ao clima que predomina em determinadas regiões brasileiras, bem como os moradores das multicitadas regiões.**

1. Edilson Alkmin Cunha (tradutor): *Normas e Recomendações Internacionais Sobre A Deficiência*. Brasília: Ministério da Justiça/Coordenadoria Nacional Para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 1996, p. 18.

De acordo com o INCA – Instituto Nacional do Câncer, deveremos registrar em 2001, 970 (novecentos e setenta) novos casos de anomalias da pele (não melanoma) na **Região NORTE**; 5.130 (cinco mil cento e trinta) na **Região NORDESTE**; 6.030 (seis mil e trinta) na **Região CENTRO-OESTE**; 30.500 (trinta mil e quinhentos) na **Região SUDESTE** e 11.830 (onze mil oito centos e trinta) na **Região SUL**.

Quanto ao melanoma da pele, a estimativa do INCA para 2001 revela-se em 55 (cinqüenta e cinco) novos casos na **Região NORTE**; 235 (duzentos e trinta e cinco) na **Região NORDESTE**; 200 (duzentos) na **Região CENTRO-OESTE**; 2.070 (dois mil e setenta) na **Região SUDESTE** e 370 (trezentos e setenta) na **Região SUL**.

A estimativa de óbitos por anomalias da pele (não melanoma) em 2001, conforme dados do INCA, deverá ser representada por 45 (quarenta e cinco) óbitos na **Região NORTE**; 180 (cento e oitenta) na **Região NORDESTE**; 55 (cinqüenta e cinco) na **Região CENTRO-OESTE**; 390 (trezentos e noventa) na **Região SUDESTE** e 160 (cento e sessenta) na **Região SUL**.

O melanoma de pele deverá ser responsável (ainda segundo dados do INCA) por 25 (vinte e cinco) óbitos na **Região NORTE**; 110 (cento e dez) na **Região NORDESTE**; 55 (cinqüenta e cinco) na **Região CENTRO-OESTE**; 530 (quinhentos e trinta) na **Região SUDESTE** e 330 (trezentos e trinta) na **Região SUL**.

III. NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO À SAÚDE:

O direito à saúde possui a natureza jurídica de **direito fundamental, social, difuso, transindividual**, resultante de mudanças estruturais no Estado e na sociedade após a Revolução Industrial (Séc. XIX), do qual são titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato, um verdadeiro universo de pessoas que muitas vezes corresponde às denominadas minorias sociais ou excluídos, classes sociais marginalizadas e desprovidas de acesso aos direitos sociais básicos, como é o caso do direito à saúde.

Trata-se, assim, de um direito fundamental de grande relevância social, sendo a saúde reconhecida pela OMS - Organização Mundial de Saúde, como o completo bem-estar físico, mental e social, ou ainda, transcrevendo-se o enunciado normativo contido no *caput* do art. 2º da Lei n.º 8.080, de 19.09.90, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências, "***A saúde é um direito fundamental do ser humano**, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu **pleno exercício***" – grifamos.

Demais disso, prossegue o supra-referido texto legal dispondo que "*O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem **acesso universal e igualitário às ações e aos serviços** para a sua promoção, proteção e recuperação*" – grifo nosso - (§ 1º do art. 2º).

Oportuno trazermos à colação as considerações de Julio Cesar de Sá da Rocha, ao afirmar com singular propriedade que "*As atividades desempenhadas pelo Sistema Único de Saúde devem atender aos ditames da preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral; do direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde; da igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie; da universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência; da*

integralidade de assistência, entendida como um conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema; da divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário; da utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática; da participação da comunidade; da descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo, tendo como ênfase a descentralização dos serviços para os municípios e regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde; da integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico; da conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população; da capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência; e da organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos"[2].

IV. O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE NA CARTA POLÍTICA DE 1988 E O CENÁRIO POLÍTICO NACIONAL DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL:

As ações e serviços de saúde com fundamento na Constituição da República de 1988 integram uma rede regionalizada e hierarquizada que constitui o SUS, financiado com os recursos do orçamento da Seguridade Social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes (art. 198, § 1º da CR/88).

Dessa forma, o SUS é constituído por um "*conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público...*" (art.4º, *caput*, da Lei n.º 8.080/90).

Os recursos do SUS devem ser depositados em uma conta especial em cada esfera de atuação, sendo fiscalizados pelos respectivos conselhos federal, estaduais e municipais de saúde, devendo tais conselhos deliberar sobre a aplicação desses recursos de acordo com as necessidades da sociedade (art. 33, *caput* da Lei n.º 8.080/90).

Além disso, não poderão ser destinados recursos públicos para auxílios ou subvenções de instituições privadas com fins lucrativos, conforme preceitua o art. 199, § 2º da Carta Política de 1988. Porém, as instituições privadas poderão participar do SUS de forma complementar, mediante diretrizes estabelecidas por este e respeitando o princípio básico da relevância pública (art. 199, § 1º da CR/88 e art. 4º, § 2º da Lei n.º 8.080/90).

A multicitada Lei n.º 8.080/90, em cumprimento ao enunciado normativo constitucional insculpido no art. 200 da nossa Carta Política de 1988, fixa como atribuições do SUS a participação na produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos, além da execução de ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador, dentre outras (art. 200, inc. I e II da CR/88 e art. 6º, incs. I, al. *a, b* e *c* e VI da Lei n.º 8.080/90).

2. Julio Cesar de Sá da Rocha: *DIREITO À SAÚDE – Direito Sanitário na Perspectiva dos Interesses Difusos e Coletivos*. São Paulo: Editora LTr, 1999, p. 54.

Desse modo, as ações e serviços mantidos pelo SUS devem ser enfocados sob a perspectiva de efetivação da **cidadania e respeito à dignidade da pessoa humana**, correspondendo a uma mudança no trato da política de saúde pública no cenário político brasileiro, na medida em que democratizando a gestão, formulação, acompanhamento e fiscalização de sua execução, lograremos operacionalizar transformações significativas nas relações entre o poder público e a sociedade.

Ressaltamos que compreendemos o SUS baseado nos princípios da **universalidade de acesso, igualdade de assistência, ampla informação, participação da comunidade, descentralização político-administrativa** e, especialmente, **respeito à *res* pública**, conforme dispõe a Lei n.º 8.080/90, em seu art. 7º, incs. I, IV, V, VI, VIII e IX.

Não devemos olvidar que o SUS tem como diretrizes fixadas a nível constitucional a DESCENTRALIZAÇÃO, o ATENDIMENTO INTEGRAL, com **prioridade para as ações preventivas** e a PARTICIPAÇÃO DA COMUNIDADE (art. 198 da CR/88 e art. 7º, incs. I, VIII e IX da Lei n.º 8.080/90) e como objetivo, dentre outros, "*a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas*" (art. 5º, inc. III da Lei n.º 8.080/90).

V. A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DA IMPLANTAÇÃO DE UMA POLÍTICA DE SAÚDE BASEADA EM AÇÕES E SERVIÇOS DE NATUREZA PREVENTIVA, GARANTINDO-SE O ACESSO UNIVERSAL:

O Ministério Público brasileiro tem dentre suas atribuições constitucionais o mister de fiscalizar a correta aplicação das verbas do SUS, fazendo valer as diretrizes e princípios constitucionais estabelecidos pela nossa Carta Política de 1988, tais como o atendimento integral, a descentralização político-administrativa, a participação da comunidade, a garantia de acesso universal e igualitário à saúde, não esquecendo que são os excluídos sociais que engrossam as estatísticas de atendimento prestado pelo SUS em todo o país.

Entendemos, portanto, que a Carta da República de 1988, no que tange à saúde, tem o perfil de uma Constituição social, sendo o **direito à saúde um direito público subjetivo**, cujo respeito efetivo deverá ser cobrado veementemente pelo Ministério Público.

Devemos registrar ainda que os enunciados normativos constitucionais dispostos nos arts. 196 *usque* 200, classificam as ações e serviços de saúde como de relevância pública e impõem ao Estado o dever de garantir o acesso à saúde a TODOS, sendo a base do microssistema jurídico relativo à saúde formada por um conjunto de princípios e regras jurídicas respaldadas na cidadania; dignidade da pessoa humana; valor social do trabalho; construção de uma sociedade livre, justa e solidária, erradicação da pobreza e marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais; promoção do bem de todos, sem preconceito de raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (arts. 1º, incs. I, II e III; 3º, incs. I, III e IV da CR/88)

Analisando o texto constitucional, podemos afirmar que, em verdade, não superamos as dificuldades crônicas relativas à garantia de acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde de qualidade; isso significa que além do tratamento médico destinado às pessoas doentes, devemos investir significativamente em saneamento básico, habitação, alimentação e prevenção de doenças, inclusive distribuindo medicamentos com a prescrição médica necessária; *in casu*, defendemos a **distribuição gratuita de protetor solar para os usuários do SUS que residem ou trabalham em áreas de risco, bem como àquelas pessoas com tendência a**

desencadear anomalias da pele, especialmente câncer de pele, cujos dados estatísticos sobre a incidência desta última são expressivos, conforme verificamos.

À guisa de elucidação, arrematamos nossa argumentação transcrevendo a definição dada por Aurélio Buarque de Hollanda Ferreira, relativamente à MEDICAÇÃO, que segundo o mesmo refere-se ao "*Tratamento médico e terapêutico*"[3].

Cabe aduzirmos que são atribuições comuns de cada ente da Federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), em seus respectivos âmbitos administrativos, o "*acompanhamento, avaliação e divulgação do nível de saúde da população e das condições ambientais*" (art. 15, inc. III da Lei n.º 8.080/90).

Estabelece ainda a Lei n.º 8.080/90 caber à direção nacional do SUS a participação na formulação e na implementação das políticas relativas às condições e ambientes de trabalho, participando da definição de normas e mecanismos de controle, com órgãos afins, de agravos sobre o meio ambiente ou deles derivados, que tenham repercussão na saúde humana, participando ainda da definição de normas, critérios e padrões para o controle das condições e dos ambientes de trabalho, coordenando a política de saúde do trabalhador (art. 16, incs. II, al. *c*, IV e V da Lei n.º 8.080/90).

Já à direção estadual do SUS cabe coordenar e, de forma complementar, executar ações e serviços de saúde do trabalhador, participar, juntamente com órgãos afins, do controle dos agravos do meio ambiente que tenham repercussão na saúde humana, participar ainda da definição de normas, critérios e padrões para o controle das condições e dos ambientes de trabalho, como também coordenar a política de saúde do trabalhador (art. 17, incs. IV, al. *d* e V da Lei n.º 8.080/90).

E à direção municipal do SUS cabe o planejamento, organização, controle e avaliação das ações e dos serviços de saúde, além da gestão e execução dos serviços públicos de saúde, participando da execução, controle e avaliação das ações relativas às condições e aos ambientes de trabalho, executando serviços de saúde do trabalhador (art. 18, incs. I, III e IV, al. *e* da Lei n.º 8.080/90). Necessário destacarmos que "*Ao Distrito Federal competem as atribuições reservadas aos Estados e aos Municípios*" (art. 19 da Lei n.º 8.080/90).

Outrossim, necessário se faz transcrevermos *ipsis litteris* as informações catalogadas pela Agenda 21 Nacional, relativamente aos componentes das desigualdades sociais no Brasil, ao enfatizar que: "*As disparidades regionais (...). São ao mesmo tempo condição e conseqüência no círculo vicioso das desigualdades sociais brasileiras. A pobreza tem forte componente regional, com Nordeste e Norte apresentando maior proporção de pobres na sua população – 43% e 46%, respectivamente – que as demais regiões*"[4]. E prossegue apresentando como proposta, visando à redução das desigualdades sociais, o fortalecimento dentro do SUS das "*ações integradas de vigilância e atenção à saúde do trabalhador com o objetivo de garantir condições de saúde favoráveis para todos os trabalhadores, incluindo os que se encontram em situação de trabalho 'informal'* "[5], além de "*desenvolver, no âmbito do SUS, um Sistema*

3. Aurélio Buarque de Hollanda Ferreira: *Minidicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1993, p. 357.
4. Washington Novaes (coordenador): *Agenda 21 brasileira – BASES PARA DISCUSSÃO*. Brasília: Ministério do Meio Ambiente e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, 2000, p. 97.
5. Washington Novaes (coordenador): *Agenda 21 brasileira – BASES PARA DISCUSSÃO*. Brasília: Ministério do Meio Ambiente e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, 2000, p. 164.

Integrado de Vigilância em Saúde do Trabalhador articulando-se as ações dos municípios, dos estados e do governo federal, incorporando informações e dados de exposição ambiental gerada por processos de trabalho, de maneira que possibilitam o desenvolvimento eficaz de ações de controle e prevenção de riscos e promovam a saúde dos trabalhadores"[6].

Freqüentemente, tomamos conhecimento da práxis revelada no tímido e serôdio desempenho brasileiro relativamente à saúde pública, o que faz ressurgir epidemias que já estavam controladas, *v. g.* a cólera, leptospirose, malária, dengue, doença de chagas etc. É ainda na supracitada Agenda 21 brasileira, que encontraremos um sucinto diagnóstico sobre as dimensões e fatores para construção de novos indicadores de desenvolvimento social, relativamente às condições de saúde, quando destaca *in verbis*: "*Os indicadores relativos à saúde apontam para a persistência de um quadro epidemiológico em que se fazem presentes fatores de mobilidade e mortalidade resultantes do acesso desigual da população ao sistema de saúde pública, de condições sanitárias inadequadas, de carências alimentares e da desigual distribuição da renda*"[7].

Por essa razão e tendo em vista o atual cenário político da saúde pública no Brasil, revela-se necessário, uma fiscalização da aplicação de verbas públicas destinadas às ações e serviços de saúde, objetivando uma efetiva atuação do Ministério Público na proteção do direito à saúde, com a utilização de mecanismos legais, judiciais ou extrajudiciais que possibilitem a defesa de tais direitos, com base na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, adotada e promulgada por força da Resolução n.º 217, pela Assembléia Geral das Nações Unidas, subscrita pelo Brasil em 10.12.48; na indiscutível necessidade de proteção estatal dos direitos fundamentais do homem como ponto essencial a ser efetivado pelo Brasil; na dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III da CR/88) e na promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV da CR/88).

Ademais, não devemos olvidar que cabe ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127 da CR/88), sendo atribuição institucional do *Parquet* a promoção de medidas necessárias à garantia do efetivo respeito dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados pela Constituição (art. 129, II da CR/88).

6. Maria do Carmo de Lima Bezerra e Rubem César Fernandes (coordenadores): *Subsídios à Elaboração da Agenda 21 Brasileira - REDUÇÃO DAS DESIGUALDADES SOCIAIS*. Brasília: Ministério do Meio Ambiente e Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, Edições IBAMA, Consórcio Parceria 21, 2000, p. 109.

7. Maria do Carmo de Lima Bezerra e Rubem César Fernandes (coordenadores): *Subsídios à Elaboração da Agenda 21 Brasileira - REDUÇÃO DAS DESIGUALDADES SOCIAIS*. Brasília: Ministério do Meio Ambiente e Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, Edições IBAMA, Consórcio Parceria 21, 2000, p. 24.

VI. CONCLUSÃO:

Finalizando nossa abordagem, procederemos à enumeração sucinta de providências que devem ser adotadas visando assegurar o direito à saúde a todos usuários do SUS, tendo como supedâneo os princípios constitucionais da universalidade de atendimento e do atendimento integral, garantindo-se a implantação e manutenção de serviços e programas de saúde de caráter preventivo, sendo nossa proposta resumida no que segue:

a)implantação premente de uma política de saúde pública voltada para as ações, programas e serviços preventivos, uma vez que **a prevenção revela-se fundamental para a redução da incidência das anomalias**;

b)acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde, com a plena implementação do SUS;

c)utilização pelo Ministério Público de mecanismos legais, judiciais ou extrajudiciais que possibilitem a defesa do direito à saúde, conforme a nova diretiva constitucional;

d)fiscalização da aplicação de verbas públicas destinadas às ações e serviços de saúde, visando a uma efetiva atuação do Ministério Público na proteção do direito à saúde e combate à malversação do erário e, finalmente,

e)**distribuição gratuita de protetor solar para os usuários do SUS que residem ou trabalham em áreas de risco, bem como àquelas pessoas com tendência a desencadear anomalias da pele, especialmente câncer de pele.**

VII. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BEZERRA, Maria do Carmo de Lima e Rubem César Fernandes (coordenadores): *Subsídios à Elaboração da Agenda 21 Brasileira - Redução das Desigualdades Sociais*. Brasília: Ministério do Meio Ambiente e Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, edições IBAMA, Consórcio Parceria 21, 2000.

CUNHA, Edilson Alkmin (tradutor): *Normas e Recomendações Internacionais Sobre A Deficiência*. Brasília: Ministério da Justiça/Coordenadoria Nacional Para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 1996.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda: *Minidicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1993.

NOVAES, Washington (coordenador): *Agenda 21 brasileira – BASES PARA DISCUSSÃO*. Brasília: Ministério do Meio Ambiente e Programa das Nações Unidas Para o Desenvolvimento, 2000.

ROCHA, Julio Cesar de Sá da: *Direito à Saúde – Direito Sanitário na Perspectiva dos Interesses Difusos e Coletivos*. São Paulo: Editora LTr, 1999.

TESE 09

O RECEBIMENTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DAS COMUNICAÇÕES DAS INTERNAÇÕES PSIQUIÁTRICAS INVOLUNTÁRIAS

(Com base no Projeto Saúde Menta e Cidadania elaborado em conjunto com o Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça de Defesa da Cidadania)

Judith Pinheiro Silveira Borba,
Promotora de Justiça - PE

JUSTIFICATIVA

Atualmente, há no ordenamento jurídico a Lei Federal nº 10.216, de 6 de abril de 2001 (conhecida como a Lei Federal de Paulo Delgado), no Estado de Pernambuco, a Lei nº 11.064/94, e a do Município do Recife, de nº 16.232/96, que redirecionam o modelo da assistência à saúde mental, determinando que os hospitais psiquiátricos comuniquem ao Ministério Público quando das internações psiquiátricas involuntárias e tratam de outros direitos das pessoas portadoras de transtorno mental.

Com estas leis novas concepções vêm sendo organizadas no mundo jurídico , visando a compatibilização com os avanços da atualidade acerca de:

- cidadania
- loucura
- deficiência
- responsabilidade
- imputabilidade
- periculosidade, etc.

Nesse sentido vem se renovando definições de metas e órgãos próprios se especializaram para atuarem, nesse particular, detalhando a sua participação e atuação de atribuições.

Esse processo modernizador e democrático vem adequando as práticas, ora em vigor, nos âmbitos político-jurídico, político-institucional e político-organizacional.

O referido processo deve ser entendido como um direito universal e executado por um Sistema Único de Saúde, que objetive eficiência, eficácia e equidade.

Este sistema encontra-se em permanente construção, através do incremento de sua base social, da ampliação da consciência dos cidadãos de que a saúde se define no contexto histórico de determinada sociedade e num dado momento de seu desenvolvimento, devendo ser conquistado pela população em suas lutas cotidianas.

Como o Ministério Público é órgão estatal com atividades as mais diversificadas, de acordo com a Constituição Federal (arts. 127, 129, *caput*) e com a Lei Orgânica Estadual, no seu art. 4º, inc. VI, cabe a ele o dever de exercer a fiscalização dos estabelecimentos prisionais e dos abrigos de idosos, , incapazes ou pessoas portadoras de deficiência.

Apesar desses avanços, a legislação relacionada com as questões ligadas ao portador de transtornos psíquicos, especialmente os Código Civil e de Processo Civil permanece com conceituações da década de 30, como a expressão "loucos de todo o gênero", defasadas para os dias de hoje.

O Código Civil, art. 449 – "Nos casos em que a interdição foi promovida pelo Ministério Público, o Juiz nomeará defensor ao suposto incapaz. Nos demais casos o Ministério Público será o defensor".

Por sua vez, prescreve o Código de Processo Civil, art. 82, que compete ao Ministério Público intervir:

I - Nas causas em que há interesses de incapazes.

(*...omissis...*)

Caberá ao Ministério Público, baseado nas disposições legais acima citadas, atuar na defesa da cidadania do doente mental, mesmo considerando a cidadania e a doença mental concepções dinâmicas de processos sócio-culturais em evolução.

Em consequência, a internação psiquiátrica involuntária, prática usual no trato com os doentes mentais e que representa o limite crítico de intervenção nos direitos de cidadania de um indivíduo, passa a ser objeto de atenção do Ministério Público tendo em vista as leis federal, estadual e municipal.

A atuação do " parquet", então, será capazes de garantir aos cidadãos uma atenção de qualidade à saúde mental, fazendo cumprir as leis em respeito à dignidade da pessoa humana e aos direitos de cidadania.

Tal atuação tem como justificativa a defesa da cidadania dos grupos mais vulneráveis da sociedade sendo hoje um aspecto fundamental para a consolidação da democracia no Brasil.

Entre esses grupos, um dos mais marginalizados, historicamente, em relação aos direitos fundamentais, é o dos portadores de transtornos psíquicos. Chama atenção sua exclusão, especialmente em relação ao tratamento em asilos inteiramente anacrônicos e em desacordo com os novos métodos preconizados pela Reforma Psiquiátrica, que atualizou os conceitos psiquiátricos, tentando humanizar as .relações no mundo da doença mental.

Calcula-se hoje em mais de 50% o número de pacientes cronificados nos hospitais do SUS- PE, em sua maioria abandonados pelos familiares e entregues a própria sorte. Em números absolutos esta cifra atinge em torno de duas mil pessoas e este fato vai de encontro com os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal, que estabelece que a cidadania deve ser exercida por todos e o respeito as garantias individuais deverá ser sempre observado, inclusive pela legislação infra-constitucional.

Por outro lado, em nosso Estado já dispomos, desde 1994 e 1996, respectivamente, de legislação estadual e municipal garantindo os direitos desses pacientes e estabelecendo as

obrigações dos gestores e prestadores de serviços em relação ao modelo de atendimento adequado à cidadania dos mesmos.

Tal fato faz com que estejamos na vanguarda da luta pela garantia dos direitos desta população tão vulnerável.

Atualmente já foi promulgada a Lei Federal nº10216/2001 que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo de assistêncial em saúde mental.

Com base neste arcabouço jurídico é incumbência do Ministério Público, a defesa dos cidadãos portadores de transtornos psíquicos e de posse das comunicações das internações involuntárias, caberá :

.1- Fiscalizar serviços prestados à comunidade por parte de instituições hospitalares, asilares, etc..

.2- Implantar e manter sistema de acompanhamento, controle, e providências nos casos de internações psiquiátricas involuntárias.

3-.Implantar e manter bancos de dados referentes a problemática dos portadores de transtornos psíquicos.

Como sugestão de atuação, poderá o promotor de justiça, após receber as comunicações das internações psiquiátricas involuntárias e de alta:

1. encaminhá-las a uma equipe técnica previamente constituída no Ministério Público, composta de psiquiatra, psicólogo e assistente social;

2. alimentar o banco de dados já existente ;

3. fazer uma triagem;

4. instaurar procedimentos administrativos em alguns casos mais polêmicos, com a devida apuração de violação de direitos da pessoa portadora de transtorno mental.

São exemplos de casos que se faz necessária a atuação do Ministério Público quando são desrespeitados o que está previsto na Lei nº10216/2001, em seu art. 2º, ou seja:

· o acesso ao melhor tratamento do sistema de saúde (consentâneo às suas necessidades);

· o tratamento humanitário e respeitoso (no interesse exclusivo de beneficiar sua saúde, visando alcançar sua recuperação pela inserção na família, no trabalho e na comunidade);

· a proteção contra qualquer forma de abuso e exploração;

· a garantia de sigilo nas informações prestadas;

· o direito à presença médica, em qualquer tempo, para esclarecer a necessidade ou não de sua hospitalização involuntária;

· o livre acesso aos meios de comunicação disponíveis;

· receber o maior número de informações a respeito de sua doença e de seu tratamento;

· ser tratado em ambiente terapêutico pelos meios menos invasivos possíveis e, preferencialmente, em serviços comunitários de saúde mental.

Não deve ser esquecido que muitas vezes, pela sua vulnerabilidade, os doentes mentais são vítimas de ilícitos penais, tais como: abandono material e de incapaz, apropriação indébita, maus tratos, cárcere privado, e as contravenções penais de internação irregular em estabelecimento psiquiátrico e indevida custódia de doente mental.

O responsável técnico ao não comunicar a internação psiquiátrica involuntária ou a alta do paciente, no prazo de 72 horas, como prevê o art. 8º, §1ºda Lei 10.216/2001, pratica a contravenção penal de internação irregular em estabelecimento psiquiátrico, prevista na Lei nº3688/41, art. 22, §1º.

CONCLUSÃO

Assim sendo, o ordenamento jurídico, inclusive a Constituição Federal e as novas leis, estão mudando a concepção jurídica de tratar o doente mental.

Tais normas apresentam uma forma diferenciada de tratar o portador de transtorno mental.

Deve ser lembrado que o portador de transtorno psíquico muitas vezes só tem como aliado o promotor de justiça, pois em alguns casos a sociedade tem medo dele e os familiares só querem os seus bens.

Também para alguns profissionais da área de saúde, os doentes mentais são vistos como uma forma de ganhar dinheiro, havendo um tratamento indigno e não se respeitando as reais necessidades destes.

Caberá ao promotor de justiça , no exercício de sua função fiscalizadora e munido das comunicações das internações psiquiátricas involuntárias e de alta, garantir os direitos destas pessoas.

LEI No 10.216, DE 6 DE ABRIL DE 2001.

Presidência da República

Casa Civil

Subchefia para Assuntos Jurídicos

Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1o Os direitos e a proteção das pessoas acometidas de transtorno mental, de que trata esta Lei, são assegurados sem qualquer forma de discriminação quanto à raça, cor, sexo, orientação sexual, religião, opção política, nacionalidade, idade, família, recursos econômicos e ao grau de gravidade ou tempo de evolução de seu transtorno, ou qualquer outra.

Art. 2o Nos atendimentos em saúde mental, de qualquer natureza, a pessoa e seus familiares ou responsáveis serão formalmente cientificados dos direitos enumerados no parágrafo único deste artigo.

Parágrafo único. São direitos da pessoa portadora de transtorno mental:

I - ter acesso ao melhor tratamento do sistema de saúde, consentâneo às suas necessidades;

II - ser tratada com humanidade e respeito e no interesse exclusivo de beneficiar sua saúde, visando alcançar sua recuperação pela inserção na família, no trabalho e na comunidade;

III - Ser protegida contra qualquer forma de abuso e exploração;

IV - ter garantia de sigilo nas informações prestadas;

V - ter direito à presença médica, em qualquer tempo, para esclarecer a necessidade ou não de sua hospitalização involuntária;

VI - ter livre acesso aos meios de comunicação disponíveis;

VII - receber o maior número de informações a respeito de sua doença e de seu tratamento;

VIII - ser tratada em ambiente terapêutico pelos meios menos invasivos possíveis;

IX - ser tratada, preferencialmente, em serviços comunitários de saúde mental.

Art. 3o É responsabilidade do Estado o desenvolvimento da política de saúde mental, a assistência e a promoção de ações de saúde aos portadores de transtornos mentais, com a devida participação da sociedade e da família, a qual será prestada em estabelecimento de saúde mental, assim entendidas as instituições ou unidades que ofereçam assistência em saúde aos portadores de transtornos mentais.

Art. 4o A internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes.

§ 1o O tratamento visará, como finalidade permanente, a reinserção social do paciente em seu meio.

§ 2o O tratamento em regime de internação será estruturado de forma a oferecer assistência integral à pessoa portadora de transtornos mentais, incluindo serviços médicos, de assistência social, psicológicos, ocupacionais, de lazer, e outros.

§ 3o É vedada a internação de pacientes portadores de transtornos mentais em instituições

com características asilares, ou seja, aquelas desprovidas dos recursos mencionados no § 2o e que não assegurem aos pacientes os direitos enumerados no parágrafo único do art. 2o.

Art. 5o O paciente há longo tempo hospitalizado ou para o qual se caracterize situação de grave dependência institucional, decorrente de seu quadro clínico ou de ausência de suporte social, será objeto de política específica de alta planejada e reabilitação psicossocial assistida, sob responsabilidade da autoridade sanitária competente e supervisão de instância a ser definida pelo Poder Executivo, assegurada a continuidade do tratamento, quando necessário.

Art. 6o A internação psiquiátrica somente será realizada mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos.

I - internação voluntária: aquela que se dá com o consentimento do usuário;

II - internação involuntária: aquela que se dá sem o consentimento do usuário e a pedido de terceiro; e

III - internação compulsória: aquela determinada pela Justiça.

Art. 7o A pessoa que solicita voluntariamente sua internação, ou que a consente, deve assinar, no momento da admissão, uma declaração de que optou por esse regime de tratamento.

Parágrafo único. O término da internação voluntária dar-se-á por solicitação escrita do paciente ou por determinação do médico assistente.

Art. 8o A internação voluntária ou involuntária somente será autorizada por médico devidamente registrado no Conselho Regional de Medicina - CRM do Estado onde se localize o estabelecimento.

§ 1o A internação psiquiátrica involuntária deverá, no prazo de setenta e duas horas, ser comunicada ao Ministério Público Estadual pelo responsável técnico do estabelecimento no qual tenha ocorrido, devendo esse mesmo procedimento ser adotado quando da respectiva alta.

§ 2o O término da internação involuntária dar-se-á por solicitação escrita do familiar, ou responsável legal, ou quando estabelecido pelo especialista responsável pelo tratamento.

Art. 9o A internação compulsória é determinada, de acordo com a legislação vigente, pelo juiz competente, que levará em conta as condições de segurança do estabelecimento, quanto à salvaguarda do paciente, dos demais internados e funcionários.

Art. 10. Evasão, transferência, acidente, intercorrência clínica grave e falecimento serão comunicados pela direção do estabelecimento de saúde mental aos familiares, ou ao representante legal do paciente, bem como à autoridade sanitária responsável, no prazo máximo de vinte e

quatro horas da data da ocorrência.

Art. 11. Pesquisas científicas para fins diagnósticos ou terapêuticos não poderão ser realizadas sem o consentimento expresso do paciente, ou de seu representante legal, e sem a devida comunicação aos conselhos profissionais competentes e ao Conselho Nacional de Saúde.

Art. 12. O Conselho Nacional de Saúde, no âmbito de sua atuação, criará comissão nacional para acompanhar a implementação desta Lei.

Art. 13. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 6 de abril de 2001; 180o da Independência e 113o da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO
Jose Gregori
José Serra
Roberto Brant

Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 9.4.2001

TESE 10

SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE E MANICÔMIO JUDICIÁRIO

Adriana Maria de Vasconcelos Feijó
1ª Promotora de Justiça de Penedo - AL
Dalva Vanderlei Tenório
Promotora de Justiça de Pilar - AL

***Ementa**: Sistema Único de Saúde. Manicômio Judiciário. Respeito ao direito fundamental à saúde. Aplicação do princípio constitucional de acesso universal e igualitário.*

"Deixai cada um tornar-se tudo o que for capaz de ser; expandir, se possível, até seu pleno florescimento; suportar todas as limitações, rejeitar tudo o que for estranho, especialmente aspectos nocivos; e mostrar-se em toda a grandeza de sua dimensão e estrutura, ser aquilo que possa" – Thomaz Carlyle.

I. EXPOSIÇÃO / JUSTIFICATIVA:

No presente trabalho, temos o propósito de realizar uma sucinta abordagem sobre a atual situação dos manicômios judiciários e os fundamentos do Sistema Único de Saúde (SUS). Contudo, não pretendemos esgotar o tema ora enfrentado, mas apenas provocar uma discussão acerca do atendimento dispensado atualmente pelo Estado brasileiro aos cidadãos submetidos à medida de segurança, em virtude da prática de fato descrito como infração penal.

Em nossa história, a atual Carta Política brasileira destaca-se por estabelecer de forma precisa e detalhada um catálogo de direitos civis, econômicos, políticos, sociais e culturais, acompanhado de um conjunto de garantias e mecanismos que os assegurem. Tal fato nos leva à conclusão de que ainda não conseguimos materializar na vida de milhões de brasileiros nosso opulento texto constitucional, possibilitando a efetividade dos direitos e garantias constitucionais, como é o caso do direito à saúde que deve ser extensivo aos pacientes segregados nos hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico.

Nossa Carta Política de 1988 fixou o **direito à saúde** como um direito fundamental assegurado a TODOS, brasileiros ou estrangeiros localizados no Estado brasileiro, possuindo os serviços de saúde a natureza jurídica de serviços de relevância pública. Além disso, importa não olvidarmos que a grande clientela dos hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico é representada pelos excluídos sociais, que em razão de transtorno ou doença mental se envolveram em alguma infração penal.

O acesso à saúde, como direito fundamental, merece destaque em qualquer Constituição que tenha como princípios fundamentais a **dignidade humana**, a **igualdade** e a **justiça social**, *v. g.*, a Constituição da República de 1988 que elegeu como princípios fundamentais do Estado brasileiro a **cidadania** e a **dignidade da pessoa humana** (art. 1º, incs. II e III); como objetivos

fundamentais a serem alcançados pelo Brasil, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com erradicação da pobreza e da marginalização e **redução das desigualdades sociais, promovendo o bem-estar de todos** (art. 3º, incs. I, III e IV); como princípio a ser observado pelo Brasil em suas relações internacionais, a **prevalência dos direitos humanos** (art. 4º, inc. II) e, finalmente, como **direitos fundamentais, a vida e a saúde** (arts. 5º, *caput* e 6º).

É nesse contexto, que o direito à saúde destaca-se, pois sem este os demais princípios e valores supra-referidos seriam afetados, já que a saúde e a vida são direitos básicos. Por tal razão, traçando o perfil desse direito, nossa Carta Política de 1988 dispõe que "***A saúde é direito de todos e dever do Estado**, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao **acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação***" – grifamos - (art. 196). Ademais, **as ações e serviços de saúde são de relevância pública**, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle.

Abordando o tema relativo à equiparação de oportunidades, o Programa de Ação Mundial Para as Pessoas com Deficiência, ressalta que "*O princípio da igualdade de direitos entre pessoas com ou sem deficiência significa que as necessidades de todo indivíduo são da mesma importância; que essas necessidades devem constituir a base do planejamento social e que todos os recursos devem ser empregados de maneira que garantam igual oportunidade de participação a todo indivíduo. Todas as políticas relativas à deficiência devem assegurar o acesso das pessoas com deficiência a todos os serviços da comunidade*"[1].

Doutra parte, as Normas e Recomendações Internacionais Sobre Deficiência destaca: "*O princípio da igualdade de direitos significa que as necessidades de todas as pessoas têm igual importância, que essas necessidades devem constituir a base do planejamento das sociedades e que todos os recursos devem ser empregados de modo a garantir que todas as pessoas tenham as mesmas oportunidades de participação*"[2].

II. O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988:

A Constituição da República de 1988 traçou as diretivas de um sistema público de atendimento à saúde da população intitulado SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS), cuja responsabilidade cabe ao Estado, o qual poderá facultar à iniciativa privada a participação desses serviços, já que a sua execução poderá ser realizada diretamente pelo Estado ou através de terceiros, como também por pessoa física ou jurídica de direito privado, havendo assim a possibilidade de que as instituições privadas participem de forma complementar do SUS, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos, com vedação à destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos, bem como vedação à participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no país, salvo nos casos previstos em lei (arts. 197 e 199, §§ 1º, 2º e 3º da CR/88 e arts. 4º, *caput* e § 2º, 21, 22, 23 e 24 da Lei n.º 8.080, de 19.09.90).

1. Edilson Alkimin da Cunha (tradutor): *Programa de Ação Mundial Para as Pessoas Com Deficiência*. Brasília: Ministério da Justiça/Coordenadoria Nacional Para Integração das Pessoas Portadoras de Deficiência, 1996, p. 18.
2. Edilson Alkmin Cunha: *Normas e Recomendações Internacionais Sobre a Deficiência*. Brasília: Ministério Público/Coordenadoria Nacional Para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 1996, p. 19.

O SUS deve ser constituído, portanto, por ações e serviços públicos de saúde, integrantes de uma rede regionalizada e hierarquizada, sendo **financiado com recursos do orçamento da Seguridade Social, da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios**, além de outras fontes (§ 1º do art. 198 da CR/88). Ao adotar tais princípios e diretrizes, nossa Constituição traça o perfil de um Estado social, Estado garantidor, ou ainda, Estado promovedor da Justiça social.

Cumpre-nos adir que de acordo com a nova concepção adotada pelo legislador constituinte brasileiro, o direito à saúde deve ser interpretado como um verdadeiro **direito público subjetivo** de qualquer cidadão, contribuinte ou não, e procedente de qualquer lugar, sendo inadmissível qualquer forma de discriminação.

Em sendo assim, a prestação de serviços públicos de saúde como dever do Estado brasileiro, deverá ser garantida mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução dos riscos de doenças graves e de outros agravos, através do **acesso universal e igualitário** às ações e serviços para sua formação, proteção e recuperação da saúde da população.

Portanto, analisando a Constituição de 1988 e a Lei Federal n.º 8.080, de 19.09.90, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências, podemos afirmar que **cabe ao Estado a responsabilidade de prestar serviços de saúde diretamente e a TODOS, sejam brasileiros ou estrangeiros localizados em nosso país, incluídos também os segregados em hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico**, pois nossa Política Nacional de Saúde tem suas bases fixadas na lei supracitada ao dispor que "***A saúde é um direito fundamental do ser humano**, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício*" (grifo nosso), garantindo o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços que visem a sua promoção, proteção e recuperação (art. 2º, § 1º).

No que pertine às diretrizes e princípios constitucionais relativos à saúde, devemos destacar a DESCENTRALIZAÇÃO, com direção única em cada esfera de governo; o ATENDIMENTO INTEGRAL, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais, e a PARTICIPAÇÃO DA COMUNIDADE (art. 198, incs. I, II e III da CR/88 e art. 7º, incs. IX, II e VIII da Lei n.º 8.080/90).

III. A LEGISLAÇÃO PENAL E PROCESSUAL PENAL BRASILEIRA E A PROTEÇÃO DOS PORTADORES DE TRANSTORNO OU DOENÇA MENTAL SUBMETIDOS À MEDIDA DE SEGURANÇA:

Avançando no tema ora enfrentado, impende fazermos uma breve abordagem do Código Penal Brasileiro (CPB), segundo o qual há uma diferença substancial entre pena e medida de segurança, aquela aplicada aos imputáveis e esta aos inimputáveis. Tal diferença pode ser resumida no fato de que a pena ao ser aplicada possui como característica marcante a retributividade pelo cometimento de uma infração penal, enquanto **a medida de segurança tem objetivo essencialmente curativo**. Entretanto, nossa realidade diverge da moderna concepção de Direito Penal, sendo necessário apenas que analisemos a real situação dos hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico existentes no Brasil.

Demais disso, no CPB, podemos verificar que "**constitui direito do internado o recolhimento a estabelecimento dotado de características hospitalares com o fim de submeter-se a tratamento**" (art. 99).

Já a Lei n.º 7.210, de 11.07.84, denominada de Lei das Execuções Penais (LEP), enfrenta a questão nos arts. 4º, 14, 67, 99 a 101, 171 a 179, estabelecendo que **na execução da medida de segurança o Estado deverá recorrer à cooperação da comunidade, assegurando ao internado assistência à saúde, de caráter preventivo e curativo, com atendimento médico, farmacêutico e odontológico**.

Prossegue a LEP assegurando ainda a salubridade do ambiente em que o internado deva permanecer, pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana, estabelecendo a obrigatoriedade do exame psiquiátrico e dos demais exames necessários ao tratamento do internado (art. 99, parágrafo único, c/c o art. 88, parágrafo único, al. *a* e art. 100).

Destarte, o inimputável é isento de pena por disposição legal contida no nosso CP (art. 26), sendo essa exclusão relativa porque, em verdade, o juiz deverá substituir a pena por medida de segurança, que não passa de enclausuramento com internação hospitalar compulsória, se o fato que lhe foi atribuído tiver como pena abstrata a reclusão, onde o internado perde o direito de ir e vir constitucionalmente protegido, ou ainda, a obrigatoriedade de tratamento ambulatorial, se o fato delituoso for punido com detenção (art. 97, *caput* do CP).

Cabe ao juiz a responsabilidade de fixar o prazo mínimo de internação ou tratamento ambulatorial, que deverá ser de um a três anos, ainda que, do ponto de vista médico, já não haja necessidade de tratamento e apesar do atual quadro dos manicômios judiciário em funcionamento no país, o que **corresponde a uma verdadeira troca de punição que certamente não corresponde a tratamento médico-psiquiátrico, afastando-se do fim curativo da medida de segurança**.

A doutrina brasileira tem insistido que **a internação se faz necessária apenas para efeito de tratamento, isto é, para fim curativo e não punitivo**; por isso, ponderamos sobre o inconveniente de ser responsabilidade do juiz determinar o prazo mínimo do suposto tratamento e concluímos que a fixação desse prazo deverá depender de exame médico-pericial que determine o grau de responsabilidade ou inimputabilidade do internado, cabendo aos profissionais médicos estabelecer o tipo de transtorno ou doença mental que acomete o indivíduo. Nesse ponto, faz-se oportuno ressaltarmos que a saúde - bem da vida em foco, tutelado pelo ordenamento jurídico pátrio -, é antes de tudo uma questão médica.

Devemos considerar ainda o fato de que **todas as pessoas devem ter acesso a uma melhor assistência relativamente à saúde mental, bem como ter acesso igualitário e universal ao SUS, o que não está ocorrendo hodiernamente com as pessoas submetidas à medida de segurança no Brasil**, pois essas pessoas são colocadas em hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico totalmente anacrônicos, sem direito a medicamentos ou acesso a métodos terapêuticos modernos, em que pese registrarmos atualmente uma crescente queda do número de leitos psiquiátricos disponibilizados em todo o país. Nesse contexto, urge a realização de uma reforma psiquiátrica relativa aos PACIENTES INTERNADOS NOS HOSPITAIS DE CUSTÓDIA E TRATAMENTO PSIQUIÁTRICO, devendo esta ter como diretrizes e princípios, necessariamente, o respeito à vida, à saúde, à cidadania e à dignidade dos pacientes.

IV. O MINISTÉRIO PÚBLICO E A POLÍTICA DE SAÚDE MENTAL ADOTADA PELOS HOSPITAIS DE CUSTÓDIA E TRATAMENTO PSIQUIÁTRICO:

É nesse cenário jurídico e social que o Ministério Público tem a função de defender os direitos e interesses sociais e individuais indisponíveis, bem como zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, além de adotar as medidas necessárias para preservá-los (arts. 127, *caput* e 129, inc. II da CR/88), o que evidencia o dever que possui a instituição ministerial de fiscalizar e fazer cumprir os princípios constitucionais e as diretrizes para o funcionamento do SUS, observando o acesso universal e igualitário à saúde, uma vez que cabe ao *Parquet* prosseguir em seu acérrimo propósito de lutar pela defesa da cidadania de categorias sociais mais vulneráveis, como é o caso das pessoas internadas em manicômios judiciário em todo o país, estabelecendo a LEP o dever imposto à instituição ministerial de fiscalizar a execução da medida de segurança (art. 67), buscando a **humanização da assistência à saúde mental e o reconhecimento da cidadania plena às pessoas acometidas de transtorno ou doença mental**.

Insta trazermos à colação as considerações de José Eduardo Faria *apud* João Lopes Guimarães Júnior que proclamou: "*Como defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, o Promotor deve dar tratamento prioritário à atuação que propicie uma melhoria na qualidade de vida da população mais desassistida, assumindo a responsabilidade de influir na aplicação da lei na perspectiva mais direta de reduzir os efeitos das desigualdades sociais*"[3].

Seguindo essa linha de raciocínio, entendemos que a atuação ministerial deve estar voltada para a promoção da justiça social e para a efetividade dos direitos fundamentais, pois os mecanismos e instrumentos legais que a Constituição da República confere ao Ministério Público têm sua razão de ser no cumprimento da relevante missão confiada ao *Parquet* pelo legislador brasileiro.

Prosseguindo, é necessário esclarecermos que a Carta de Vitória, derivada do Encontro Nacional de Justiça e Doença Mental, realizado no período de 08 a 09 de novembro de 1996, apresentou ao país várias propostas, dentre as quais destacamos a promoção da autonomia do tratamento no que pertine aos encaminhamentos sugeridos pela equipe multiprofissional, inclusive quanto à denominada alta progressiva ou saídas terapêuticas, como também a adoção do hospital-noite e do trabalho externo, visando ao abrandamento do regime de internação em razão de parecer multiprofissional; a promoção de credenciamento junto ao SUS dos hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico (principal proposta defendida nesta oportunidade); a ampliação de ações terapêuticas em novos espaços de atenção psicossocial; além da socialização de experiências no tratamento do portador de transtorno ou doença mental, incluindo a realização de parcerias com outros órgãos públicos e organizações não-governamentais no atendimento dos usuários dos nosocômios supracitados.

De outro turno, a Declaração de Caracas, derivada da Conferência Regional para a Reestruturação da Assistência Psiquiátrica no Continente, promovida pela Organização Pan-Americana, em 1990, conclama os países signatários a superar o hospital psiquiátrico como serviço central para o tratamento de pessoas com transtorno ou doença mental, além de construir

3. João Lopes Guimarães Júnior: *Papel Constitucional do Ministério Público*. São Paulo: Editora Atlas, trabalho integrante no livro *Ministério Público – Instituição e Processo*, 1997, p. 98.

uma rede diversificada e ampliada de assistência sócio-sanitária, acessível, efetiva e principalmente eficiente, dentre outras providências.

Diante de todas as considerações até o momento expostas, estamos convictas de que a proteção do direito à vida, à saúde e à dignidade humana são os fundamentos de qualquer Estado que se pretenda democrático, pluralista e igualitário e a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (ONU: 1948), ao dispor em seu artigo V que "*Ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante*", deve ser observada pelo aplicador e executor de medidas de segurança, uma vez que o Estado brasileiro foi signatário do documento legal supracitado e historicamente sempre adotou uma postura de assistência aos portadores de transtorno ou doença mental centrada numa política de hospitalização com perfil traçado nos inconvenientes de cronificação, exclusão social, custos elevados e incúria.

A nosso ver, a promoção da autonomia do tratamento quanto aos encaminhamentos sugeridos pela equipe multiprofissional, inclusive no que se convencionou denominar alta progressiva ou saídas terapêuticas, além da implantação do hospital-noite e do trabalho externo, visando ao abrandamento do regime de internação a partir do parecer multiprofissional, inclusive com a possibilidade de adoção de medidas visando a gradual desospitalização e restabelecimento das relações com a família e a comunidade, apresentam-se como medidas mais adequadas aos interesses dos internados em hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico, categoria social negligenciada ao longo dos anos em nosso país, pois esses hospitais se destacaram por suas práticas autoritárias de assistência à saúde, sendo mister a urgente **implantação de uma política de saúde mental cujo perfil seja baseado no atendimento ao portador de transtorno ou doença mental, observando-se os princípios da eficiência, eficácia, eqüidade e respeito à dignidade humana e cidadania plena, tornando assim o hospital de custódia e tratamento psiquiátrico um local de tratamento médico-psiquiátrico e não de exclusão e martírio.**

Nessa linha de raciocínio, auspicioso salientar que a nosso ver, a Psiquiatria, como ramo da Medicina que tem por fim o estudo e o tratamento dos transtornos e doenças mentais, não deve ser utilizada para cercear a liberdade do paciente ou restringir os direitos deste, mas apenas para fins terapêuticos e de cura, a partir de uma reflexão séria acerca do significado da perda da razão, da loucura, com o comprometimento do juízo da realidade, sem maiores ofensas ao direito constitucional de ir e vir, **dissociando o transtorno e a doença mental da exclusão social.**

A Declaração de Direitos do Deficiente Mental, promulgada pela Organização das Nações Unidas (ONU), veio reafirmar que "*o deficiente mental tem direito aos cuidados médicos e aos tratamentos físicos apropriados, assim como à instrução, à formação, à readaptação e aos conselhos que o ajudem a desenvolver ao máximo as suas capacidades e aptidões*" (2). Além disso, "*O deficiente mental deve ser protegido contra qualquer exploração, abuso ou tratamento degradante. Quando sujeito a ação judicial, deverá beneficiar-se de processo normal e legal que tenha em consideração o seu grau de responsabilidade em relação às suas faculdades mentais*" (6).

Já a Declaração de Direitos das Pessoas Deficientes, aprovada pela Assembléia Geral da ONU em 09.12.75, prevê que "*As pessoas deficientes têm direito a tratamento médico, psicológico e funcional, incluindo-se aí aparelhos protéticos e ortóticos, à reabilitação médica e social, educação, treinamento vocacional e reabilitação, assistência, aconselhamento, serviços de colocação e outros serviços que lhes possibilitem o máximo desenvolvimento de sua capacidade e habilidades e que acelerem o processo de sua integração social*"(6).

V. CONCLUSÃO:

Seguindo as recomendações expostas na Carta de Vitória, na Declaração de Caracas e na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, como também na Carta da República de 1988 e na Lei Federal n.º 8.080/90, considerando ser a saúde direito de todos e dever do Estado, entendemos imprescindível a adoção das seguintes providências:

a)**promoção do credenciamento junto ao SUS dos hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico**, garantindo-se aos pacientes submetidos à medida de segurança o acesso a métodos terapêuticos modernos como forma de possibilitar a melhoria na qualidade da saúde mental e o respeito à dignidade e à cidadania desses portadores de transtorno ou doença mental;

b)**fomentar a adesão social** no que pertine à defesa dos direitos das pessoas portadoras de transtorno ou doença mental submetidas à medida de segurança;

c)**utilização pelo Ministério Público de mecanismos legais, judiciais ou extrajudiciais**, que possibilitem a defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais indisponíveis dos portadores de transtorno ou doença mental submetidos à medida de segurança;

d)fiscalização efetiva pelo Ministério Público da aplicação de verbas públicas destinadas às ações e serviços de saúde mental, visando coibir a malversação do erário;

e)**realização de inspeções periódicas aos hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico**, visando coibir práticas abusivas e autoritárias que agridem os direitos constitucionais básicos dos portadores de transtorno ou doença mental;

f)**promoção da autonomia do tratamento dos portadores de transtorno ou doença mental que estejam sendo tratados nos hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico**, no que pertine aos encaminhamentos sugeridos pela equipe multiprofissional, inclusive no que se convencionou denominar de alta progressiva ou saídas terapêuticas, além da adoção do hospital-noite e do trabalho externo, visando ao abrandamento do regime de internação a partir do parecer multiprofissional;

g)**aplicação de ações terapêuticas** em novos espaços de atenção psicossocial, possibilitando a gradual desospitalização e o restabelecimento das relações com a família e a comunidade;

h)**socialização de experiências relativas ao tratamento do portador de transtorno ou doença mental**, incluindo a realização de parcerias com outros órgãos públicos e entidades não-governamentais no atendimento dos pacientes submetidos à medida de segurança.

i)implantação de uma política de saúde mental cujo perfil seja baseado no atendimento ao portador de transtorno ou doença mental, observando-se os princípios da eficiência, eficácia, eqüidade e respeito à dignidade humana e cidadania plena, tornando assim o hospital de custódia e tratamento psiquiátrico um local de tratamento médico-psiquiátrico e não de exclusão e martírio.

VI - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

CUNHA, Edilson Alkmin (tradutor): *Normas e Recomendações Internacionais Sobre a Deficiência*. Brasília: Ministério da Justiça/Coordenadoria Nacional Para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 1996.

_____ (tradutor): *Programa de Ação Mundial Para as Pessoas Com Deficiência*. Brasília: Ministério da Justiça/Coordenadoria Nacional Para Integração das Pessoas Portadoras de Deficiência, 1996.

FEIJÓ, Adriana Maria de Vasconcelos e Dalva Vanderlei Tenório: *Sistema Único de Saúde e Manicômio Judiciário*. Maceió: artigo publicado no Informativo *Custos Legis*: Informativo da AMPAL – Associação do Ministério Público do Estado de Alagoas, n.º 48, janeiro/abril/2001.

JÚNIOR, João Lopes Guimarães: *Papel Constitucional do Ministério Público*. São Paulo: Editora Atlas, trabalho publicado no livro *Ministério Público – Instituição e Processo*, 1997.

TESE 11

O MINISTÉRIO PÚBLICO, OS LOTEAMENTOS E AS PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIAS

Luiz Antonio Miguel Ferreira
Promotor de Justiça - SP

I. INTRODUÇÃO.

O processo de concentração de pessoas nas cidades, com o gradativo abandono da zona rural, acarretou, via de conseqüência, uma crescente preocupação em termos de urbanização, entendida numa concepção mais ampla de caráter social e humanístico, com a organização dos espaços para melhoria da qualidade de vida.

O processo migratório, que traz consigo problemas de ordem econômica, financeira, administrativa e estética, também proporciona uma preocupação a mais, de caráter social, referente à pessoa portadora de deficiência, pois, segundo dados da ONU, dez por cento da população total possui algum tipo de deficiência. Com a concentração maior da população nas cidades, não se pode mais concebê-la de forma a discriminar a pessoa portadora de deficiência que nela convive. Não é possível admitir que todos os munícipes sejam sadios, compondo uma sociedade de perfeitos ou do homem ideal.

Há necessidade de se reconhecerem as diferenças nas pessoas e buscar minorá-las dentro do espaço urbano. Nesse contexto é que devem ser analisadas as questões referentes aos loteamentos e à pessoa portadora de deficiência e o papel do Ministério Público.

Decorre dessa assertiva, que a efetividade dos direitos constitucionais relativos à dignidade da pessoa humana, igualdade e liberdade de locomoção, passa pela questão da acessibilidade do meio urbano onde convive a pessoa portadora de deficiência, como fundamento básico para a sua inclusão social, assumindo o Promotor de Justiça, papel relevante nesta questão.

Assim, dentro do problema urbanístico que envolve o tema, levando-se em consideração a implantação de loteamentos novos, verifica-se que devem os mesmos serem analisados de forma a contemplar o portador de deficiência, reconhecendo as suas diferenças para proporcionar-lhe a igualdade.

II. A ATUAÇÃO DO PROMOTOR DE JUSTIÇA EM RELAÇÃO AOS LOTEAMENTOS.

A atuação do Promotor de Justiça na questão dos loteamentos e desmembramentos, antes da lei n.º 6.766 de 19 de dezembro de 1979, era tímida, limitando-se aos procedimentos de dúvida. Com o advento da referida lei e posterior alteração do perfil institucional, verificou-se maior participação do Promotor de Justiça nesta área.

Gilberto Passos de Freitas[1] ao analisar essa questão, aponta as seguintes hipóteses justificadoras da intervenção do Promotor de Justiça quanto aos loteamentos:

a) Procedimento de dúvida que o Oficial de Registro poderá suscitar quando o pedido de registro do loteamento ou desmembramento, no seu ver, não estiver em condições de ser registrado (art. 18, § 2º).

b) Intervenção no processo do pedido de registro, quando houver impugnação de terceiros (art. 19, § 2º).

c) Procedimento relativo ao cancelamento do registro de loteamento ou desmembramento (art. 23, § 2º).

d) Cancelamento parcial do loteamento registrado ou de sua alteração impõe a intervenção do Ministério Público (art. 28).

e) Legitimidade do Ministério Público para notificar o loteador, a fim de que o mesmo providencie o registro ou a regularização do loteamento ou desmembramento (art. 38, § 2º).

f) Intervir no procedimento formulado pelo loteador para levantamento das importâncias que foram depositadas em cartório pelos adquirentes dos lotes (art. 38, § 3º).

g) Por fim, tratando a lei de aspectos penais relacionados com o parcelamento do solo e sendo os crimes de ação pública, é o Ministério Público a parte legítima para propor a ação penal.

Nessas situações ventiladas, merece análise específica aquela referente à impugnação do registro do loteamento. Não resta dúvida de que em todos o procedimentos desta natureza requeridos por terceiros, a intervenção Ministerial é obrigatória.

A questão é saber se o Ministério Público tem legitimidade para propor a referida impugnação, ou seja, não atendendo o loteador as determinações contidas na legislação, pode o Promotor de Justiça impugnar o registro do loteamento ou até mesmo, exigir de forma complementar, via ação judicial, a regularização do loteamento para que observe determinadas regras, não só relativas ao regular registro, mas as referentes a questão ambiental ou mesmo da pessoa portadora de deficiência.

A resposta a tal indagação é formulada por Gilberto Passos de Freitas[2]:

> *"A resposta, a nosso ver, tem de ser afirmativa. Uma vez que se trata de matéria referente a registros públicos, cujo ato de registro de loteamento ou desmembramento constitui-se numa exigência de ordem legal, não só no interesse dos adquirentes dos lotes, mas também da Administração Pública,*

1. *O Ministério Público e a nova lei de loteamentos.* Revista do Ministério Público do Paraná. Curitiba: n. 10, ano 11, 1983, p.145/150.
2. Artigo citado, p. 146.

não resta dúvida que ocorre um interesse público. Esse, no dizer de Alcides Mendonça Lima "muito se aproxima do interesse social ou da ordem pública (Atividades do Ministério Público no processo civil. Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, vol. 9/10, p. 25). E consoante preleciona Washington de Barros Monteiro, as leis de ordem pública são aquelas cuja observância se torna necessária ao interesse geral (público). São aquelas, no dizer do abalizado mestre, que interessam mais diretamente à coletividade que aos particulares. Por isso mesmo, qualquer disposição que as contraria será destituída de validade (JUSTITIA, 87/280). Portanto, uma vez que, como já assinalado, o registro do loteamento ou desmembramento é um registro imobiliário, regido que é por normas de ordem pública, sendo obrigatória a intervenção do Ministério Público, tem ele legitimidade para impugná-lo, caso esteja em desacordo com as normas legais".

Verifica-se, pois, que a intervenção do Promotor de Justiça é de extrema importância para a efetiva observância das normas legais, não somente as relacionadas diretamente com o loteamento, mas também outras que estão ligadas ao ato, como as referentes ao meio ambiente e a pessoa portadora de deficiência. Para a efetivação de tais mandamentos, pode o Promotor de Justiça manifestar como parte interveniente nos procedimentos de dúvidas formulada pelo Oficial do Registro ou por terceiros e ainda impugnar diretamente o pedido.

A legitimidade para as ações que visam à regularização dos loteamentos vem sendo reconhecida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo diante do direito difuso e coletivo que envolve a questão pois "*o descumprimento das normas que regulam a ocupação do solo não atinge somente aquelas pessoas que, diretamente estão inseridas no contexto, como moradores e ocupantes locais, mas, de certa forma, a toda comunidade. A ocupação ordenada e obediente as posturas públicas atinge a todos, inclusive sob a ótica das influências socioculturais. A coletividade, no seu todo, padece com a degradação, conseqüência da desobediência aos comandos normativos*"[3].

Neste momento, deve atuar o Promotor de Justiça responsável pelo acompanhamento da implantação dos loteamentos.

III. A ELIMINAÇÃO DAS BARREIRAS ARQUITETÔNICAS COMO EXPRESSÃO MAIOR DO DIREITO À IGUALDADE, LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

Não há como negar que o ambiente urbano, desde muito tempo, é concebido de forma a agravar a situação das pessoas portadoras de deficiência, posto que calcado numa concepção segregadora e de exclusão, contribuindo para um verdadeiro *apartheid social*. Talvez, o fato de não termos suportado guerras, que deixam um elevado número de pessoas deficientes, como nos Estados Unidos, ajudou a construir esta cultura de exclusão.

Como decorrência dessa situação, constata-se que a sociedade e o ambiente urbano na qual convive, apresentam barreiras, que podem ser classificadas em visíveis e invisíveis. A respeito da matéria, esclarece com muita propriedade Adriana Romeiro de Almeida Prado[4]:

3. JTJ – LEX 225/27.

4. *Eliminação de Barreiras: um desafio.* In: Revista de Direitos Difusos. São Paulo: Ed. Esplanada – Adcoas, vol. 04, 2000, p. 419.

"Constituem-se barreiras visíveis todos os impedimentos concretos que provoquem falta de acessibilidade das pessoas aos espaços".

"As invisíveis, são preconceitos estipulados pela sociedade, onde as pessoas são vistas pelas suas deficiências e não pelas suas potencialidades".

"A eliminação de barreiras visíveis contribui para a diminuição de algumas barreiras invisíveis".

Não há dúvida de que as barreiras visíveis devem-se ser eliminadas, tornando acessível o espaço público, entendendo acessibilidade como a condição de utilização, com segurança e autonomia dos elementos de urbanização, das vias públicas, dos parques e demais espaços de uso público, do mobiliário urbano (semáforos, postes de iluminação), dos prédios públicos e de uso coletivo, dos veículos de transporte e dos sistemas de comunicação e sinalização.

Proporcionando maior integração do portador de deficiência no meio urbano, haverá uma maior possibilidade de eliminação do preconceito (barreira invisível), com a garantia da sua inclusão social.

A acessibilidade que se pretende alcançar, com a eliminação das barreiras arquitetônicas (barreiras visíveis), representa a efetividade do princípio da igualdade e da dignidade humana, com a real aplicação do direito de locomoção e integração da pessoa portadora de deficiência.

Isto porque, tornar o ambiente acessível, representa a garantia de tratar de forma igualitária o portador de deficiência, pois *"o verdadeiro sentido da isonomia constitucionalmente assegurada, é tratar diferentemente os desiguais, na medida em que se busque compensar juridicamente a desigualdade, igualando-os em oportunidades"*[5].

A igualdade, esclarece Luiz Alberto David Araujo[6] *"deve ser a regra mestra de aplicação de todo o entendimento do direito à integração das pessoas portadoras de deficiência. A igualdade formal deve ser quebrada diante de situações que, logicamente, autorizem tal ruptura. Assim, é razoável entender-se que a pessoa portadora de deficiência tem, pela sua própria condição, direito à quebra da igualdade, em situações das quais participe com pessoas sem deficiência".*

Decorre de tais ensinamentos que a inclusão do portador de deficiência requer a eliminação de barreiras, para que se possa garantir a sua igualdade. Estas barreiras, uma vez eliminadas, possibilitam a efetividade do direito de locomoção, que no caso, deve ser interpretado de forma mais ampla, não se limitando à ameaça ou vedação do direito individual de ir, vir e permanecer. A luz do Direito Urbanístico, o direito de locomoção também engloba o *"direito de freqüentar ambientes públicos fechados (direito de acesso arquitetônico), de percorrer ruas, praças e avenidas (direito de trânsito) e de utilizar-se , nesse trajeto, de meios de transporte público financeira e ergonomicamente acessíveis"*[7].

---

5. MAZZILLI, Hugo Nigro. *A pessoa portadora de Deficiência e o Ministério Público.* IN: Revista de Direitos Difusos. São Paulo: Ed. Esplanada – Adcoas, vol. 04, 2000, p. 455.
6. A *proteção Constitucional das pessoas portadoras de deficiência.* Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa portadora de Deficiência – CORDE, 1994, p. 52.
7. FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *Direito de locomoção da pessoa portadora de deficiência no meio ambiente urbano.* IN: Revista de Direitos Difusos. São Paulo: Ed. Esplanada – Adcoas, vol. 04, 2000, p. 423.

Uma vez garantida a igualdade do portador de deficiência, ou seja, *o direito de ser igual, mesmo sendo diferente,* assegurando-lhe o direito de locomoção, estará sendo cumprido o mandamento constitucional referente à dignidade da pessoa humana, com sua integração social. Pode-se afirmar, portanto, a busca da integração social da pessoa portadora de deficiência, não representa um ato de caridade, mas o respeito ao mandamento constitucional.

IV. OS LOTEAMENTOS E OS PORTADORES DE DEFICIÊNCIA.

Especificamente, em relação aos loteamentos a serem implantados, torna-se necessário analisá-los com vista à inclusão do portador de deficiência.

Seguindo a tradição de exclusão, incrustada na nossa cultura, verifica-se que os mesmos são contemplados e implantados de forma a ignorar o portador de deficiência. Não há uma preocupação efetiva do loteador com relação ao portador de deficiência, sendo que as obras estruturais dos loteamentos não incorporam requisitos mínimos relativos a acessibilidade. Da mesma forma, a municipalidade ainda não está atenta à questão e ignorando a legislação federal, admite e autoriza a implantação de loteamentos que, sob o ponto de vista urbanístico, contraria a sua destinação final, já que não atende à coletividade, em especial ao portador de deficiência. Assim, muitas vezes, constatam-se situações que podem ser resolvidas na sua origem, mas que são ignoradas, como por exemplo a colocação de um poste no passeio público que venha a impedir o livre trânsito do portador de deficiente que se utiliza de uma cadeira de rodas.

O loteador e a municipalidade devem estar atentos a esta situação, de forma a contemplar, quando da implantação dos loteamentos, princípios urbanísticos que venham assegurar a acessibilidade, a locomoção e inclusão do portador de deficiência, tais como:

a) a inclusão do portador de deficiência através de rampas de acesso e trilhas nos passeios públicos;

b) mobiliários e equipamentos urbanos acessíveis aos portadores de deficiência física, visual, auditiva e múltipla.

Para a melhor compreensão do tema, mister se faz definir o que vem a ser mobiliário e equipamentos urbanos.

O parágrafo único do artigo 5º da Lei 6.766/79 que dispõe sobre o parcelamento do solo urbano, define como equipamentos urbanos:

> *Parágrafo único: Consideram-se urbanos os equipamentos públicos de abastecimento de água, serviços de esgotos, energia elétrica, coletas de águas pluviais, rede telefônica e gás canalizado.*

Referida lei também estabelece que os loteamentos deverão contemplar a implantação de equipamentos urbano e comunitário, bem como espaços livres de uso público (art. 4º, I).

Nas normas técnicas da ABNT, equipamento urbano é definido da seguinte forma:

> *"Todos os bens públicos e privados, de utilidade pública, destinados à prestação de serviços necessários ao funcionamento da cidade, implantados mediante autorização do poder público, em espaços públicos e privados" (NBR 9050, item 3.6.1).*

> *"São exemplos de equipamento urbano (citados na NBR 9284): ginásio de esportes, clubes, escolas, praças, parques, auditórios, estacionamentos e outros" (NBR 9050, item 3.6.2).*

Por mobiliário urbano, referida norma define como sendo:

> *"Todos os objetos, elementos e pequenas construções integrantes da paisagem urbana, de natureza utilitária ou não, implantados mediante autorização do poder público, em espaços públicos e privados. (NBR 9050, item 3.7.1).*
>
> *"São exemplos de mobiliário urbano (citados na NBR 9283): telefones públicos, caixas de correio, bancas de jornal, semáforos e outros" (NBR 9050, item 3.7.2).*

A Lei n. 10.098 de 19 de dezembro de 2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou mobilidade reduzida, define:

> *Elementos de urbanização: qualquer componente das obras de urbanização, tais como os referentes a pavimentação, saneamento, encanamento para esgoto, distribuição de energia elétrica, iluminação pública, abastecimento e distribuição de água, paisagismo e os que materializam as indicações do planejamento urbanístico.*
>
> *Mobiliário urbano: o conjunto de objetos existentes nas vias e espaços públicos, superpostos ou adicionados aos elementos de urbanização ou da edificação, de forma que a sua modificação ou traslado não provoque alterações substanciais nestes elementos, tais como, semáforos, postes de sinalização e similares, cabines telefônicas, fontes públicas, lixeiras, toldos, marquises, quiosques e quaisquer outros de natureza análoga.*

No loteamento urbano, todos estes equipamentos e mobiliários, devem ser previstos e muitos deles implantados diretamente pelo loteador, com supervisão da municipalidade, do oficial registrador e também do Ministério Público.

Assim, os loteamentos devem contemplar:

- No caso da realização de calçamento, piso diferenciado para circulação do deficiente visual: nas áreas de circulação implantadas nos loteamentos, deve-se utilizar de faixas de piso com textura e cor diferenciada para facilitar a identificação do percurso pelas pessoas portadoras de deficiência sensorial visual.

- Área mínima para circulação de pessoas portadoras de deficiência que se utilizam de cadeiras de rodas: de acordo com a norma técnica da ABNT (NBR 9050), é necessário uma área mínima de circulação correspondente a 1,50 m. de largura para possibilitar o trânsito de duas cadeiras de rodas ao mesmo tempo; 1,20 m. para circulação de uma

cadeira de rodas e uma pessoa; 1,20 m. nos passeios com vegetação natural.

- Quanto a vegetação utilizada nos loteamentos, nas áreas de circulação e de descanso, devem ser evitadas: a) plantas venenosas ou dotadas de espinhos; b) trepadeiras, plantas rasteiras e outras formas invasivas ou que necessitem de constante manutenção; c) plantas cujas raízes possam danificar o pavimento; d) plantas que possam causar prejuízos ao movimento das cadeiras de rodas ou aos elementos de drenagem, tornando o piso escorregadio (9.3 – NBR 9050).

- Telefones públicos que venham a ser implantados, devem possibilitar a utilização pela pessoa portadora de deficiência, não sendo locado em espaço que possa prejudicar a sua livre locomoção. Tais telefones (tipo "orelhão") precisam estar a uma altura adequada, para possibilitar a utilização pelo portador de deficiência que se utiliza de cadeiras de rodas. Por outro lado, a projeção do mesmo junto ao piso, deve ser feita com textura e cor diferenciadas, para possibilitar a identificação por parte do deficiente visual. Nos locais onde serão instalados, há necessidade de se garantir o acesso do portador de deficiência até o aparelho, inclusive com a adaptação de rampas nos passeios públicos.

- Caixas de correio: da mesma forma que o telefone público, devem ser concebidas e implantadas de forma de possibilitar a utilização pelo portador de deficiência, com o cuidado de ter sua projeção junto ao piso, com textura e cor diferenciadas.

- Estacionamento público: A lei 10.098 de 19 de dezembro de 2000, estabeleceu um percentual equivalente a 2% do total e no mínimo uma vaga para o portador de deficiência nas áreas de estacionamento de veículos localizadas em vias ou em espaços públicos. Nas áreas públicas dos loteamentos, de domínio do Município e onde, necessariamente deverá ser implantada obra destinada ao uso comum da população, a reserva de vagas é necessária e deve ser implantada de acordo com as normas técnicas da ABNT (NBR 9050, item 8.3), contemplando um espaço adicional de 1,20 m de largura, para segurança e conforto do embarque e desembarque da pessoa portadora de deficiência. Nos loteamentos a serem implantados tal regra deve ser observada quando da utilização do referido espaço público.

- Rampas nos passeios públicos: as vias de circulação devem ser contempladas de forma a garantir o livre trânsito do portador de deficiência, devendo o leito carroçável estar ligado aos passeios públicos e calçadões, mediante o rebaixamento das guias, com construção de rampas, com a largura mínima de 1,20 m..

- Hidrantes – Postes de iluminação – Placas de sinalização – Tubulação de esgoto (boca de lobo): devem ser locados de forma a garantir o livre trânsito do portador de deficiência, respeitando sempre a área mínima de circulação dos passeios públicos e as rampas de acesso.

As adaptações dos loteamentos, como em qualquer outra obra, "podem encarecer um projeto em média em até 5%, mas se adaptação for posterior, o custo será muito mais elevado", segundo informa o Dr. Gildo Magalhães dos Santos Filho, presidente da comissão de acessibilidade da ABNT., sendo certo que muitas delas visam a segurança urbana e a funcionalidade.

Tais adaptações não se tratam de um favor ou de uma liberalidade do loteador ou do Município. Com a vigência da lei n.º 10.098/00, o planejamento e a urbanização das vias

públicas, parque e dos demais espaços de uso público, bem como os serviços e mobiliários urbanos, deverão ser concebidos e executados de forma a torna-los acessíveis para as pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida (artigos 3º a 10º).

Esta legislação proporciona o fundamento legal para que todos os interessados, (Município, Ministério Público, associações, etc.), possam exigir a necessária acessibilidade, dando cumprimento ao estabelecido na Constituição Federal.

V. CONCLUSÕES:

Diante do exposto, face as considerações a respeito da atuação do Promotor de Justiça e da necessidade dos loteamentos contemplar acessibilidade ao portador de deficiência, é possível extrair as seguintes conclusões:

a) Deve o Promotor de Justiça que atua na área de direito urbanístico, intervir ativamente nos registros de loteamentos, a fim de contemplar a acessibilidade dos mesmos aos portadores de deficiência;

b) A intervenção do Promotor de Justiça deve ser via impugnação do registro de loteamentos, e de forma alternativa por inquérito civil, recomendação ou ação civil pública, caso o mesmo não se mostre acessível ao portador;

c) O direito de igualdade do portador de deficiência com sua integração social somente será possível, a partir do momento em que tais loteamentos forem concebidos com a garantia deste direito, assumindo o Promotor de Justiça relevante papel para desencadear tal processo inclusivo.

TESE 12

O NEOLIBERALISMO E O DIREITO SOCIAL À EDUCAÇÃO

Roberto Durço
Promotor de Justiça aposentado
Ministério Público - SP

"Em toda parte está pronta a embalagem de uma nova servidão."
Max Weber

I. INTRODUÇÃO

Ao refletirmos sobre educação, **como direito social,** nestes inícios de século, sobressaem preocupações advindas dos inevitáveis reflexos da implementação do projeto neoliberal.

Dificuldades várias sentimos ao nos propor este início de estudo sobre o neoliberalismo e o direito social à Educação.

Essas dificuldades — no *plano prático* decorrem da ausência de um quadro institucional, em especial no Brasil, que já tenha colocado em prática os vários itens da proposta neoliberal e checado com isenção seus resultados; — no *plano metodológico* pelas mutações, se não disfarces, quando de sua execução conforme as realidades em que se objetiva implantar — e no *plano doutrinário* - por haver diversos modelos teóricos de neoliberalismo.

A própria busca de um conceito para neoliberalismo não se torna tarefa fácil, pois se "todo conceito tem uma intenção ou conotação ou compreensão"[1], defensores e críticos se digladiam em posições extremadas.

Dicionários e enciclopédias refletem em seus verbetes uma certa ingenuidade, que por vezes parece resultar de intencionalidade.

Assim temos conceitos de neoliberalismo nitidamente simplistas como o de ser uma "teoria que admite a intervenção estatal na economia para equilibrar os interesses sociais com os particulares"[2] e outros que refletem evidente simpatia, por ser a "doutrina que defende um

1. **MENDONÇA,** Nadir Domingues. *O uso dos conceitos*, pg 18.
2. **DINIZ**, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*, Vol 3.

liberalismo moderno, restabelecendo a manutenção do livre jogo das forças econômicas e a iniciativa dos indivíduos, mas aceitando a intervenção limitada e controlada do Estado."[3]

E o exato entendimento do que vem a ser proposta neoliberal que já afeta nosso dia a dia, como um todo, toma maior importância no campo educacional, por afetar não só o presente, como por atingir com impacto irremediável o futuro de gerações.

II. Em busca das raízes do neoliberalismo.

O neoliberalismo, sem a menor dúvida, filia-se ao velho liberalismo do século XIX, não há como negar sua " marca de origem ", e " designa uma doutrina que aspira remover certas posições do velho liberalismo " (ortodoxo ou típico), " permanecendo fiel às raízes do mesmo."[4]

O neoliberalismos tem em Friedrich Hayek e Milton Friedman, lideres da escola de Chicago seus ideólogos maiores. Porém, o neoliberalismo é um fenômeno histórico muito mais amplo do que propõe a obra desses ideólogos.

O neoliberalismo, como doutrina e como práxis, não atende apenas a programa de ajuste estrutural e muito menos uma mera proposta político-governamental, seu agir vai muito além da área política e econômica.

Busca ser um projeto de vida pessoal e social, com base em valores a primeira vista sumamente atraentes, como o cultuar da eficiência, da produtividade, da melhoria dos indicadores econômicos, com o controle da hiperinflação, a quebra de alguns monopólios, etc.

Preocupando-nos basicamente com a realidade brasileira, localizamos uma cartilha do neoliberalismo editada nos antecedentes de nossa atual Constituição Federal, sob o sintomático título *Liberalismo e Justiça Social.*

Logo na apresentação de seus *postulados* insere em destaque a sua mensagem: "Este (o neoliberalismo) não apenas defende a crescente ampliação dos direitos da cidadania, mas também valoriza o ideal da igualdade, como intrinsecamente vinculado à própria liberdade."[5]

Sente-se que as forças que favoreceram a origem do modelo neoliberal, e a receptividade de seu programa sob graus diversos, advém da existência de ambientes mais ou menos favoráveis.

Para o neoliberalismo o Estado não deve se intrometer na economia, por ser mau administrador, daí apresentarem-se os modelos estatizantes sob fracasso no mundo inteiro. Por outro lado, a iniciativa privada incentiva e garantiria a eficiência. Acena com a redução dos gastos públicos, para se ter equilíbrio fiscal. Estimula a abertura da economia ao mercado externo que seria a garantia de abundância de produtos, com política de privatizações do patrimônio público com o fim de atrair capitar estrangeiro. Penetra no campo do trabalho, indicando como solução a livre contratação, como garantia de maior eficiência e produtividade.

Insere-se em " *O Choque das Civilizações* " os argumentos dessa nova ordem social-

3. *Grande Enciclopédia Larousse Cultural*, Vol. XVII
4. **CATHARINO,** José Martins. *Neoliberalismo e sequëla, pg. 18*
5. **MACIEL,** Marco. *Liberalismo e Justiça Social, pg. 19.*

política - " Na condição de primeira civilização a se modernizar, o Ocidente lidera a aquisição da cultura da modernidade. À medida que outras sociedades adquirirem padrões semelhantes de educação, trabalho riqueza e estrutura de classes, ... , essa moderna cultura ocidental se transformará na cultura universal do mundo." [6]

Tem-se aí uma perspectiva pós-moderna, que já se acenava na década de 70, em que se reconhecia que o " *redesdobramento* " econômico do capitalismo, " auxiliado pela mutação das técnicas e das tecnologias, segue em paralelo, ..., com uma mudança de função dos Estados ..." [7]

Já sentia nessa época que o acesso às informações é e será da alçada de *experts* dos mais vários tipos. Já se tinha como presente que a classe dirigente não seria constituída pela classe política tradicional, " mas por uma camada formada por dirigentes de empresas, altos funcionários, dirigentes de grandes órgãos profissionais, ..." [8]

Havia clara visão da nova ordem social que se impunha - o neoliberalismo, com busca de caráter hegemônico, após a implosão da União Soviética e de seus aliados ideológicos.

A partir daí, em escala crescente, o neoliberalismo sacraliza o mercado, propugnando a não intervenção do Estado, a política de privatização, tendo por fé de solução dos problemas nas mais diversas áreas, inclusive, educacional, o livre vigorar da leis do mercado.

Neoliberalismo, ou estado neoliberal são termos empregados para designar um tipo de estado vinculado às experiências de governos em verdade neo-conservadores como de Margaret Thatcher, na Inglaterra, Ronald Reagan, nos Estados Unidos, de Brian Mulrony no Canadá. E na realidade latino-americana, a primeira experiência foi no Chile, após a queda de Allende.

Propuseram esses governos e outros que lhes seguiram, na Argentina (que ora amarga duras conseqüências) e México, inclusive, em certa medida no Brasil, noções de mercados abertos e tratados de livre comércio, redução do setor público e diminuição do intervencionismo estatal na economia e na regulação do mercado.

Enfocando a realidade latino-americano, apresentam-se defensores do que chamam "liberalismo moderno", como Peter Gaupp, em publicação de fundação alemã de alto prestígio, Konrad-Adenauer-Stiftung: " Na América Latina, ainda são fracas as raízes do liberalismo moderno, que visa o Estado de Direito democrático e pluralista e a economia de mercado aberta, social e solidária. Assim, tanto maior é o risco de receitas populistas, estatizantes ou de capitalismo darwiniano voltem a parecer atraentes, que o militarismo volte à política e que ocorram soluções violentas das tensões sociais, destruindo os resultados já conquistados da estabilização e soterrando ainda mais o potencial econômico e humano existente." [9]

Evidenciam os neoliberais "ódio contra o Estado e a vontade de destruir o Estado-nação." [10] A propósito Reagan diz: "Não temos problemas no Estado, o Estado é o problema" Cuida-se de eliminar todas as intervenções do Estado na economia, reduzindo-o à mera função de defender os direitos da propriedade e manter os contratos firmados no mercado.

---

6. HUNTINGTON, Samuel P. *O choque de Civilizações, pg. 81.*
7. LYOTARD, Jean-François. *O Pós-Moderno, pg 27.*
8. LYOTARD, Jean François. *O Pós-Moderno, pg. 27.*
9. GAUPP, Peter. *Democracia e economia de mercao - desafios para a América Latina(* titulo original: *Demokratie und Marktwirtschaft - Herausforderungen für Lateinamerika), pg. 5*
10. COMBLIN, José. *O Neoliberalismo, pg. 21.*

O Estado é transmudado no grande vilão e a receita passada pelo neoliberalismo envolve a desregulamentação dos mercados, a submissão das empresas à concorrência global e, para os mercados de trabalho, flexibilização e remoção das cláusulas sociais.

Para os neoliberais o " Estado foi degradado para a posição de "vigia noturno" [Nachtwächter-Staat]". [11]

Na área do bem-estar social, os neoliberais afirmam integrar o âmbito privado, sendo suas fontes " naturais " a família, a comunidade e os serviços privados. Rechaça-se o conceito dos direitos sociais e a obrigação da sociedade garantí-los através da ação estatal.

III. Críticas ao neoliberalismo.

Não obstante todo esse aceno de acerto de parte do neoliberalismo, cada vez mais se apresentam resistências e críticas ao implantar de suas propostas que reputa como salvadoras. Que o digam os sangrentos confrontos na véspera do início do encontro do G-8, em Gênova. [12]

Críticas há de acre nível, ao enfocar da realidade brasileira, ao afirmar que " os grandes problemas do país, o neoliberalismo jamais solucionou; antes, até os agravou: retomada do crescimento econômico nula ou muito parcial, vinculada sobretudo ao setor terciário, desemprego, perda do poder aquisitivo dos salários, deterioração dos serviços essenciais como saúde, *educação (o grifo é nosso)*, segurança pública ... troca de partido, corrupção administrativa e judicial, déficit fiscal e comercial em aumento, degradação acelerada do meio ambiente etc." [13]

Outras refletem perplexidades — " Encontramo-nos frente a seguinte questão, como o projeto neoliberal lograr, a um só tempo, reduzir drasticamente as tutelas jurídico-políticas só exercitáveis através do Estado (saúde, educação, habitação, saneamento básico etc;) e, de forma igualmente drástica, conter inclusões de novas tutelas," ... provocar " profundas rupturas sociais e, consequentemente, riscos para a democracia?" [14]

Para outros não há sequer neoliberalismo, chegando a qualificá-lo como farsa, como Darcy Ribeiro: " O neoliberalismo não passa de uma farsa, o disfarce com que se apresenta uma forma de política que pretende, justamente, o " fim da História ", isto é, os ricos ficarão mais ricos, os pobres ficarão mais pobres, e tudo será como o país das maravilhas." [15]

De Evaristo Morais Filho, com humor, tem-se a deixa: "Todos os *neo* são sempre suspeitos em matéria social ou histórica à maneira de café requentado ou salvados de incêndio."[16]

As críticas não se restringem a estudiosos de nosso terceiro mundo, vem pelo menos sob a forma de indagações de representantes de uma das mais prestigiosas fundações européias, a já citada Konrad-Adenauer-Stiftung, através de Klaus Weigelt e Klaus Paehler, ainda que

---

11. **BLUM,** Reinhard. *Econo ia social de mercado: políica econômica entre neoliberalismo e o ordoliberalismo (A Concorrência na Economia Social de Mercado), pg. 1.*
12. **SIMONETTI**, Eliana Gianella. *Tudo que é sólido se desmancha no Ar.* São Paulo: Veja n. 1710,2001 (25.julh), pg. 50.
13. **IRIARTE,** Gregório. *Neoliberalismo sim ou não? , pg.5*
14. **GOMES,** Manoel Eduardo Alves Camargo e. *Apontamentos sobre alguns impactos do projeto neoliberal no processo de formação de tutelas jurídico-políticas. (Direito e Neoliberalismo), pg. 124.*
15. **CATHARINO,** José Martins, ob. cit., pg. 11.
16. **CATHARINO,** José Martins, ob. cit. pg. 12

repudiando de forma incisiva o socialismo, reconhecem: "..., toda vez que ocorrem mudanças profundas na vida de homens ou povos, a esperança de um futuro melhor não é isenta de dúvidas, e nuvens escuras escondem temporariamente o horizonte: falências de empresas, desemprego, insegurança social - conseqüência de um sistema que agora cabe superar com ingente esforço." [17]

Esta multiplicidade de tarefas leva a uma questão mais profunda: será que riqueza, dinheiro, ser bem sucedido são realmente tão importantes? Não há perigo de nos tornamos escravos do dinheiro, adoradores do "bezerro de ouro"?

Poderemos nos adaptar ao novo mundo pregado pelo neoliberalismo? Poderemos nele nos sentir à vontade e viver com decência? Poderemos manter valores e tradições que antes julgávamos importantes?

Será que o egoísmo e a pressão da concorrência ao proporcionar a uma diminuta parte dos uma vida talvez mais rica em elementos materiais, não trará a ela mais pobreza emocional e moral, no confronto com a crescente miséria a atingir a maior parte da Humanidade?

Se essas indagações conduzem a reflexões sumamente preocupantes, mais ainda sentimo-nos em terreno extremamente movediço, para não dizer traiçoeiro, quando se tem uma análise contundente de dois temas umbelicalmente unidos globalização e neoliberalismo:

> "Uma das características do neoliberalismo é cunhar termos polêmicos, a começar pelo próprio nome. Um desses termos controvertidos é *globalização,* vista por muitos intelectuais como uma invenção já que o comércio mundial não é mérito somente do tempo presente. A palavra *globalização* é tão polêmica que, além de receber críticas de economistas dos países mais pobres vem sendo ridiculizada por alguns de países ditos desenvolvidos. Em entrevista ao jornal italiano *Il Corriere della Sera,* o economista norte-americano John K. Galbraith disparou: "Globalização não é um conceito sério. Nós, americanos, o inventamos para dissimular nossa política de penetração, nos outros países." [18]

Nós da América Latina caímos no conto da globalização, e que se constitui em um mito que serve para esconder os jogos do poder nos intercâmbios internacionais.

A globalização serve para enganar os povos mais fracos: serve para forçar a livre entrada nos seus mercados, sem nenhuma reciprocidade garantida.

Já no início da década de 90, a noção de dependência " incorpora as novas realidades produzidas pela globalização " [19]. Ao invés do reconstruir do Estado, para eliminar o "apartheid social", o que se tem cada vez mais é o aprofundar deste.

Ao reapreciar a inserção na economia global, estudo de fundação de pesquisa alemã manifesta sua preocupação: " Cogitaria também se aquilo, que a princípio se supusera ser uma universalização de possibilidades econômicas, não seria apenas uma reacomodação regional de plataformas internacionais de produção, comercialização e financiamento, ao término da qual resultaria uma nova hierarquia desigual de localidades internacionalmente enredadas e localidades isoladas." [20]

---

17. **WEIGELT,** Klaus e **PAEHLER,** Klaus. (Polistich Akademie der Konrad-Adenauer-Stiftung -) *A moral na comparação dos sistemas (A moral da Economia de Mercado), pg. V.*
18. *Brasil 500 anos, pg. 765.*
19. **AYERBE,** Luís Fernando. *Neoliberalismo e política externa na América Latina, pg. 173.*
20. **PACHECO,** Ricardo. *Prerrogativas locacionais face à economia globalizada: uma introdução con ceitual, (Inserção na Economia Global: uma Reapreciação), pg. 6.*

IV. Reflexos do neoliberalismo no Direito à Educação.

> " É preciso aprender a navegar em um oceano de incerteza em meio a arquipélagos de certeza."
>
> Edgar Morin

Dada essa rápida visão do neoliberalismo, passamos a análise dos seus reflexos na área educacional, de vez que esse modelo não só condiciona a vida sócio-econômica do país, como se constitui caixa de ressonância a tantos desafios e problemas da Educação.

"O que está em jogo não é apenas uma reestruturação neoliberal das esferas econômica, social e política, mas uma reelaboração e redefinição das próprias formas de representação e significação social." [21]

A estratégia neoliberal de conquista hegemônica não se restringe ao campo sócio-econômico, pois tem na educação uma de suas áreas prioritárias.

Efetivamente, "por detrás dos altos e baixos do "ciclo econômico" e por detrás dos problemas na educação, ... , nossas vidas cotidianas e as vidas de milhões de pessoas ao redor do mundo são envolvidas numa crise econômica, uma crise que provavelmente terá duradouros efeitos culturais, políticos e econômicos." [22]

Em verdade, o projeto neoliberal no Brasil na área educacional é parte de um processo internacional mais amplo. Em tempos de globalização esse projeto não pode ser compreendido fora da dinâmica internacional.

Em seu conjunto esse processo faz com que sejam prioridades da educação as metas de produtividade, eficiência, "qualidade", definidas como condições imprescindíveis para acesso à modernidade.

Aí se tem uma palavra mágica — "qualidade" — que se converte em uma palavra de ordem que por sua polissemia, transforma-se em grito de guerra em torno do qual todos devem se unir e conjugar todos os esforços.

"Entretanto, o predomínio de uma expressão nunca é ocioso ou neutro. A problemática da qualidade esteve sempre presente no mundo da educação e do ensino, mas nunca havia alcançado antes esse grau de centralidade." [23] Essa meta de qualidade esconde as verdadeiras intenções do neoliberalismo, qual seja de substituir a problemática da igualdade e a da igualdade de oportunidades.

O que se tem é "A cultura da satisfação "evidenciada pelo mesmo John Kenneth Gralbraith. Tem-se a "implacável e selvagem lógica social que confira o conhecido cenário de minorias "ganhadoras" e maiorias "perdedoras" [24]

---

21. **SILVA,** Tomaz Tadeu da. *A " nova " direita e as transformações na pedagogia da política e na política da pedagogia), pg. 13.*
22. **APPLE,** Michael W. *Educação e Poder, pg. 19.*
23. **ENGUITA,** Mariano Fernándes. *O discurso da qualidade e a qualidade do discurso. (Neoliberalismo, Qualidadde Total e Educação), pg. 96.*
24. **GENTILI,** Pablo A.. A. *O discurso da "qualidade " como nova retórica conservadora no campo educacional (Neoliberalismo, qualidade total e educação), pg. 113.*

Os satisfeitos idealizam teorias e doutrinas que lhes torna possível legitimar suas posições de privilégios. Dispõem de explicações com relativa coerência, teorias políticas providas de sofisticação e uma retórica toda especial no campo educacional.

As questões sociais, econômicas e políticas por inspiração da doutrina neoliberal devem ser solucionadas pelo *gerenciamento.* Há uma reestruturação que determina "uma reforma na educação " , com " um distanciamento significativo da ênfase *na administração e política* para a ênfase no *gerenciamento."* [25]

A ofensiva neoliberal não é apenas uma luta em torno da distribuição de recursos materiais e econômicos, mas principalmente " uma luta para criar as próprias categorias, noções e termos através dos quais se pode nomear a sociedade e o mundo." [26]

A situação crítica das escolas públicas é vista pelos neoliberais como decorrência de má gestão e desperdício de recursos pelos poderes públicos, da falta de produtividade de professores e administradores educacionais e do aplicar de métodos superados e ineficientes de ensino, agravados por currículos desvinculados da realidade e necessidades atuais.

Os críticos do neoliberalismo, por sua vez , a vista da crescente carência e encolhimento do ensino público, com paralelo tonificar e crescimento do ensino privado, visualizam justamente uma estratégia dos neoliberais de retirar a educação institucionalizada da esfera pública e submetê-la às regras do mercado.

Teriam por meta transformar a educação num simples objeto de consumo individual, não passível de discussão pública e coletiva.

Se o "desmonte do Estado no Brasil, na sua capacidade de financiar a educação e outros serviços como a saúde, que são incompatíveis com a lógica do mercado e do lucro" [27], não chegou a níveis os mais perversos como os implantados na Argentina e Chile, é porque contamos ainda com forças sociais organizadas que a duras penas a isso se contrapõem.

Não obstante sente-se cada vez a aplicação do programa neoliberal, como a privatização de estatais e até de serviços públicos, afetando, inclusive, a área de saúde e de *educação.*

Em verdade o discurso da política neoliberal hostiliza o inscrito em nossa Constituição Federal, em especial seus artigos 1º, I e II, 3º, I e IV e 170, VII.

Afronta o art. 6º de nossa Carta Maior, que expressamente coloca a educação como um dos direitos sociais do cidadão.

Cada vez mais se sente que " a estratégia neoliberal logra, a um só tempo, (1) modificar o modelo de legitimação politica, reduzindo as possibilidades de inclusão de novas demandas incompatíveis com os interesse do mercado e (2) afastar algumas tutelas jurídico-políticas, em especial as de caráter social e coletivo, para fora do mercado." [28]

---

25. **FITZSIMONS,** Patrick. *adminuistração, Educação e Liberalismo., pg. 1.*
26. **SILVA,** Tomaz Tadeu, ob. cit., pg. 16.
27. **FRIGOTTO,** Educação e Formação human; ajuste neoconservador e altsernativa democrática. (Neoliberalismo, Qualidade total e Educação), pg. 59.
28. **GOMES,** Manoel Eduardo Alves de Camargo e. *Apontamentos sobre alguns impactos do projeto neoliberal no procsso de foramçao de tutelas jurídico-políticas. Direito e neoliberalismo; elementos para uma leitura interdisciplinar.* Curitiba: EDIBEJ, 1996, pg. 126.

E através dessa estratégia cada vez torna letra morta o inciso V do art. 23 , no sentido de " proporcionar os meios de acesso ... à cultura, à educação e à ciência", e o inciso III do art. 214, da Constituição Federal, que estabelece como meta do plano nacional de educação, a melhoria da qualidade do ensino. pois, o que se constata é o progressivo estado de sucata a que se reduz a educação, em especial, a dos cursos públicos superiores.

Cada vez mais as disposições do art. 207 da Constituição Federal, no que se referem às Universidades Públicas são esquecidas, com o aprofundar de notória crise que se generaliza e se reflete nas contínuas paralisações, inclusive, a que ora assistimos, que do corpo administrativo, se estende dos docentes aos discentes. Noticia a imprensa -: " Professores da UFPR e Cefet param. Mais de 33 mil estudantes podem ficar sem aulas nas instituições federais do estado." [29]

É de se ter em conta que as Universidades, em especial, as públicas, muito mais do que um local para se ter e divulgar a cultural universal , produzir ciência e formar profissionais, é antes de tudo " um instrumento para a transformação da sociedade. " "Ao garantir o pluralismo ideológico e a liberdade de pensamento, ela cumpre o papel de crítica às instituições e aos sistemas políticos, principalmente no países subdesenvolvidos, onde as modificações de cunho social são urgentes." [30]

Se assim não se pensar. desvirtua-se o inciso XXIV, do art. 22 da Constituição e o espírito que norteia o diploma legal decorrente (Lei n. 9.394, de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação), em especial seus artigos.2º e 3º, que enunciam os princípios e fins da educação nacional e seu capítulo IV que cuida do ensino superior (ferindo, no que tange as universidades públicas, as regras expressas em seus artigos de ns. 54 a 56 - quando não lhes dá condições de adequado funcionamento).

" A incompatibilidade das políticas públicas neoliberais (privatizações, terceirizações, redução do tamanho do Estado e das políticas sociais) praticadas no Brasil" [31] conflitam flagrantemente com os preceitos constitucionais da área social, em especial da *educação e saúde.*

Cada vez mais observa-se uma redução em termos de proporcionalidade nos gastos sociais, "o que indica uma redução dos serviços sociais públicos, ..., contribuindo para deteriorar as condições da maioria absoluta da população, incluindo amplos setores das camadas médias." [32]

Em síntese tem-se cada vez mais o aplicar da " pedagogia da exclusão" [33], analisada por Pablo Gentili e vários colaboradores em obra em que se faz uma análise crítica ao neoliberalismo em educação.

Pedagogia da exclusão que agrava cada vez mais o trágico quadro educacional do Brasil, por força de um teoria sem a menor dúvida contraditória, que "se auto destrói; desdiz o que diz." [34]

---

29. **Gazeta do Povo.** Curitiba: PR, 22/08/2001, pg 07.
30. **WANDERLEY,** Luiz Eduardo W. *O que é Universidade.* São Paulo: Editora Brasiliense, 1999.
31. **GRAU,** Eros Roberto. *O declínio do Neoliberalismo e o rssurgir da Constituição, pg. 14.*
32. **LAURELL,** Asa Cristina. *Avançando em direção ao passado: a política social do neoliberalismo. (Estado e Políticas Sociais no Neoliberalismo), pg. 152.*
33. **GENTILI,** Pablo (organizador). *Pedagogia da Exclusão.*
34. **TEIXEIRA,** J.S. Teixeira (org.) e outros. *O neoliberalismo em debate (Neoliberalismo e Reestruturação produtiva), pg. 233.*

V. Conclusões

O neoliberalismo pretende dar uma explicação total do ser humano e da sua história em torno da economia, faz desta o seu centro a partir tudo mais se explica.

A política neoliberal conduz a destruição de todos os *"coletivos"* que servem para defender a individualidade. Deixa o indivíduo isolado no mercado, entregue às forças do mercado sem possibilidade de resistência, inclusive, em áreas básicas como de saúde e educação.

A ordem capitalista o adotou por encontrar nele a melhor arma para conquistar as mentes, com profundos reflexos na educação.

A visão liberal por apresentar um alto grau de mercantilização dos próprios bens sociais, reflete cada vez mais o peso produção educacional privada em detrimento da educação pública.

Ora, " privatizar a educação superior num pais em que a grande maioria da população é pobre e em que a renda está extremamente concentrada nas mãos de um pequeno grupo significa inviabilizar o acesso à educação superior a uma grande camada da população." [35]

Os bens sociais em especial a educação são submetidos à lógica do lucro.

Implanta-se cada vez mais a *" pedagogia da exclusão"* que atinge a grande massa humana impossibilitando sua inclusão no mercado dominante.

Tal qual a cultura, a educação sob os parâmetros neoliberais assenta-se fundamentalmente no mercado: consiste em comprar e consumir. O trabalho intelectual e educacional consiste em avaliar o que pode comprar com certa quantia de dinheiro. O dinheiro fixa o valor de cada elemento cultural e educacional.

Refletindo em termos constitucionais, a vista da realidade brasileira, o implantar cada vez mais do neoliberalismo tem conduzido a própria negação dos *"direitos sociais"*, cujo efetiva observância por si se faz com sérias dificuldades, principalmente na área de seguridade social e educação.

A aplicação das diretivas neoliberais conduz a destruição das instituições e concepções fundamentais do Estado do bem-estar social.

Os efeitos práticos do neoliberalismo não se distanciam dos do liberalismo ortodoxo ou típico, sem preocupação direta com a grande massa humana, refletindo um anti-humanismo pelo alto custo social que traz em seu bojo.

A teoria neoliberal quando objeto de uma análise mais profunda evidencia-se como uma teoria autocontraditória, que se destrói e conduz a destruição dos valores fundamentais da Educação.

O que se observa cada vez mais — a globalização nada mais é que um mito de que se servem os donos do poder econômico para esconder seus jogos não raro desleais nos intercâmbios. internacionais.

O neoliberalismo opõe-se radicalmente à universalidade, igualdade e gratuitidade dos serviços sociais - mais ainda no que tange à Educação.

---

35. **Rossato,** Ricardo. *Universidade - Nove séculos de História.* Passo Fundo, RS: Universidade de Passo Fundo - EDIUPF, 1996, p. 123.

O neoliberalismo ao optar pelas regras do mercado de forma sacramental, o faz flagrantemente em detrimento da Educação, afrontando nossa própria Constituição Federal, que determina caber ao Poder Público, através de suas várias esferas, a competência de a todos " proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência" [art. 23, inc. V).

REFERENCIAL BIBILOGRÁFICO:

- **GENTILI,** A.A. Pablo e **SILVA,** Tomaz Tadeu da (organizadores). *Neoliberalismo, Qualidade Total e Educação (Visões Críticas).* Petrópolis: Editora Vozes, 7ª. edição, 1999.

- **GENTILI,** Pablo (organizador). *Pedagogia da Exclusão. (Crítica ao neoliberalismo em educação).* (tradução de Vânia Paganini Thurler e Tomaz Tadeu da Silva). Petrópolis: Editora Vozes, 5ª edição, 1999.

- **IRIARTE,** Gregório. *Neoliberalismo sim ou não. (tradução João Paixão Netto).* São Paulo: Paulinas, 1995.

- **MARQUES FILHO,** Agostinho **Ramalho, COUTINHO,** Jacinto Nelson de Miranda "et allien". *Direito e Neoliberalismo (Elementos para uma Leitura Interdisciplinar).* Curitiba: IDIBEJ -Editora do Institutos Brasileiros de Estudos Jurídicos, 1996.

- **LAURELL,** Asa Cristina (coordenadora)*(titulo original: Estado e Políticas Sociais no Neoliberalismo (*título original: *Estado y Políticas Sociales en el Neoliberalismo.)* São Paulo: Cortez Editora, 1997.

- **CATHARINO,** José Martins. *Neoliberalismo e seqüela: privatização, desregulação, flexibilização, terceirização.* São Paulo: LTr Editora, 1997.

- **FITZSIMONS,** Patrick. *Administração, Educação e Neoliberalismo.* (tradução de Maria Célia M. Moraes, Universidade Federal de Santa Catarina). University of Auckland.

- **APPLE,** Michale W. *Educação e Poder.* (tradução: Maria Cristina Monteiro. Supervisão de tradução: Tomaz Tadeu da Silva.) Porto Alegre: Artes Médicas: 1989.

- **TEIXEIRA,** Francisco J.S. e **OLIVEIRA,** Manfredo Araújo de. *Neoliberalismo e Reestruturação Produtiva. As novas determinações do mundo do trabalho.* são Paulo e Ceará: Cortez Editora / UECE - Universidade Estadual do Ceará, 2ª ed., julho.1998.

- **HUNTINGTON,** Samulel P. *O Choque de Civilizações - e a Recomposição da Ordem Mundial.* (título original: *The Clash of Civiliations and the Remaking of World Order* - tradução de MH.C. Côrtes.) Rio de Janeiro: Editora Objetiva Ltda., 1997.

- **JUNG,** Winfried (apresentação), **PACHECO**, Ricardo e outros. *Inserção na Economia Global: uma reapreciação.* São Paulo, Brasil: Centro de Estudos , Matriz: Sankt Augustin, República Federal da Alemanha: Konrad Adenauer- Stiftung, 1997.

- **GAUPP,** Peter, **MONTORO,** André Franco e **THEZING,** Josef. *A Democracia como Desafio de Fim do Século.* São Paulo, Brasil: Centro de Estudos, Matriz: Sankt Augustin, República Federal da Alemanha: Konrad Adenauer Stiftung, 1993.

- **REEDER,** Wofgang. *A moral da Economia de Mercado.* São Paulo, Brasil: Centro de Estudos e Matriz: Sankt Augustin, República Federal da Alemanha: Konrad Adenauer Stiftung, 1994.

- **BERG,** Hartmut, **BLUM,** Reinhard e outros. *A Concorrência na Economia Social de Mercado.* São Paulo, Brasil: Centro de Estudos e Matriz: Sankt Augustin, República Federal da Alemanha, Konrad Adenauer Stiftung, 1993

- **GRAU,** Eros Roberto. *O Declínio do neoliberalismo e o ressurgir da Constituição.* São Paulo: Jornal do Advogado OAB SP, junho.2001.

- **AYERBE,** Luis Fernando. *Neoliberalismo e Política Externa na América Latina (Uma análise a partir da experiência Argentina recente).* São Paulo: Editora Unesp Fundação, 1998.

- **MACIEL,** Marco. *Liberalismo e Justiça Social.* Brasília: Instituto Tancredo Neves, 1987.

- **MENDONÇA,** Nadir Domingues. *O Uso dos Conceitos. Uma tentativa de Interdisciplinaridade.* Petrópolis: Editora Vozes Ltda., 1985.

- **LYOTARD,** Jean-François. *O Pós-Moderno. (La Condition Postmoderne* - tradução de Ricardo Corrêa Barbosa. Rio de Janeiro: José Olympio, 2ª. edição,1986.

- **DINIZ,** Maria Helena Diniz. *Dicionário Jurídico, vol. 3.* São Paulo: Saraiva, 1998.

- *Grande Enciclopédia Larousse Cultural,* vol. 17. São Paulo: Nova Cultural Ltda., 1998.

- **SIMONETTI,** Eliana Gianella. *Tudo que é sólido se desmancha no ar.* São Paulo: Veja, n. 1710, 2001 (25.julho), pg. 46/50.

- **GOMES,** Manoel Eduardo Alves de Camargo e. *Apontamentos sobre alguns impactos do projeto neolibeal no processo de formação de tutelas jurídico-políticas. Direito e neoliberalis: elemtnos para uma leitura interdisciplinar.* Curitiba: EDIBEJ, 1996. pg.. 126.

- **WANDERLEY,** Luiz Eduardo W.. *O que é Universidade.* São Paulo: Editora Brasiliense, 1999.

- *BRASIL 500 ANOS, pg. 765.* São Paulo: Nova Cultural, 2000.

- *Gazeta do Povo.* Curitiba, Pr: 22.agosto.1999., pg. 7.

- Lei n. 9.394, de dezembro de 1996. Departamento de Legislaçao. D.O.U. de 23.12.96, p.p. 27.833/27.841.

- *Constituição da República Federativa do Brasil.* São Paulo: Saraiva, 2001.

TESE 13

"O MINISTÉRIO PÚBLICO EM DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS E DA CIDADANIA PLENA"

Elaine Castelo Branco Souza [1]
Promotora de Justiça - PA

"Na Universidade eu ensinava magníficas teorias econômicas sobre o mercado, o crescimento e a renda.
Ao sair, encontrava na rua esqueletos ambulantes.
Compreendi, nesse momento, que era melhor ser útil
Mesmo um dia apenas,
Ainda que a uma só pessoa,
Que a continuar a viver de abstrações" [2]

I - JUSTIFICATIVA

A expressão direitos do homem foi maior difundida no plano normativo a partir da declaração dos direitos do homem e do cidadão (1789) e da obra de Thomas Pine , "The Rights of Man".

Neste século a Assembléia Geral das Nações Unidas instituiu um dos textos mais significativos: A Declaração Universal dos Direitos Humanos, que no ano de 1988 completou cinqüenta anos.

"Os direitos humanos são fundamentais para a existência e coexistências humanas. São universais, indivisíveis e interdependentes. Expressam aquelas tradições de tolerância encontradas em todas as culturas e tradições religiosas do mundo. São a pedra de toque para tudo que as nações unidas aspiram a realizar na sua missão global de paz e desenvolvimento sustentado" [3]

"Não há volta na revolução dos direitos humanos"[4].

1. 1° Promotora de Justiça Cível de Marabá/PA, Coordenadora das Promotorias de Justiça de Marabá, Ministério Público do Estado do Pará, Pós graduada pela Universidade Estácio de Sá, Ex- Membro do Ministério Público do Estado do Amapá
2. Muhammad Yunus, fundador do Banco de Grameen, de Bangladesh
3. Kofi ª Annan- Secretário Geral da Organização das Nações Unidas – ONU- Prefácio do Livro- Direitos Humanos- Conquistas e desafios
4. ob. cit. p. 10

Numa sociedade desigual como a nossa, o esforço em discutir questões referentes ao exercício da cidadania, à construção da democracia, às idéias de justiça e de dignidade da vida humana é mais que oportuno.

Impossível se pensar em democracia, sem enfrentar o tema dos direitos humanos; é impossível se falar em Estado Democrático sem encarar o desrespeito pela dignidade da vida humana que se estabelece no país, impossível se tratar do tema Estado Democrático de Direito, a despeito da função social dos operadores jurídicos.

A cidadania é atributo de todos e tem como condição a nacionalidade. Já a idéia de dos direitos Humanos, conforme o deputado Marcos Rolin, é por definição algo que transcende os limites do Estado Nação e se afirma como idéia moral, precisamente pelo pressuposto de universalidade no qual se funda. A plataforma dos Direitos Humanos oferece, concretamente, a perspectiva mais radical de transformação das sociedades que recebemos como herança oferecendo os princípios fundamentais capazes de orientar a instituição de uma sociedade desejável.

Em um País com tantas desigualdades é inviável conter o desrespeito à vida humana, sem uma política social de médio e longo prazo, que resolva alguns problemas crônicos de organização social.

Devemos adotar uma política de mudança de mentalidade, saindo de nossos gabinetes e passando a observar o alto grau de desrespeito dos mínimos direitos do cidadão.

Como já advertia João Ricardo Dorneles "Se não se tem vontade política de realizar reformas sociais sérias, contando com a participação popular nas decisões, estaremos apenas responsabilizando o atual quadro de crise social e formando hoje os crimes do futuro".

Pode-se afirmar que como referencial jurídico, a Carta de 1988 alargou significativamente a abrangência dos direitos e garantias fundamentais, e, desde o seu preambulo, prevê a edificação de um Estado Democrático de Direito no país, com o objetivo de assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento , a igualdade e a Justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Nos seus artigos introdutórios, a Constituição estabelece conjunto de princípios que delimitam os fundamentos e os objetivos da República. Dentre estes destacam-se a cidadania e a dignidade da pessoa humana (arts. 1° e 3)°

Veja-se que a CF de 1988, em seu título I- tratando dos princípios fundamentais que a informam, assevera no art. 1° , que:

> " A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos.
>
> III – a dignidade da pessoa humana".

No art. 3°, a Cada Política esclarece que constitui objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil – entre outros, o de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça,

sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, inscrevendo ainda como princípio de relações internacionais a prevalência dos direitos humanos.

Ora, se a sociedade brasileira nos seus andes Constitucionais, elege direitos que são erigidos à condição de princípios norteadores, universais da ordem política, econômica e social: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político, entende-se que tais princípios e objetivos só podem ser efetivamente conquistados e perseguidos na medida em que se conscientiza a sociedade.

Não resta dúvidas de que a Carta magna de 1988, significou um marco jurídico na institucionalização dos direitos humanos no Brasil. Há competências específicas para a União, estados e Municípios, sendo que estes pela primeira vez, passaram a integrar como entes-membros a Federação brasileira. Tiveram suas autonomias ampliadas e o direito de elaborarem suas leis orgânicas, sendo também possível dar eficácia e ampliar os direitos constitucionais e internacionais afirmados nos diversos diplomas legais nos municípios. Além do que, é no Município onde a cidadania pode existir como fenômeno político contemporâneo

Infelizmente, há de se reconhecer que não obstante os grandes avanços atingidos, não se pode olvidar da existência da tortura, sem dúvida alguma reconhecida como uma das mais odiosas violações de direitos humanos. Ainda é utilizada no País como instrumento de coação para se obter confissões forçadas, chegando a ser considerado principal mecanismo de investigação policial no País, sendo largamente aplicada como meio de punição e imposição de disciplina em centros de medidas sócios educativas para adolescentes e presídios, além de meio de extorsão econômica contra suspeitos autores de crimes e presidiários.

Não obstante o Brasil seja signatário das convenções e tratados internacionais contra a tortura e tenha incorporado em nosso ordenamento jurídico a Lei n. 9.455, de 1997, tipificando o crime, ele continua a ocorrer em larga escala, conforme tem sido noticiado por organismos internacionais, instituições públicas e organizações não governamentais de direitos humanos. Depois de três anos de vigência da lei, não se conhece nenhuma decisão judicial transitada em julgado, embora existam centenas de denúncias registradas, além de muitas outras presumíveis mas não registradas.

O quadro da infância e juventude ainda é deficiente. São direitos que ainda são negados e que jamais será recuperado.

O direito a participar dos destinos da cidade é um direito básico de todos os cidadãos. Necessário que haja uma efetiva gestão democrática nas cidades.

Segurança pública, sistema penitenciário, educação formal e não formal, combate á discriminação de todas as formas, direitos dos portadores de deficiência física, direitos dos portadores de sofrimento psíquico, direitos dos idosos, são Direitos Humanos que nos como Membros do Ministério Público devemos fiscalizar para sua efetiva observância.

O próprio Programa Nacional de Direitos Humanos, prevê entre as propostas de ações governamentais o apoio a formulação e implementação de políticas públicas visando a redução das grandes desigualdades econômicas, sociais e culturais ainda existentes no País, além do cadastro federal de inadimplentes sociais relacionando os estados e municípios que não cumpram obrigações mínimas de proteção e promoção dos direitos humanos, com vistas a evitar o repasse de recursos, subsídios ou favorecimento a esses inadimplentes.

O respeito pela dignidade da pessoa humana deve existir sempre, em todos os lugares e de maneira igual para todos.

Existe uma dignidade inerente à condição humana, e a preservação dessa dignidade faz parte dos direitos humanos.

Se houver respeito aos direitos humanos de todos e se houver solidariedade, mais que egoísmo, no relacionamento entre as pessoas, as injustiças serão eliminadas e a humanidade poderá viver em paz.

III- CONCLUSÃO

I- À semelhança de Programas já existentes, propõe-se que o Ministério Público, através da Procuradoria Geral de Justiça, conjuntamente com os Centros de Apoio Operacional da Cidadania, do Meio Ambiente e Infância e Juventude, promovam e/ou estimulem a inclusão na grade curricular do ensino fundamental/médio, de orientações sobre as garantias fundamentais dos cidadãos, bem como o meio que eles possuem para fazer prevalecê-los – pois somente através da educação é que poderemos obter essa efetiva conscientização.

II- O Promotor de Justiça deve se comprometer com uma Política Municipal de promoção e respeito ao ser humano, em que o Estado se comprometa em constituir e garantir uma infra-estrutura econômica propiciadora da Justiça Social.

IV. BIBLIOGRAFIA

ALVARENGA, Lúcia Barros Freitas de. Direitos Humanos, dignidade e erradicação da pobreza: uma dimensão hermenêutica para a realização constitucional- Brasília: Brasília Jurídica, 1998.

A POLÍCIA E OS DIREITOS HUMANOS: Instrumentos legais para uma atuação policial com respeito aos direitos humanos: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2000.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal. 1988

CIDADES E DIREITOS HUMANOS: propostas de Direitos Humanos e cidadania para os municípios- Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2000.

DIREITOS HUMANOS,: Conquistas e Desafios. Coordenação Reginaldo Oscar de castro. Brasília. Letraviva. 1999.

LEAL, Rogério Gesta. Direitos Humanos no Brasil: desafios à democracia. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 1997.

MAZZILLI, Hugo Nigro. O Ministério Público na Constituição de 1988. 1ª ed. São Paulo: Saraiva. 1989.

MILARÉ, Edis. A ação Civil Pública na nova ordem constitucional. São Paulo: Saraiva.

PROGRAMA NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS- Brasília: Presidência da República, Secretaria de Comunicação Social., Ministério da Justiça, 1996.

TESE 14

O MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL E O APRIMORAMENTO DO REGIME DEMOCRÁTICO

Isaias Costa Dias
Promotor de Justiça Aposentado - RO

EMENTA

Constitucional – Cidadania – Fundamento do Estado Democrático de Direito

Educação – Direito de todos e dever do Estado e da família – Instrumento de progresso do Estado – Relevância social

Direito Eleitoral – Noções de cidadania – Inclusão obrigatória no currículo escolar do ensino não superior .

A Constituição Federal consagrou a cidadania e o pluralismo político como fundamentos do Estado Democrático de Direito (art.1º, II e V), disso resultando aprovado o normativo segundo o qual " Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes ou diretamente, nos termos desta Constituição", cujos representantes se fazem eleitos via sufrágio.

Cabe anotar o Direito Eleitoral pertence ao ramo do Direito Público e se qualifica como o conjunto ou complexo de "normas e procedimentos que organizam e disciplinam o funcionamento do poder de sufrágio popular, de modo a que se estabeleça a precisa adequação entre a vontade do povo e a atividade governamental" (Fávila Ribeiro, Direito Eleitoral, ed. Forense, Rio, 2ª edição, p. 12).

Noutro falar, o poder do povo tem raiz no princípio da soberania popular, que no dizer de Joel José Cândido "se viabiliza, regular e especialmente, através do voto, do qual o alistamento eleitoral é o pressuposto objetivo" (autor citado, in Direito Eleitoral Brasileiro, Ed. Edipro, 8ª edição, p. 77).

De lege ferenda, por cidadania se infere os qualificativos para o gozo e o exercício dos direitos políticos, e por pluralismo político se há de compreender a diversidade de entidades e instituições, de tal sorte que os partidos políticos (instituições) e seus órgãos (elementos) estão jungidos de autonomia na condução dos destinos da nação.

Por outro ângulo aduz a Carta Política, art. 205 : A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando

ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Ou seja, independente de discussões outras sobre as várias teorias do denominado direito subjetivo (J. Cretella Jr., comentários a constituição de 1988, Ed. Universitária, p. 4413/4418), a educação, em substância, visa atingir a pessoa humana, prepará-la para o exercício da cidadania (votar e ser votada, ocupar cargos públicos de carreira, bem como propor ou contestar ação e interpor os recursos pertinentes), e finalmente qualificá-la para o labor.

Bem por tais razões o legislador impôs punição aos agentes políticos que deixarem de oferecer, ou ofereçam de forma irregular o ensino obrigatório (CF, art. 208, § 2°).

E nesse escólio sobressai a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, que armou de legitimidade o cidadão, grupo de cidadãos, associações comunitárias, entidades de classe ou outras legalmente constituídas de modo a exigir do Estado o ensino obrigatório (Lei nº 9.394, de 20.12.96, art. 5º).

Claro é que no domínio dos processos de conhecimento, uma pequena parcela da elite detém sob mão forte o monopólio do ensino, ao que de rigor se ajunta a chamada autonomia das universidades na fixação dos seus currículos e programas, que em certa medida termina por prestigiar apenas aos bem-nascidos.

Mas o quadro de realismo da sociedade brasileira entremostra exacerbado percentual de analfabetismo – político e funcional - a permear sobretudo a grande base da população nacional. As recentes estatísticas do IBGE demonstram a verdade de tal assertiva.

É certo que num passado recente o ensino nacional já contemplou disciplinas como Educação Moral e Cívica – EMC – e Organização Social e Política Brasileira - OSPB -, em que o educando recebia algumas noções básicas de cidadania, inclusive de nacionalismo (patriotismo).

Mas isso pertence ao passado, época, aliás, em que a figura do "padrinho" era concebido como um segundo pai; o professor era deveras respeitado; o padre era ungido quase à santidade; os programas de comunicação de massa ao invadir os lares, o quanto possível buscavam observar regras básicas da boa educação e dos bons costumes.

Nas quadras atuais vige, entretanto, a licenciosidade desmedida, o afrouxamento dos costumes de tal arte a vilipendiar os mais sacrossantos mandamentos da família digna.

País vive e sobrevive na democracia cujo poder emana do povo, que por sua vez, de regra não detém os conhecimentos básicos ou fundamentais para exercer o próprio poder do qual se acha titular que é refletido sobretudo pelo espelho d'agua do Direito Eleitoral.

Sobressai de importância, pois a Justiça Eleitoral, sempre esteve vigilante no cumprir a sua missão constitucional e legal.

Aliás, nesse enfoque leciona com percuciência o ex-presidente do Colégio de Corregedores Eleitorais, Des. Rubens Bergonzi Bossay (CRE-MS):

> "A Justiça Eleitoral vem fazendo a sua parte na valorização da cidadania e do aperfeiçoamento da Democracia, mas é preciso fazer mais como instituição democrática que é preciso realizar uma de suas mais nobres funções que é o de

> aproximar o eleitor do político. Não basta uma Justiça Eleitoral séria e competente. O processo eleitoral se faz com e para o cidadão. Trata-se de uma parceria que terá sua eficácia comprovada no decorrer do mandato dos governantes. E os mandatos devem ser reflexo das necessidades da nação, e não de interesses egoísticos, que, geralmente, contrariam todo o discurso das campanhas eleitorais.
>
> Por isso, entendo que nós, como Instituição Democrática, temos o dever de participar do resgate da cidadania, que só se efetivará quando as Normas Constitucionais Programáticas forem respeitadas e concretizadas. Cidadania pressupõe justiça social.
>
> Trata-se de uma decisão de mudança de comportamento, de visão da realidade. Deve-se deixar de lado o personalismo, os interesses particulares – frutos da " FMIzação" da economia, no dizer do Ministro Edson Vidigal – e partimos para uma luta que envolva toda a sociedade. O objetivo é aproximar eleitor e candidato para se atingirem metas concretas."

Na esteira desse mesmo entendimento ensina o Dr. Leonel Tozzi, in Revista do Tribunal Regional Eleitoral-RS ano 2000, p. 25:

> " Aliás, é oportuno ressaltar que a erradicação do analfabetismo de nosso país é um dever e obrigação não só dos governantes como de toda a sociedade brasileira e não será alijando o analfabeto ou semi-analfabeto da participação político - partidária que estaremos trazendo solução para esse grave e vergonhoso problema de nossa sociedade".

Dentre as noções básicas de cidadania – cabe esclarecer – têm-se a participação do cidadão nos destinos do País, mediante o exercício do direito de votar e ser votado, que resultam conseqüências de grande monta aos cidadãos e ao país.

No plano da Justiça Eleitoral (magistratura e ministério público) caberia a seus membros imiscuir-se em questões de cidadania?

A resposta é positiva, pela simples razão de que, se no âmbito geral, de um lado o magistrado exerce função jurisdicional propriamente dita (princípio da inércia) enquanto que incumbe ao juiz eleitoral o exercício de função jurisdicional e administrativa ou executiva; doutro, ao agente ministerial incumbe a prática de atos em geral, sendo o bastante, além da legitimidade a existência de justa causa.

Com efeito, deitando comentários respeitante às funções dos juízes eleitorais ensina Olivar Coneglian:

> Qual é a participação do Poder Judiciário? Tudo: criar zonas eleitorais, recrutar Juízes Eleitorais, convocar mesários, juntas, escrutinadores; adquirir equipamentos eletrônicos, alistar eleitores, fiscalizar partidos, declarar inelegibilidades, receber e deferir registro de candidaturas, fiscalizar e comandar propaganda, requisitar tempo em emissoras de rádio e de televisão, estabelecer locais de votação, convocar eleitores para votar, multar eleitores e candidatos, comandar a eleição, contar os votos, proclamar e diplomar os eleitos" (autor citado in Propaganda Eleitoral, Editora Juruá, 4ª. Edição, p´. 37).

Mas é de capital relevo mencionar que a falta de conhecimentos quanto a importância ou valoração do voto por parte do eleitor (o titular do poder de eleger representantes) fulmina de legitimidade exatamente a eficácia daqueles atos – jurisdicionais e administrativos – praticados pelos dignos juízes eleitorais conforme já preconizado.

A título ilustrativo confira-se a reiteração de práticas ilícitas – compra de votos, propaganda ilegal, promessa de entrega de lotes em troca de votos, entrega de cestas básicas, etc – levadas a efeitos por alguns candidatos durante os pleitos eleitorais, de modo a toldar a legitimidade e a normalidade das eleições.

Claro é que o sucesso de tais empreendimentos ocorre face ao estado de submissão do eleitor analfabeto frente aos desatinos de candidatos inescrupulosos que diuturnamente estão a se envolver com práticas ilícitas de toda ordem, tais como abuso do poder econômico, político e de autoridade, a teor do disposto no Código Eleitoral, art. 237, e Lei Complementar nº. 64/90, art. 22.

Observe-se, entretanto, nem tudo está perdido.

Com efeito, o Poder Judiciário e o Ministério Público estão repletos de agentes políticos de notável saber e reputação ilibada, imbuídos, aliás, dos melhores propósitos em relação aos destinos da nação e do país, cujo desenvolvimento tornar-se-á efetivo sobretudo com a extinção ou sensível redução do analfabetismo.

Nesse desiderato testifica o Estatuto Político, art. 127, o Ministério Público, como Instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado que é, tem a seu cargo a defesa da ordem jurídica e do regime democrático, que hão de ser exercidos segundo as prescrições do artigo 14 da Lei Maior.

Noutro falar, essa matriz constitucional legitima a instituição ministerial a mover céus e terras no sentido de praticar todos e quaisquer atos eleitorais que visem à real efetivação dos direitos cívicos e políticos.

Note-se que a Ordem dos Advogados do Brasil já deflagrara campanha de vulto nacional destina a conscientizar o eleitor sobre a importância das eleições.

A seu turno o Colégio de Corregedores dos Tribunais de Justiça, num memorável Encontro ocorrido em 1996, em Salvador-BA, sendo Presidente do Colegiado o eminente Desembargador Décio Antônio Erpen, restou deliberou a efetivação de alguns projetos de soerguimento da cidadania.

De sua plaina o combativo Ministério Público do Rio Grande do Sul, no período de 1993, levou a campo relevantes informações sobre o Plebiscito, tornando o povo gaúcho mais esclarecido a respeito daquele instituto.

Idêntica iniciativa foi proclamada em todo o Estado de Rondônia através de sua Instituição Ministerial, em ato conjunto com a Assembléia Legislativa daquele portentoso Ente Federado.

Desse modo, é necessário o encetar esforços de todos os segmentos, instituições, órgãos e pessoas, notadamente do Ministério Público no sentido expungir do cenário nacional o analfabetismo da cidadania sob pena de permanecermos sob o apagão do subdesenvolvimento.

Por derradeiro, diferentemente do que ocorre na base da pirâmide populacional, os educandos de nível superior representa percentual ínfimo em relação àqueles outros, fato que,

aliado ao princípio da autonomia das universidades tanto na adoção das disciplinas como na fixação dos seus currículos e programas, de pronto se encarrega de visar a inclusão do Direito Eleitoral em sede universitária apenas e tão – somente em caráter suplementar ou facultativo, aliás, como vigora atualmente.

Por conseguinte, as noções fundamentais do Direito Eleitoral devem ser ministradas em caráter obrigatório no ensino fundamental, ensino médio, ensino de jovens e adultos que não tiveram acesso ou continuidade de estudos no ensino fundamental e ensino médio na idade própria, como também àqueles necessitados de uma educação especial, que dar-se-á nessa última modalidade através currículos, métodos, técnicas e recursos específicos.

CONCLUSÕES

1) O exercício do direito de sufrágio constitui uma das modalidades de participação do cidadão no processo político do Estado;

2) A legitimidade material das eleições tem por base fundamental o exercício consciente do voto e seus efeitos;

3) as concepções básicas do direito eleitoral devem ser ministradas, em caráter obrigatório, no ensino fundamental, ensino médio, ensino de jovens e adultos que não tiveram acesso ou continuidade de estudos no ensino fundamental e ensino médio na idade própria, e ensino especial;

4) o Ministério Público através da CONAMP – Confederação Nacional do Ministério Público – procederá a elaboração de proposta que ampare a edição de lei tornando obrigatória a inclusão da disciplina Direito Eleitoral no currículo escolar de ensino não superior.

TESE 15

O FUNDEF E A COMPETÊNCIA JURISDICIONAL

Sinara Lopes Lima
Ângela Balieiro

I - BREVES NOTAS INTRODUTÓRIAS

Objetivando a implementação de uma política redistributiva a fim de corrigir desigualdades regionais e sociais, quanto à capacidade financeira para arcar com os custos de um ensino fundamental de qualidade nos Estados e nos Municípios, o Governo Federal, através do Ministério da Educação e do Desporto elaborou e propôs a Emenda Constitucional nº 14, de setembro de 1996, que foi regulamentada pela Lei nº 9424, de 24.12.96, e pelo Decreto nº 2264 de junho de 1997, a qual criou o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério - **FUNDEF** - que veio mudar a forma de financiamento do ensino fundamental no Brasil.

A política implantada pelo FUNDEF visa partilhar recursos entre os Governos Estaduais e Municipais com um único objetivo: **A melhor qualidade do ensino fundamental**, sendo este Fundo de natureza contábil e composto de 15% do FPE, FPM, ICMS, IPI/EXPORTAÇÃO, além da complementação da União, **a** ser prestada sempre que, no âmbito de cada Estado e do DF, os recursos repassados ao Fundo não forem suficientes para perfazer o valor mínimo por aluno/ano definido nacionalmente, o que ocorre somente em oito Estados da Federação, entre eles o Estado do Pará, que recebe esta complementação e em virtude desta, é que surgiu a celeuma a respeito da competência jurisdicional para processar e julgar os atos irregulares perpetrados na gestão dos recursos do citado Fundo e, conseqüentemente a atribuição do Ministério Público, se Estadual ou Federal para fiscalizar , proceder investigações, propor ações e controlar a correta aplicação dos multicitados recursos, sendo este o objeto de nossa tese, onde colocaremos a seguir o nosso entendimento com o intuito de fomentar a discussão entre nossos pares.

II - EXPOSIÇÃO

Em que pese ter decisões dos nossos Tribunais Superiores, em contrário, no nosso humilde entendimento, pertence a **Justiça Comum Estadual**, a competência para processar e julgar as lides relacionadas aos desvios ou malversação dos recursos do Fundo, mesmo tendo complementação da União e, por conseqüência a legitimidade do **Ministério Público Estadual** para propor e atuar nas ações cabíveis no caso vertente, vejamos o porquê:

A fundamentação legal para uma eventual complementação da União ao Fundo, baseia-se no art. 211 parágrafo 1º da CF, o qual determina: "**A União organizará o sistema federal**

de ensino e o dos Territórios, financiará as instituições de ensino públicas federais e exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios" . Com esta complementação então, realiza a União a sua função de **coordenadora, redistribuidora** e **supletiva** no âmbito da educação de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade de ensino, a que está obrigada nos termos do artigo supracitado.

O repasse dos recursos complementares da União para o FUNDEF, ocorre diretamente, em razão da Constituição Federal, independentemente de convênios ou outros instrumentos de ajuste, o que significa que se constituem, a exemplo das verbas oriundas dos Fundos de Participação dos Estados e Municípios, em verbas próprias que pertencem àquelas entidades federadas e, como tal, sujeitas à fiscalização dos respectivos Tribunais de Contas, ou seja, os recursos oriundos da União, convertem-se em recursos estaduais ou municipais, perdendo toda e qualquer ligação com a sua origem, a União, o que significa que em eventuais ações judiciais visando ao seu ressarcimento, as verbas desviadas ou mal aplicadas retornariam ao FUNDEF da respectiva entidade estatal. Além do que a prestação de contas dos recursos do Fundo nos Municípios, faz parte da prestação de contas ordinárias que são prestadas pelos ordenadores de despesas ao TCM, trimestralmente e realizadas através de atribuição própria, pois trata-se de recurso municipal, sendo esta a posição do citado Tribunal no Estado do Pará. Destarte a fiscalização e o controle da aplicação dos valores, mesmo quando repassados pela União, fica sujeita aos próprios entes políticos, através dos órgãos regularmente investidos desse mister, qual sejam, os Tribunais de Contas dos Estados e dos Municípios.

Assim, neste entendimento de que os recursos que compõem o Fundo, incluindo a complementação da União, trata-se de recurso estadual ou municipal, cabe a **Justiça Comum Estadual**, o controle jurisdicional sobre eventuais atos irregulares praticados na gestão dos mesmos.

Nesse sentido têm decidido os nossos Tribunais Regionais Federais, que ao julgarem conflitos de competência, reconheceram ser a **Justiça Comum Estadual** competente para processar e julgar agente público acusado de malversação de verbas públicas, ainda que proveniente de entidade federal, sob o entendimento de que as verbas repassadas ao município, incorporaram-se ao patrimônio municipal, sendo dele, e nunca da União, o prejuízo resultante de eventual desvio de recursos financeiros. Portanto, estando a verba incorporada ao patrimônio e disponível para o município, este é o lesado pelo ato apontado como delituoso, não havendo, assim, prática ilícita em detrimento de bens , serviços ou interesses da União a ensejar a competência Federal, não se aplicando, desta forma, o art. 109, inc. IV da CF, considerando que o município é o único prejudicado pelo crime a ser apurado. Ademais, o fato de ter o município que prestar contas quanto à aplicação das verbas recebidas ou até mesmo sujeitar-se formalmente à fiscalização federal, não retira do **TJE** a competência ratione personae para processar e julgar prefeitos municipais acusados de malversação de verbas públicas (INQ 94.01.06953-0/MG, TRF 1ª REGIÃO; INQ 1998.01.00.003853-9/PI, TRF 1ª REGIÃO, INQ 1997.01.00.002607-8/MT, TRF 1ª REGIÃO).

Além do que, o já citado art. 109 da CF, em especial o inc. I, ao fixar a competência dos Juízes Federais de 1ª instância, afasta completamente uma possível competência da JF de atuar nas lides relacionadas aos recursos do FUNDEF, quando houver complementação da

União, já que o referido inciso, estabelece a competência para o processamento e julgamento das causas em que a União, entidade autárquica, ou empresa pública federal, sejam interessadas na condição de autoras, rés, assistentes e oponentes.

Cumpre destacar que o interesse aludido na Constituição há de ser aquele capaz de ensejar a presença daquelas entidades em algum dos pólos da relação jurídica, em uma daquelas condições também declinadas no Texto, o que significa dizer, há que ser um interesse jurídico-processual, e não apenas político e, os recursos do FUNDEF, como já visto, constituem-se de receitas estaduais e municipais, participando a União, além da eventual complementação, basicamente, na organização e direção política dos destinos da educação no país, visando a equalização que o FUNDEF tenta concretizar, relativamente ao ensino fundamental, ou seja, o interesse da União in casu não é jurídico-processual, que se existisse, configuraria a legitimidade ad causam e ad processum, mas sim interesse político, o único caracterizado particularmente em relação à atuação da União na área da educação, como demonstrado.

Assim, a inexistência de interesse jurídico-processual da União, na área da educação, restando somente o interesse político, afasta completamente a competência da JF em processar e julgar os atos irregulares perpetrados na gestão dos recursos do FUNDEF, como bem coloca **J. CRETELLA JR.,** na sua obra **COMENTÁRIOS À CONSTITUIÇÃO DE 1998,** pg. 3163, in verbis:

> ***"...A jurisdição federal não incide sobre todas as causas em que haja interesse da União, pois este interesse é condição necessária, mas não suficiente para a referida incidência".***

Não podemos aqui olvidar as duas recentes decisões - que data venia não correspondem à realidade jurídica da questão em lide - uma do **STJ**, tendo como relator o Ministro Vicente Leal, que em votação unânime, decidiu, com supedâneo na súmula nº 208/STJ, a competência da JF de processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal, compreendendo-se no conceito de "verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal", as receitas do FUNDEF, porque sujeitas tais verbas ao controle do TCU. Dentro dessa visão exegética, reconheceram a competência da Justiça Federal de 2º grau para processar e julgar prefeitos e seus co-réus acusados de desvios de verbas do FUNDEF (HC Nº 13533/CE de 18.08.00). A outra, do **STF**, tendo como relator o Ministro Sepúlveda Pertence, também em votação unânime reconheceu a competência da Justiça Federal de processar e julgar agente público municipal por desvio de verbas repassadas pela União para realizar incumbência de interesse comum da União e da respectiva unidade federada (RECR Nº 232093/ CE de 28.03.00).

No entanto, esta não foi sempre a posição dos nossos Tribunais Superiores, que só recentemente mudaram o seu entendimento, pois temos julgados destes, em que afirmam ser competente a **Justiça Comum Estadual** para julgar agentes públicos municipais, por desvio ou malversação de verbas do orçamento da União, repassadas aos Municípios ou Estados, sob o mesmo argumento de que a verba, ainda que proveniente de entidade federal, passou ao patrimônio da municipalidade. O prejuízo resultante de sua malversação pesou sobre o município, não sobre a União. Afasta-se a incidência do art. 109 - IV da CF (HC N 71419/MT, Rel. Min. Francisco Rezek. No mesmo sentido HC N 68.967-1/PR, Rel. Min. Ilmar Galvão, RE N 205773/SC, Rel. Min. Octavio Galloti de 29/4/97).

Inclusive, trata-se de matéria sumulada, pois o STJ ao editar a súmula 209 de 3.06.98, assim definiu:

> *"Compete à justiça estadual processar e julgar prefeito por desvio de verba transferida e incorporada ao patrimônio municipal".*

Outra questão a ser analisada é a legitimidade concorrente dos Tribunais de Contas da União, Estados e Municípios estabelecida no art. 11 da Lei 9424/96, para a fiscalização do fiel cumprimento do disposto no art. 212 da CF e no art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Poderiam assim, argüir-se , para fixar a competência da JF, que o TCU, também tem legitimidade para fiscalizar a aplicação dos recursos do Fundo, evidenciando, in casu, o interesse da União.

Ocorre que a fiscalização do TCU, em relação às verbas do Fundef, limita-se a analise da transferência dos recursos , de acordo com os coeficientes estabelecidos em lei, pela União aos Estados e Municípios, a inspeções, auditorias e análise de demonstrativo próprio, relatórios, dados e informações pertinentes, sendo que a inspeção é feita em conjunto com o TCM, já que existe um Termo de Cooperação Técnica firmado entre os dois Tribunais de Contas para a realização deste procedimento, isto é, quando houver interesse mútuo em realizar a mesma.

Neste contexto, aos Tribunais de Contas dos Estados e Municípios, na área de suas competências, é que realmente cabem a fiscalização das despesas decorrentes da aplicação efetiva desses recursos, já que a esses Tribunais é que são prestadas as contas do Fundo, cabendo ao TCU, a realização de inspeções e auditorias junto aos órgãos estaduais e municipais incumbidos da aplicação dos mesmos, quando for de seu interesse, conforme a mais recente Instrução Normativa nº 36/00, de 18.09.00, que inclusive no seu art. 2º parágrafo 2º, determina a remessa de cópia da documentação ao Ministério Público dos Estados para as providências legais, sempre que constatarem a ocorrência de desfalque ou desvio de dinheiro, bens ou valores públicos que causaram prejuízos ao FUNDEF.

O TCU já decidiu na esteira desse entendimento que cabem aos Tribunais de Contas dos Estados e dos Municípios, no âmbito de suas competências, a fiscalização das despesas decorrentes da aplicação desses recursos, disciplinando inclusive a forma de organização, controle e apresentação das contas, tendo em vista que os recursos que compõem o Fundo são originários de receitas pertencentes aos Estados e Municípios, em quase sua totalidade, descaracterizando assim a natureza federal dos mesmos, ficando sua atuação restrita ao controle das quantias devidas pela União ao FUNDEF - (Decisão n 834/98 e Decisão n 233/99).

E, finalmente, temos ainda, o lado prático, da competência ser fixada a Justiça Comum Estadual e não a Justiça Federal, voltamos a repetir, para processar e julgar os atos decorrentes de irregularidade ou ato de gestão ilegítimo que resulte dano ao Fundo e, por conseqüência a atribuição do Ministério Público Estadual de fiscalizar e controlar a devida aplicação destes recursos, pois qualquer que seja o caso, os danos provocados pela ilícita gestão dos mesmos, atingem, sobremaneira os próprios munícipes, e todo o proveito, ocasionalmente obtido por uma ação judicial, seria , de igual sorte do município, já que os recursos que o compõem são em sua maioria estaduais e municipais, sendo mínima a contribuição da União, isto quando ocorre. Além do que, o mais indicado para agir no caso de gestão ilegítima do multicitado Fundo seria o representante do MPE, que está no dia-a-dia do município, tem mais facilidade de apurar, conhecer e fiscalizar a contento a correta aplicação dos referidos recursos e no caso

de eventualmente haver desfalque ou desvio de dinheiro, bens ou valores públicos, este (representante do MPE), teria a legitimidade para propor as devidas ações no âmbito de suas respectivas Comarcas.

Na esteira deste entendimento foi firmado acordo de cooperação técnica entre o MEC e MP dos Estados, visando facilitar a efetiva atuação das Promotorias de Justiça no sentido de observar e fazer cumprir os critérios legais estabelecidos para uso dos recursos do FUNDEF, inclusive, estabelecendo como ações a serem desenvolvidas pelo MP, o trabalho de investigação, exame e instrução de processos em matérias que envolvam os recursos do Fundo, voltados a identificar eventuais impropriedades ou irregularidades na destinação dos recursos correspondentes, além de atuar em todas as instâncias judiciais e extrajudiciais visando à responsabilidade daqueles que incorrem na prática de ilícitos, tornando efetivo o cumprimento dos dispositivos legais.

III - CONCLUSÃO

1 - Os recursos repassados ao FUNDEF, mesmo havendo complementação da União, são considerados **verbas próprias**, pertencentes aos Estados ou aos Municípios, ou seja, estes recursos incorporam-se ao patrimônio dessas entidades federadas.

2 - Os recursos que compõem o Fundo são originários de receitas pertencentes aos Estados e Municípios, em quase sua totalidade, sendo mínima - isto quando ocorre - a complementação da União, o que descaracteriza assim a natureza federal dos mesmos.

3 - O prejuízo resultante de uma malversação dos recursos do Fundo, pesa sobre o município, o único lesado e o único beneficiado no caso de uma eventual ação, não sobre a União, o que afasta, portanto, a incidência do **art. 109, I e IV da CF.**

4 - Os Estados ou Municípios é que são os legítimos possuidores do interesse jurídico-processual para atuar nas questões relacionadas aos recursos do Fundo, restando a União somente o interesse político.

5- A legitimidade concorrente do TCU para fiscalizar os recursos do FUNDEF, quando ocorre complementação da União, não retira da **Justiça Comum Estadual** a competência para processar e julgar agentes públicos por práticas de irregularidades ou malversação dos multicitados recursos, já que esta fiscalização limita-se, basicamente, ao controle das quantias devidas pela União ao Fundo, ocorrendo a fiscalização nas entidades federadas, só quando houver interesse do referido Tribunal e por determinação dos Colegiados ou Relatores, uma vez que as contas do Fundo são prestadas perante o TCE ou TCM, conforme o caso.

6 - A facilidade de atuação do representante do **Ministério Público Estadual**, no âmbito de sua Comarca, o que foi reconhecido pelo convênio firmado com o MEC, visando uma efetiva atuação das Promotorias de Justiça no sentido de observar e fazer cumprir os critérios legais estabelecidos para uso dos recursos do Fundo, vem corroborar que a competência no processamento e julgamento das ações relacionadas a ato de gestão ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano ao Fundo pertence à **Justiça Comum Estadual**.

TESE 16

O MINISTÉRIO PÚBLICO E A PRIORIDADE ABSOLUTA PARA A INFÂNCIA E A JUVENTUDE

Olympio de Sá Sotto Maior Neto
Procurador de Justiça - PR

Quando da Assembléia Nacional Constituinte, mediante emenda popular com mais de dois milhões de assinaturas e buscando traduzir a máxima do "superior interesse do menor" contida nos documentos internacionais, inscreveu o legislador constituinte pátrio princípio constitucional no sentido de que o atendimento aos interesses da infância e juventude deve ocorrer com **absoluta prioridade** (art. 227, da CF), traduzindo-se a regra - além dos deveres da família e sociedade - na **obrigatoriedade** para o Estado em, de maneira **preferencial**, formular e executar políticas públicas capazes de garantir às crianças e adolescentes **proteção integral** (isto é, a possibilidade do exercício dos direitos fundamentais da pessoa humana e, também, daqueles especiais e inerentes à condição de pessoas em peculiar fase de desenvolvimento), bem como, identicamente de forma **privilegiada**, destinar os recursos necessários à consecução dos programas e ações estabelecidos em favor de tal população (art. 4º, do ECA).

Diante de um contexto de desassistência e abandono, experimentado pela grande maioria das crianças e adolescentes brasileiros (calcula-se a existência de cerca de 40 milhões de carentes e abandonados), pretende-se que o comando da Constituição Federal (repetido nas Constituições Federais e nas Leis Orgânicas Municipais) **não permaneça** mera declaração retórica, exortação moral, singelo conselho ao administrador e, porque assim tomado, postergado na sua efetivação ou relegado ao abandono.

As crianças vítimas do holocausto permanente ditado pela mortalidade infantil, aquelas que apresentam lesões cerebrais irreversíveis decorrentes da subnutrição, as que se encontram nas ruas sobrevivendo através da esmola degradante, bem como as que não têm acesso à educação ou à saúde, enfim as **sem oportunidade de vida digna**, não podem mais aguardar que a "natureza das coisas" ou o "processo histórico" venham a intervir para a materialização daquilo que lhes foi prometido como direitos fundamentais (até porque entre nós já comparece concreta - e produzindo seus efeitos nocivos - a proposta da hipocrisia neoliberal travestida de globalização econômica, tendente a transferir os foros da decisões políticas, sociais e econômicas dos espaços da soberania nacional para os escritórios encarpetados das empresas multinacionais ou transacionais, com significativos prejuízos às questões sociais (afinal, não é por acaso que o governo brasileiro se vangloria do pagamento da dívida externa e não se envergonha com a sua crescente dívida social), sendo que "a mão invisível do mercado", por certo, não tem olhos (nem coração) para enxergar nossas crianças entregues à miséria social e conseqüente subcidadania).

Em razão exatamente disto (e do significado da matéria infância e juventude para o tema "O Ministério Público e a Cidadania Plena") é que se quer colher manifestação dos participantes do Congresso Estadual do Ministério Público do Estado do Paraná (e do XIV Congresso Nacional do Ministério Público) no sentido de que, evidentemente, também ao Ministério Público se aplica, até com maior rigor, o princípio da **prioridade absoluta**, seja em razão de sua incumbência genérica de ser o **defensor do povo**, atuando de modo a "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" (art. 129, II, CF), seja em decorrência de sua atribuição específica da promoção dos interesses individuais, coletivos e difusos relacionados às crianças e adolescentes (art. 201, do ECA).

Neste momento em que as nossas crianças e adolescentes passam a ser tratados como **bodes expiatórios** da caótica situação social (e de insegurança) vivida no país, com o surgimento de levianas propostas para restabelecimento do Código de Menores ou da diminuição da imputabilidade penal (naa verdadee, a sociedade brasileira tem o direito de se indignar diante da tragédia que envolve nossas crianças e adolescentes, entretanto, tal indignação deve ser canalizada **a favor** da infância e da juventude e não **contra** ela, na correta perspectiva de que a melhor forma para evitar violência e criminalidade é **superar a marginalidade**, retirando-se aqueles que se encontram à margem dos benefícios produzidos pela sociedade para conduzi-los à cidadania plena), **urge intervenção** dos agentes do Ministério Público objetivando a **implementação** da regra constitucional que contempla a população infanto-juvenil com a **garantia prioritária** do exercício dos direitos relacionados à vida, saúde, alimentação, educação, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, ao respeito, liberdade e a convivência familiar e comunitária, assim como das diretrizes e programas de atendimento estabelecidos em favor das crianças e adolescentes na Lei nº 8.069/90.

Pensando nessa linha é que se pretende ver consagrada, pela manifestação de seus próprios membros, a **obrigação legal** do estabelecimento pelo Ministério Público de uma política institucional capaz de conduzir à efetivação no país do princípio constitucional da **prioridade absoluta**, assumindo-se, com essa postura, a responsabilidade funcional, ética e social de se escrever uma nova história para a nossa infância e juventude.

Para tanto, afora a criação e instalação de Centro de Apoio Operacional específico para a área da infância e juventude (com recursos humanos e materiais suficientes ao seu **pleno** funcionamento, inclusive no que tange à orientação para a política institucional a ser traçada), e outras **medidas internas** como a criação de Promotorias Especializadas nas Comarcas de maior densidade populacional (prevendo-se também o suporte de serviços auxiliares, especialmente de cunho técnico), a realização permanente de cursos para o aperfeiçoamento funcional dos seus membros que se encontram em exercício nas Promotorias de Justiça da Criança e do Adolescente, as publicações institucionais contemplando matérias referentes à área da infância e juventude, a inserção nas correições de tópicos pertinentes à política de atendimento da infância e juventude de cada localidade, etc., indispensável que os agentes do Ministério Público verifiquem, em todos os níveis (municipal, estadual e federal) e em todas as instâncias de poder (Executivo, Legislativo e Judiciário) a existência de adequada e preferencial política pública de atendimento à infância e juventude, assim como a destinação privilegiada de recursos para essa área social.

Partindo-se da intervenção para a indispensável criação dos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente e dos Conselhos Tutelares (arts. 88, inc. II e 132, do ECA), necessário

interferir no sentido da existência de políticas públicas capazes de fazer das crianças e adolescentes **efetivamente sujeitos de direito** (e não mais meros objetos de intervenção do Estado), garantindo-se, entre outros e guardadas as peculiaridades locais, os relacionados à vida (p. ex., identificando a taxa e os fatores responsáveis pela mortalidade infantil nos municípios da Comarca), à saúde (p. ex., verificando a cobertura integral das vacinações recomendadas pelas autoridades sanitárias, a realização pelos hospitais dos exames visando ao diagnóstico e terapêutica de anormalidades do metabolismo; a existência de programas destinados à nutrição, à assistência médica e odontológica para a prevenção das enfermidades que ordinariamente afetam a população infantil, e campanhas de educação sanitária para pais, educadores e alunos), à convivência familiar (p. ex., providenciando a materialização dos programas oficiais de auxílio e orientação a famílias carentes, bem assim os de desinstitucionalização de crianças e adolescentes abrigados e também os destinados à adequada aproximação e retirada das crianças e adolescentes das ruas), à educação (p. ex., realizando atividades direcionadas à garantia de educação infantil, também de ingresso, permanência e sucesso no ensino fundamental; conferindo a existência dos conselhos de acompanhamento e controle social Fundef, assim como dos planos de cargos, salários e valorização do magistério e, ainda, dos programas suplementares de material didático-escolar, transporte alimentação e assistência à saúde), à profissionalização (p. ex., providenciando o desenvolvimento de programas de iniciação profissional, bem como de proteção no trabalho, impedindo atividades insalubres, penosas e perigosas ou que impossibilitem a regular escolaridade) e às medidas sócio-educativas (p. ex., promovendo a instituição de programa para a prestação de serviços à comunidade e, principalmente, à execução de liberdade assistida). Anote-se que, dos temas emergenciais aqui elencados (quase sempre, reflexos da situação familiar determinada pela inexistência de política de pleno emprego, de salário justo, de programas de renda mínima ou, ao menos, de efetiva assistência social para quem dela necessite) e afora, obviamente, o combate à tragédia da mortalidade infantil, destaque-se a necessidade da implementação dos projetos governamentais destinados ao auxilio a famílias carentes, já que, na maioria absoluta das vezes, a promoção social de uma criança ou adolescente implicará resgatar para a cidadania também os seus familiares. Uma vez atendidas as condições materiais indispensáveis à subsistência, o caminho seguinte a ser trilhado se traduz no encaminhamento de todas as crianças e adolescente para o sistema educacional, pois, como sempre se diz - e isto exsurge indisputável em relação aos nossos filhos - **lugar de criança é na escola**. Dentre os direitos fundamentais consagrados à infância e juventude, sem dúvida avulta em significado o pertinente à educação, observado também que o sistema educacional se constitui - juntamente com a família - em extraordinária agência de socialização do ser humano (isso sem contar com a possibilidade de importante interferência, enquanto aparelho ideológico do Estado, na formação do pensamento acerca da sociedade em que se vive e do papel que cada um pode nela desempenhar). A educação, devidamente entendida como direito de todos e dever do Estado, destina-se, conforme prevê a regra constitucional, ao pleno desenvolvimento da pessoa, sua qualificação para o trabalho e, principalmente, ao preparo para o exercício da cidadania (art. 205, da CF). O direito de acesso, permanência e **sucesso** no sistema educacional comparece como antídoto à marginalização social que encaminha crianças e adolescentes à mendicância, ao trabalho precoce, à prostituição e à delinqüência. Não é por acaso que, na verificação dos adolescentes sujeitos às medidas sócio-educativas (especialmente as privativas de liberdade), alcança-se índices elevadíssimos no referente ao afastamento (muitas vezes por exclusão imposta indevidamente pela própria escola) do direito à educação. A luta por novos e melhores dias para a infância e juventude brasileiras só pode estar embandeirada - e ter como ponto de partida - a efetivação do direito à

educação. Por isso, o legislador do Estatuto da Criança e do Adolescente, ao mesmo tempo em que arrola os seus princípios informadores (art. 53) e as formas de sua materialização (art. 54), assevera que "o acesso ao ensino obrigatório gratuito é direito público subjetivo", e que "o não oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, assim como a sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente" (art. 54, §§ 1° e 2°). Então, na perspectiva da formação de verdadeiros cidadãos, o processo educativo deve atender a propósitos de valorização do ser humano, de seu enriquecimento na campo das relações interpessoais, de respeito ao semelhante e, igualmente, de desenvolvimento do senso crítico, da responsabilidade social, do sentimento participativo, da expressão franca e livre do pensamento, enfim, constituindo-se a escola em espaço democrático propício ao desenvolvimento harmônico do educando. Ainda em tal aspecto, convém anotar a importância de restar concretizado, para todas as crianças de 0 a 6 anos, o direito a creche e pré-escola, capaz de atendê-los quanto à saúde e alimentação (eliminando-se, principalmente, os riscos das lesões cerebrais irreversíveis decorrentes da subnutrição), bem como a oportuna introjeção de valores ético-sociais, além do preparo para o ingresso no ensino fundamental, caminho para uma cidadania que se quer ver atingindo por todas as nossas crianças e adolescentes.

Nessa altura da reflexão - acerca das previsões do ordenamento jurídico e da sua distância da vida concreta de nossas crianças e adolescentes - vale a convocação de todas as forças progressistas da sociedade no sentido do empenho pela materialização do comandos legais, porquanto, como se sabe, a lei por si só não tem o condão de modificar a realidade social, mas sim o cumprimento das sua regras pelos governantes e o exercício dos direitos nela consagrados pela sociedade civil. Daí, tratando-se da concretude das promessas jurídicas, comparece conveniente o raciocínio de que - além da escola, da família e de outros espaços adequados para o seu desenvolvimento - **lugar de criança é nos orçamentos públicos**, cumprindo-se com o princípio constitucional da **prioridade absoluta** em prol da infância e juventude e propiciando a consecução da política traçada pelos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente. O acompanhamento pelo Ministério Público da elaboração das leis orçamentárias (desde o plano plurianual, passando pela lei de diretrizes orçamentárias até a lei orçamentária propriamente dita) e de sua execução, não se tenha dúvida, comparece indispensável para a melhoria - sob todos os aspectos - das condições de vida das nossas crianças e adolescentes (relembrando, no referente à educação, a previsão constitucional na linha de que "a União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante dos impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino" - art. 212, da CF). Interessante, inclusive, seria comparar a evolução dos recursos destinados à efetivação de políticas públicas pertinentes a crianças e adolescentes **antes** e **depois** de **1988** (de molde a se conferir o cumprimento do novo comando constitucional), além de compará-los com outras rubricas orçamentárias, legalmente consideradas sem prevalência. Para o eventual embate jurídico, cabe registrar que o princípio constitucional da **prioridade absoluta** (art. 227, da CF), somado ao da **democracia participativa** (arts. 1°, par. único, 204, II e 227, § 7°, todos da CF e concretizados com a atuação dos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente na formulação da política - municipal, estadual e nacional - de atendimento aos interesses da população infanto-juvenil - art. 88, II, do ECA), são limitadores e condicionantes ao poder discricionário do administrador público.

Enfim, a atuação dos agentes do Ministério Público em dar concretude (vida e eficácia) ao princípio constitucional da **prioridade absoluta** para a área da infância e juventude importará

efetivo cumprimento de dever institucional **prioritário** e possibilidade de que as promessas de cidadania contidas no ordenamento jurídico compareçam realidade nas suas vidas cotidianas, **universalizando-se** os direitos que **parte** da população infanto-juvenil já exercita. A certeza é de que, interagindo articuladamente com os segmentos organizados da sociedade civil e cumprindo prioritariamente a tarefa de promoção dos direitos das crianças e adolescentes, o Ministério Público estará colaborando decisivamente para que a Nação brasileira venha a alcançar um dos seus objetivos fundamentais: o de instalar - digo eu, a partir das crianças e adolescentes - uma sociedade livre, justa e solidária.

CONCLUSÕES :

1) O Ministério Público, porque também submetido ao comando constitucional da **prioridade absoluta** (art. 227, da CF), deve formular, de maneira **preferencial**, política específica para atuação dos seus membros na área da infância e juventude.

2) Afora a prioridade institucional **interna**, de molde a cumprir com sua atribuição de **defensor do povo** (art. 129, II, da CF), os agentes do Ministério Público devem fiscalizar os demais poderes no que tange ao efetivo cumprimento do princípio constitucional da prioridade absoluta, especialmente no que pertine à materialização do **direito à educação** e à destinação **privilegiada de recursos** para a área da infância e juventude, adotando as medidas necessárias à sua garantia.

3) O princípio constitucional da **prioridade absoluta**, somado ao da **democracia participativa**, são limitadores e condicionantes ao poder discricionário do administrador público.

TESE 17

A IMPLEMENTAÇÃO DE PROGRAMAS SOCIAIS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ACRE FACE A AUSÊNCIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS QUE GARANTAM A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - UMA EXPERIENCIA LOCAL

Kátia Rejane Rodrigues Guimarães
Promotora de Justiça - AC

" A sociedade não é a criminosa, mas a força que contém o crime. Quando os controles sociais enfraquecem, a crueldade inata do homem vem à tona." **(Camille Paglia).**

O caos no qual estamos sedimentando nossa realidade social vem tomando proporções de um ciclope, sendo seu único foco um ilusório crescimento econômico que só fomenta o desenvolvimento de mercados internacionais. Mais que isso, habitualmente personificamos o Estado no Chefe do Poder Executivo. Com certeza estes são vícios de uma história de organização política–administrativa falha: primeiramente o Totemismo dos Índios; depois, com a conquista do Brasil pelos Portugueses, o sistema Monarca de Portugal firmou nossa submissão e dependência. Com a proclamação da República, conseguimos gritar pela independência, mas não sedimentá-la...e consequentemente chegamos à Ditadura. Desde o princípio estamos voltados à personificar o Estado, gerando um poder centralizador onde um único ser é o responsável pelo sucesso ou fracasso da realidade social.

Nossa atual Constituição Federal veio romper com esses vícios políticos, pelo menos em matéria de direito, quando em seu art. 1º compõe o Estado Democrático de Direito, fundamentando-o com a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, etc. Temos legalmente um Estado Democrático de Direito soberano, ou seja, uno e indivisível, nele existindo órgãos estatais, cujos agentes políticos têm a missão precípua de exercerem essa soberania. A tradicional idéia de Tripartição de Poderes tornou-se inadequada para um Estado que assumiu a missão de fornecer a todo o seu povo o bem-estar, devendo, pois, separar as funções estatais, dentro de um mecanismo de controles recíprocos, denominados "freios e contrapesos". Como muito bem nos elucida o Dr. Alexandre de Moraes, *a Constituição Federal de 1988 atribuiu as funções estatais de soberania aos três tradicionais Poderes de Estado: Legislativo, Executivo e Judiciário, e à Instituição do Ministério Público, que, tem entre várias outras importantes funções, o dever de zelar pelo equilíbrio entre os Poderes, fiscalizando-os, bem como zelar pelo respeito aos direitos fundamentais. A estes órgãos, a Constituição Federal confiou parcela da autoridade soberana do Estado, garantindo-lhes autonomia e independência.*

Neste mister a atuação institucional do Ministério Público, após a vigência da Carta Magna de 1988, tem se pautado no exercício de sua função social. É inegável o grande avanço que se tem notado a partir de então, onde se verifica a galhardia de vários órgãos ministeriais em defender os interesses sociais não só através de pleito judiciais, mas também valendo-se de mecanismos extrajudiciais, seja articulando, seja negociando, seja interagindo com outras instituições no sentido de viabilizar a satisfação das necessidades do homem.

Ajuda-nos também a refletir sobre a possibilidade de contribuir para a mudança de uma quadro social perverso que é apresentado ao Promotor de Justiça da Infância e Juventude a cada dia por ocasião das audiências de apresentação de adolescentes autores de ato infracional, já que na realidade o que se verifica é que, mais que infratores, são jovens em situação de risco social, quer em razão de sua conduta, quer em razão de omissão estatal ou de seus pais ou responsáveis.

Observações como estas e baseados em dados concretos coletadas durante 2 (dois) anos pelas Promotorias de Justiça da Infância e Juventude da Comarca de Rio Branco, verificou-se que cerca de 700 (setecentos) jovens autores de ato infracional eram atendidos, anualmente, por estes órgãos ministeriais. Deste número pelo menos 80% (oitenta por cento) tratava-se de adolescentes em situação de risco social. 60% (sessenta por cento) destes estavam fora da escola e não desenvolvia qualquer atividade, estando na ociosidade total. Dos 40% que freqüentavam a rede escolar não desenvolviam nenhuma outra atividade, ficando parte do tempo também no ócio. Ainda em relação ao número acima apresentado, aproximadamente 80% dos delitos cometidos eram de pequeno potencial ofensivo (por exemplo: furtar objetos de pequeno valor para manter o vício).

Outro índice alarmante era o alto número de reincidências, que se verificava principalmente pela ausência de programas sócio-educativo, impeditivos de que se pudesse promover efetivamente a ressocialização destes jovens. Os métodos então utilizados baseava-se muito mais aos aplicados aos imputáveis que nada tem haver com o modelo sócio-pedagógico proposto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Fizeram-nos então perceber que estávamos tentando recuperar o adolescente através do efeito do primeiro efeito (o furto para alimentar o vício) e não a causa do efeito (ser espancado pelo pai desde os quatro anos, por exemplo). Como afirmou Sigmund Freud "*a criança é o pai do Homem*". Sabemos que a adolescência é a fase de remoer, de forma destrutiva e agressiva, os daimons [1] que porventura se criaram na infância . Dependendo dos fatos vividos por determinada criança, não trabalhados na sua adolescência, teremos um adulto se exorcizando através de ações de desequilíbrio que podem ser, inclusive, de ordem homicida ou genocida.

Da análise de nossa realidade concluímos que, esses adolescentes, deveriam redirecionar o tempo ocioso para atividades edificantes, como as relacionadas à aprendizagem, desenvolvendo assim, na prática, os preceitos da convivência em comuna, de senso de responsabilidade, bem como um ofício propriamente dito. Isto porque, nessa fase de identidade x confusão de papéis, as idéias fluem juntamente com as explosão de hormônios. É necessário trabalhá-las e o ensino profissionalizante, por gerar uma expectativa de independência financeira e de reconhecimento profissional, torna-se mais atrativo que o mundo dos vícios. A profissionalização promove a auto-estima do adolescente e gera prestígio diante da família que o rejeitava, da escola que o expulsava e dos colegas que o descriminavam ou daqueles que o acompanhavam.

Sem esquecer do dever de agir, várias ações judiciais foram e continuam sendo propostas no sentido de implantar programas voltados à ressocialização do adolescente infrator. Porém,

a morosidade causada pela precária estrutura de recursos humanos do Poder Judiciário, imperra as inúmeras Ações Civis Públicas ajuizadas, que diante de sentenças insatisfatórias são levadas à recurso, perpassando cinco ou mais anos para se obter a declaração judicial de determinado direito ou garantia fundamental. Para se evitar a desordem do caos, torna-se imperativo a participação direta do Ministério Público junto aos demais setores da sociedade civil organizada, paralelamente ao pleito de Ações Judiciais. E isso se justifica porque a Instituição Ministerial ainda goza de bastante credibilidade junto à sociedade.

O Ministério Público tem por dever guardar a Lei e para isso é incompatível a omissão. Não mais se admite um Ministério Público, enquanto Instituição que é para o povo, omisso, sem compromisso social, sendo desatento às necessidades da população local e inerte para solucioná-las. Levando isso em consideração e o que preconiza tanto a Constituição Federal, do artigo 226 ao 230 (que versam sobre a Ordem Social da família, da criança, do adolescente e do idoso) quanto o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Ministério Público do Estado do Acre, através de sua Coordenadoria de Defesa da Criança e da Juventude, idealizou o projeto "Crescendo Juntos", com qual vem desenvolvendo um programa de profissionalização de adolescentes em conflito com a lei.

Tem o "Crescendo Juntos" por objetivo à ressocialização do adolescente infrator, através de sua inserção em atividades profissionalizantes voltadas às áreas de educação, cultura, esporte e saúde, prestando-lhe o devido acompanhamento no processo sócio-educativo, a fim de contornar o altíssimo índice de reincidência e, ainda, garantir o que preconiza o texto constitucional em seu artigo 227, in verbis:

> " ***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, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão"***

Este preceito constitucional está sedimentado, também, em leis infraconstitucionais como a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional n.º 9394/96 em seu artigo 2º assim dispõe:

> *"A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho"*

A partir de dispositivo como os acima citados nos fazemos valer da hermenêutica jurídica para concluirmos que as instituições responsáveis estão, por extensão, caracterizadas nos mesmos textos legais quando estes se referem aos Governos Estaduais, Governos Municipais, Sistemas Educacionais, Ministério Público e Organizações Sociais.

A proposta de trabalho do "Crescendo Juntos" é de integrar, ao invés de isolar, o adolescente em conflito com a Lei, em atividades freqüentes e regulares, oferecidas por entidades como DETRAN/Ac, SENAI, SENAC, Fundação de Estado de Cultura, Universidade Federal do Acre, Faculdade de Rio Branco, Secretarias de Estado do Acre e do Município de Rio Branco de Saúde, Secretarias de Estado do Acre e do Município de Rio Branco de Educação,

Secretarias de Estado do Acre e do Município de Rio Branco de Trabalho, Cidadania e Bem Estar Social e Secretaria Municipal de Meio Ambiente, com acompanhamento da equipe técnica da Coordenadoria de Defesa da Infância e da Juventude.

Através deste Projeto, se estruturou um Programa de Profissionalização desses adolescentes, tendo como ponto de partida ações interinstitucionais, de organizações governamentais (tanto estaduais quanto municipais) e ONGs, que sem comprometeram mediante um Termo de Parcerias, onde cada qual assumiu uma parcela de responsabilidade.

A convocação dessa proposta convidou-nos à reflexão, ao amadurecimento, ao agir em parceria, reordenando as relações e renegociando as responsabilidades entre estas instituições que lidam com as questões relacionadas a criança e ao adolescente, reconhecendo-se que, a satisfação das necessidades coletivas não diz respeito tão somente a alguns setores técnico-governamentais.

E é partindo dessa visão compartilhada, que nos possibilita maior riqueza na percepção da realidade e, ainda, com base nos resultados positivos que temos alcançado desde a implantação do Projeto, onde já foi verificado uma queda considerável no índice de reincidência, é que devemos assumir o quanto é necessário alterar os mecanismos existentes para que, também, se altere a realidade social, naquilo que se mostre ineficiente. Temos, então, que partir para ações concretas, capazes de transformar a realidade que não aceitamos, tendo sempre presente que a lei, por si só, não muda a realidade social – o fato social. Mas é buscando alternativas, novos mecanismos, mudando os paradigmas, a forma de promover justiça social, no exercício sério, sistemático e continuado é que possivelmente atingiremos a almejada justiça, o reconhecimento da cidadania e da dignidade e consagrando cada vez mais que crianças e adolescente são sujeitos de direito.

Assim, devemos reconhecer ainda, que a adoção de métodos que viabilizem minimizar os problemas relacionados a falta de introdução de políticas sociais que garantam em sua plenitude os direitos das crianças e adolescentes, não torna ilegítimo e nem autoriza ao Ministério Público a deixar de promover as ações judiciais e extrajudiciais cabíveis, até porque, obrigatoriamente, devem existir. Com tudo, no intuito de garantir de imediato o que com certeza não teria o mesmo alcance através da busca incessante de decisões judiciais que reconheçam a obrigação de fazer do Poder Público.

CONCLUSÃO

Diante do exposto e objetivando uma maior intervenção do Ministério Público nas questões relacionadas a garantia dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes chegamos as seguintes conclusões:

1- Como forma de acudir as necessidades mais prementes das crianças e dos adolescentes, deve o Ministério Público criar, implantar e implementar programas sociais emergentes sem deixar de promover as ações judiciais e extrajudiciais cabíveis.

2- O Ministério Público deve interagir junto às Entidades voltadas à questão da Criança e do Adolescente, conscientizando sobre a importância do trabalho

em parcerias, derrogando, assim, as adversidades e competitividades causadas pelas políticas partidárias .

3- Nosso dever não é guardar a lei enquanto papel que se desintegra com o tempo e sim sua essência. A essência do Estatuto da Criança e do Adolescente é a efetiva proteção desses seres em formação. Em sendo assim, cabe ao Ministério Público, através de seus Promotores e equipe psicossocial, buscar a raiz do problema e dar horizontes edificantes ao adolescente infrator, obstando ao máximo a aplicação de medida sócio-educativa de internação nas entidades de abrigos que, na realidade, ainda não diferem demais penitenciárias. Devemos contribuir com a concretização dos objetivos fundamentais da Constituição Federal, preconizados no seu art.3°, sendo um deles o da erradicação da marginalização. Não marginalizemos nossas crianças, nossos adolescentes...enfim, o futuro da nação!

Nota:

1- O daimon é uma expressão grega e significa um espírito de divindade inferior à dos deuses do Olimpo. Édipo, expulso, torna-se um daimon em Colona. A palavra passou a significar a sombra guardiã do homem. O cristianismo transformou daimônico em demoníaco. Os daimons gregos não eram maus, ou melhor, eram ao mesmo tempo bons e maus, como a própria natureza, na qual viviam. (Camille Paglia).

Bibliografia:

Constituição da República Federativa do Brasil, 1988;

de Moraes, Alexandre. Direito Constitucional. ed.9, Ed. Jurídico Atlas. São Paolo,2001;

Paglia, Camille; tradução Marcos Santarrita. Personas Sexuais – arte e decadência de Nefertite a Emily Dickison. ed.1ª, Ed. Companhia das Letras. São Paulo, 1992;

Freud, Sigmund. Totem e Tabu e outros Trabalhos. 2[ed. Ed.Imago. Rio de Janeiro, 1995;

Lei de Diretrizes e Base da Educação;

Estatuto da Criança e do Adolescente.

TESE 18

A LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRIORIDADE ABSOLUTA À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE[1]

Murillo José Digiácomo[2]
Promotor de Justiça - PR

A luta pela plena implementação do Estatuto da Criança e do Adolescente é árdua, sendo incontáveis os obstáculos que têm de ser transpostos para obtenção da tão sonhada **proteção integral** à criança e ao adolescente, prometida já no art.1º do citado Diploma Legal[3] .

Se já não bastassem outros fatores, tem sido particularmente difícil fazer com que os governantes, notadamente os prefeitos municipais[4] , destinem à criança e ao adolescente a **prioridade absoluta** de tratamento que lhes é devida, a começar pela "preferência na formulação e implantação das políticas sociais públicas" e na "destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e juventude", tal qual previsto no art.4º, par. único, alíneas "c" e "d" da Lei nº 8.069/90, o que obviamente importa na previsão de recursos orçamentários suficientes para fazer frente aos planos e programas de atendimento que devem ser criados, mantidos ou ampliados para otimizar a "rede" de atendimento existente.

Um argumento que, nos últimos tempos, vem sendo utilizado com bastante freqüência para justificar o franco descumprimento das disposições estatutárias e constitucionais relativas à necessidade de estruturação dos municípios e efetiva implantação de planos e programas de atendimento a crianças, adolescentes e seus familiares, na forma do previsto nos arts.90, 101, 112 e 129, todos da Lei nº 8.069/90, está relacionado à **suposta** "impossibilidade" da realização de gastos em virtude da chamada Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000), instrumento que como sabemos veio em boa hora a fim de **moralizar** a utilização de recursos públicos.

Absurdo dos absurdos!

Embora sirva como uma cômoda "desculpa" para o administrador público que não tem a menor sensibilidade, compromisso ou preocupação com a causa da infância e juventude, é óbvio que tal argumento **não procede**, pois a Lei de Responsabilidade Fiscal, **longe** de

---

1. Recomenda-se a leitura conjunta com o artigo entitulado "***Sugestões e subsídios para elaboração e implantação de políticas de atendimento a crianças, adolescentes, pais e responsáveis***", que se encontra publicado no *site* do CAOPCA/PR na *internet*.
2. Promotor de Justiça integrante do Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente do Estado do Paraná.
3. que já evidencia: "***esta lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente***" (*verbis*).
4. valendo lembrar que a **municipalização** é a **diretriz primeira** da política de atendimento à criança e ao adolescente idealizada pela Lei nº 8.069/90 (conforme disposto em seu art.88, inciso I).

"inviabilizar" o **investimento**[5] na criança e no adolescente, lhe serve de **estímulo**, na medida em que prevê a **transparência** do orçamento público e a **participação popular** em sua elaboração[6] (permitindo assim a **cobrança** e o **monitoramento** do cumprimento do **princípio constitucional da absoluta prioridade** à criança e ao adolescente a nível orçamentário), além de dificultar os **desvios** de verbas públicas e o "inchaço" na folha de pagamento do funcionalismo municipal, que outrora consumiam a maior parte dos recursos disponíveis.

A propósito, não podemos deixar de anotar que anteriormente à entrada em vigor da Lei de Responsabilidade Fiscal, a "desculpa" ou "justificativa" para a ausência de investimentos na área infanto-juvenil era justamente a do "integral" ou "quase que integral comprometimento do orçamento municipal com a folha de pagamento", discurso que caiu em desuso ante a atual **limitação** do percentual orçamentário que pode ser utilizado para o pagamento de pessoal (que é de 60% da receita corrente líquida, conforme art.19, inciso III, da Lei Complementar nº 101/00).

Com a limitação das despesas com pessoal e maior controle dos gastos públicos em geral determinadas pela Lei de Responsabilidade Fiscal, pela primeira vez na história, em muitos municípios brasileiros, haverá disponibilidade de recursos para o **maciço investimento** na área infanto-juvenil, em cumprimento aos ditames legais e, acima de tudo, **constitucionais** atinentes à matéria, que serão adiante melhor explicitados.

Importante frisar que a Lei de Responsabilidade Fiscal, ao contrário do que pensam (ou querem nos fazer pensar) alguns, **não impede** o gasto público, mas apenas visa **moralizar** e **otimizar** o emprego dos recursos orçamentários disponíveis, estabelecendo um necessário equilíbrio entre a receita e a despesa.

O que antes era feito sem qualquer critério ou controle, hoje demanda **planejamento** e, como é do enunciado da própria lei, **responsabilidade**. O gasto, ou melhor, o **investimento** na criança e no adolescente, pode - e **deve** ocorrer normalmente, cabendo apenas adequá-lo ao orçamento público e obedecer às exigências naturais efetuadas em relação à gestão de recursos públicos.

Essa "nova" sistemática para o **investimento** na criança e no adolescente[7] ainda não foi completamente assimilada notadamente em razão da concepção equivocada, porém ainda presente, de que as questões relativas à área infanto-juvenil devem receber um tratamento meramente assistencialista e/ou "filantrópico", através de ações pontuais a serem desenvolvidas junto àqueles que delas necessitem.

Ocorre que, como sabemos, a **proteção integral à criança e ao adolescente começa** já com o asseguramento de **políticas sociais básicas** prioritariamente voltadas a atendê-los em suas necessidades elementares (art.87, inciso I da Lei nº 8.069/90), sendo certo que, o supramencionado art.4º, par. único, alíneas "c" e "d" da Lei nº 8.069/90, **traduzindo** o enunciado do art.227, *caput*, da Constituição Federal, **determina** que a **garantia de prioridade** (e **prioridade ABSOLUTA**, na forma da Lei Maior), que cabe ao **Poder Público** destinar à criança e ao adolescente, **deve compreender** a "***preferência na formulação e na execução***

5. em se tratando de aplicação de recursos públicos em prol do bem-estar de crianças, adolescentes e suas respectivas famílias, não se está efetuando um **gasto**, mas sim um verdadeiro **investimento** na qualidade de vida de toda a população.

6. Arts.48 e 49 da Lei Complementar nº 101/00.

7. que aliás, já era contemplada pela própria Lei nº 8.069/90, como fica claro da leitura de seus arts.4º, par. único, alíneas "c" e "d", 87, inciso I, 134, par. único e 260, §2º, dentre outros.

das políticas sociais públicas" e na "*destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude*" (*verbis*).

O **comando** legal e, acima de tudo **constitucional** é por demais cristalino, não deixando margem para dúvidas ou para a chamada "discricionariedade" do administrador público, que **não tem alternativa outra além de PRIORIZAR a criança e o adolescente em suas ações**, a começar pelo **orçamento público**, através da previsão de recursos suficientes para implantação dos planos e programas de atendimento a exemplo dos previstos nos já citados arts.90, 101, 112 e 129, todos da Lei nº 8.069/90, bem como condições adequadas ao funcionamento dos Conselhos de Direitos e Tutelar, neste último caso inclusive através do subsídio de seus membros em patamar condizente com a **enorme relevância** de suas atribuições[8].

Vale anotar que, por regra básica de **hermenêutica jurídica**, considera-se que a lei (ou, no caso, nada menos que a Constituição Federal), **não contém palavras inúteis**, sendo certo que se o constituinte entendeu necessário dizer que a criança e o adolescente não apenas devem ser tratados de forma **prioritária** por parte do Poder Público, mas que essa **prioridade** deve ser **absoluta**, ou seja, a **prioridade das prioridades**, é porque não quis pairasse qualquer dúvida ou houvesse margem para qualquer discussão acerca da área a ser atendida em **primeiro lugar** por intermédio das mais diversas políticas públicas, **vinculando** assim as decisões do administrador público (que por sinal devem ser tomadas **em conjunto com a sociedade** através dos **Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente**, *ex vi* do disposto no art.227, 7º c/c art.204, ambos da Constituição Federal e art.88, inciso II, da Lei nº 8.069/90), seja qual for sua orientação ideológica ou político-partidária.

Evidente que a Lei de Responsabilidade Fiscal, embora seja uma lei complementar, **não tem o condão de "revogar" o verdadeiro PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL da PRIORIDADE ABSOLUTA à criança e ao adolescente**, com o qual não guarda qualquer conflito ou incompatibilidade[9], tendo apenas reforçado a idéia, já presente na sistemática estabelecida pela Lei nº 8.069/90, que o enfrentamento dos problemas e deficiências estruturais existentes no município deve ocorrer através de **políticas públicas** adequadas às necessidades locais, que deverão ser contempladas com a **previsão de recursos orçamentários suficientes** à sua implantação, incremento e/ou manutenção.

Importante, pois, que sejamos **previdentes** e façamos incluir **no orçamento** do município, e em caráter **absolutamente prioritário**, a previsão de recursos necessários à criação, incremento e/ou manutenção das ações e programas de atendimento destinados a implantar ou otimizar uma verdadeira "rede" municipal de atendimento à criança, ao adolescente (de todas as faixas etárias) e às suas respectivas famílias, tal qual previsto na Lei nº 8.069/90.

E mecanismos para que isso ocorra, já se encontram à disposição da sociedade.

---

8. A própria Lei de Responsabilidade Fiscal, em harmonia com o art.169, 3º, inciso I da Constituição Federal, estabelece que para a limitação da despesa com pessoal, de modo a não ultrapassar o supramencionado percentual máximo de 60% (sessenta por cento) da receita corrente líquida, os "cortes" **têm de começar** "***tanto pela extinção dos cargos e funções*** (**em comissão/de confiança**) ***quanto pela redução dos valores a eles atribuídos***" (art.23, 1º da Lei Complementar nº 101/2001 - *verbis* - nota explicativa do autor), e **não** pela redução, supressão ou não previsão de subsídios para os membros do Conselho Tutelar, que devem receber uma justa contrapartida financeira pelos relevantes (e desgastantes) serviços prestados à população.

9. que aliás, se houvesse, importaria na **inconstitucionalidade** do dispositivo contido na citada Lei Complementar, que obviamente não pode afrontar qualquer dos ditames, quem dirá dos **princípios**, estabelecidos pela Constituição Federal.

Em primeiro lugar, consoante alhures ventilado, temos o **Conselho de Direitos da Criança e do Adolescente** (que como sabemos é composto de forma **paritária** entre representantes do Poder Executivo e da sociedade civil organizada), como o órgão que possui a **COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL para DELIBERAR acerca das políticas públicas a serem implantadas em benefício das crianças e adolescentes**.

Com efeito, o art.88, inciso II do Estatuto da Criança e do Adolescente, que com respaldo nada menos que no art.227, §7° c/c art.204, ambos da Constituição da República Federativa do Brasil, foi absolutamente **categórico** ao conferir aos Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente, em todos os níveis (municipal, estadual e Federal), as funções de **deliberação** quanto às políticas públicas voltadas à criança e ao adolescente (que como sabemos são de **formulação** e **execução PRIORITÁRIAS**, como decorrência nada menos que do **princípio constitucional** da **prioridade ABSOLUTA à criança e ao adolescente**, *ex vi* do disposto no art.227, *caput* c/c art.4°, par. único, alíneas "c" e "d" da Lei n° 8.069/90) e, também, de **controle das ações** do administrador público encarregado de sua implementação.

E o sentido da norma legal e constitucional, até mesmo sob o ponto de vista puramente **gramatical**, não comporta dupla interpretação:

Segundo o saudoso Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, em sua imortal obra "***Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa***"[10], a palavra **DELIBERAR** significa "***RESOLVER depois de exame ou discussão; DECIDIR, assentar; ... 3. DECIDIR, RESOLVER ...***" (*verbis* - grifei).

A palavra **CONTROLE**, por sua vez, significa "***ato ou PODER DE CONTROLAR; DOMÍNIO, GOVERNO. 2. FISCALIZAÇÃO exercida sobre as atividades de pessoas, órgãos, departamentos ... etc., para que tais atividades ... NÃO SE DESVIEM DAS NORMAS PREESTABELECIDAS ...***" (*verbis* - grifei).

Com base no mesmo **princípio elementar** de hermenêutica jurídica acima referido, lógico concluir que a intenção do legislador, assim como do constituinte, foi o de conferir ao Conselho de Direitos da Criança e do Adolescente a **prerrogativa** e o **poder de decisão** acerca das políticas[11] a serem implementadas em prol da criança e do adolescente em todos os níveis de governo, com o subsequente **controle** de sua execução por parte do administrador público.

Logo, a título de exemplo, no caso do município **não é o Prefeito** quem irá, sozinho ou em conjunto com o seu gabinete, decidir o que, quando e como fazer na área da infância e juventude, mas **sim é o COLEGIADO que compõe o referido órgão deliberativo** (Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente) que detém o **poder de decisão** sobre a matéria.

Estabeleceu-se, assim, uma **nova forma de governar**, que **pressupõe** a **participação direta** de representantes da sociedade civil organizada nas **decisões de Estado** (*latu sensu*), num típico exemplo de **democracia participativa**, *ex vi* do previsto no art.1°, par. único, *in fine*, da Constituição Federal, pois afinal, "***todo poder emana do povo ...***" (*verbis*).

As ações que o administrador pretende desenvolver em relação a **tudo** que diga respeito à criança e ao adolescente no município, assim como a própria **proposta orçamentária** anual/

10. Editora Nova Fronteira, 1ª Edição, 3° impressão, Rio de Janeiro, 1988.

11. que podem ser traduzidas em **programas de atendimento**, *ex vi* do disposto nos arts.88, inciso III, 90, 101, 112 e 129, todos da Lei n° 8.069/90.

plurianual[12], devem ser levadas ao Conselho de Direitos, para que sejam objeto da mais ampla discussão com a sociedade, que também poderá propor estratégias, planos, ações e metas que venham a assegurar a necessária **estruturação do município** para o atendimento de sua população infanto-juvenil, garantindo-lhe a **proteção integral** há tanto prometida.

Vale aqui ressaltar que o Conselho de Direitos da Criança e do Adolescente não é um órgão "alienígena", estranho à estrutura administrativa do município, mas sim é um **órgão colegiado** de composição **mista** e **paritária** entre representantes do próprio **governo** e da **sociedade civil organizada**, detendo **competência decisória** para tudo que se faça ou se pretenda fazer na área da infância e juventude (arts.227, §7º c/c 204, ambos da Constituição Federal e art.88, inciso II da Lei nº 8.069/90).

O administrador público, através dos representantes de secretarias e departamentos governamentais que têm assento junto ao citado **Órgão Deliberativo**, tem facultada a participação nas decisões respectivas (podendo inclusive dirigir-se pessoalmente à sua plenária, conforme disposição regimental específica), tendo sempre por norte a **absoluta prioridade** à criança e ao adolescente prevista na Lei nº 8.069/90 e Constituição Federal.

Se não age ao tempo e modo devidos, e não participa das discussões e do processo de elaboração das **resoluções** do Órgão que detém a **competência constitucional** para definir as políticas que sua administração deverá implementar em prol da criança e do adolescente, não pode pretender, *a posteriori*, modificar ou descumprir uma **deliberação legal e SOBERANA** do Órgão competente, sendo de plena aplicabilidade o brocardo jurídico segundo o qual "***dormientibus non sucurrit jus***" (pois o Direito não socorre aos que dormem).

Como decorrência de suas prerrogativas constitucionais já mencionadas, é óbvio que uma **resolução** do Conselho de Direitos da Criança e do Adolescente, que consiste na **materialização** de uma **deliberação** do Órgão, tomada no pleno exercício de sua **competência constitucional** específica, **VINCULA (OBRIGA) o administrador público**, que não terá condições de discutir seu **mérito**, sua **oportunidade** e/ou **conveniência**, cabendo-lhe apenas tomar as medidas administrativas necessárias a seu cumprimento, a começar pela adequação do **orçamento público** às demandas de recursos que em razão daquela **decisão** porventura surgirem.

A "**discricionariedade**" acerca da elaboração e implementação de políticas públicas voltadas à criança e ao adolescente, portanto, **cabe ao Conselho de Direitos**, e **NÃO ao administrador público** "de plantão", até porque teve o legislador a nítida intenção de **desvincular** tal responsabilidade da **pessoa** do Prefeito, Governador, Presidente da República **e/ou do partido político** ao qual estes fazem parte, de modo a **evitar** a ocorrência de sua solução de continuidade em razão da alternância de mandatários e/ou partidos políticos no poder.

A propósito, oportuno mencionar que quando se fala em "discricionariedade", deve-se ter em mente que mesmo esta é **relativa**, na medida em que deve ser ela exercida **dentro dos parâmetros** estabelecidos pela Lei e, em especial, pela Constituição Federal, que consoante alhures mencionado **determinam** sejam crianças e adolescentes destinatárias da mais **absoluta prioridade** por parte do Poder Público.

---

12. em sua **integralidade**, e não apenas na parte que cabe à "Secretaria Municipal da Criança" ou similar, na medida em que o Conselho de Direitos da Criança e do Adolescente é um órgão intersetorial, devendo zelar para que o orçamento público - e todos os setores de governo - de fato **priorizem** a criança e o adolescente.

Assim sendo, o Conselho de Direitos da Criança e do Adolescente, ao **DITAR as medidas a serem tomadas pelo administrador público** e este, ao **CUMPRIR as respectivas deliberações, NÃO TÊM ALTERNATIVA OUTRA ALÉM DE PRIORIZAR A CRIANÇA E O ADOLESCENTE EM SUAS AÇÕES**, inclusive sob pena da prática de **crime** (no caso específico do Prefeito Municipal, por exemplo, por afronta ao art.1º, inciso XIV do Dec. Lei nº 201/67), e de **ato de improbidade administrativa**, na forma do previsto no art.11 da Lei nº 8.429/92, neste último caso importando na **perda da função pública** e na **suspensão dos direitos políticos de 03 (três) a 05 (cinco) anos**, *ex vi* do disposto no art.12, inciso III da Lei nº 8.429/92.

Dado **mandamento constitucional** da **prioridade ABSOLUTA à criança e ao adolescente**, portanto, **não há**, quer por parte do Conselho de Direitos da Criança e do Adolescente, quer por parte do administrador público, a "opção" de privilegiar outra área - a começar pelo **orçamento público** - além da infanto-juvenil.

A respeito do tema, oportuno transcrever a lição do eminente Desembargador Gaúcho SÉRGIO GISCHKOW PEREIRA, em recente acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul , "*...sabe-se que a atividade administrativa caracteriza-se menos como um poder do que como um dever, encaixando-se na idéia jurídica de Função. Função, em linguagem jurídica, designa um tipo de situação jurídica em que existe, previamente assinalada por um comando normativo, uma finalidade a cumprir e que deve ser obrigatoriamente atendida por alguém, mas no interesse de outrem, sendo que, este sujeito - o obrigado - para desincumbir-se de tal dever, necessita manejar poderes indispensáveis à satisfação do interesse alheio que está a seu cargo prover...*"

E prossegue o eminente magistrado, citando CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO[13] : "*Uma distinção clara entre a função e a faculdade ou o direito que alguém exercita em seu prol. Na função, o sujeito exercita um poder, porém o faz em proveito alheio, e o exercita não porque acaso queira ou não queira. Exercita-o porque é um dever. Então, pode-se perceber que o eixo metodológico do direito público não gira em torno da idéia de poder, mas gira em torno da idéia de dever.*

"*Conscientizando-se dessas premissas, constata-se que deste caráter funcional da atividade administrativa, desta necessária submissão da administração à lei, o chamado poder discricionário, tem que ser simplesmente o cumprimento do dever de alcançar a finalidade legal, ou seja, sempre e sempre o bem público, o interesse comum*".

Acerca da possibilidade de controle judicial da "discricionariedade" do administrador, o nobre julgador prossegue em sua brilhante exposição: "*Pois bem, assentando-se que o Judiciário também é órgão de Poder (e portanto também comprometido, teleologicamente, com o bem comum), e que é inafastável o caráter político de sua atuação (não, evidentemente, no sentido partidário do termo, mas entendida a política como arte da busca do bem comum), não há como afastar o juiz, aprioristicamente, do conhecimento de opções ditas discricionárias dos demais poderes. O que jamais se poderá permitir é que o juiz busque substituir o critério do administrador ou do legislador pelo seu próprio. Não é disso que se trata. O que se defende é a impossibilidade comportada (diria até, exigida) pelo sistema de o juiz apreciar as manifestações de vontade política (no sentido supra assinalado) dos demais*

13. *In* "*Discricionariedade e Controle Judicial*", São Paulo, Malheiros, 1992, p.13.

poderes, confrontando-o com o sistema legal, especialmente constitucional, para verificar sua adequação ao mesmo"

E, ao arremate, citando ANTÔNIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA[14], consigna que "*...**se diz, freqüentemente, e com razão, que a discricionariedade administrativa não se confunde com arbitrariedade. Mas essa afirmativa não passaria de fútil manifestação de um desejo se, na realidade, o exercício do poder discricionário ficar inteiramente incontrolável ou sujeito apenas a um controle por indícios, decorrentes da própria ação administrativa, considerada por fora, sem a justificativa do administrativa do administrador (...)***".

"*(...) **certamente pensamos também no controle da discricionariedade administrativa. Ao nosso ordenamento jurídico não repugna esse controle (...). Para vedar ao Poder Judiciário o exame dos aspectos discricionários do ato administrativo costuma-se invocar o princípio da separação dos poderes. O substrato desta doutrina, no entanto, está na idéia de que 'le pouvoir arrête le pouvoir', ou seja, exatamente aquilo que ocorreria se o poder Judiciário impedisse a atividade discricionária do Poder Executivo, na medida em que reputasse inconveniente ou inoportuna. Na verdade, a doutrina da separação dos poderes foi concebida para garantir a liberdade individual em face do Estado, mas não para assegurar a absoluta liberdade de ação de cada um dos poderes do Estado em face dos demais. Lembre-se, aliás, que o direito comparado proporciona expressivos exemplos de controle jurisdicional do mérito administrativo***" (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Sétima Câmara Cível. Apelação Cível nº 596.017.897, de Santo Ângelo. j. em 12/03/1997)[15].

Nesse contexto, não restam dúvidas que os Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente, assim como os administradores públicos em todos os níveis de governo, estão pela lei e, acima de tudo, pela Constituição Federal, **obrigados** a destinarem a crianças e adolescentes a mais **absoluta prioridade** em seus planos e ações de governo, devendo fazer constar do **orçamento público** a previsão de recursos suficientes à implementação de **programas de atendimento** nos moldes do previsto nos arts.90, 101, 112 e 129, todos da Lei nº 8.069/90, de modo a atender as demandas específicas existentes, cabendo aos operadores do Sistema de Justiça da Infância e Juventude (notadamente ao Ministério Público[16] e Poder Judiciário), zelarem pelo cumprimento desse verdadeiro **imperativo constitucional**.

A nível de município, também de **importância capital** nesse processo de discussão e implementação de políticas públicas em prol de crianças e adolescentes é a participação do **Conselho Tutelar** local, que não por acaso recebeu do legislador a atribuição de "***assessorar o Poder Executivo local na elaboração da proposta orçamentária para planos e programas de atendimento dos direitos da criança e do adolescente***" (art.136, inciso IX da Lei nº 8.069/90 - *verbis*).

---

14. *In* "***Motivo e Motivação do Ato Administrativo***", São Paulo, Revista dos Tribunais, 1979).

15. a respeito do tema, vide também o artigo entitulado "***Monitoramento da Garantia de Absoluta Prioridade***", de autoria do Promotor de Justiça paraibano Valério Bronzeado, também publicado na página da *internet* do CAOPCA/PR.

16. valendo mencionar que no caso específico do Estado do Paraná, por força de **recomendação** expedida pela douta Corregedoria Geral de Justiça local, os Promotores de Justiça com atribuição na área da infância e juventude são orientados a participar das reuniões dos Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente, fiscalizando e provocando suas ações e deliberações (Recomendação nº 04/99, de 13/04/1999, publicada na página do CAOPCA na *internet*).

Como legítimo representante da sociedade (art.131 da Lei nº 8.069/90), que pela natureza de suas demais atribuições tem, mais do que qualquer outro órgão, a exata noção de quais as maiores **demandas** de **encaminhamento**[17] e, consequentemente, quais as maiores **deficiências estruturais** do município para o atendimento de suas crianças e adolescentes.

Em detectando o Conselho Tutelar que determinada demanda recorrente não está contemplada com uma **política de atendimento** adequada, não havendo para onde **encaminhar** os casos de violação de direitos de crianças e adolescentes que chegam ao seu conhecimento, imprescindível que o órgão desde logo acione os demais integrantes do Sistema de Garantias para superação dessa deficiência estrutural que, afinal de contas, **coloca em situação de risco TODAS as crianças e adolescentes do município**, *ex vi* do disposto no art.98, inciso I, segunda parte, da Lei nº 8.069/90.

As primeiras gestões devem ser realizadas junto ao Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, ao qual caberá estabelecer uma **política própria** voltada à solução do problema detectado, seja através da **adequação da estrutura existente**, seja através da implantação de um ou mais **programas de atendimento totalmente novos**, para o que deverá fazer constar do orçamento do(s) próximo(s) exercício(s)[18] os recursos respectivos[19].

Em sendo necessária a criação do programa de atendimento em caráter emergencial, deverá o Conselho de Direitos verificar da possibilidade de remanejamento de verbas orçamentárias já previstas, dentro da margem em regra deferida ao Executivo na Lei Orçamentária, seja por outros meios, inclusive através do encaminhamento de mensagem própria à Câmara Municipal local, de modo a obter a competente autorização legislativa.

Em razão do contido no art.220 da Lei nº 8.069/90[20], o Conselho Tutelar fica **obrigado** a levar a notícia da deficiência estrutural detectada **também** ao Ministério Público, que por sua vez tomará as providências administrativas (junto ao CMDCA e/ou Prefeitura Municipal) e, se necessário, judiciais (inclusive no sentido de **responsabilizar** o administrador público pela negativa de vigência à legislação federal[21] e ao **mandamento constitucional** da **prioridade absoluta à criança e ao adolescente**), para que seja criada uma **política de atendimento** adequada à situação problemática detectada.

Vale ressaltar que essa atuação do Conselho Tutelar como órgão identificador de demandas e deficiências, assim como "provocador" de deliberações do CMDCA e de ações do Ministério Público, embora por vezes esquecida e negligenciada, se afigura uma de suas mais

---

17. jamais podemos esquecer que o Conselho Tutelar **não é um programa de atendimento**, mas sim um órgão que promove o **encaminhamento** para a "rede" (diga-se programas) de atendimento disponível no município.

18. inclusive via Plano Orçamentário Plurianual.

19. a título de exemplo, em sendo constatado pelo Conselho Tutelar a necessidade da criação de um programa de tratamento especializado para crianças e adolescentes usuários de substâncias entorpecentes e drogas afins (inclusive as chamadas "drogas lícitas", como o álcool e o cigarro), deve o órgão provocar o CMDCA que, por sua vez, considerando que a matéria tem amparo nada menos que na Constituição Federal (art.227, 3º, inciso VII), obrigatoriamente terá de deliberar pela criação de um ou mais programas específicos, que deverão ser implantados e mantidos com recursos provenientes do orçamento destinado à Secretaria Municipal da **Saúde**.

20. "***qualquer pessoa poderá e o servidor público DEVERÁ provocara iniciativa do Ministério Público, prestando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto de ação civil, e indicando-lhe os elementos de convicção***" (*verbis* - grifei).

21. valendo nesse sentido observar o disposto no art.208, *caput*, da Lei nº 8.069/90, bem como disposições penais outras contida no Decreto-Lei nº 201/67, que trata dos **crimes de responsabilidade** praticados por prefeitos.

importantes atribuições, cujo exercício não podem seus integrantes omitir, inclusive sob pena da prática do **crime** de **prevaricação**, previsto no art.319 do Código Penal[22] .

Em contrapartida, a **omissão** do Conselho de Direitos da Criança e do Adolescente em agir, uma vez provocado pelo Conselho Tutelar no sentido da deliberação pela implantação de uma **política de atendimento** adequada a suprir as deficiências estrutural detectada, tanto pode gerar a responsabilização de seus integrantes pela prática da mesma infração penal, quanto pode importar no cometimento do **crime** previsto no art.236 da Lei nº 8.069/90.

De igual sorte, incorrerá no mesmo art.236 da Lei nº 8.069/90 a pessoa ou autoridade pública (inclusive o Prefeito Municipal), que **impeça** ou **crie embaraços** ao exercício, por parte do Conselho Tutelar, de sua citada atribuição prevista no art.136, inciso IX do mesmo Diploma Legal, devendo o órgão público competente, desde o momento do início da discussão da proposta orçamentária anual (incluindo aí, por óbvio, a Lei de Diretrizes Orçamentárias) e plurianual, franquear o acesso às discussões, dados e documentos, aos integrantes do Conselho Tutelar, que deverão zelar para que nelas conste a previsão de metas e recursos necessários à criação, ampliação e/ou manutenção, de forma **privilegiada** e **prioritária**, de planos e programas de atendimento às crianças, adolescentes e suas respectivas famílias, na forma do previsto na lei e na Constituição Federal.

CONCLUSÃO:

Como podemos observar, existe todo um arcabouço jurídico destinado a proteger a criança e o adolescente contra o mau administrador, que não lhes dispensa a **prioridade absoluta** de tratamento tal qual **determina** a Constituição Federal.

A Lei de Responsabilidade Fiscal se insere nesse contexto como **mais um** instrumento jurídico a ser manejado **em prol da criança e do adolescente**, pois através da moralização e transparência dos gastos públicos, orçamento participativo e responsabilidade fiscal, haverá maiores e melhores condições de cumprir o citado **mandamento constitucional**.

Assim sendo, totalmente **descabida** a utilização da Lei de Responsabilidade Fiscal como **pretexto** para o descumprimento dos **superiores ditames** e, acima de tudo, **PRINCÍPIOS constitucionais** alhures mencionados, cabendo a todos nós **cidadãos**, e em especial àqueles investidos da atribuição de **zelar** para a **proteção integral** de crianças e adolescentes, agirmos ao tempo e modo devidos para que crianças e adolescentes sejam, de fato, destinatárias da mais **absoluta prioridade** de tratamento por parte do Poder Público, a começar pelo **orçamento público**, onde deverão ser obtidos os recursos necessários para tanto.

Muito embora antes do ajuizamento de qualquer demanda se deva tentar o **diálogo** e o **convencimento** das autoridades públicas renitentes e insubmissas de que existe uma **NOVA ORDEM em vigor**, que confere **à sociedade PODERES (e também DEVERES) DECISÓRIOS que não podem ser desprezados**, em especial por aqueles que **administram** a coisa pública e que **juram** defender o **regime democrático** e o **Estado de Direito** em que, felizmente, hoje vivemos, caso falhe essa conscientização, não restará então alternativa outra,

22. Haja vista que tanto o conselheiro tutelar, quanto o conselheiro de direitos da criança e do adolescente, por força do disposto no art.327 do Código Penal, são considerados "**funcionários públicos**" para fins **penais**, respondendo criminalmente tanto por seus **excessos** quanto por sua **omissão** no cumprimento das atribuições que lhes são inerentes.

a bem da supremacia desses mesmos **regime democrático** e **Estado de Direito**, além da devida **responsabilização** e **afastamento** daqueles que não quiserem ou não estiverem preparados para governar **com** e **para a sociedade**, com todas as **obrigações** e **ônus** inerentes à função.

Cabe ao Ministério Público, enfim, **fiscalizar** todo processo, zelando para implementação/manutenção/ampliação de estruturas de atendimento a crianças, adolescentes e famílias tal qual previsto nos arts.90, 101, 112 e 129, todos da Lei nº 8.069/90, sendo **intransigente** para com aqueles que, mais de 11 (onze) anos após a entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente, insistem em não dar a nossa população infanto-juvenil o tratamento **prioritário** - e em regime de **prioridade ABSOLUTA** que lhes foi há tanto prometido.

TESE 19

DA INAFASTABILIDADE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NOS PROCEDIMENTOS, ADMINISTRATIVOS OU JUDICIAIS, AFETOS À INFÂNCIA E JUVENTUDE

Suzane Maria Carvalho do Prado Patricio
Promotora de Justiça - PR

I. JUSTIFICATIVA

Considerando que os Conselhos Tutelares têm atribuição para imposição de medidas de proteção à crianças autoras de ato infracional e à crianças e adolescentes em situação de risco, bem como aos pais e responsáveis;

Considerando que, em sua maioria, estes Conselhos Tutelares são formados por pessoas da comunidade, imbuídas do mais alto senso de justiça, (mas) sem formação jurídica e conhecimento pleno dos direitos fundamentais da pessoa humana previstos na Constituição Federal e dos Direitos das Crianças expressos em documentos internacionais adotados no Brasil (Declaração Universal dos Direitos da Criança, de 20.11.1959; Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, de 20.11.1989);

Considerando que o Estatuto da Criança e do Adolescente somente prevê de forma expressa o contraditório para a perda e suspensão do pátrio poder (arts. 24, 38, 129, parágrafo único e 155 a 163), para a apuração de irregularidades em entidade de atendimento (arts. 191 a 193), para a apuração de infração administrativa às normas de proteção à criança e ao adolescente (arts. 194 a 199) e para o procedimento de apuração de ato infracional atribuído à adolescente (arts. 171 a 190), mas submete-se integralmente aos ditames constitucionais estabelecidos para o processo, particularmente ao artigo 5º, LV, CF e, de forma subsidiária, às normas gerais previstas na legislação processual pertinente (art. 152, ECA);

Considerando, por fim, a realidade na qual as situações que exigem a intervenção dos Conselhos Tutelares e da Justiça da Infância e da Juventude, de regra, são graves e exigem imediata atuação, competindo ao MINISTÉRIO PÚBLICO zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados

às crianças e adolescentes, ocupa-se este trabalho da análise, partindo do cotidiano forense, da observância ao artigo 5º, LV, da Constituição Federal, em procedimentos judiciais e administrativos que importem em aplicação das medidas previstas nos artigos 101 e 129 do ECA.

II. EXPOSIÇÃO

Com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente foi sepultada a noção destes, crianças e adolescentes, como objetos de aplicação de medidas, erigindo-os à condição de sujeitos de direitos (art. 3º, ECA).[1]

Sendo assim, todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana hão de ser observados no trato, seja administrativo ou judicial, da criança e do adolescente.

O mesmo diploma legal, Lei 8.069, de 13.07.1990, contempla 03 categorias de medidas que incidem diretamente sobre a criança e ao adolescente ou seus pais e responsáveis. A saber:

- as medidas de proteção previstas no artigo 101, aplicáveis tanto pelo Conselho Tutelar (art. 136, , ECA) como pela autoridade judiciária (art. 147, VII, e 153 c/c 146, ECA) à criança ou adolescente em situação de risco pessoal ou social (art. 98, ECA) e à criança autora de ato infracional (art. 105 c/c 136, I, ECA);

- as medidas sócio-educativas previstas no artigo 112, aplicáveis pela autoridade judiciária (art. 148, I, ECA); e,

- as medidas aplicáveis aos pais ou responsáveis constantes do artigo 129, aplicáveis tanto pelo Conselho Tutelar (as previstas nos incisos I a VII) quanto pela autoridade judiciária (art. 129, parágrafo único e art. 148, VII e parágrafo único, "a" e "b", ECA).

Com relação às medidas sócio-educativas dúvida não resta quanto à estrita observância do devido processo legal e das garantias processuais.

Expressamente, o Estatuto dispõe quanto às *Garantias Processuais do adolescente* infrator nos artigos 110 e 111, com previsão de procedimento específico para apuração do ato infracional (arts. 171 a 190) incluindo neste a defesa técnica (art. 184, § 1º). Da mesma forma, ao tratar da perda ou suspensão do pátrio poder, já no artigo 24, exige a via judicial *em procedimento contraditório*, o que é reforçado no artigo 34, 45, culminando com o rito dos artigos 155 a 163.

É na aplicação das medidas de proteção e das medidas aplicáveis aos pais e responsáveis que, não raro, tem-se observado no dia-a-dia a simples imposição e determinação de cumprimento – seja pelo Conselho Tutelar, seja pela autoridade judiciária – sem a garantia do contraditório e da ampla defesa à criança ou adolescente, ou mesmo pais e responsáveis, alcançados pela ordem da autoridade competente.

Por conta da urgência no atendimento das crianças, na maior parte dos casos, e dos

1. CURI, GARRIDO & MARÇURA. *ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE COMENTADO*. 2. ed., São Paulo : RT, 2000, p. 19: "A proteção integral tem como fundamento a concepção de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos (...). Rompe com a idéia de que sejam simples objetos de intervenção do mundo adulto, colocando-os como titulares de direitos comuns a toda e qualquer pessoa, bem como de direitos especiais decorrentes da condição peculiar de pessoas em desenvolvimento.

adolescentes que tenham seus direitos violados ou que venham a violar o direito (quando do cometimento do ato infracional), mesmo que fincado no nobre motivo de protegê-los, ocorre verdadeira interferência em seu ritmo de vida, com a determinação de cumprimento de medidas impostas unilateralmente, sem que, *mesmo a posteriori*, seja-lhes permitido (ou levado a seu conhecimento) a possibilidade de opor-se àquela medida ou sugerir via alternativa, legal, que tenha o mesmo alcance.[2]

Exemplificando: constatada a situação de risco pessoal ou social de criança ou adolescente em razão de sua própria conduta (p.ex. adolescente de 15 anos com vida sexual ativa e desregrada, aliado ao não atendimento das ordens recebidas dos pais, sendo um destes alcoólatra), o Conselho Tutelar, depois de elaborado o relatório do caso, aplica, de imediato, as medidas previstas no artigo 101, I e II à adolescente a medida do artigo 129, II, ao pai alcoólatra. É firmado termo de aplicação da medida e determinado o acompanhamento do caso pelo tempo necessário.

Se houver adesão dos envolvidos – adolescente e seu representante legal – às medidas impostas, observados estão seus direitos fundamentais.

Todavia, não é incomum o descumprimento da medida imposta, mantendo-se a situação de risco que ensejou a ação dos conselheiros, o que leva o Conselho Tutelar a representar à autoridade judiciária nos termos do artigo 136, III, b, ECA.

Recebida esta representação, de regra autuada como "Pedido de Providências" ou "Sindicância" ou ainda "Medida de Proteção" (é o que se vê nas comarcas de interior pelas quais passamos no Estado do Paraná), a autoridade judiciária ouve os envolvidos daquele núcleo familiar, aplicando em seguida as mesmas medidas e determinando seu cumprimento e fiscalização, sem oportunizar a ampla defesa ou mesmo cientificá-los da possibilidade de contestar o feito (defesa técnica e produção de prova, no mínimo). Sem dúvida que esta realidade é determinada pela premência de solução que demanda o caso, mas não justifica o desprezo a direito fundamental.

Como então, num segundo momento, a ordem veio de uma autoridade representativa do poder estatal, o juiz, esta clientela, em sua maioria desprovida de recursos financeiros e da ciência de seus direitos, submete-se ao procedimento não por aderir o pedido, mas por não ter conhecimento de que pode vir a opor-se a ele.

Neste passo, pode-se dizer que a primeira parte do artigo 6º do ECA[3] permitiria que se consolidasse assim este procedimento. Mas é o mesmo artigo 6º que traz à lembrança *os direitos (...) individuais*, incluindo-se nestes o previsto no artigo 5º, LV, da Constituição Federal.[4].

Mesmo exigindo o caso concreto a imediata aplicação de qualquer das medidas dos

2. Invoca-se, por analogia, o artigo 16 da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança: "1 - nenhuma criança será objeto de interferências arbitrárias ou ilegais em sua vida particular, sua família, seu domicílio, ou sua correspondência, nem de atentados ilegais a sua honra e reputação. 2 – A criança tem direito à proteção da lei contra estes atentados ou interferências."

3. Art. 6º. Na interpretação desta Lei, levar-se-ão em conta *os fins sociais* a que ela se dirige, as *exigências do bem comum*, os direitos e deveres individuais e coletivos ... (sem grifos no original)

4. Art. 5º , LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

5. Art. 798, CPC c/c artigo 152, ECA.

artigos 101 ou 129 do ECA, o contraditório deve se fazer presente (em não havendo adesão ao pedido), mesmo que diferido.[5] (Semelhante procedimento, de contraditório diferido, encontra-se no ECA: arts. 157 e 158[6] e 191[7]).

Conjugando-se os artigos 152 e 153 do ECA com as disposições do Código de Processo Civil, tem-se que para a aplicação de qualquer das medidas elencadas nos artigos 101, II a VII – que podem ser determinadas pelo Conselho Tutelar (art. 136, I, ECA) – ou daquelas previstas no artigo 129, I a VI, ECA há de se observar um asseguramento mínimo dos direitos dos envolvidos, estabelecendo-se um procedimento administrativo para sua aplicação.

Note-se que estas medidas, em sua maioria, cerceiam a liberdade daquele que a recebe (é obrigado submeter-se a acompanhamento em dia e hora e com profissional previamente designado, p. ex.), influindo, inclusive no exercício do pátrio poder (art. 101, VII, ECA). A propósito a similitude da medida de proteção prevista no artigo 101, II com a medida sócio-educativa (que exige expressamente o contraditório para sua aplicação) da liberdade assistida (art. 112, IV e 118, ECA).[8]

E mais, é destinatária destas medidas também a criança à qual se atribui a prática de ato infracional (art. 105), cuja aplicação dar-se-á em procedimento administrativo. Há que se lhe garantir a discussão de sua responsabilidade, o que será feito com o acompanhamento do caso por seus responsáveis (art. 142, ECA). Para o adolescente, as garantias processuais são expressas, como se disse, nos artigos 110 e 111, ECA.[9]

Merecem lembrança, neste particular, as normas constantes da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito das Crianças, em especial no artigo 40.

> Art. 40.
>
> 1 – Os Estados Partes reconhecem o direito de toda criança a quem se alegue ter infringido as leis penais ou a quem se acuse ou declare culpada de ter infringido as leis penais, de ser tratada de modo a promover e estimular seu sentido de dignidade e valor, e fortalecerão o respeito da criança pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais de terceiros, levando-se em consideração a idade da criança e a importância de estimular sua reintegração e desempenho construtivo na socidade.

---

6. Art. 157. Havendo motivo grave, poderá a autoridade judiciária, ouvido o MINISTÉRIO PÚBLICO, decretar a suspensão do pátrio poder, *liminar ou incidentalmente*, (...) – (sem grifos no original)
Art. 158. O requerido *será citado* para, no prazo de dez dias, oferecer resposta escrita, indicando as provas a serem produzidas e oferecendo desde logo o rol de testemunhas e documentos. (sem grifos no original)
7. Art. 191 (...) Parágrafo Único. Havendo motivo grave, poderá a autoridade judiciária, ouvido o MINISTÉRIO PÚBLICO decretar *liminarmente* o afastamento provisório do dirigente da entidade, mediante decisão fundamentada. (sem grifos no original).
Art. 192. O dirigente da entidade *será citado* para, no prazo de dez dias, oferecer resposta escrita, podendo juntar documentos e indicar as provas a produzir.
8. Art. 101, II – orientação, acompanhamento e apoio temporários.
Art. 118. A liberdade assistida será adotada sempre que se afigurar a medida mais adequada *para o fim de acompanhar, auxiliar e orientar* o adolescente. (sem grifos no original)
9. Alexandre de Moraes, em seu Direito Constitucional, 5. ed., São Paulo : Atlas, 1999, p. 113, ao tratar do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, cita, em nota de rodapé: "aplicando-se inclusive ao '*processo administrativo, para a apuração de ato infracional cometido por criança* ou adolescente (*art. 103 ss, ECA*), é informado pelo contraditório e ampla defesa, pois seu objetivo é a aplicação de medida sócio-educativa pela conduta infracional, (...)' (NERY JR., Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal. São Paulo : RT, 1994, p. 127) – sem grifos no original.

> 2 – Nesse sentido e de acordo cm as disposições pertinentes dos instrumentos internacionais, os Estados Partes assegurarão, em particular:
> a) que não se alegue que nenhuma criança tenha infringido as leis penais, nem se acuse ou declare culpada nenhuma criança de ter infringido estas leis, por atos ou omissões que não eram proibidos pela legislação nacional ou pelo direito internacional no momento em que foram detidos;
> b) que toda criança de quem se alegue ter infringido as leis penais ou a quem se acuse de ter infringido estas leis goze, pelos menos das seguintes garantias:
> I – ser considerada inocente enquanto não for comprovada sua culpabilidade conforme a lei;
> II – ser informada sem demora e diretamente ou, quando for o caso, por intermédio de seus pais ou seus representantes legais, das acusações que pesam contra ele, e dispor de assistência jurídica ou o outro tipo de assistência apropriada para a preparação e apresentação de sua defesa;
> III – ter a causa decidida sem demora por autoridade ou órgão judicial competente, independente e imparcial, em audiência justa conforme a lei, com assistência jurídica ou outra assistência e, a não ser que seja considerado contrário aos melhores interesses da criança, levar em consideração especialmente sua idade ou a situação de seus pais e representantes legais;
> IV – não ser obrigada a testemunha ou se declarar culpada, e poder interrogar as testemunhas de acusação, bem como poder obter a participação e o interrogatório de testemunhas em sua defesa, em igualdade de condições;
> V – se for decidido que infringiu as leis penais, ter essa decisão e qualquer medida imposta em decorrência da mesma submetidas à revisão por autoridade ou órgão judicial superior competente, independente e imparcial, de acordo com a lei;
> VI – ter plenamente respeitada sua vida privada durante todas as fases do processo.
>
> 3 – Os Estados Partes buscarão promover o estabelecimento das leis, procedimentos, autoridades e instituições específicas para as crianças de quem se alegue ter infringido as leis penais ou que sejam acusadas ou declaradas culpadas de tê-las infringido, e em particular:
> I – (...)
> II – a adoção, sempre que conveniente e desejável, de medidas para tratar dessas crianças sem recorrer a procedimentos judiciais, contanto que sejam respeitados plenamente os direitos humanos e as garantias legais. (sem grifos no original)

Sendo, assim propõe-se que os procedimentos para aplicação de medida de proteção em sede administrativa observem sempre o princípio constitucional insculpido no artigo 5º, LV, da Constituição Federal, mesmo que de maneira singela.

Ou seja, constatada a situação de risco ou a prática de ato infracional por criança, sejam a criança ou o adolescente e seus responsáveis notificados para que compareçam no Conselho Tutelar em dia e hora previamente designados, dando-lhes ciência dos fatos apurados. Ouvidos, receberão a proposta de aplicação imediata da medida. Caso aceitem, firmam o termo de adesão à medida imposta, no qual estará especificada a medida e a forma de seu cumprimento.

Se resignarem-se com a decisão do Conselho, ficam cientes de que, em prazo estipulado pelo Conselho Tutelar, podem produzir a prova que entenderem necessária para elidir a pretensão do Conselho. Mas, não sendo suficiente a prova trazida, ou discordando e mantendo-se inertes, ficam sujeitos à aplicação das medidas já ventiladas pelo Conselho Tutelar. Em qualquer caso, devem ter ciência do teor do artigo 137 do ECA.[10]

Será este procedimento mínimo que, em sendo necessário, embasará a representação do Conselho Tutelar à autoridade judiciária pelo descumprimento de suas deliberações. Caso não exista, inconstitucional foi a medida aplicada e sem força cogente para se falar em "descumprimento".

Da mesma forma, em se tratando de procedimento inominado em curso na Vara da Infância e da Juventude, iniciado por provocação do Conselho Tutelar (art. 136, III, "b"), da investigação a que alude o artigo 153 ou mesmo por pedido do MINISTÉRIO PÚBLICO não se pode deixar de lado um rito procedimental mínimo – com a citação dos requeridos (arts. 213 e 214, CPC), oportunidade de defesa, audiência de conciliação ou instrução e julgamento, em não sendo possível o julgamento nos termos do artigo 330, I, CPC. Isto porque, tal procedimento visa a aplicação de medida, seja do artigo 101 ou do artigo 129, em se confirmando a situação de risco social ou pessoal da criança ou do adolescente ou situação anômala dos pais ou responsáveis.

Mais, qualquer procedimento inominado instaurado com base no Estatuto da Criança e do Adolescente – as "famosas" sindicâncias, investigações ou pedidos de providências – podem desagüar, inclusive na colocação da criança ou adolescente em família substituta (art.101, VIII) ou mesmo tolher o exercício do pátrio poder (art. 129, VIII, IX e X). Interessante notar que somente para as duas últimas medidas do artigo 129, o ECA prevê o contraditório, ao remeter ao artigo 24 do Estatuto, mas já para aquela do inciso VIII – perda da guarda – que implica na limitação do exercício do pátrio poder, uma vez que ao detentor da guarda confere-se *o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais* (art. 33, *caput*, ECA), nada menciona.

Oportuno mencionar o Acórdão 7912, do Conselho da Magistratura do TJPR, decidindo o Recurso de Apelação 318-3- Ponta Grossa:

> ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO INSTAURADO VISANDO A APURAÇÃO DE EVENTUAL RISCO PESSOAL ENVOLVENDO CRIANÇAS – Aplicação de medida protetiva de encaminhamento das infantes ao genitor – Competência da Vara da Infância e da Juventude para o processamento e julgamento da causa – Decisão, na prática, que modificou guarda anteriormente estabelecida em processo de separação judicial – Inobservância, no procedimento imprimido, dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa – Nulidade absoluta do processo, a partir da sentença, inclusive, para assegurar à apelante o direito de produzir as provas necessárias à solução do litígio, com o restabelecimento da guarda das infantes à genitora – Recurso provido.[11]

10. Art. 137. As decisões do Conselho Tutelar somente poderão ser revistas pela autoridade judiciária a pedido de quem tenha legítimo interesse.
11. Revista IGUALDADE, ano IV, n. XVIII, jan/mar 1998, p. 187

A fundamentação do Acórdão é lastreada no parecer da Procuradoria Geral de Justiça, donde se extrai:

> (...)
>
> Com efeito, o Estatuto da Criança e do Adolescente não prevê, expressamente, o que se convencionou chamar de "procedimento investigatório para a verificação de situação de risco envolvendo criança ou adolescente", que como vimos, visa apurar a ocorrência de alguma das hipóteses do art. 98 do referido Diploma Legal para fins de aplicação de alguma das medidas protetivas nos arts. 101 e 129 do mesmo Estatuto.
>
> Assim sendo, e até mesmo em função dos objetivos do "procedimento investigatório" e do contido no artigo 153 do Estatuto da Criança e do Adolescente, não há, a rigor, a necessidade da observância de qualquer procedimento previsto na Lei 8.069/90 ou outro Diploma Adjetivo, podendo a Autoridade Judiciária 'investigar os fatos e ordenar as providências necessárias'.
>
> Fiel a este entendimento, a deflagração do presente procedimento (...) com seu trâmite desprovido de uma "fórmula" preestabelecida é perfeitamente possível *ex vi legis*, não havendo como se exigir a observância do "procedimento ordinário" ou de qualquer outro, muito embora não se conceba possa o julgador encontrar um rito processual mais eficaz que o rito ordinário, sendo a adoção deste de todo recomendável.
>
> OCORRE que, se por um lado é correto se concluir pela maior liberdade da autoridade judiciária na colheita da prova e condução do "procedimento investigatório" como por exemplo, POR OUTRO não se pode admitir que esta atividade seja exercida de forma ARBITRÁRIA, quase INQUISITORIAL, com a aplicação de medidas que acarretem graves conseqüências e inegáveis prejuízos a pessoas diretamente envolvidas na *questio* sem que se lhes seja dado qualquer oportunidade de defesa.
>
> (...)
>
> Nesse contexto, verifica-se que a sentença apelada é NULA DE PLENO DIREITO não por ter, na prática, retirado da apelante a guarda das crianças (...) mas sim por não ter observado, no procedimento respectivo, os mais elementares princípios Estatutários e Constitucionais relativos principalmente ao contraditório e à ampla defesa.[12]

CONCLUSÃO:

Sendo inafastável a obrigação do MINISTÉRIO PÚBLICO de velar pela correta aplicação da lei, em caráter preventivo, deve esclarecer aos integrantes dos Conselhos Tutelares da imprescindibilidade de observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, quando da aplicação das medidas previstas nos artigos 101 e 129 do ECA, com a formalização de um procedimento administrativo mínimo.

12. Revista IGUALDADE, ano IV, n. XVIII, jan/mar 1998, p. 188/191

Em se tratando de procedimento inominado em curso na Vara da Infância e da Juventude que vise a aplicação das medidas previstas nos artigos 101 e 129 do ECA pugnar, sempre, pela observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV, CF).

Em havendo procedimento de Aplicação de Medida de Proteção ou de aplicação de Medida aos Pais ou Responsáveis em curso na comarca, no qual não se tenha oportunizado a manifestação dos requeridos, com a simples imposição da medida e sua fiscalização, havendo descumprimento (que importa na demonstração tácita de não adesão ao pedido) pugnar pela intimação dos mesmos para que, em dia e hora previamente designados sejam ouvidos acerca dos fatos e esclarecidos quanto à possibilidade de produzir prova e ter defesa técnica.

TESE 20

ALTERAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA MAIORIDADE PENAL PARA 16 ANOS DE IDADE.

Charles Emil Machado Martins
Promotor de Justiça - RS

Síntese: Redução da maioridade penal para 16 anos de idade. Criação de sistema misto, aos moldes do denominado duplo binário, com aplicação de pena e medida sócioprotetiva ao delinqüente juvenil, com a redução obrigatória da pena de um a dois terços, no caso de cometimento do delito na faixa etária entre 16 e 18 anos, bem como com possibilidade de progressão de regime carcerário por saltos. Obrigatoriedade do cumprimento da pena privativa de liberdade em estabelecimento diferenciado dos maiores de 18 anos.

Exposição da tese: A tese ora esgrimida, como cediço, é palpitante e tem gerado acirrados debates no meio jurídico, como se pôde ver, v.g., por ocasião da exposição da tese do douto colega **Eugênio Paes Amorim** no Congresso Nacional do Ministério Público em Curitiba (1999). Nada obstante, ousamos retomar o tema, quiçá em virtude do amor à polêmica que existe no coração de todo Promotor de Justiça, pois, assim como o mestre **Hungria**, sabemos *"..por experiência própria e cotidiana que é no entrechoque dos pensamentos divergentes que pode surgir o conceito exato ou a hipótese feliz, como salta a fagulha no atrito do fuzil com a pederneira."*

Fundamental, porém, evitar-se, a todo custo, o desenvolvimento de uma linha de raciocínio norteada por um maquineísmo simplista (não raro fruto de interesse de determinada classe social), do tipo estar-se intolerantemente do lado dos adolescentes em conflito com a lei, ignorando o espectro de violência por eles gerado, ou, então, do lado da ainda mais intolerante repressão pura e simples, olvidando as inúmeras e multifacetadas causas dessa violência, dentre as quais destaca-se, notadamente, a miséria social implementada em nosso país pelo regime econômico neoliberal adotado.

No aspecto puramente jurídico, a questão da menoridade penal, há de passar, primeiramente, pelo nível constitucional, uma vez que o art. 228 da Constituição Federal elevou à condição de princípio constitucional a inimputabilidade dos menores de 18 anos. Destarte, não há como se cogitar do assunto sem se pensar em reforma constitucional. Se bem que isso não seria óbice ao nosso Parlamento, uma vez que este, em nome de uma suposta estabilidade econômica e reforma social, aparentemente tomou gosto em ruir uma série de princípios, direitos e garantias previstos na – então - democrática Carta Política de 1988. Aliás, dir-se-ia que a possibilidade de que tal princípio seja revisto é cada dia mais viável, quando é de meridiano e perceptível conhecimento que a maioria esmagadora da população brasileira clama pela diminuição do limite da menoridade penal.

Nesse passo, convém referir que é inerente ao regime democrático o fato de que não se deve ignorar a vontade do povo, contudo, entendemos que, em sede de política criminal, a opinião pública não pode constituir elemento determinante. *Primo*: porque o ordenamento jurídico cairia em descrédito, visto que sabemos ser a opinião pública conduzida, nas mais das vezes, por uma imprensa sensacionalista, estando, portanto, sujeita à vulnerabilidade de apelos emotivos; *Secundo*: porque se a opinião pública predominasse na formulação e implementação da política criminal, correríamos o risco de estarmos atrasados séculos, em virtude do premeditado estado de beligerância contra os delinqüentes em que é mantido o povo, o que em nosso sentir constitui manobra diversionista a toldar as reais causas da criminalidade: marginalização e exclusão social, falta de investimentos em educação, saúde e segurança pública.

Essas considerações preliminares são necessárias até mesmo para evitar que alguns colegas, que não conhecem a biografia funcional do autor da tese, cedam à tentação de rotular ou tê-la como mais um verrumar contra os direitos das crianças e adolescentes, emanada de colega que não trabalha na área menorística.

Nadadisso, o presente esboço teórico é fruto de nossa profunda convicção no sentido de que, social e juridicamente, o correto é que haja a redução da maioridade penal em nosso país.

De fato. A aludida redução tem sido uma tendência majoritária nas legislações modernas. Por exemplo, o recente Código Penal francês (de 1992) reduziu a menoridade penal para 13 anos (o que nos parece exagerado em nosso país), já os Códigos Penais boliviano (art. 5º), chileno (art. 10, 2º) cubano (art. 16), chinês (art. 14) e russo (art. 16) fixam a menoridade penal aos 16 anos. E mais, em Portugal (art. 19) o limite da imputabilidade penal também é 16 anos, sendo, de resto, consabido que a Constituição Federal pátria sofreu profunda influência justamente da Constituição Portuguesa de 1976.

Então, colegas, se países da envergadura de Portugal, França e Cuba reduziram o limite da menoridade penal, significa que isso, rogada máxima vênia do respeitabilíssimo entendimento em contrário, não é nenhuma proposta cerebrina ou esdrúxula, merecendo, pois, uma meditação séria, técnica e desapaixonada de nossa parte.

Segundo pensamos, o assunto deve ser amplamente discutido, e esse Congresso do Ministério Público, sem ressaibos de dúvida, é a província própria para esse debate, sob pena de - e isso é sumamente importante frisar - a redução da menoridade penal vir como mais uma medida legislativa simplista, aprovada de afogadilho pelo Congresso, em seu afã desvairado de combate à criminalidade, assim como ocorreu com a Lei dos Crimes Hediondos, o Código de Trânsito Brasileiro e outras tantas leis teratológicas que, não raro, se vê criar no ninho do Parlamento nacional. Aliás, como é do feitio dos Poderes Executivo e Legislativo pátrios, que ao contrário de pensarem e investirem maciçamente na educação do povo - como medida preventiva de longo prazo -, e pagar dignamente, instruir e aparelhar bem as polícias - como medida repressiva imediata -, fazem essas leis com suas atecnias hediondas, transferindo a responsabilidade social para o Ministério Público e o Poder Judiciário.

Mas voltando à responsabilidade penal, é sabido, o Código Penal brasileiro adotou o critério biopsicológico, exceto para os menores de 18 anos, pois nessa hipótese a causa biológica basta por si só, sem qualquer indagação de ordem biológica, para excluí-la.

Atualmente, há quem sustente que o ideal seria estender o critério biopsicológico para os adolescentes (maiores de 12 anos de idade), como ocorre nos países de origem anglo-saxã.

Segundo tal entendimento, a responsabilidade penal dos adolescentes seria constatada no caso concreto, com a submissão do adolescente a uma verificação interdisciplinar, envolvendo aspectos psicológicos, psiquiátricos, sociológicos, jurídicos, etc. Essa é a posição dentre outros, do advogado Luiz Flávio Borges D'Urso *in* Consulex, ano III, nº 33, novembro/1999.

Em que pese as vantagens dessa posição, que afasta a ficção jurídica de alguém, num passe de mágica, de um dia para o outro, tornar-se responsável penalmente, preferimos continuar com a orientação do mestre **Hungria** quando sustenta como sendo um requisito ético para a aplicação da pena a **maturidade** do agente, a qual, segundo entendemos, não pode ser constatada, por exemplo, num adolescente de 13 ou 14 anos de idade, que nada ou pouco sabe da vida.

Assim, nesse diapasão, apenas ousamos "modernizar" a ensinança do mestre em face do inimaginável avanço da humanidade ocorrido entre a época de suas lições e os tempos modernos, acreditando que a menoridade penal deve ser **atualizada**, indicando a idade de 16 anos, de resto prevista pela própria Constituição como idade em que um adolescente já tem maturidade suficiente para escolher seus governantes e legisladores.

Para afastar a possibilidade de cometimento das injustiças, tais como as referidas pelo supramencionado causídico, o autor da tese, com base no princípio da confiança no Juiz de Direito, propõem que seja facultado a este - após analisar, no caso concreto, a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias e conseqüências do crime - decidir entre aplicar a pena ou medida sócioeducativa prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, cumuladas, ou não, como medida sócioprotetiva, ressuscitando-se, no particular, o sistema do duplo binário.

Aliás, já o Código Penal Militar Pátrio, em seu artigo 50, ao dispor sobre a responsabilidade penal aos 16 anos, prevê tal faculdade ao julgador desde que o acusado "revele suficiente desenvolvimento psíquico para entender o caráter criminoso do fato e determinar-se de acordo com esse entendimento".

Além disso, propõe-se que haja uma redução obrigatória da pena de um a dois terços, também modulando tal redução aos parâmetros de necessidade e suficiência da pena.

Essas propostas estão inspiradas, respeitadas as notáveis diferenças entre os dois países, na posição adotada atualmente pelo ordenamento jurídico italiano, como se vê nos Comentários ao Código Penal de Paulo José da Costa Júnior (3ª ed., 2º volume, pág. 222), *in verbis*: "...na sistemática italiana, o menor é considerado imputável, se dotado de capacidade de entendimento e de vontade. Mas a pena será sempre diminuída."

Segundo o referido doutrinador, na Itália: "Deverá o juiz convencer-se de que o menor é dotado de suficiente 'capacità d'intendere e di volere'. E essa capacidade não se confunde com o 'discernimento' do Código Zanardelli, conceito sem dúvida vago e impreciso."

Ainda conforme Paulo José da Costa Júnior, o direito peninsular ao tratar da responsabilidade penal dos adolescentes, caracteriza-se:

> *"a) por acentuado exame da personalidade, averiguando-se os antecedentes pessoais e familiares dos menores delinqüentes, sob o aspecto físico, psíquico e ambiental;*
>
> *"b) a sanção deverá finalidade educativa-preventiva, com ampla individualização do tratamento;"*

Nessa mesma ordem de idéias, há que se analisar a questão do cumprimento de eventual pena privativa de liberdade imposta ao adolescente em conflito com a lei, pois aqui, sim, reside uma das grandes objeções daqueles que se opõem ao rebaixamento da maioridade penal.

Nessa senda, é preciso ter-se em mente que na execução da pena privativa de liberdade imposta ao delinqüente juvenil é preciso dar-lhe um tratamento especialíssimo, como fazem os italianos. Para tanto, não se pode sequer cogitar que tais adolescentes cumpram suas penas privativas de liberdade junto a maiores de 18 anos, ditos adultos, faz-se mister, ainda, rigorosa separação por critérios de idade, compleição física e gravidade da infração. É necessário, portanto, que eles cumpram suas penas em estabelecimentos carcerários adequados, regionalizados, respeitando as suas diferenças culturais, onde a disciplina e orientação fique ao encargo de pessoas realmente qualificadas, possibilitando-lhes a alfabetização e fundamentos na ludoterapia e laborterapia, até que atinjam a fadiga, esgotando-lhes a agressividade e propiciando-lhes um lugar no mercado de trabalho, viabilizando dessa forma uma gradativa inserção na sociedade.

E mais, deve-se, em nome de uma total individualização da pena, desamarrar-se o cumprimento da pena privativa de liberdade das regras de progressão de regime carcerário. Assim, a exemplo do que ocorre atualmente com os adolescentes internados, deve-se submeter o delinqüente juvenil à avaliação semestral ao encargo de uma Comissão Técnica de Classificação, oportunidade na qual poderá ter progressão de regime, inclusive por salto.

Por fim, aos 18 anos, o delinqüente juvenil será submetido a parecer da Comissão Técnica de Classificação e necessário exame criminológico, de modo a permitir que se constate se as suas condições pessoais fazem presumir que não voltará a delinqüir, caso o exame lhe seja favorável, dever-se-á conceder-lhe livramento condicional ou, de pronto, reabilitação. Caso contrário, ou seja, se seu comportamento carcerário e avaliações indicarem uma personalidade insistentemente voltada para a prática delitiva, ele será, aos 18 anos, enviado para o sistema penitenciário comum, com o cumprimento do restante da sua pena sob a égide das regras ora vigentes no Código Penal e na Lei de Execuções Penais.

Conclusão: Caros colegas, ao concluirmos, consignamos a nossa consciência de que o problema é por demais complexo e certamente não foi abordado integralmente, o que de resto seria simplesmente impossível no âmbito de uma tese. Sabemos, outrossim, que algumas das propostas aqui aventadas estão divorciadas da tradição jurídica e outras da realidade brasileira, porém, enquanto cidadãos e estudiosos do direito, procuramos não nos furtar ao enfrentamento do problema, trazendo, com boa vontade e tolerância, a nossa contribuição para compor uma solução lúcida e confiável. Uma certeza temos, porém, e é a que observa **Mantovani**: "**diante da falência da pedagogia permissiva, com a recrudescência da delinqüência juvenil, se repropõe, ao jurista e ao político, o recurso à pena retributiva, em sua insubstituível função educativa e intimidativa, embora adaptada à personalidade em formação**" (*apud* Paulo José da Costa Júnior *in* Comentários ao Código Penal, 3ª ed., 2º volume, pág. 222).

TESE 21

A QUESTÃO DA REGRESSÃO NOS CASOS DE APLICAÇÃO DA MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA DE INTERNAÇÃO

Ruth Duarte,
Patrícia Teixeira Guimarães
Simone Disconsi de Sá
Karine Susan Oliveira Gomes

Promotoras de Justiça no Estado de Goiás

Preceitua o artigo 122, inciso III e seu § 1º, da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990:

"Art.122. A medida de internação só poderá ser aplicada quando:

I- ...

II- ...

III- por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.

§1º O prazo de internação na hipótese do inciso III deste artigo não poderá ser superior a 3 (três)meses.

§2º (...)"

A presente abordagem visa explicitar o real conteúdo do artigo em testilha.

Ab initio, insta discorrer a respeito das medidas sócio-educativas.

No direito penal, a sanção representa resposta estatal clássica ao delito perpetrado.

De acordo com a teoria mista, o fundamento da pena é a punição, a prevenção e a ressocialização do delinqüente.

Aludido raciocínio encontra absoluto respaldo na Lei de Execução Penal, mesmo considerando-se a caótica realidade fática atravessada por nosso país.

A título de complementação, interessante faz-se a ressalva de que o novo modelo político-criminal brasileiro caracteriza-se pela despenalização, tendo em vista os institutos criados pela Lei nº 9.099, de 26.09.1995.

Desde Becaria, no livro "Dos Delitos e Da Penas", a falência do sistema prisional era anunciada.

De qualquer forma, a sanção penal possui como destinatário a pessoa física maior de 18 (dezoito) anos, seja imputável ou inimputável.

Interessante apontar que a pessoa jurídica possui legitimidade passiva relativamente aos crimes ambientais, nos termos do artigo 225, §3º, da Magna Carta.

A *ratio essendi* desta abertura legislativa finca-se na necessidade social de se prevenir ou evitar danos que atinjam bens indisponíveis.

Por outro lado, os menores de dezoito anos são considerados inimputáveis, submetidos às normas da legislação especial.

O critério de aferição da inimputabilidade adotado pelo Código Penal, regra geral, é o biopsicológico, ou seja, considera-se inimputável o portador de doença mental que, em razão dela, seja incapaz de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se conforme este entendimento.

Logo, na medida em que a lei penal apenas reconhece como maduro o maior de 18 (dezoito) anos, o sistema cronológico foi acolhido como exceção no ordenamento jurídico.

Deste modo, a inimputabilidade não representa irresponsabilidade pessoal ou social do menor de 18 (dezoito) anos.

Hic et nunc, impõe-se declinar e destacar que o artigo 228 da Carta de 1988 configura direito fundamental da pessoa humana e que, embora não contido no âmbito do artigo 5º do diploma em tela, é considerado cláusula pétrea, intocável pelo Poder de Reforma ou Poder de Emenda.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que não é a posição topográfica que qualifica o direito, sendo imprescindível a análise aprofundada de seu conteúdo, como ocorreu na decisão acerca do princípio da anterioridade atinente ao direito tributário (artigo 150, inciso III, alínea *b*, da Constituição Federal), o qual diz respeito à segurança jurídica.

A legislação especial, que versa sobre a infância e juventude no Brasil, é o Estatuto de Criança e do Adolescente, introduzindo uma completa transformação no tratamento antes dispensado aos menores, rompendo com a doutrina da situação irregular.

De acordo com o novo ideário, todos aqueles com menos de 18 anos são crianças (até doze anos incompletos) ou adolescentes (até 18 anos incompletos), titulares de direitos e obrigações, e não meros objetos de intervenção do mundo dos adultos.

Outrossim, o referido diploma legal elenca inúmeros direitos, dentre eles o do devido processo legal e suas garantias inerentes.

Assim, os menores de 18 (dezoito) anos, quando do cometimento do ato infracional, ficam sujeitos às medidas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Disciplina o artigo 103, da Lei nº 8.069/90, que:

> *"Considera-se ato infracional a conduta descrita como lei ou contravenção penal".*

Desta forma, o legislador estabeleceu um paralelo com as condutas erigidas como criminosas pelo Direito Penal.

Da simples leitura de todo o texto do Estatuto da Criança e do Adolescente, denota-se a importância da classificação da faixa etária (criança /adolescente), principalmente na organização das *Medidas Protetivas* e das *Medidas Sócio-educativas*.

Ademais, registre-se que tanto as crianças como os adolescentes gozam dos mesmos direitos fundamentais.

As medidas de proteção possuem como destinatários crianças e adolescentes, nas hipóteses do artigo 98, da Lei nº 8069/90, constituindo uma das diretrizes da escola que orienta o Estatuto, isto é, a doutrina da proteção integral, tendo em vista que reconhece direitos específicos, não incluindo todos os menores na condição de desviados, sem distinguir as situações decorrentes da conduta de cada um.

Já as medidas sócio-educativas aplicam-se aos adolescentes que praticarem atos infracionais.

As medidas sócio-educativas estão previstas no artigo 112, da lei menorista, consistindo em: advertência, obrigação de reparar o dano; prestação de serviços à comunidade; liberdade assistida; inserção em regime de semiliberdade e internação em estabelecimento educacional.

Inarredável a observação da completa impossibilidade da inclusão dos adolescentes no presídio face à sentença sancionatória transitada em julgado, haja vista o espírito do Estatuto, o qual previamente estabelece as exceções em que o menor poderá ser recolhido nas Cadeias Públicas (no que concerne à internação provisória pelo lapso de cinco dias), bem como prima pela educação.

As medidas sócio-educativas podem ser restritivas de direitos ou privativas de liberdade, sendo que estas se caracterizam pela excepcionalidade, por expressa determinação legal.

Aduza-se que todas as medidas sócio-educativas possuem caráter pedagógico, de modo a prevenir a delinqüência juvenil.

Contudo, as medidas referentes a ato infracional perpetrado por adolescente são penas?

O Estatuto da Criança e do Adolescente atribui ao menor a dignidade de responder por seus atos.

Com efeito, em que pese inimputáveis diante do sistema penal, os adolescentes são imputáveis frente às normas da Lei nº 8.069/90.

Via de conseqüência, os adolescentes têm responsabilidade que pode ser tida como penal especial e, desta forma, as medidas sócio-educativas possuem também inescondível caráter penal especial.

É útil o reconhecimento do caráter sancionatório das medidas sócio-educativas, pois acarreta a observância da estrita legalidade e ainda a execução jurisdicionalizada da ação sócio-educativa.

Constata-se, pois, *ictu oculi*, que o avanço do Estatuto é enfatizar o aspecto pedagógico como prioritário, de forma que o adolescente não retorne a cometer atos infracionais, assegurando, por isso, escolaridade e profissionalização quando do cumprimento da medida privativa de liberdade.

Nesse contexto, cabe ao Ministério Público, como fiscal da ordem jurídica, firmar termos de ajustamento de conduta ou ajuizar ações civis públicas, com o escopo de obrigar o Poder Público a construir locais adequados de cumprimento da internação, cumprindo a exigência constitucional da prioridade absoluta.

Ademais, até mesmo a impetração do mandado de segurança é cabível, com a finalidade de impedir que verbas orçamentárias sejam aplicadas em outras áreas em detrimento da infância e juventude, sendo importante consignar que inexiste discricionariedade aonde a norma previamente enfocou o interesse público primário.

A medida sócio-educativa de internação tem cabimento somente nas hipóteses do artigo 122, do Estatuto da Criança e do Adolescente, uma vez que a privação de liberdade representa uma exceção ao direito de ir e vir assegurado ao adolescente.

Dentre os casos de aplicação da medida em tela, insere-se o descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta, estimulando, desta feita, o efetivo cumprimento das determinações judiciais.

Trata-se do velho instituto da regressão, dantes utilizado pela Lei de Execução Penal, simbolizado pelo mérito do condenado.

Destarte, frustando o cumprimento das medidas sócio-educativas mais brandas aplicadas pelo Juízo da Infância e da Juventude, o único caminho de modo a ressocializar o adolescente é a privação da liberdade.

Não se trata do mero encarceramento, mas do reconhecimento de direitos, possibilitando assim o afastamento do menor do mundo infracional.

Decerto, o adolescente beneficiado com medidas sócio-educativas não privativas de liberdade, não se mostrando adaptado às normas aplicadas e íncitas a cada instituto, denota possuir personalidade voltada à prática delitiva, merecendo ser afastado do meio social.

Cabe destacar que o descumprimento da medida tem que ser reiterado e injustificável, o que implica na designação de audiência de justificação, no sentido da oitiva do adolescente.

O lapso máximo da internação é de três anos, sendo que, compulsoriamente, o adolescente será liberado quando completar 21 (vinte e um) anos de idade.

A regra em análise, no entanto, resta inobservada relativamente ao descumprimento reiterado e injustificável, na medida em que a carta menorista prevê um prazo especial de três meses.

O escopo da norma advém do caráter excepcional da medida privativa de liberdade, que é sabiamente reservada para os casos mais graves, como os atos praticados mediante violência ou grave ameaça à pessoa.

É importante frisar que as medidas sócio-educativas como a da liberdade assistida e a semiliberdade, quando efetivamente implantadas nas Comarcas, simbolizam grande conquista na comunidade, tendo em vista que não afastam o adolescente infrator do seio familiar e social, estimulando o senso de responsabilidade e autodisciplina do menor.

Por outro lado, o meio vivido pelos adolescentes no Centro de Internação, facilita o aprendizado de maus comportamentos, quando não aperfeiçoam novas técnicas no cometimento

dos atos infracionais.

Impende-se, agora, analisar as conseqüências jurídicas advindas do suso declinado.

O prazo máximo de três meses previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente somente deve ser atribuído às hipóteses em que o magistrado estipulou uma medida sócio-educativa não privativa de liberdade, sendo posteriormente descumprida de forma reiterada e injustificável.

Logo, quando a medida sócio-educativa aplicada pelo juiz é a internação, a disposição do § 1°, do artigo 122, da Lei n° 8.069/90, não representa limite nas oportunidades de regressão.

Passa-se, então, à análise detalhada da presente hipótese fática.

Tome-se como exemplo um adolescente que pratique um ato infracional, capitulado no artigo 121, combinado com o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal e, que no decorrer do procedimento, o juiz aplique a medida de internação, por prazo indeterminado de até três anos.

Mister sucinto comentário pertinente ao aspecto temporal da medida em questão.

O caráter incerto da medida sócio-educativa de internação justifica-se. Isto porque o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê uma reavaliação periódica, a cada seis meses, por uma Equipe Técnica da Unidade de Internação, ouvido o quadro do Juizado, o Ministério Público e a Defesa, possibilitando ou não a progressão para uma medida mais branda.

No caso supracitado, se após cumprido um ano de internação pelo adolescente, através da reavaliação periódica, constatam-se fundadas razões para a progressão, como por intermédio da freqüência escolar e participação nas atividades ofertadas, a modificação da medida sócio-educativa afigura-se perfeitamente cabível e salutar, revelando-se ainda altamente pedagógica.

Nesse contexto, se supostamente a progressão dá-se por intermédio do encaminhamento do adolescente à Unidade de Semiliberdade (insta acentuar que conforme os resultados advindos da internação, poderia ser aplicada outra medida sócio-educativa), lá permanecendo por apenas duas semanas, empreendendo fuga e, posteriormente, apreendido em flagrante delito de ato infracional, capitulado no artigo 12, da Lei de Tóxicos, certamente será necessária nova avaliação da medida imposta de semiliberdade.

A hipótese em relevo diz respeito à regressão das medidas sócio-educativas, denotando caráter coercitivo, de modo a obrigar o cumprimento das decisões judiciais.

Depois de apuradas as circunstâncias e fatores relevantes, assim como ouvido o adolescente em audiência de justificação, concluindo-se pela necessidade de nova internação, o critério determinante do aspecto temporal será de acordo com a sanção programática, isto é, a medida sócio-educativa de internação.

Portanto, o prazo máximo de três meses previsto no artigo 122, § 1°, da Lei n° 8.069/90, não deve ser observado, vigorando o lapso de três anos.

O direcionamento do supracitado artigo recai sobre medidas sócio-educativas não privativas de liberdade, as quais restaram descumpridas reiteradamente e injustificadamente, e não quando a medida aplicada é a internação.

O juiz estabelece a medida sócio-educativa matriz e dali derivam os benefícios previstos no ordenamento jurídico.

Em que pese as modificações ocorridas ao decisório, como a progressão ou regressão, a sanção inicial remanesce sempre como parâmetro.

Ante o exposto, o adolescente poderá ser novamente internado, respeitando-se o prazo de até três anos e a idade limite de 21 (vinte e um) anos, bem como o prazo já cumprido antes da conversão.

CONCLUSÃO

O prazo máximo de três meses previsto no §1° do artigo 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente somente deve ser atribuído às hipóteses em que o magistrado estipulou uma medida sócio-educativa não privativa de liberdade, sendo posteriormente descumprida de forma reiterada e injustificável. Logo, quando a medida sócio-educativa aplicada pelo juiz é a internação e o adolescente vem a praticar novo ato infracional após ser beneficiado com a conversão para medida restritiva de direitos, a disposição do § 1°, do artigo 122, da Lei n° 8.069/90, não representa limite nas oportunidades de regressão, podendo a internação ser reestabelecida por período indeterminado, respeitado, evidentemente, o prazo máximo de 03 (três) anos, a idade limite de 21 (vinte e um) anos e o período já cumprido antes da conversão.

TESE 22

APLICABILIDADE DAS MEDIDAS SÓCIO-EDUCATIVAS AOS MAIORES DE 18 ANOS.

Laíse Tarcila Rosa de Queiroz
Promotora de Justiça da Infância e da Juventude- PE

JUSTIFICATIVA:

Os Códigos Penais do Império e da República, de 1830 e 1890, respectivamente, adotaram a Teoria de Ação com Discernimento no que concerne à imputação de responsabilidade penal. A Teoria do Discernimento ainda hoje conta com adeptos que a invocam com o objetivo de substituir o critério cronológico absoluto atualmente vigente.

O critério cronológico para a determinação da idade de imputabilidade penal é consagrado pela Constituição Federal, artigo 228, Código Penal, artigo 27, e Lei n. 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente, todos fixando-a em dezoito anos de idade.

O Brasil subscreveu a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 30 de novembro de 1989, que consagra a Doutrina da Proteção Integral trazendo novos paradigmas para o trato da questão infanto-juvenil. No seu artigo 1°, define a criança como *"todo ser humano menor de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes"*. Esta flexibilidade foi necessária na busca de um consenso entre os diversos Estados partes do Tratado.

Referências à idade de forma precisa surgem em apenas dois artigos da Convenção, os artigos 37 e 38. O primeiro proíbe a aplicação da pena de morte e prisão perpétua a menores de dezoito anos de idade. O artigo 38, por sua vez, contempla normas de direito humanitário *"aplicáveis em caso de conflito armado no que digam respeito às crianças"* , tanto no que concerne a participação de forma direta de *"hostilidades"*, como através de compromisso dos Estados Partes em abster-se de recrutar *"pessoas que não tenham completado quinze anos de idade para servir em suas forças armadas"*.

As Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade define o jovem como *"uma pessoa de idade inferior a dezoito anos. A lei deve estabelecer a idade-limite antes da qual a criança não poderá ser privada de sua liberdade"* (artigo 11).

As Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude, Regras de Beijing de novembro de 1985, reconhecem a necessidade de que a autoridade competente tenha à sua disposição *"uma ampla variedade de medidas"*, de forma a

evitar ao máximo a institucionalização (artigo 18), e vê a internação como *"uma medida de último recurso e pelo mais breve período possível"* (artigo 19), em outras palavras, deve-se reconhecer o caráter excepcional da institucionalização.

A Carta Política (artigo 227) e o Estatuto da Criança e do Adolescente agasalharam a Doutrina da Proteção Integral , introduzindo-a no nosso Ordenamento Jurídico. A criança e o adolescente, de acordo com os novos paradigmas conceituais e normativos, deixam de ser *capitis deminutae*, objeto a ser tutelado, para ser sujeito de direitos e merecedores de proteção integral pela sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, proteção esta a ser assegurada com absoluta prioridade.

O Diploma Estatutário é uma lei que se destina a toda criança e adolescente, sendo a criança aquela pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos incompletos (artigos 1° e 2°). Assim, a regra é que esta Lei Especial tem a sua aplicação limitada à pessoa até os dezoito anos de idade, e, apenas em caráter excepcional, *"nos casos expressos em lei"* , o Estatuto poderá ser aplicado à pessoa até os vinte e um anos de idade (parágrafo único do artigo 2°). Lembramos o disposto nos artigos 36 (tutela), 40 (adoção) e 121, parágrafo 5° (internação) do referido Diploma Legal.

Feitas estas considerações preliminares, passemos à análise do tema a que nos propomos.

A Lei n. 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente, no seu artigo 104 dispõe que aos autores de ato infracional são aplicadas *"as medidas previstas nesta Lei"*. À criança são aplicáveis as medidas protetivas (artigos 105 e 101), enquanto que aos adolescentes as medidas sócio-educativas elencadas no artigo 112.

A idade a ser considerada na aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente é a idade à data do fato (parágrafo único do artigo 104).

Não raro é a hipótese em que o adolescente venha a praticar ato infracional (*artigo 103 – considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal*) às vésperas de atingir a maioridade penal. Por mais célere que seja a tramitação do processo com vistas a sua apuração, no momento em que a sentença for proferida encontrará o então adolescente já com dezoito anos.

Tratando-se de medida de internação a questão prescinde de maiores indagações, uma vez que , por força do contido no parágrafo 5° do artigo 121, até os vinte e um anos o infrator poderá ser mantido em instituição para cumprimento da medida.

Não configurando o ato infracional que lhe é atribuído dentre as hipóteses dos incisos I e II do artigo 122, inadmissível será a aplicação da medida de internação, impondo-se um estudo mais aprofundado da questão, o que ora nos propomos.

A este respeito, com clareza e objetividade, dizem Cury, Garrido & Marçura (*):

> *"O rol é exaustivo, não cabendo internação foras das hipóteses expressamente previstas"*.

Outra situação diz respeito ao adolescente que, no curso do cumprimento de medida que não internação, venha a alcançar a maioridade, ou mesmo quando, em cumprimento de medida de internação, seja beneficiado com a progressão da medida.

Em todas estas hipóteses, confrontamo-nos com a ausência de um dispositivo legal que expressamente autorize a aplicação de medida após os dezoito anos, que não a internação.

Quisesse o legislador que fosse aplicável todo o elenco das medidas sócio-educativas ao maior de dezoito anos, incluiria dispositivo neste sentido na Seção destinada às " Disposições Gerais", o que não ocorreu.

Resta a indagação: de fato a restrição da aplicabilidade de medida à internação foi a vontade do legislador ou constitui mera omissão, de ordem técnico-legislativa ?

Recomenda a boa técnica que as medidas de caráter geral devem preceder o grupo de assunto jurídico ao qual digam respeito, quando a lei for extensa.

O parágrafo, por sua vez, guarda relação direta com o artigo a que se refere, constituindo-se, em relação a este, disposição secundária.

O Capítulo IV do Estatuto da Criança e do Adolescente possui a seguinte estrutura:

"Capítulo IV – Das Medidas Sócio-Educativas

Seção I – Disposições Gerais

Seção II – Da Advertência

Seção III – Da Obrigação de Reparar o Dano

Seção IV – Da Prestação de Serviços à Comunidade

Seção V – Da Liberdade Assistida

Seção VI – Do Regime de semiliberdade

Seção VII – Da Internação".

Visualizamos, sem dificuldades, que as Seções II à VII dizem respeito às medidas em espécie, contendo disposições específicas a cada uma delas. A Seção I, por sua vez, contém normas de caráter geral a serem aplicadas ao elenco das medidas .

Concluímos que, do ponto de vista estritamente técnico, a aplicabilidade de medida sócio-educativa a adolescente autor de ato infracional restringe-se à idade de dezoito anos, excetuando-se a de internação.

Entendimento em contrário ensejará argumentos no sentido de que a interpretação da norma ao arbítrio do operador do direito é contrária aos paradigmas da Doutrina da Proteção Integral, incorporada ao nosso Ordenamento Jurídico, na medida que não reconheceria no adolescente a sua condição de sujeito de direitos.

Todavia, sem deixar de admitir a importância da técnica legislativa que, no dizer do Professor Kildare Gonçalves Carvalho, *"é de capital importância para a hermenêutica, para o estudo e para a aplicação das leis"* (**), nem tampouco considerar o adolescente "objeto" a ser tutelado, devemos destacar a finalidade sócio-pedagógica das medidas.

O nosso Sistema Jurídico adotou o critério cronológico absoluto ao fixar a maioridade. Parece-nos, entretanto, que o mero alcance dos dezoito anos não tem o condão de, do ponto de

vista emocional e psíquico, tornar desnecessários a um indivíduo os benefícios da Legislação Especial. Tanto que a própria Lei n. 8.069/90 prevê a sua aplicação aos que se encontram entre os dezoito e vinte e um anos, nos casos expressos em lei (parágrafo único do artigo 2º).

Sob este aspecto não é demais concluir que o legislador incorreu em falha.

Ora, como bem sintetizou o Professor César Barros Leal, no seu texto "O Ato Infracional e a Justiça da Infância e da Juventude", do Programa de Atualização em Direito da Criança:

> *"Endereçadas ao adolescente autor de ato infracional, as medidas sócio-educativas visam, em primeiro plano, a sua (re)integração familiar e comunitária".*

No mesmo entendimento o Dr. Oympio Sotto Maior, do Ministério Público do Paraná:

> *"Então, para o adolescente autor de ato infracional a proposta é de que, no contexto da proteção integral, receba ele medidas sócio-educativas (portanto, não punitivas), tendentes a interferir no seu processo de desenvolvimento objetivando melhor compreensão da realidade e efetiva integração social"*(***).

Em respeito aos direitos assegurados na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente deverá o operador do direito manifestar-se pela extinção de uma medida, que não internação, diante do alcance da maioridade penal por parte do então adolescente, a despeito desta medida constituir oportunidade, muitas vezes única, para a sua ressocialização? Ou mesmo negar-lhe sequer o início deste processo de reflexão e reeducação ?

Um outro dado há de ser considerado: deseja o autor do ato infracional receber em seu favor a medida que lhe foi aplicada ou prosseguir com a mesma, caso esteja em curso?

Parece-nos crucial uma definição quanto a este aspecto, diante do princípio da legalidade contido no artigo 5º, inciso II da Constituição Federal, segundo o qual:

"ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

Assim, em respeito à sua condição de sujeito de direitos, não será permitido à autoridade judiciária aplicar ao autor de ato infracional maior de dezoito anos qualquer outra medida que não a de internação, caso este não manifeste a sua concordância.

Em sentido contrário, diante do conteúdo sócio-pedagógico das medidas, deverão as mesmas ser aplicadas em seu favor.

Não é demais , atendo-se ao senso jurídico, recordar o clássico brocardo : *In eo quod plus est semper inest et minus* (quem pode o mais, pode o menos), desde que assegurados os direitos e garantias individuais e em consonância com a regra de hermenêutica jurídica contida no artigo 6º da Lei n. 8.069/90.

À exceção da hipótese acima, a aplicação de medida, que não de internação, a adolescente autor de ato infracional que contar entre dezoito e vinte e um anos de idade, estará impossibilitada, cabendo, conforme o caso, a extinção da medida em curso ou a procedência da ação sem a sua aplicação.

Levando-se em conta que o objetivo da medida não é a de meramente segregar da sociedade aquele que praticou o ato infracional, e que a finalidade sócio-pedagógica é presente

em todas elas, necessário faz-se suprir a omissão do legislador, incluindo nas Disposições Gerais do Capítulo IV a previsão de sua aplicabilidade às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade.

CONCLUSÃO:

Considerando o disposto no artigo 121, parágrafo 5° combinado com a artigo 2°, parágrafo único da Lei n. 8.069/90, e artigo 5°, inciso II da Constituição Federal, a aplicação de medida sócio-educativa após dezoito anos a autor de ato infracional é restrita a de internação. Tal dispositivo contradiz o espírito do Diploma Estatutário, tendo em vista o caráter sócio-pedagógico das mesmas. Assim, respeitando-se o princípio da legalidade previsto na Lei Maior, a possibilidade do adolescente vir a cumprir ou permanecer no cumprimento de medida, que não a de internação, **é condicionada ao seu consentimento**.

*Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado – Cury, Garrido & Marçura, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição revista e atualizada, 2000, pág. 109.

**Técnica Legislativa, Editora Del Rey, 1993, pág. 48.

***Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado – Comentários Jurídicos e Sociais, Editora Malheiros, 2ª edição, 2ª tiragem, 1996, pág. 340.

TESE 23

O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO ÓRGÃO PROMOVEDOR DE AÇÕES QUE VISEM PRESERVAR OS DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS, ESPECIFICAMENTE SOBRE O USO DO CHÁ VEGETAL DENOMINADO SANTO DAIME, A FIM DE PROTEGER AS CRIANÇAS, ADOLESCENTES E DOENTES MENTAIS.

Getúlio Barbosa de Andrade
Promotor de Justiça-AC

SUMÁRIO: I.INTRODUÇÃO. II. O CHÁ DO SANTO DAIME. III. COMPONENTES FITO-QUÍMICOS DO CHÁ VEGETAL. IV. COLHEITA DA MATÉRIA-PRIMA. V. INGESTÃO DO CHÁ – REUNIÕES NOS CENTROS VEGETAIS. VI. OS EFEITOS DO DAIME NO ORGANISMO HUMANO. VII. CENTROS DAIMISTAS DOS ESTADOS BRASILEIROS E PAÍSES ADÉPTOS. VIII. CONSELHO NACIONAL ANTIDROGA-CONAD. IX. PROBLEMAS CONCRETOS PARA CRIANÇAS, ADOLESCENTES E DOENTES MENTAIS. X. EXPLORAÇÃO DE RECURSOS FLORESTAIS SEM CONTROLE DE MANEJO. XI. O MINISTÉRIO PÚBLICO NO DESEMPENHO DE SUAS FUNÇÕES INSTITUCIONAIS. XII. VIDE TABELA DE FIGURAS. XIII. CONCLUSÕES.

I. INTRODUÇÃO

O misticismo é um assunto muito vasto. Isto se deve principalmente, ao período de tempo em que tem atraído o pensamento humano, resultando nas muitas diferentes interpretações que lhe se têm dadas. O misticismo tem sido distorcido e deturpado para apoiar diferentes conceitos religiosos e filosóficos. Mas, em si, o misticismo é um fio puro, independente das diferentes tramas que o tempo nele tem produzido.

Pelos séculos afora, o homem vem lutando pela independência, dando a essa luta vários nomes. Às vezes é chamada de **independência**, **liberdade** ou **auto-expressão**. Na realidade, uma pessoa jamais pode ser absolutamente independente, porque depende demais dos impulsos do eu. Instintos, emoções e apetites, bem como a razão, inclinam-se para um lado ou para o outro. Apesar de tudo isso, o homem é sempre dependente. Há muito, tem-se consciência das condições, influências e fatores na vida que estão além de seu controle.

Um estudo da religião primitiva revela uma base místico-religiosa mostrando que as duas estão psicologicamente entrelaçadas. Algumas das tradicionais religiões da atualidade continuam exibindo estas características de uma formação místico-religiosa. Era natural que o

homem primeiro se voltasse para seu semelhantes em busca de uma solução para seus problemas.

Na Grécia grandes centos de iniciação foram fundados em Elêusis e Ilha de Delos. Os Gregos chamavam os iniciados ou intérpretes dos mistérios de **mistagogo.** Nossa palavra atual, **místico**, origina-se da palavra grega **mystes**. Os **mystae** eram os iniciados nos mistérios para quem a gnose, ou conhecimento secreto, era transmitida sob juramento solene. O exemplo disso, é o que vem de geração em geração: **"Fecho os meus olhos e minha boca. Guardo silêncio absoluto"**. Quando se fala do "Daime" o silêncio não pode ser absoluto.

II. O CHÁ SANTO DAIME

O Santo Daime é um culto de origem brasileira, especialmente no Acre, pois seu fundador foi o Mestre Raimundo Irineu Serra, nordestino do Estado do Maranhão, e como tantos outros, rumou para a Amazônia em busca de dias melhores, e andando pelos Seringais do antigo Território Acreano, nos idos de 1912, ingeriu uma bebida conhecida por ayahuasca, sentiu ter força e inspiração para criar a doutrina do "**Daime**", que significava receber orientações superiores(do santo), para "**da-me" a força**, aí a expressão "**Santo Daime**". Já no ano de 1932, o Mestre Irineu, quando servia à Guarda Territorial Acreana reuniu vários adéptos, formando a primeira comunidade Daimista na Vila Ivonete(Rio Branco). A bebida é feita de um chá produzido pelo adicionamento das folhas do arbusto rainha ou chacrona(**Psychotrya virides**), e misturadas à base do tronco(caule) (Fig. "c" e "e") ou a raiz do cipó mariri ou jagube(**Banisteriopsis caapi**), com água(H_2O), em altas temperaturas, atingindo 100° Celcius. Entre as substâncias encontradas nesse chá estão a **Harmina**, **Harmalina** e o **DMT(dimetil triptamina)**. A quantidade de água colocada no vasilhame, inicialmente é de 4 medidas, após longas horas de fervura, ¾ são evaporados e o chá já está bem apurado, necessitando apenas esfriar para ser bebido na temperatura natural.

III. COMPONENTES FITO-QUÍMICOS DO CHÁ VEGETAL

Os componentes fito-químicos do chá vegetal(Santo Daime), são:

a) Harmina:

b) Harmalina;

c) DMT(Dimetil Triptamina)

a) - A harmina é responsável pela produção da serotonina, produzida no organismo, com os fins de dar sensações de leveza, bem estar e tranqüilidade.(efeito endógenos)

b) - A harmalina é responsável pela produção de hormônios que ajudam no funcionamento dos neurônios, a se intercomunicarem, causando alucinações, podendo o cidadão ter visões de fatos armazenados no subconsciente, e chegando a abrir uma porta do senso comum, capaz de causar-lhe atitudes estranhas, que se não fosse aquela condição de ilusões mentais, a pessoa jamais faria.(efeito endógenos)

c) - O DMT(Dimetil Triptamina) é responsável pela sudorese, náuseas, diarréias, dilatação da pupila, etc.(são os efeitos exógenos)

IV. COLHEITA DA MATÉRIA-PRIMA

A matéria-prima é retirada da selva bruta(Fig. "a" e "b" – Tabela de figuras), em alguns centros, contudo, os mais organizados já dispõe de plantações racionais próprias, de modo que a exploração não afete o meio ambiente ecologicamente equilibrado, facilitando sobremaneira o transporte até os locais de preparação. [1]

O chá é de uso milenar na cultura indígena andina, e segundo aquela comunidade primitiva a ayahuasca lhes permitia ver o mundo real, já que o cotidiano seria apenas uma ilusão.

V. INGESTÃO DO CHÁ – REUNIÕES NOS CENTROS VEGETAIS

Nas reuniões dessa seita ou religião as pessoas se reúnem sob orientação de um mestre-padrinho, este não ingere a bebida, fica sóbrio a fim de conduzir a sessão e evitar que adéptos exagerem no comportamento. O chá é distribuído em copos de vidro, geralmente, a mesma vasilha é passada de mão em mão, e sempre ao redor de um tacho ou panelão com o vinho vegetal, pois foi curtido ao fogo por longas duas a quatro horas. "**Para o cozimento do cipó jagube são utilizadas três panelas com capacidade de 60 litros cada e uma grande fornalha. Inicia-se o enchimento das panelas com uma camada de cipó macerado e depois uma camada de folhas a assim sucessivamente até enchê-las com água cristalina, iniciando-se o cozimento com duração de várias horas. Para cada saco de jagube é necessário meio de folha na mistura**". [2]

VI. OS EFEITOS DO DAIME NO ORGANISMO HUMANO

Quanto aos efeitos, depende dos estado emocional do adépto, do ambiente, das pessoas que o cercam, pois são entoados cânticos(variando de centro para centro, e a quantidade de hinários, alguns dispõe de mais centro e trinta e seis) e acompanhados de danças, e instrumentos utilizados pelas mãos dos freqüentadores chamados "**maracás**"(chocalhos feitos com aproveitamento de latas de flandres, com esferas de aço ou chumbo no interior, e auxílio de um cabo de madeira), chegando-se a um estado alfa – denominado de "**estado de miração**"[3]. As reações são as mais variadas, porém, sempre a tela virtual é individualizada, alguns podem fazer "**boas viagens**" e outros "**más viagens**". Por ser um alucinógeno primário, são poucos os efeitos físicos externos, entre outros podemos destacar a dilatação das pupilas, suor excessivo,

---

1. O FEITIO DO DAIME NA ÉPOCA DO DANIEL - Daniel Pereira de Matos era quem fazia o Daime dele. Ele mesmo tirava, ele mesmo fazia, no início. Ele começou a fazer em lata de querozene. Tirava um pouquinho:3,4 litros, 2 litros. Não tinha gente, era só ele mesmo. Depois é que começou a chegar gente, começou a abrir chegando gente. Naturalmente, ele aprendeu a fazer o Daime com o Mestre Irineu Serra. Naquele tempo o Daime era fácil, aqui mesmo nessa capoeira que tinha aqui, havia muito cipó e folha. Por Manoel Touro(*in memorian*)
(MESTRE ANTONIO GERALDO E O SANTO DAIME, pág 42, obra citada)

2. FERNANDES, Vera Fróes, História do Povo Juramidam, pág 69/69; Introdução à cultura do Santo Daime - Manaus, SUFRAMA, 1986

3. MIRAÇÃO - Estado alcançado com a ingestão do Santo Daime, onde se "viaja" dentro de si mesmo, funcionando como uma auto-análise. Ocorre modificações na percepção, os sentidos ficam mais aguçados, podendo-se ter visões luminosas e contatos com pessoas distantes. Recordações e pensamentos ocorrem em grande velocidade, a noção de tempo varia, alonga-se ou não, de acordo também com as emoções. FERNANDES, Vera Fóes, História do Povo Juramidam; HISTÓRIA DO POVO JURAMIDAM - Introdução à cultura do Santo Daime. Manaus, SUFRAMA, 1986 – pág. 69

taquicardia, vômitos e diarréia, esses os mais freqüentes. Não se sabe ao certo se provoca dependência física, psíquica ou tolerância. A duração do "**estado de miração**" pode chegar a dez horas ou mais[4].

VII. CENTROS DAIMISTAS NOS ESTADOS BRASILEIROS E PAÍSES ADÉPTOS

Os centros daimistas nos Estados brasileiros, já ultrapassam mais de dez, incluindo-se Acre, Rondônia, amazonas, Amapá, Roraima, Pará, Matogrosso, Mato Grosso do Sul, Rio de Janeiro, Goiás, Brasília-DF, sem falar nos Países como o México, Estados Unidos, Canadá, Peru, Bolívia e pela Europa afora. Todos desenvolvem trabalho de Assistência Social, Caridade na solução de vários sintomas de doenças da alma ou do espírito.

VIII. CONSELHO NACIONAL ANTIDROGAS – CONAD

O Conselho Nacional Antidrogas – Conad, é o atual Órgão responsável pela política antidrogas no Brasil, Conselho esse, que sucedeu o antigo Conselho Federal de Entorpecentes - CONFEN, que vinha acompanhando, pari passu, as atividades desenvolvidas pelos centros e casas ritualistas difusoras da doutrina do Santo Daime. Em 1985 houve uma interdição, da ingestão do chá Santo Daime e só suspensa um ano depois, e em 1995 concluiu, através de uma Comissão Multidisciplinar, que as pessoas que demonstravam problemas de ordem psíquica, já as portavam, antes da adesão a estas seitas, optando na busca da doutrina(ingestão do chá), como meio de tratamento.

IX. PROBLEMAS CONCRETOS PARA CRIANÇAS, ADOLESCENTES E DOENTES MENTAIS

Pela observação cotidiana, verifica-se que alguns adolescentes, quando ingerem a bebida ficam à mercê de violência ou abuso sexual, com o caso de uma **jovem indígena, de 12 anos de idade** ter sido violentada sexualmente por um missionário, que tinha plena consciência dos atos praticados e o processo correu sob segredo de justiça na 2ª Vara Criminal de Rio Branco-AC(Processo nº 001.94.001662-2), que está concluso para sentença.

Outro processo que passou pelo Juizado da Infância e Juventude – Rio Branco-AC, nº 001.99.004625-8, o qual já foi sentenciado e o adolescente foi **submetido à Medida de Segurança**, incluindo aí as medidas protetivas do art. 101, inciso V e VI do Estatuto Mirim, sendo encaminhado ao Hospital de Saúde Mental do Acre(HOSMAC). Aquele adolescente sob o efeito do daime, foi retirar lenha com um companheiro, e sem motivos aparentes, pegou um facão que trazia no carrinho de mão e aplicou 37 terçadadas na vítima, tendo como conseqüência o óbito da mesma, foi amarrado no próprio centro daimista e entregue à Polícia. Encaminhado para exame psiquiátrico relatou para o médico que escutou uma voz: "**dizia pra mim acertar ele aí, acertei... dizia pra mim acertar que senão, eles ia me acertar lá na frente...**". E que após a consumação "**a voz parou tudo**". Lógico, que a voz ouvida por aquele adolescente era o efeito da **miração**, visto que quando as pessoas envolvidas em colher qualquer

(4) "Isso então, você, depois de tomar Daime, você fica boazinha, aí com meia hora você diz: - ai, menina, minha miração tá voltando... – Porque acontece isso? – Porque que não foi embora, em razão do fogo, onde o mesmo foi apurado".
(MESTRE ANTONIO GERALDO E O SANTO DAIME, pág 68) - Rio Branco: BOBGRAF – Edit. Preview, 1996, pág. 68

material para a feitura do chá vegetal, ingerem o santo daime.

Outro caso envolvendo adolescente, foi contado na escola onde o mesmo freqüenta(Rio Branco-AC), dando conta de que toda vez que o pai comparecia ao centro daimista, forçava o filho a tomar o chá, mesmo contra gosto do infante, e mostrava o cinto, que estava na cintura, como forma de intimidar o filho para que ele tomasse o chá vegetal e por isso se sentia mal.

Existem centros, tanto em Rio Branco quanto na cidade de Boca do Acre-AM, em que na hora das reuniões é servido o **"santo daime"** – chá vegetal, numa bandeja e em outra bandeja é servido **"santa maria"** – cigarro de cannabys sativa, a fim de que os adéptos usem como quiserem.

X. EXPLORAÇÃO DE RECURSOS FLORESTAIS SEM CONTROLE DE MANEJO

As plantas e árvores alucinógenas estão na Floresta Amazônica em abundância, podem causar, caso ingeridas, efeitos alucinógenos. A extração é feita de cascas, raízes(fig. "e"), cipós, flores, folhas(fig. "b" e "d") e coifas(cogumelos), dessas plantas e árvores em forma de chás(Fig. "i"), borras e essências.

Grande parte dos centros daimistas não tem plantações racionais e isso traz prejuízos à Floresta Amazônica, especialmente pela exploração irracional de daqueles que vão buscar o "**mariri**" e a "**rainha**", a fim de abastecer os centros distantes daquela floresta, pois não se preocupam com o desenvolvimento sustentado, e desprezam os objetivos de garantirem os padrões de qualidade de vida das gerações futuras. Assim, se faz necessário a implementação pelos Órgãos Ambientais nos três níveis(Federal, Estadual e Municipal) a incentivarem a cultura de manejo pelos centros daimistas.

XI. O MINISTÉRIO PÚBLICO NO DESEMPENHO DE SUAS FUNÇÕES INSTITUCIONAIS

O Ministério Público no desempenho de sua funções institucionais no âmbito cível - ausentes, incapazes, infância e juventude, meio ambiente, do consumidor, dos portadores de deficiência, acidentes do trabalho, dos direitos difusos e coletivos, insculpidos na Carta Magna, art. 127, caput, ***in verbis***: "**O Ministério 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.**" Pela leitura deste dispositivo verifica-se que sua atuação é primordialmente como **órgão agente**, **promotor de medidas**, e no art. 129 e incisos da Lei Maior, assim se expressa: "Art. 129, são funções institucionais do Ministério Público:

I – **Promover**, privativamente, a ação Penal Pública, na forma da Lei;(destacamos)

II – Zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, **promovendo as medidas** necessárias à sua garantia;(destacamos)

III – Promover o Inquérito Civil e Ação Civil Pública para proteção do Patrimônio Público e Social, do **Meio ambiente** e de outros **interesses difusos e coletivos**;(destacamos)

IV – Omissis"

Desse modo, salta aos olhos as missões específicas do Ministério Público nas questões de interesse social e individual indisponível, e nas Leis Infraconstitucionais, entre elas o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069 de 13 de julho de 1990, art. 4º, que assegura: "**É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária**". Daí, se verifica a obrigatoriedade do **Poder Público**, onde **a Instituição Ministerial** está inserida, ter o dever de **promover as medidas** de proteção à criança e ao adolescente, sempre que esses direitos forem ameaçados ou violados, portanto esse dispositivo é de **ordem pública.**

Há hipóteses de intervenção do Ministério Público, além daquelas previstas no Código de Processo Civil(art. 82), também tem outras previsões em legislação esparsa. Essa intervenção sempre vem acompanhada do **interesse público**, revelando-se pela qualidade de parte no processo, ou em razão da matéria discutida. Como bem salientou José Frederico Marques sobre a natureza de intervenção fiscalisadora do Ministério Público, assegura ele: "fiscal da lei para assegurar o respeito aos valores e bens na ordem jurídica predominantemente tutelados, quando tenha esta de incidir para compor um litígio em que apareça o interesse público, ou direitos que mereçam amparo".

Na esteira das Leis Ordinárias, estão o Código de Processo Civil, dando legitimidade ao Órgão Ministerial para entrar com Ação específica de Interdição aos loucos de todo gênero(art. 446, do CC), e artigos 1.177, III, e 1.178 do citado Diploma Legal. Do mesmo modo pode ajuizar Ação de levantamento de interdição(art. 1.186, do CPC) para restituição da capacidade do interditando reger sua própria pessoa e administrar seus bens(art. 6º, 81 e 1.180, do CPC, c/ c art. 8º, do CC e art. 32, da Lei 8.625/93).

Com a complexidade da sociedade de massa, onde as Relações Jurídicas tendem a aumentar e a preocupação do Ministério Público, nesses 13 anos, após a Constituição cidadã, tem sofrido um "Fermento Social" espetacular do ponto de vista dos direitos difusos e coletivos, sem esquecer os interesses individuais homogêneos.

> 1 – Os **interesses difusos** são: aqueles interesses individuais de pessoas indeterminadas, ligadas entre si por mera relação fática(extraído do Código de Defesa do Consumidor, art. 81, parágrafo único inciso I);
>
> 2 – Os **interesses coletivos** são: aqueles interesses indivisíveis de pessoas determinadas ou determináveis, ligadas entre si(ex: membros de uma Associação ou sindicato) com a parte contrária(alunos de uma escola ou funcionários de uma fábrica) por uma relação jurídica base, onde o interesse partilhados individualmente, atendido o interesse de um, entre os seus titulares, satisfaz-se a todos indiscriminadamente(assertiva do art. 81, parágrafo único inciso II, do CDC);
>
> 3 - Os **interesses individuais homogêneos** são: aqueles divisíveis de pessoas determinadas, que o ordenamento permite serem tratados globadamente por derivarem de uma origem comum(contexto extraído do art. 81, parágrafo único, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor).

Destarte, este é o ponto fundamental da proposição, não se podendo confundir o interesse indivisível homogêneo com os interesses individuais das pessoas componentes do grupo. A

perspectiva é diversa, não se cogitando os direitos subjetivos individuais.

No interesse individual homogêneo, o objeto do interesse é que seja cumprido o dever jurídico de respeito aos interesses individuais de todos os prejudicados pela atividade danosa ou lesiva.

Nesta dimensão em que, penso, devem ser vistos e definidos os interesses coletivos "***lato sensu***", inclusive os interesses individuais homogêneos.

Desse modo, a legitimidade ativa "***ad causam***" do Ministério Público em ações coletivas visando a defesa de interesses individuais homogêneos é autônoma, derivada da lei, visando a imposição ao sujeito passivo de um dever jurídico de respeito ao referido interesse, não podendo ser confundida com da substituição processual, já abordada acima, adequada apenas quando se tratar de conflitos envolvendo interesses individuais puros.

X. CONCLUSÕES

1 – Há necessidade de recomendação ao Conselho Nacional Antidroga – Conad, a fim de excepcionar a ingestão do chá denominado Ahyauasca, conhecido como Santo Daime, a menores de 18 anos;

2 – O Santo Daime é uma bebida alucenógena e por isso só deve ser utilizada em rituais religiosos ou místicos, sendo vedado a retirada do chá vegetal para ser ingerido fora daqueles ambientes;

3 – Ainda não se tem confirmação de resultados científicos de cura aos enfermos, nos rituais do chá oriundo da folha chacrona com o cipó jagube, assim, se restringe a utilização por pessoas doentes mentais;

4 – O Ministério Público deve interceder junto ao Conselho Nacional Antidroga - Conad, a fim de elaborar pesquisas nos vários centros de culto do Santo Daime, com vistas à colheita de dados e fatos que atinjam à criança e adolescente, já que esse campo é de ordem pública;

5 – O Ministério Público é legitimado para propor Ação de Interdição ao perturbado mental, que estiver fazendo uso do Santo Daime e isso traga riscos para a saúde daquele indivíduo(arts. 1177, III, e 1178, do CPC);

6 - Caso o doente mental se restabeleça, o próprio Ministério Público tem legitimidade "**ad causam**" para a Ação de Levantamento da Interdição(art. 1186, do CPC), para restituição da capacidade do interditando reger sua própria pessoa e administrar seus bens(art. 6º, 81 e 1.180, do CPC, c/c art. 8º, do C.C. e art. 32, da Lei 8.625/93);

7 – Os Ministérios Públicos dos Estados, onde houver Centros Rituais do Santo Daime, devem recomendar aos Padrinhos-Mestres Daimistas, para evitar ou proibir o transporte do chá para ser ingerido fora do ambiente dos Centros Vegetais.

8 – Os Órgãos Ambientais, que atuam no Estado, devem recomendar e incentivar os plantios racionais do cipó jagube e da folha chacrona, pelos centros

daimistas, a fim de evitar que a colheita dessa matéria-prima na floresta natural, afete o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

XI. Notas Bibliográficas:

1 – Lewis, Ralph M. – Alquimia Mental, 1ª Edição – 1979. Editora Renes. Rio de Janeiro.

2 – Lopes, Mauricio Antônio Ribeiro - Código de Processo Civil / coordenação– 2. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

3 – Lopes, Mauricio Antônio Ribeiro - Código Civil / coordenação - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2000.

4 – Entrevistas / 2001, com pessoas dirigentes de centros daimistas.

5 - Figueiredo, Edmilson G.; Travano, Vânia Apolônio de: Almeida, Mª. Fátima H. de: Azevedo, João de Deus O. de. MESTRE ANTONIO GERALDO E O SANTO DAIME - Rio Branco: Bobgraf – Edit. Preview, 1996.

6 - Fernandes, Vera Fóes, História do Povo Juramidam; Introdução à Cultura do Santo Daime – Manaus, SUFRAMA, 1986.

7 – Ministério Público: Instituição e Processo / Antônio Augusto Melo de Camargo Ferraz (coordenador). – São Paulo: Atlas, 1997.

TESE 24

A TUTELA E A FAMÍLIA SUBSTITUTA ESTRANGEIRA

José Carlos de Oliveira Sampaio
Promotor de Justiça - SP

I – A convivência familiar e comunitária.

Toda pessoa é originária de uma família, embora nem todas convivam numa entidade familiar.

A família é a base da sociedade, de onde se recebem as primeiras noções de educação e também se inicia o processo de socialização, essenciais à formação da pessoa. Por este motivo, a partir da consagração da Doutrina da Proteção Integral no artigo 227, *caput*, da Constituição Federal, crianças e adolescentes assumiram o *status* de cidadãos, passando a ser titulares de direitos fundamentais (artigo 5º, § 2º, da CF), inclusive ao direito de conviverem no seio de uma família.

Contudo, a despeito de possuírem o direito subjetivo à convivência familiar, crianças e adolescentes não podem exigir o seu cumprimento, pois que a sua efetivação encontra-se vinculada a um ato voluntário de terceiros, a um ato de amor, de solidariedade, baseado na afetividade e na afinidade recíproca.

Duas são as espécies de família previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, a família natural - isto é, a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes (art. 25) - e a família substituta, cuja colocação faz-se mediante guarda, tutela ou adoção (art. 28).

Vamos analisar alguns aspectos relativos à tutela.

II – A proteção da pessoa em desenvolvimento.

O ser humano passa por estágios de evolução ao longo da sua existência, sendo que enquanto não adquirem maturidade suficiente para zelarem pelos próprios interesses, necessitam da assistência de outras pessoas.

De início a fiscalização e a orientação do processo de formação do indivíduo é imposto aos pais, titulares do pátrio-poder. Porém, na hipótese de falecimento ou da declaração de ausência dos genitores, ou quando ocorre a destituição ou suspensão do pátrio-poder, os filhos menores devem ser postos sob tutela, que no dizer de Antônio José de Souza Levenhagen "É o poder que a lei confere a uma pessoa capaz para proteger e administrar os bens de um menor

que não esteja sob o pátrio poder, representando-o ou assistindo-o em todos os atos da vida civil"[1].

A tutela dos filhos menores pode ser conferida a parentes consangüíneos ou a terceiros, mediante intervenção judicial, ou não, já que a *tutela testamentária* independe desta intervenção (art. 407, parágrafo único, do Cód. Civ.), ao contrário do que ocorre nas hipóteses de *tutela legítima* (art. 409, do Cód. Civ.) e de *tutela dativa* (art. 410, do Cód. Civ.). Somente as duas primeiras espécies de tutela interessam ao presente estudo, pois a tutela dativa exige que o tutor resida no domicílio do menor.

III – O brasileiro residente no exterior.

Questão interessante é a que se relaciona a possibilidade de um brasileiro residente no exterior vir a assumir a tutela de um menor órfão, pelo fato do artigo 31 do Estatuto da Criança e do Adolescente prescrever que "A colocação em família substituta estrangeira constitui medida excepcional, somente admissível na modalidade de adoção."

Longe de ser pacífico o entendimento da doutrina sobre o assunto. Há aqueles que entendem ser possível a concessão tanto da guarda quanto da *tutela* ao brasileiro residente no exterior, afirmando que "Estas duas modalidades somente serão admitidas para família brasileira, mesmo que resida no Exterior, pois quanto a esta a lei não proíbe; portanto, permite."[2]

De outra banda, há os que somente admitem a colocação de criança ou adolescente em família substituta estrangeira na modalidade de adoção, mesmo que o postulante à tutela seja um brasileiro que resida no exterior, por entender que o artigo 31 do Estatuto da Criança e do Adolescente veda tal possibilidade.[3]

Para que se possa estabelecer qual dos entendimentos é o mais correto, torna-se indispensável pesquisar o motivo da limitação imposta pelo legislador no referido artigo 31.

A colocação de criança ou adolescente em família substituta pode ocorrer em *caráter definitivo* (adoção) ou em *caráter provisório* (guarda e tutela). Na primeira hipótese, a irrevogabilidade constitui-se em traço característico da medida, garantindo estabilidade e segurança ao menor, principalmente no que tange à sua situação jurídica no país estrangeiro, caso trate-se de adoção internacional. Está-se diante de norma de finalidade nitidamente protetiva, ou seja, o legislador entendeu ser esta a forma mais eficaz de se resguardarem os interesses do menor, para que ele não corra o risco de ficar ao desamparo em um país estranho, onde poderá até ser privado do mesmo tratamento que se dispensa aos naturais daquele país.

O desate do nó decorrente da diversidade de interpretação do artigo 31 do Estatuto da Criança e do Adolescente parece residir na conceituação do que seja a família substituta estrangeira.

Uma entidade familiar é formada de pessoas titulares dos chamados direitos da personalidade, dentre os quais se destaca a nacionalidade, que deve ser definida como "o vínculo jurídico-político que liga o indivíduo ao Estado, ou, em outras palavras, o laço que prende cada indivíduo a um Estado determinado."[4] Portanto, chega-se ao conceito de estrangeiro

1. Código civil – comentários didáticos, página 268. V.2. Atlas.
2. Farias Tavares, José de. Comentários ao estatuto da criança e do adolescente, página 32. Forense.
3. Silva Pereira, Tânia da. Direito da criança e do adolescente, páginas 247/248. Renovar.
4. Dolinger, Jacob. Direito internacional privado, página 131. Freitas Bastos.

por exclusão, de modo que são estrangeiras todas as pessoas que não podem ser enquadradas nas hipóteses do artigo 12, incisos I e II, da Constituição Federal.

Assim, torna-se fácil perceber que o adjetivo "estrangeira" foi empregado no artigo 31 do Estatuto da Criança e do Adolescente para identificar a família substituta composta de pessoas de nacionalidade diversa da brasileira, pois a nacionalidade identifica o estado da pessoa, constituindo-se em um dos atributos da sua personalidade. Portanto, é a nacionalidade do tutor ou do postulante à tutela, e não o local do seu domicílio ou residência que deve ser analisada para que se afirme ser a família substituta nacional, ou estrangeira.

Entendimento diverso pode levar a situações absurdas. Suponha-se que os pais de uma criança brasileira tenham falecido, e que o único parente vivo seja a avó que reside em país estrangeiro. Observado o entendimento daqueles que consideram impossível a concessão da tutela ao brasileiro que reside no exterior, a criança ficaria desprotegida, pois o artigo 42, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, impede que o ascendente adote o descendente.

O mesmo inconveniente não se verifica se a entidade familiar formada pela avó brasileira, residente no exterior, e seu neto órfão for considerada família natural, no sentido lato, que abrange todas as pessoas que guardam entre si um laço de consangüinidade, pois, nesta hipótese, a tutela pode ser postulada tranqüilamente.

Não se pode perder de vista que o pedido de colocação em família substituta deve ser deduzido perante autoridade judiciária brasileira, mais especificamente perante o Juízo da Infância e da Juventude (artigo 148, parágrafo único, letra "a", do ECA). Sendo assim, considerando-se que em tal pedido o requerente deve apresentar sua qualificação completa, inclusive endereço, nada impede que o brasileiro residente ou domiciliado no exterior decline um outro endereço de residência no Brasil, mesmo que seja o do menor órfão, a fim de obter a tutela, uma vez que juridicamente o conceito de *residência* "se caracteriza como o local onde a pessoa habitualmente vive e centraliza as suas atividades"[5], prescindido do ânimo definitivo previsto no artigo 31 do Código Civil, essencial apenas à identificação do domicílio. Obtida a tutela, nada lhe impede de retornar ao país estrangeiro, acompanhado do tutelado, já que o artigo 84, I, do Estatuto da Criança e do Adolescente, dispensa a autorização judicial para a criança ou adolescente viajar ao exterior quando estiver acompanhado do responsável.

Ainda que o parente residente no exterior seja estrangeiro, observadas as peculiaridades de cada caso concreto, a concessão da tutela pode ser admitida. Há de ser observado o princípio do *Melhor Interesse da Criança*, acolhido expressamente pelo nosso sistema jurídico após a ratificação da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, através do Decreto 99.710/90, cujos reflexos se fazem sentir desde a vigência do Código de Menores revogado, que em seu artigo 5º já previa que a proteção aos interesses do menor sobrelevará qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado. Insta salientar que em todo procedimento de colocação de criança ou adolescente em família substituta levar-se-á em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade, a fim de evitar ou minorar as conseqüências decorrentes da medida (art. 28, § 2º, do ECA), resguardado sempre o direito à liberdade de opinião e de expressão do menor órfão (art. 28, § 1º, do ECA). Destarte, o que se deve preferir é o direito da criança e do adolescente de ser criado no seio de sua família, no seu sentido mais amplo, que alcança todos os parentes consangüíneos, circunstância esta que deve ser apurada através do

5. Limongi França, Rubens. Instituições de direito civil, página 79. Saraiva.

relatório social ou, à semelhança do que ocorre no caso de adoção internacional, pela expedição de documento pela autoridade competente do respectivo domicílio, habilitando o postulante à tutela à assunção da responsabilidade legal da pessoa do menor órfão.

Tal posicionamento não afronta o disposto no artigo 31 do Estatuto da Criança e do Adolescente, pois, como visto, a intenção do legislador foi preservar os interesses do menor contra o risco decorrente da revogabilidade das medidas de colocação em família substituta diversas da adoção, desde que devidamente apurado que sob a responsabilidade do parente o menor ficará bem.

IV – Conclusão.

Admite-se que o brasileiro residente no exterior assuma a tutela de uma criança ou de um adolescente, sem que isto venha a caracterizar colocação em família substituta estrangeira, pois que este qualificativo é reservado àquelas famílias cujo postulante à tutela não possui a nacionalidade brasileira.

De igual modo, não se afasta a possibilidade do parente estrangeiro obter a tutela de criança ou de adolescente brasileiro, desde que tal medida resguarde o melhor interesse do menor.

V – BIBLIOGRAFIA

DOLINGER, JACOB. *Direito internacional privado*. Freitas Bastos.

FARIAS TAVARES, José de. *Comentários ao estatuto da criança e do adolescente*. Forense.

LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Instituições de direito civil*. Saraiva.

SILVA PEREIRA, Tânia da. *Direito da criança e do adolescente*. Renovar.

SOUZA LEVENHAGEN, Antônio José de, *Código Civil – comentários didáticos*. AtlAS. v.2.

TESE 25

ADOÇÃO À BRASILEIRA — PATERNIDADE SÓCIO-AFETIVA

Galatéia Fridlund
Promotora de Justiça - PR

I - INTRODUÇÃO

A unidade teleológica do ordenamento jurídico, consagrada na Constituição, só é compreensível se enfocada em sua bidimensionalidade, qual seja, a formal e a axiológica. Os princípios constitucionais positivados no art. 1º, da Constituição da República —com especial destaque ao princípio da dignidade e da cidadania, que mais interessam ao presente trabalho — fornecem a ponte necessária para os juristas, nascidos sob o signo do formalismo positivista e legalista do passado, alcançarem a visualização do deslocamento do foco da tutela estatal, antes centrada no patrimônio e na família matrimonializada, para o homem, valorizando-o como pessoa.

A atual hermenêutica exige que o operador do Direito não se acomode na mecânica e fácil subsunção dos fatos ao dispositivo legal, mas exige caminho contrário. São as normas e regras legais que devem se curvar aos fatos da vida real, de molde a alcançar a finalidade do Direito.

É tarefa que não se apresenta assim tão óbvia, vez que, no jogo do quebra-cabeça do complexo legal, a interligação existente entre as leis e os vários dispositivos legais dispersos pode vir a montar figura disforme e contrária aos fins perseguidos.

Ao invés de libertador, consagrador da vida, da liberdade, da igualdade, do respeito humano, da verdade e da justiça, o Direito pode se constituir instrumento legitimador da opressão, da exploração e da discriminação.

Qualquer um de nós já presenciou, na prática, absurdos jurídicos prevalecerem, informados pela aplicação pura e simples dos dispositivos legais, na delirante e sistemática adequação da realidade ao texto legal – conduta própria do jurista tradicional, pressionado pela sua própria visão ideológica e incumbência de dar solução a um elevado número de processos.

Na síntese superficial que este trabalho exige, procuraremos demonstrar que o Direito — entendido sob a perspectiva individualista e patrimonialista ditada pela "ordem" anterior à Constituição, bem como sua aplicação sem critérios e basicamente impulsionada pelo formalismo mais atento aos textos legais isolados do que à teleologia — pode transformar-se em instrumento de violação dos valores tutelados pelo próprio ordenamento jurídico.

II - VALORES ALCANÇADOS E DESTRUÍDOS PELO DIREITO

Os fatos da vida moderna e o complexo de relações interpessoais que se estabeleceram à margem dos conceitos arcaicos do Código Civil Brasileiro — nascido no início do século e fortemente influenciado pela visão individualista e patrimonialista advinda das idéias surgidas na Revolução Francesa — fizeram com que o legislador constitucional de 1988 fizesse por inserir, no ordenamento jurídico, os anseios de regulamentação e proteção humana de determinadas situações fáticas, com repercussão jurídica, conforme os valores predominantes da nossa época.

É o caso da concessão de iguais direitos aos filhos havidos ou não da relação de casamento, ou adoção (art. 227,§ 6º, da CF).

A mudança de paradigma enunciada no preceito constitucional e a imprescritibilidade do direito de filiação (art. 27,do ECA) — também imposição legislativa da vontade popular no sentido de salvaguardar o filho de qualquer tipo de negligência, garantindo-lhe amplamente a defesa de bens materiais e imateriais que compõem seu patrimônio — derrogou e ab-rogou diversos preceitos ordinários anteriores, abrindo as portas para a utilização do sistema jurídico como instrumento legitimador de condutas contrárias aos fins do Direito.

Como exemplo, tome-se a situação concreta que se denominou de "adoção à brasileira" e que se constitui na declaração, feita no Cartório de Registros Civis de Pessoas Naturais, de que determinada criança é seu filho, omitindo-se o fato desta não ser seu filho biológico.

Tendo-se presente que para uma pessoa comum (e por vezes também para as pessoas que têm amplo conhecimento do Direito) é muito mais fácil, rápido e barato comparecer no Cartório e registrar como sua uma criança (ou fazer falso reconhecimento através de escritura pública), do que enfrentar um processo regular de adoção, necessitando de advogado, tempo, dinheiro, e correndo o risco de não alcançar o resultado pretendido, diante do necessário contraditório a ser observado, a referência a essa matéria se dá por dois motivos: primeiro porque constitui um fato social que não pode ser desprezado, vez que o Direito é feito para homens comuns e não para super-homens ou dotados; segundo porque essa é a resposta dada pelas pessoas envolvidas em lides da espécie quando indagadas do porquê não se procedeu a adoção através de processo regular (somadas à compreensão comum da "legalidade" de assim se proceder, conferida pelo legislador pátrio que, ao facilitar as formas de reconhecimento, estabeleceu no art. 1º, da Lei 8560/92: "o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito: I - no registro de nascimento; II - por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório).

É óbvio que a falsa declaração de paternidade biológica pode ter sido levada a cabo mediante qualquer tipo de defeito dos atos jurídicos (erro ou ignorância, dolo, coação, simulação ou fraude), importando, cada caso, num traçar de caminho específico para se chegar a uma solução justa. Mas limitamos esse trabalho aos casos de dolo (vontade livre e consciente de ter filho de outrem como seu) por configurar a maioria dos casos judiciais e também porque é essa a modalidade que interessa à demonstração da eventual incongruência existente entre o discurso e a prática, tanto do Direito quanto de seus operadores.

Pois bem, como já dissemos, é comum encontrarmos ações negatórias de paternidade – ou anulatórias de registro civil – nas quais o autor noticia que, anos atrás, apaixonara-se por uma mulher que já se encontrava grávida de outrem e, na intenção de com ela constituir família,

registrou a criança nascida como se fosse sua. Todavia, dessa mulher veio a se separar anos depois e, agora, entende não ter obrigação alimentar ou moral para com a pessoa registrada quando recém-nascida, por não haver vínculo biológico entre ambos. Pretende anular o ato jurídico do registro e desconstituir o estado de parentesco existente entre si e a pessoa adotada de forma informal e, para tanto, argumenta que o ato do registro é nulo porquanto corporifica ilícito de falso e impossível seu objeto (art. 145, II, do CC), alega coação exercida pela mãe e mulher; invoca a seu favor a imprescritibilidade do Direito de filiação (art. 27, do ECA) e diz que é irrevogável o reconhecimento somente quando este espelha a verdade da filiação biológica.

Ao proceder a "adoção à brasileira", o autor da negatória de paternidade praticou um ato jurídico ao registrar a criança como seu próprio filho, manifestando sua livre vontade de tê-lo como tal. Assim fazendo, gerou efeitos na própria esfera jurídica e na da criança nos anos que se passaram desde então. O pai sócio-formal inseriu no patrimônio da criança (agora adolescente ou adulto) bens materiais e imateriais, estruturou-lhe a personalidade com o nome e patronímico paterno-familiar, criando efeitos jurídicos e sociais que se perpetuaram no tempo.

Toda a história de vida da criança foi estruturada sobre o nome e o estado que possui. Documentos, histórico escolar, profissão, trabalho, previdência, cursos, eventuais propriedades, registros médicos, dentários, hospitalares, sua condição perante a comunidade, relacionamentos sociais de amizade, notoriedade, enfim, tudo que o adotado possui carrega o nome e a condição dada pelo pai formal.

Mesmo sem falar sobre a paternidade afetiva, sobre a importância da figura paterna no desenvolvimento psíquico da criança como pessoa, do prejuízo moral desencadeado pelo desmantelamento de seu nome e da figura da mãe que o conhecimento sobre a falsidade da filiação induz, constata-se, somente no aspecto objetivo, que o adotado/réu de uma ação negatória de paternidade é vítima das artimanhas do autor por duas vezes.

Num primeiro momento quando foi adotado irregularmente e formalizado seu registro de nascimento contendo falsidade na declaração e, num segundo, quando da interposição da ação negatória, através do qual o responsável pela falsidade quer retirar-lhe o status que não pediu, que lhe foi imposto e que hoje constitui sua própria condição humana e social.

A violência é ímpar.

A procedência da ação negatória de paternidade nos casos de "adoção à brasileira", sob o fundamento de nulidade do ato do registro e imprescritibilidade da ação de estado, é a concretização da negação do Direito e dos valores por ele tutelados.

III- EQUACIONAMENTO

Paradoxalmente, para um leigo é mais fácil e possível a percepção imediata da injustiça da procedência de uma ação negatória de paternidade em casos que houve "adoção à brasileira" do que para um profissional do Direito. Para uma pessoa comum é difícil entender que o próprio Direito possibilita a realização do oposto do que proclama, enquanto que para o jurista, que vive no mundo das idéias e do dever-ser codificado, é perfeitamente possível enquadrar o fato real na rígida moldura de artigos isolados – até porque é mais fácil do que equacionar os conhecimentos interdisciplinares dentro do próprio Direito Civil, com os de ordem mais ampla, como o Direito Constitucional e com os pertinentes à Sociologia, Psicologia, Antropologia e

outras disciplinas que estudam o Homem, incorporados que estão nas relações humanas que o Direito regula.

Convém ressaltar que a mudança de paradigma, consubstanciada na ordem jurídica ditada pela atual Constituição, não anunciou a morte dos institutos clássicos do Direito, mas, antes disso, recuperou-lhes o discurso de valores como a ética e a justiça.

Sob o aspecto legal e doutrinário, é de se ver que o ato jurídico doloso de registrar o adotado/réu como se fosse seu filho produziu e continuou produzindo efeitos na esfera fática e jurídica de todas as pessoas envolvidas, incluindo-se dentre aqueles atos anuláveis, dependentes de decretação judicial para que seus efeitos sejam paralisados.

A Lei confere a faculdade de anulação do ato aos integrantes de uma situação jurídica contaminada de vício, objetivando sempre a segurança das relações jurídicas e a proteção da pessoa humana. Se a faculdade de obter a anulação não é exercida pela pessoa a quem a Lei confere legitimidade, continua a produzir efeitos no mundo jurídico e no mundo dos fatos, validando-se definitivamente pela prescrição (art. 178, §, 9º, inc. V, letra b, do Código Civil).

Para os que não trabalham cotidianamente com processos que versam sobre filiação, convém explicitar o que ocorre na doutrina e na jurisprudência: há julgados e doutrinadores entendendo que a "adoção à brasileira" efetuada é irrevogável desde logo; há entendimentos no sentido de que é imprescritível o direito de revogar (ou anular) o ato por se tratar de ação de estado; há os que fazem analogia entre o casamento e a união estável, conferindo o direito do homem invalidar o reconhecimento de filho de sua mulher se a ação for interposta dentro do prazo de dois e três meses (art. 178, § 3º e § 4º); e, por fim, o entendimento que confere quatro anos como limite para fazer cessar os efeitos jurídicos da "adoção à brasileira". Esse é, ao nosso ver, a melhor posição na maioria dos casos por estar de acordo com os demais dispositivos pertinentes, que anunciaremos oportunamente. Há situações que merecem ser revistas em prazo superior aos quatro anos como, por exemplo, caso de vizinho que dispõe de assistência médica e, num ato de benevolência e solidariedade, registra o filho da amiga/vizinha para que a criança possa usufruir do plano de saúde. A solidariedade é uma característica do povo brasileiro, mas esse é outro tema que merece estudo específico e foge do assunto e do exemplo da "adoção à brasileira", que usamos para ilustrar a "faca de duas pontas", que tanto pode matar como salvar, e voltamos a demonstrar a prescritibilidade incidente à espécie.

A regra prevista no art. 178, §, 9º, inc. V, letra b, do Código Civil, que estabelece o prazo de quatro anos para desconstituir o ato ou negócio jurídico praticado com vício de consentimento (erro, dolo coação, simulação ou fraude), tem inteiro cabimento à espécie porque vem de encontro à perspectiva da teoria dos convalescimentos das nulidades pelo tempo e da segurança das relações jurídicas.

Escoado o tempo previsto em Lei, convalesce o vício da declaração falsa porque, no mundo dos fatos, as conseqüências jurídicas produzidas pelo ato contaminado se estabeleceram de tal forma que é impossível negá-las ou desfazê-las.

É o caso da "adoção à brasileira" não desfeita nos quatro anos que se seguiram. A pessoa registrada existe. Foi criada e estruturou-se com a personalidade e com essa condição social que lhe foi dada. Cancelar seu nome e todas as situações jurídicas daí decorrentes seria aniquilar a pessoa humana existente, principalmente se foi longo o tempo havido desde o ato da adoção informal. A proteção da dignidade da pessoa humana e a garantia da segurança das relações jurídicas prometidas pelo Estado de Direito Democrático é que orientam a aplicação

do Direito e da jurisprudência ("Paternidade reconhecida. Acordo posterior dos pais para desconstituí-la. Pedido de homologação.

Impossibilidade jurídica. - As questões de "estado", antes de interessarem ao indivíduo, interessam primeiramente ao Estado, que tem o dever de velar pelas relações delas decorrentes. Uma vez reconhecida a paternidade, esta agrega-se à personalidade do Reconhecido, passando a constituir um Direito indisponível seu. Não podem os pais, sob a capa de acordo, desconstituir esse Direito que passou a compor a personalidade do infante. Decisão. Julgar os autores carecedores de ação e declarar extinto o processo" - TJDF - Ap. Civ. APC 3255494 DF - Acórdão 81.266 - Data de Julg 14/08/1995 - 2ª turma Cível - Relator Getúlio Moraes Oliveira - Publ no DJU: 07/02/1996, pág. 1.121 – in Jurisprudência Informatizada Saraiva - Editora Saraiva - CD-ROOM nº 13 - 1998).

Imprescritibilidade do direito à filiação, prescritibilidade do ato jurídico, irrevogabilidade da adoção e o ato jurídico perfeito são questões que passaremos a abordar na demonstração de que a análise global dos fatos, de seus efeitos, e dos valores incidentes à espécie, é que determinarão quais as normas legais que devem prevalecer sobre o caso concreto.

Não se empresta a mesma interpretação à situação de uma criança que soube ser falsa a paternidade constante em seu registro de nascimento e querer ver seu direito imprescritível de personalidade e filiação regularizado pelo Judiciário, ao fato de alguém, sabendo que a criança não é seu filho, utilizar mal a lei, assinar declaração de falsa paternidade biológica no termo do registro, adotar de maneira informal criança de outrem para tê-la como se fosse filho biológico, obter vantagens emocionais e eventualmente patrimoniais desta situação, e, depois que o casamento com a mãe da criança não deu certo, querer não se responsabilizar pelo ato praticado.

O ordenamento jurídico não pode ser utilizado para fins escusos. É altamente reprovável a pretensão do autor em, agora que não mais lhe convém, e por vezes até numa atitude vingativa direcionada à mãe, querer desfazer o nome e o status que deu à criança que teve como filho, acompanhando-o no crescimento até virar adolescente ou adulto.

A imprescritibilidade do Direito não incide à espécie por várias razões jurídicas e teleológicas, mas abordaremos somente as que nos parecem de maior importância para não estender por demais esta exposição.

a) Primeiro, porque a relevância do direito de filiação e sua imprescritibilidade, alcançada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pela Constituição da República, visa a proteção dos filhos concebidos fora do casamento e/ou advindos de situações não comuns, garantindo-lhes cidadania e dignidade. A filiação é direito personalíssimo do filho e não do pai formal. Argumentar-se-ia: Se vale para o filho, vale também para o pai porque o direito de estado é indisponível e trata-se de mesma relação de parentesco. E é verdade em alguns casos concretos, pois o ordenamento jurídico protege os direitos individuais indisponíveis de todos os cidadãos. Mas a imprescritibilidade existe somente para as ações declaratórias de paternidade em que o pai quer ver declarada a verdade real de sua paternidade biológica sobre o filho e, para tanto, pode invocar o Judiciário a qualquer tempo. Mas, mesmo nessa hipótese, o direito é do filho, reafirmado como direito próprio do reconhecido pelo art. 4º, da Lei 8.560/92, ao estabelecer que o reconhecimento da paternidade só se procederá com a anuência do filho, se este for maior de idade. No caso do filho ser menor, poderá impugnar o reconhecimento feito nos quatro anos que se seguirem à sua maioridade (art. 362, do CC). Diferentemente é o caso

das ações negatórias de paternidade em que, dolosamente, o autor quis ter a criança como filho.

Nessas, não se discute a filiação biológica e sim a adotiva. Aqui há adoção fática, feita de forma irregular, com repercussões jurídicas. É o próprio autor da ação que afirma não ser o pai biológico e ter ciência disso desde que perpetrou o ato do registro. Portanto, não é ele quem possui qualquer direito imprescritível e personalíssimo referente à filiação. Detém legitimidade para anular a falsa declaração de paternidade contida no ato jurídico que praticou tão somente na hipótese da ação ter sido interposta em tempo hábil. O ordenamento jurídico, sopesando os valores incidentes à espécie e a responsabilidade exigida de todos os jurisdicionados sobre seus atos e omissões, limitou o tempo para se pleitear em Juízo a anulabilidade do ato contaminado. Passados os quatro anos previstos no art. 178, § 9º, inc. V, letra b, do Código Civil, o vício convalesce porque os efeitos no mundo dos fatos não podem mais deixar de existir, passando a constituir ato jurídico perfeito, irretratável e irrevogável ("Registro civil - Assento de nascimento- Anulação - Inadmissibilidade - Inexistência de prova lastreada em coação - Hipótese em que efetuado o reconhecimento voluntário da paternidade, embora não fosse o pai biológico - Recurso provido —O reconhecimento é perpétuo e irrevogável, podendo, no máximo, vir a ser eventualmente anulado, por inobservância de formalidades legais, ou, então, eivado estiver de um dos defeitos dos atos jurídicos" - TJSP, Ap. Civ. 210.366-1- São Vicente - Rel. Alfredo Migliore, 28.6.1994). A constatação de que o registrante queria ter o registrado como seu próprio filho quando assim o declarou e, depois disso, houve relação familiar durante o transcurso do tempo, reclama o princípio geral de direito, segundo o qual, "nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal de linguagem" (art. 86, do CC). Nos casos de ação negatória em que ocorreu a "adoção a brasileira" procedida com dolo, a única pessoa que detém legitimidade ad causan para desfazer a relação de filiação que se perpetuou no tempo é o adotado/réu, detentor do direito personalíssimo e indisponível de filiação biológica.

b) Segundo, e quanto à argumentação de nulidade do ato registral, por haver ilícito na declaração falsa e o objeto ser impossível, tem-se, aqui, mais um exemplo de visualização parcial e tendenciosa, uma vez que o ato registral isolado é apenas um pedaço do conjunto. Existe a pessoa registrada, forjada e desenvolvida nos e pelos efeitos decorrentes do ato e da vontade do pai formal em tê-la como filho. A verdade dos fatos é que ter criança de outrem como sua, ou seja, adotar, é conduta permitida pelo Direito e seu objeto é possível e lícito. O ato registral denominado "adoção `a brasileira" somente foi produzido conforme o entendimento leigo e próprio do brasileiro, no sentido de atingir o objetivo de forma descomplicada, fácil e direta. Quanto ao "ilícito", ou melhor, quanto a falsa declaração, é sabido que o dolus bonus contido no ato desfigura o crime, além de que não é análise criminal da questão que tem prevalência nos autos de ação negatória de paternidade, mas sim os efeitos civis oriundos do mesmo, que, embora realizado diferentemente da forma prescrita em lei, atingiu a sua finalidade. A relação pai e filho existe e, sob o escudo da falácia, o autor quer afastar as conseqüências obrigacionais dela decorrentes.

c) Terceiro, porque nos casos de negatória de "adoção à brasileira" não se discute a filiação biológica. O objeto da ação não é afirmar ou negar o vínculo sangüíneo. Pretende o autor revogar a adoção havida e formalizada através do ato do registro ("REGISTRO DE NASCIMENTO - RECONHECIMENTO ESPONTÂNEO DA PATERNIDADE - ADOÇÃO SIMULADA OU À BRASILEIRA"- Descabe a pretensão anulatória do registro de nascimento do filho da companheira, lavrado durante a vigência da união estável, já que o ato tipifica verdadeira adoção, que é irrevogável. Apelo improvido" - TJRS - Ac. 598300028/RS - 7ª C.

Cível - Rel. Berenice Dias - J. 18/11/1998).

d) Quarto, porque quando dolosamente o autor praticou o ato jurídico perfeito, ou seja, o que obedeceu todas as exigências legais para sua formalização, este adquire a qualidade de irretratibilidade ("Negatória de paternidade - Anulação de registro civil - Retratação do reconhecimento espontâneo - Impossibilidade - Ausência de vício de vontade do ato ou inobservância das formalidades legais - Ato irretratável - Ação procedente - Recurso não provido, com observação - TJSP, AC 93.628-4 - Franca - 8ª CDPriv. - Rel. Haroldo Luz - J. 05.05.1999).

e) Quinto, porque, mesmo que os direitos aventados estejam entrelaçados, sendo um conseqüência do outro, no caso de "adoção à brasileira" em que o pai formal registrou a criança com dolo, este não é vítima e sim causador da paternidade sócio-formal-afetiva em análise. Por isso, o foco de análise principal é a conduta dolosa do pai formal ao praticar o ato, com a conseqüente adoção, ainda que "'a brasileira".

Sintetizando o que se disse, a manifestação de vontade de ter a criança como filho nos casos de "adoção à brasileira" constitui paternidade sócio-afetiva, cuja irrevogabilidade reflete os anseios sociais e dos operadores do Direito pela *Justiça* nas decisões judiciais. O operador do Direito não pode concordar que a pretensão do autor de uma ação negatória de paternidade adotiva alcance vitória, em prejuízo dos valores tutelados pelo ordenamento jurídico e, pontualmente, em prejuízo do adotado/réu, que foi vítima da situação jurídica lhe imposta e na qual não teve participação alguma. Concordar com a nulidade, ou anulabilidade do ato doloso em favor de quem o praticou seria beneficiar o infrator, ainda mais no caso em que o vício convalesceu e a ação está prescrita. Além disso, o comando constitucional é dignificar a pessoa humana, protegendo-a das artimanhas, ilícitos e negligências utilizadas em benefício próprio do pai formal, em detrimento dos direitos de personalidade e de cidadania do réu, criança ou recém nascido quando o fato ocorreu. O Direito exige dos jurisdicionados a responsabilidade pelos atos que praticam. Se o autor quis ter a criança como filho e ardilosamente usufruiu desta condição enquanto lhe convinha, há que arcar também com as conseqüências que, com o transcurso do tempo, passaram a não lhe ser favoráveis.

IV - TELEOLOGIA DO ORDENAMENTO JURÍDICO E DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Inteira pertinência tem à presente análise o art. 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil: "Na aplicação da lei, o Juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum".

Como se sabe, todo poder emana do povo, sendo que esse confere ao Estado o poder político estatal de impor regras e limites para ordenar as relações entre indivíduos e mecanismos estatais. Dessa forma, atinge-se o máximo de progresso social e propicia-se o amplo desenvolvimento do homem. Ao mesmo tempo em que o Estado protege a pessoa humana, submete-a à supremacia estatal, com a sua aquiescência, e em prol do bem comum.

A melhor doutrina enuncia que a cidadania não se limita apenas à possibilidade de eleger seus governantes, mas também, de participar e ser beneficiário dos mecanismos estatais destinados à proteção dos valores socialmente consagrados.

"É dever da família, da sociedade e do Estado, assegurar à criança e ao adolescente com absoluta prioridade, o direito à... dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência

familiar e comunitária, além de colocá-lo a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.", assegura o art. 227, da Constituição Federal.

Os doutrinadores vêm ressaltando a dignidade humana como pano de fundo, ou tela na qual são desenhados os valores jurídicos protegidos pelo Estado Democrático de Direito.

Kant asseverava que o fundamento da dignidade humana reside na autonomia da vontade, entendida esta como a faculdade de determinar a si mesmo e agir conforme a representação de certas leis.

Como ser racional, o homem existe como um fim em si mesmo, e não como meio para uso arbitrário da vontade alheia, o que repudia qualquer espécie de "coisificação" e instrumentalização do ser humano.

Todas as ações do homem voltam-se para si e para sua própria conveniência, mesmo as direcionadas a outras pessoas. Sendo a dignidade atributo exclusivo do homem e constituindo sua própria essência, ocupa posição central no pensamento filosófico, político e jurídico, destacada que está a dignidade como valor fundamental do ordenamento jurídico de nosso Estado Democrático de Direito (art. 1º, inc. III, CF).

Sem nos atermos à definição do conceito de dignidade, de seu início e término — discussão que é ampla e nem os experts conseguiram delimitá-la — o que pertine ressaltar nesse trabalho é que a percepção da dignidade está no senso comum, tendo-se presente seu cunho subjetivo e objetivo. Ambas as dimensões, natural e cultural da dignidade, complementam-se e integram-se entre o indivíduo e a sociedade.

Por ser ínsita ao homem, todos possuem dignidade. Mesmo aqueles que se portam indignamente.

Com relação a sua extensão, cada qual a exercitará nos limites e conforme seu poder e querer. Cabe ao Estado fornecer condições para seu exercício, enquanto que, ao indivíduo, a liberdade de usufruí-la como bem entender, arcando com as conseqüências benéficas ou maléficas de seus atos.

A dignidade do homem merece respeito de seus semelhantes e do Estado que, através do Direito, dá-lhe liberdade de ação. Um homem é livre para praticar qualquer ato. Mesmo um assassinato, se quiser. Mas o Estado impõe uma pena a quem o pratique.

A incumbência de proteger a dignidade humana, prioritariamente a criança ou adolescente vítima, é do Estado, afastando quaisquer violações de seus direitos, especialmente, para o que aqui nos interessa, os pretendidos pelo autor de uma ação negatória de paternidade adotiva.

A dignidade do pai formal também é de ser observada, mas na perspectiva de reconhecer e respeitar a vontade livre e consciente do mesmo em ter adotado filho de outrem como seu. Sua atitude foi livre, devendo, legalmente, arcar com as conseqüências da opção.

As tratativas acima expostas referem-se a somente a um exemplo da utilização dúbia do Direito. Sabemos todos que de muitas formas o Direito pode vir a ser colocado em prática de forma indevida.

O Ministério Púbico, incumbido da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, desempenha função primordial para a

consecução dos fins do Direito. Estando mais próximo do povo e atuando positivamente nas lides submetidas ao Judiciário, contribui sobremaneira para a formação de fonte jurisprudencial, que, aos poucos, insere no ordenamento jurídico, as situações da vida real que escapam da regulamentação específica. Multiplicam-se geometricamente novas formas de relacionamentos sociais, econômicos, interpessoais, trabalhistas, afetivos, virtuais e etc.. Necessário, pois, a visão cosmológica do Direito para, assim, possibilitar a integração capaz de alcançar os princípios e fins do Direito.

IV - CONCLUSÃO

Na perspectiva de que o Direito deve ser consagrador da dignidade humana e de que ao Ministério Público incumbe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos valores sociais e individuais indisponíveis, propõe-se ao Congresso Nacional do Ministério Público do Paraná a aprovação das seguintes conclusões:

1) A imprescritibilidade do direito de filiação diz respeito exclusivamente ao filho.

2) A manifestação de vontade de ter a criança como filho nos casos de "adoção à brasileira" constitui paternidade sócio-afetiva, cuja irrevogabilidade reflete os anseios sociais e dos operadores do Direito pela *Justiça* nas decisões judiciais. O operador do Direito não pode concordar que a pretensão do autor de uma ação negatória de paternidade adotiva alcance vitória, em prejuízo dos valores tutelados pelo ordenamento jurídico e, pontualmente, em prejuízo do adotado/réu, que foi vítima da situação jurídica lhe imposta e na qual não teve participação alguma. Concordar com a nulidade, ou anulabilidade do ato doloso em favor de quem o praticou seria beneficiar o infrator, ainda mais no caso em que o vício convalesceu e a ação está prescrita. Além disso, o comando constitucional é dignificar a pessoa humana, protegendo-a das artimanhas, ilícitos e negligências utilizadas em benefício próprio do pai formal, em detrimento dos direitos de personalidade e de cidadania do réu, criança ou recém nascido quando o fato ocorreu. O Direito exige dos jurisdicionados a responsabilidade pelos atos que praticam. Se o autor quis ter a criança como filho e ardilosamente usufruiu desta condição enquanto lhe convinha, há que arcar também com as conseqüências que, com o transcurso do tempo, passaram a não lhe ser favoráveis.

TESE 26

ACIDENTE DO TRABALHO ENVOLVENDO CRIANÇA OU ADOLESCENTE - ATIVIDADE PERIGOSA OU INSALUBRE – RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA.

Antônio Winkert Souza
Promotor de Justiça - PR

Sumário

I. Introdução.

II. A responsabilidade civil subjetiva prevista no art. 7º, inc. XXVIII, da Constituição Federal.

III. A responsabilidade civil objetiva do empregador em decorrência de acidente do trabalho de menor de 18 anos em atividade perigosa e insalubre (art. 7º, inc. XXXIII, da Constituição Federal.).

IV. A responsabilidade civil objetiva do empregador em decorrência de acidente do trabalho de menor de 16 em qualquer atividade laborativa (art.7º, inc. XXXIII, da Constituição Federal).

V. A contribuição do Ministério Público para a tutela do direito social previsto no art. 7º, inc. XXXIII, da Constituição Federal – atuação nas ações nas ações indenizatórias por acidente do trabalho.

VI. Conclusão.

I. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal, no seu art. 7º, inc. XXXIII (Capítulo. II, Dos Direitos Sociais), insere norma proibitiva de trabalho perigoso ou insalubre aos menores de 18 anos, e de qualquer trabalho aos menores de 16 anos de idade, harmonizando-se intrinsecamente com os alicerces fincados no capítulo VII (Da Família, da Criança, do Adolescente e do Idoso) que, no seu art. 227, preconiza ser 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, bem como de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Obviamente, detectada qualquer forma de negligência ou imprudência que possa submeter a criança e o adolescente a trabalho sob condições perigosas ou insalubres ou de qualquer trabalho ao menor de 16 anos, cabível é adoção das medidas impeditivas através do órgão fiscalizador do Ministério do Trabalho, do INSS ou até mesmo por ação do Conselho Tutelar, Ministério Público e/ou da Justiça da Infância e da Adolescência.

No entanto, restrito ao espaço temático deste trabalho, interessa discutir a questão da responsabilidade civil indenizatória do empregador, na hipótese de acidente do trabalho já concretizado, tendo como vítima trabalhador menor de 18 anos de idade, em atividade insalubre ou perigosa ou em qualquer atividade laborativa que envolva trabalhador com menos de 16 anos. O presente trabalho não abrange a hipótese de acidente do trabalho de adolescente, entre 16 e 18 anos de idade, em atividades normais (não perigosas ou insalubres).

Nos termos do art. 2°. da Lei n° 8069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), considera-se criança a pessoa até doze anos de idade incompletos e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

II. A RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA PREVISTA NO ART. 7°, INC. XXVIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Conforme estabelecido no art. 7° da Constituição Federal, "***São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social":***

....

Inc. XXVIII- Seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa."

Cabe ao empregador arcar com o seguro contra acidentes de trabalho que, administrado pelo órgão da Previdência Social, constitui o fundo destinado a subvencionar os benefícios decorrentes do infortúnio. A obtenção de benefícios previdenciários, que têm caráter alimentar, independe de prova de culpa ou dolo do empregador. Instituiu-se, com esse sistema, uma espécie de responsabilidade objetiva. Ocorrendo o acidente do trabalho, no conceito abrangente estampado nos arts. 19,20 e 21 da Lei n° 8213/91, que inclusive abarca as hipóteses de culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior, o segurado, ou sua família, tem direito ao benefício pertinente (auxílio-doença, auxílio-acidente, aposentadoria por invalidez, pensão por morte).

Porém, o seguro contra acidentes de trabalho não exclui o dever de indenizar a que está sujeito o empregador quando incorrer em dolo ou culpa. É a denominada responsabilidade civil subjetiva. Havendo o dano e provado o nexo de causalidade, cabe ainda ao empregado demonstrar que o acidente ocorreu por culpa *"lato sensu"* do empregador. Exime-se o empregador no dever indenizar se o infortúnio decorrer de culpa exclusiva da vítima, de força maior ou caso fortuito.

É de se entender, em princípio, que a aplicação da teoria da responsabilidade subjetiva, em harmonia com ordenamento jurídico constitucional, destina-se, como regra, a todas às atividades laborativas não vedadas. Questão que surge é saber se, ocorrido acidente de trabalho em atividade legalmente proibida, deve-se aplicar a teoria da responsabilidade civil subjetiva ou justifica-se a adoção de outra interpretação. Tendo em mira a norma proibitiva prevista

no art. 7º, inc. XXXIII, da Constituição Federal, e na esteira do princípio universal da mais ampla proteção que se deve dar à saúde do trabalhador e ao acidentado , conjugando-o com os princípios protetivos e fundamentos basilares insertos na própria Constituição Federal e no Estatuto da Criança do Adolescente, é cabível uma interpretação construtiva em benefício do acidentado que, nessa relação, emerge, presumivelmente, como parte hipossuficiente. O empregador, por seu turno, exsurge como parte infringente de norma constitucional e infraconstitucional de natureza protetiva e preventiva em relação ao trabalho de menores de 18 anos.

III – A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO EMPREGADOR EM DECORRÊNCIA DE ACIDENTE DO TRABALHO DE MENOR DE 18 ANOS EM ATIVIDADE PERIGOSA OU INSALUBRE (ART. 7º, INC. XXXIII DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL).

Para efeito de abrangência neste trabalho, considera-se atividade perigosa ou insalubre aquela compreendida na extensão conceitual prevista na legislação trabalhista.

Segundo dispõe o art. 189 da CLT "***São consideradas atividades ou operações insalubres aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos***", *de acordo com quadro aprovado pelo Ministério do Trabalho (art. 190 da CLT).*

Já o art. 193 da CLT dispõe que "***São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem contato permanente com inflamáveis ou explosivos em condições de risco acentuado.***". A Lei nº. 7369/85 estendeu o conceito de atividade perigosa às atividades que envolvem contato com energia elétrica.

A responsabilidade civil objetiva por danos causados a outrem não afronta o ordenamento jurídico pátrio. A título exemplificativo, colha-se a responsabilidade objetiva do Estado inserta no art. 37, parág. 6º da Constituição Federal; a responsabilidade objetiva por danos causados ao meio ambiente (art. 225, parág. 3º, da CF , Art. 14, parág. 1º, da Lei no. 6938, de 31.1991).

De modo especial, a própria Constituição Federal, no seu art. 21, inc. XXIII, c, estabelece que "***A responsabilidade civil por danos nucleares independe de culpa***". *"In casu" o* fundamento jurídico dessa responsabilidade objetiva assenta-se no risco inerente à própria atividade, razão porque é de ser assegurada a indispensável proteção das vítimas, sejam empregados ou não.

No meio ambiente do trabalho insalubre e perigoso há risco iminente que pode afetar a saúde e a integridade física do trabalhador e decorrendo da lei que o menor de 18 anos é presumivelmente mais vulnerável, o empregador que o submete a essa atividade laborativa, deliberada e conscientemente está assumindo o ônus por eventuais danos. A proibição contida no art. 7º, inc. XXXIII da Constituição Federal, objeto desta análise, a par de se constituir num direito social, corresponde também a um dever genérico de prevenção contra riscos à saúde da criança e do adolescente, em sintonia com direito previsto no inciso XXII, do mesmo art. 7º, (direito à redução de riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança). Transgredir a citada norma, significa, pois, violar um direito social , bem como o

dever genérico de prevenção estabelecido na própria Constituição Federal, além do que viola o dever de prevenção inserto no art. 70 da Lei nº. 8069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente): ***"É dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente".***

Da análise do disposto no art. 227 da Constituição Federal resulta sustentável que ***"a configuração constitucional da natureza dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes gera verdadeira presunção legal da existência de omissão do responsável (família, sociedade e Estado), quando ocorre ofensa a esses direitos fundamentais"***[1]

Nesse rumo, art. 73 do citado Estatuto dispõe: ***"A inobservância das normas de prevenção importará em responsabilidade da pessoa física ou jurídica, nos termos desta lei".***

Registre-se, por outro lado, com toda ênfase que a teoria da responsabilidade objetiva, dentre outros pressupostos e elementos informadores (elementos de caráter social, eqüidade, de solidariedade, de assistência e segurança), assenta-se também no princípio da prevenção.[2]

Segundo Paulo Sérgio Gomes Afonso (ob.citada , pág. 48), ***"Os inspiradores desse princípio, estando entre eles Marton , entendem que o homem é dotado de discernimento de prevenção, pela qual tem condições de calcular as suas decisões, o bom ou o mau resultado delas, de forma a prevenir resultados. Dessa maneira, o legislador deverá estimular o homem com a idéia de responsabilidade, objetivando obter melhores resultados do que os das suas diligências normais."***

Violado o dever genérico de prevenção, resulta, pois, no caso sob exame, presumida no antecedente a conduta ilícita do empregador, razão porque se justifica a aplicação da teoria da responsabilidade objetiva, cabendo ao empregador ressarcir os danos decorrentes do acidente do trabalho, independentemente de apuração de culpa direta pelo acidente do trabalho e independentemente do direito de o empregado auferir o benefício previdenciário correspondente.

O fato de o empregador arcar com o seguro contra acidentes do trabalho não assegura, no caso, por si só, a prerrogativa de somente responder civilmente em caso de dolo ou culpa, conforme o comando constitucional previsto no art. 7º inc. XXVIII da CF/88. Da lógica jurídica decorre que não poderá o empregador albergar-se sob o comando constitucional que prevê responsabilidade civil subjetiva, já que tal disposição há de alcançar tão-somente as relações de trabalho não vedadas na constituição e nas leis a ela subsumidas.

Doutrinariamente, a aplicação da teoria do risco da atividade encontra defesa sob o fundamento de que o trabalho em locais insalubres e perigosos, por haver riscos acima do normal, por si só, em caso de danos ao trabalhador, gera o dever de indenizar, independentemente de culpa. [3]

Na jurisprudência, depara-se com alguns julgados que agasalham posição não conservadora, adotando a teoria do risco até mesmo com relação a trabalhadores maiores, abarcando inclusive outras atividades consideradas perigosas que extrapolam os conceitos e os

1. Martha de Toledo Machado, in Livro de Teses – 13º. Congresso Nacional do Ministério Público , vol. 2, pág.541. Conclusão aprovada por unanimidade.
2. Paulo Sérgio Gomes Alonso, Pressupostos da Responsabilidade Civil Objetiva (trabalho que lhe deu título de Mestre pela Universidade Mackenzie), Saraiva, 2000, pág. 43.
3. BITTAR Carlos Alberto, apud Mauro César Martins de Souza in Responsabilidade Civil Decorrente do Acidente do Trabalho, Ed. Agá Júris, 2000, pág. 175.

limites traçados pela CLT. É o caso de um julgado do TARS, em que aplica a teoria da responsabilidade objetiva em decorrência de acidente de trabalho com corte de grama por meio de máquina elétrica, considerada operação potencialmente perigosa.(Ap. cível 192.112.191, 3ª Câmara, RT 694/175) .[4]

Nesse sentido, a 4ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Paraná, em julgado unânime, [5] acolheu a responsabilidade civil objetiva em razão de trabalho decorrente da atividade de pintura externa de prédio, por considerá-la potencialmente perigosa, ementando-a da seguinte forma:

"Em acidente de trabalho em que a atividade do empregado é, potencialmente , perigosa, responde o empregador pelo simples risco e somente estará isento da responsabilidade civil se restar comprovado que a hipótese foi de caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima".

Obviamente, diante do contexto analisado, com muito mais razão há que se aplicar a teoria da responsabilidade objetiva, em caso de acidente vitimando menor de 18 submetido a atividades e operações perigosas ou insalubres, face à necessidade de garantir proteção especial à criança e ao adolescente, em razão da peculiar condição de pessoa em estágio de desenvolvimento físico e mental, princípio basilar que norteia qualquer interpretação atinente aos direitos fundamentais da criança e do adolescente (art. 6º e art. 69, inc. I, do Estatuto da Criação e do Adolescente), eis que mais vulneráveis aos riscos inerentes. Ainda como substrato de natureza filosófica, revela-se como inteiramente aplicável no processo de interpretação para a adoção da responsabilidade civil objetiva do empregador, "in casu", a doutrina da proteção integral , inspiradora das normas protetivas às crianças e adolescentes, acolhida pela Constituição e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

IV – RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO EMPREGADOR EM DECORRÊNCIA DE ACIDENTE DO TRABALHO ENVOLVENDO MENOR DE 16 ANOS EM QUALQUER ATIVIDADE LABORATIVA (ART. 7º, INC.XXXIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL).

A norma proibitiva de qualquer trabalho (exceto na condição de aprendiz) ao menor de 16 anos, previsto no art. 7º, inc. XXXIII da Constituição Federal, tem como fundamento ***"a necessidade de assegurar, ao menor de idade, condições de um desenvolvimento físico, mental, moral e social adequado, em razão de fatores biológicos, psicológicos e culturais, o que explica o interesse do Estado em disciplinar a matéria de forma especial"***.[6]

Acresce enfatizar, no entanto, que, em razão da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento físico e mental, tal menor apresenta-se mais vulnerável aos riscos inerentes a qualquer trabalho, carecendo, de conseqüência, de especial proteção do Estado. Nesse horizonte, a norma sob comento encerra, além de outros fundamentos, um componente de segurança (proteção aos riscos do trabalho) aos menores de 16 anos, independentemente de ser ou não perigosa a atividade laborativa.[7] A periculosidade , no caso, é presumida.

---

4. Obra citada de Mauro Cesar Martins de Souza, pág. 177.
5. Ac. 11344, livro 28, publicado no Diário da Justiça/PR de 06.08.99, pág. 226.
6. Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, in Comentários à Constituição Brasileira, Ed. Saraiva, 1989, pág. 502.
7. Sérgio Pinto Martins, In Curso de Direito do Trabalho, Dialética , 2ª. ed., pág. 224.

Ulcerada a norma proibitiva, resta violado direito social indisponível inserto no ordenamento constitucional, bem como o dever genérico de prevenção, incorrendo o empregador em culpa no antecedente, razão porque há de responder objetivamente pelos danos emergentes de eventual acidente do trabalho, vez que , ao praticar a conduta vedada, assumiu o risco pelo ônus decorrente.

No que pertine, acrescente-se neste tópico o mesmo raciocínio expendido no item IV deste trabalho, especialmente no que se refere às normas e interpretações protetivas à criança e ao adolescente.

V – A CONTRIBUIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA A TUTELA DO DIREITO SOCIAL PREVISTO NO ART. 7º, INC. XXXIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – ATUAÇÃO NAS AÇÕES INDENIZATÓRIAS POR ACIDENTE DO TRABALHO.

Por força do art. 82, inc. I, do Código de Processo Civil, cabe intervenção do Ministério Público nas ações em que haja interesse de incapazes (relativa ou absolutamente incapaz). Assim, nas ações cíveis de caráter indenizatório por acidente do trabalho, promovidas por menores de 21 anos , deve ocorrer sua intervenção como "custos legis".

É nesse espaço que, de modo apropriado, podem seus agentes promover a tese ora exposta, se acatada, mesmo que eventualmente o autor fundamente sua ação na teoria da responsabilidade subjetiva. A adoção sistemática da teoria da responsabilidade civil objetiva, nas hipóteses sob exame, certamente forçará a que os tribunais a apreciem e, se adotada, como fonte inspiradora do direito que é a jurisprudência, certamente irá disseminar a idéia provocando, quiçá, "de lege ferenda" sua incorporação explícita no ordenamento jurídico pátrio.

A adoção da teoria da responsabilidade civil objetiva, por todos os fundamentos aqui delineados, apresenta-se como resposta justa à violação de direito social e protetivo da criança e do adolescente, bem como à violação do dever genérico de prevenção de riscos à sua saúde , na medida em que visa recompor o dano na sua integralidade. Trata-se de acolher a idéia de proteção integral a pessoa em condição peculiar de desenvolvimento, estendendo-a até mesmo após a violação da norma preventiva, ao mesmo tempo em que se constitui num fator inibitório à reiteração de atos violadores desse direito social, já que aos olhos dos empregadores a adoção dessa teoria emergirá como uma espécie de sanção pecuniária.

Assim, na linha de se estimular a tutela dessa norma de direito social e dever protetivo, a adoção da responsabilidade objetiva representa o manejo de instrumento complementar que deve ser usado pelo Ministério Público, visando restaurar o dano de forma mais ampla possível e, no plano mediato, atuar como contrapeso de natureza preventiva, a fim de minimizar a legião de jovens precocemente mortos, mutilados ou adoentados em decorrência de acidentes do trabalho.

VI – CONCLUSÃO

1. A criança e o adolescente, em razão da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, tem constitucionalmente direito à proteção especial, inclusive no meio ambiente do trabalho, sendo vedado submetê-lo a trabalho perigoso e insalubre e, em sendo menor de 16 anos, proíbe-se submetê-lo a qualquer espécie de trabalho.

2. A teoria da responsabilidade civil subjetiva inserta no art. 7º, inc. XXVIII da CF/88, destina-se tão-somente às relações de trabalho lícitas e não vedadas, e não há de ser aplicada à hipótese de acidente do trabalho de menor de 18 anos decorrente de atividade perigosa ou insalubre , ou , se menor de 16 anos , em decorrência de qualquer atividade laborativa (art. 7º inc. XXXIII da CF/88).

3. Empregador que, mesmo diante da vedação do art. 7º, inc. XXXIII da CF/88,submete menor de 18 anos a atividades e operações perigosas ou insalubres, ou, se menor de 16 anos, a qualquer atividade laborativa, viola direito social e norma protetiva da criança e do adolescente, bem como o dever genérico de prevenção contra riscos a sua saúde, assumindo deliberadamente o ônus decorrente e, em caso de acidente do trabalho, deve responder pelos danos causados, independentemente de culpa.

4. O Ministério Público, por seus agentes, atuando como *"custos legis"*, nas ações indenizatórias, poderá contribuir para a tutela do direito social e dever genérico de prevenção contra riscos à saúde da criança e do adolescente, conforme previsto no art. 7º, inc.XXXIII, da CF/1988, mediante a adoção da teoria da responsabilidade civil objetiva, visando, no plano imediato, a recomposição integral do dano e , de forma mediata, em função do ônus pecuniário, inibir a reiteração de atos violadores daquela norma.

TESE 27

A OBRIGATORIEDADE DA INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NAS LIDES ACIDENTÁRIAS.

Ana Martha Smith Corrêa Orlando
Promotora de Justiça - SP

Juang Yuh Yu
Promotora de Justiça - SP

Maria Cristina Bittencourt Prata Magalhães
Promotora de Justiça - SP

Sérgio Neves Coelho
Procurador de Justiça - SP

A Constituição Federal, a legislação federal e as disposições contidas nas Leis Orgânicas de diversos Estados da Federação sustentam a tese ora proposta da obrigatoriedade da intervenção do Ministério Público nas demandas acidentárias.

Estabelece a Constituição Federal, no seu art. 1º, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil os valores sociais do trabalho; dispõe, no art.170, ser o trabalho fundamento da ordem econômica e ressalta, no art. 193, que o *primado do trabalho*, ao lado do bem-estar e da justiça sociais, é uma das bases da ordem social.

Classificado o trabalho como um direito social no título dos direitos e garantias fundamentais (art. 6º), a Carta Magna elenca os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais nos 34 incisos do seu art. 7º e dispõe, especificamente, no inciso XXVIII, ser direito do trabalhador o **seguro contra acidentes do trabalho**.

Diante deste quadro traçado pela Constituição Federal, não há dúvida de que as condições para o exercício trabalho são de suma importância e interessam a toda a sociedade, e que é dever do Estado, como organização social, oferecer tais condições.

Destarte, pode-se concluir que condições inadequadas de trabalho, que minem as forças dos trabalhadores, atentam contra a ordem social e econômica.

Em razão dessa importância, o art. 127, da Constituição Federal, dispõe 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***.

Presentes, pois, o **interesse social e o direito individual indisponível,** incumbe ao Ministério Público a sua defesa.

Considerando que o exercício da cidadania está atrelado à eficácia da atuação estatal em garantir a cada membro da sociedade civil o exercício dos seus direitos fundamentais, conclui-se que a não intervenção do Ministério Público nas lides acidentárias afronta a

determinação dada à Instituição de defesa do interesse social, nos termos do art. 127, "caput" e no art. 129, II, da Constituição Federal. (cf. "**Considerações a respeito de proposta de racionalização da intervenção do Ministério Público no processo civil, como fiscal da lei**", elaborado pelos Procuradores de Justiça membros da 5ª Procuradoria de Justiça/SP, publicado na Revista da Associação Paulista do Ministério Público, Ano II, nº 21, Agosto de 1998, p. 20/24).

É na lide acidentária que efetivamente se torna possível verificar o funcionamento do esforço integrado das ações dos Poderes Públicos e da sociedade (art. 194, da Constituição Federal), financiado por todos, mediante os recursos provenientes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das contribuições dos empregadores, dos trabalhadores e dos concursos de prognósticos (Art. 195, incisos I, II e III, da CF), fiscalizando a observância no curso da atuação estatal dos direitos sociais previstos no art. 201, inciso I, II, V e parágrafos 2º, 3º, 4º, 5º e 6º, na órbita do direito infortunístico. (cf. Trabalho da 5ª.Procuradoria de Justiça/SP citado).

Aliás, a Lei de Acidentes existe mais em função do interesse geral da sociedade do que dos interesses individuais do trabalhador (***MOZAR V. RUSSOMANO, "Comentário à Lei de Acidentes do Trabalho", Rio de Janeiro, Konfino, 1957, v. 2, pág. 560)***

Indisponível, de outro lado, o direito à reparação infortunística, o caráter de verba alimentar do benefício acidentário é reconhecido sem contestação.

A indisponibilidade, aliás, vem sendo reconhecida pelos Tribunais Superiores, notadamente pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, permitindo recursos do Ministério Público em ações acidentárias, inclusive quando há advogado constituído (cf. V. Acórdão do E. Superior Tribunal de Justiça proferido no **Recurso Especial nº 161.168-SP (97/0093580-9)**, de 19 de março de 1998, relator o **Excelentíssimo Senhor Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro)**

A legislação federal está em perfeita consonância com a Constituição Federal.

O art. 82, III, do Código de Processo Civil, ***determina*** a intervenção do Ministério Público nas causas em que há interesse público a ser tutelado, evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte.

O caráter alimentar da lide acidentária e a hipossuficiência do obreiro por si só evidenciam o interesse público a ensejar a intervenção do Ministério Público.

Não bastassem os dispositivos de ordem Constitucional e o art. 82,III, do Código de Processo Civil, suficientes a justificar a intervenção do Ministério Público nas demandas acidentárias, em diversos Estados da Federação, as Leis Orgânicas do Ministério Público contém disposição específica a respeito.

A Lei Complementar n. 02, de 12 de novembro de 1990, com as alterações das Leis Complementares ns. 9 e 12, de 13 de abril de 1992 e 27 de maio de 1993, respectivamente, que trata da Organização e Atribuições do Ministério Público do Estado do **Sergipe**, dispõe no art. 39 que competem aos Promotores de Justiça as atribuições de ***Acidentados do Trabalho*** (inciso III). No art. 40, estabelece que são atribuições da Coordenadoria-Geral do Ministério Público, definida como órgão auxiliar, defender e proteger judicial e extrajudicialmente o acidentado do trabalho (inciso I, número 5).

No **Amazonas**, a Lei Orgânica do Ministério Público (Lei Complementar n. 011, de 17

de dezembro de 1993) estabelece no art. 61 as atribuições do Promotor de Justiça, na *Promotoria Especializada em Acidentes do Trabalho*, entre outras, a de *oficiar em todas as ações acidentárias, fiscalizando a aplicação da lei e os interesses do acidentado.* Previsão semelhante encontra-se no art. 45 da Lei Orgânica do Ministério Público do Estado da **Bahia** (Lei n. 4.264/84, modificada pela Lei n. 6.347/91). O art. 49, da Lei Complementar n.12, de 18 de Dezembro de 1993, do Estado do **Piauí**, prevê a existência de Promotor de Justiça atuando em matéria de acidente do trabalho.

A Lei Orgânica do Ministério Público do **Rio Grande do Sul** (Lei n. 7.669, de 17 de junho de 1982), no art. 31, inciso V, prevê as atribuições do Promotor de Justiça na *Curadoria de Acidentes do Trabalho.*

A atuação do Promotor de Justiça em demandas acidentárias é ainda prevista nas Leis Orgânicas dos Estados do **Rio Grande do Norte** (Lei Complementar 141/96, art. 54), do **Paraná** (Lei Complementar 85/99, art. 67, II e art. 68, XI), **Maranhão** (Lei Complementar 13/91, art. 35, XXIX), **Rondônia** (Lei Complementar 93/93, art. 60, VI), **Paraíba** (Lei Complementar 19/94, art. 72), **Rio de Janeiro** (Lei Complementar 28/82, arts. 27, VIII e 36), **Pará** (Lei Complementar n.1/82, art. 39) e **Minas Gerais** (Lei Complementar 34/94).

Em **São Paulo**, a Lei Orgânica do Ministério Público (Lei Complementar n. 734, de 26.11.93), aponta claramente as funções judiciais e extrajudiciais do Promotor de Justiça de Acidentes do Trabalho: ***"relações jurídicas de natureza acidentária, inclusive para defesa dos interesses difusos ou coletivos relacionados com o meio ambiente do trabalho" (art. 295, II, da LOEMP)***

Acrescente-se, ademais, que a posição institucional paulista é no sentido da intervenção do Ministério Público nos feitos de natureza acidentária.

No anteprojeto de alteração da Lei Orgânica Estadual do Ministério Público, enviado pela Egrégia Procuradoria Geral de Justiça de São Paulo, foi mantido o cargo especializado de Promotor de Justiça de Acidentes do Trabalho e a função judicial nas relações jurídicas de natureza acidentária (art. 59 do anteprojeto).

Assim, está perfeitamente justificada a intervenção do Ministério Público como *custos legis* nas ações acidentárias.

De outro lado, para que o obreiro não tenha a sua saúde prejudicada em razão do trabalho, o Ministério Público age, dentro de sua competência, para conscientizar as empresas a se adequarem aos horários, condições e equipamentos que possam, se não evitar o todo, ao menos minimizar o aparecimento das doenças ocupacionais e ocorrência de acidentes típicos, uma vez que é lhes mais interessante manter um empregado hígido e experiente nas funções (a produção e qualidade tenderão a ser maiores), do que empregar várias pessoas em curtos espaços de tempo em razão de afastamentos por doença ou acidente (ensejará queda da produção e da qualidade).

E o Ministério Público atua coletando informações sobre quantidade de acidentes e doenças que ocorrem em determinadas atividades ou ambientes laborativos para, de posse de elementos que indiquem existência desses fatos, instaurar inquérito civil para resultar em acordos extrajudiciais que, não cumpridos, serão executados judicialmente, ou culminar com propositura de ação civil pública para compelir as empresas a melhorar as condições de trabalho a seus empregados.

Adite-se ainda que, se o obreiro já for portador de doença profissional ou vítima de acidente do trabalho típico e não estiver recebendo nenhum tratamento ou indenização da autarquia, atua o Ministério Público em seu atendimento pessoal para assegurar que ele receba seus direitos decorrentes do seguro de acidentes do trabalho, requisitando-se diretamente do INSS a prestação do devido tratamento, ou da reabilitação, ou indenização acidentária (seqüelas incapacitantes oriundos de acidente típico ou de tecnopatia), ou propondo judicialmente a ação de indenização decorrente de seguro de acidentes do trabalho face à seguradora.

Neste particular, além dos citados dispositivos constitucionais e das leis ordinárias, a competência decorre também da garantia constitucional de ser obrigação do Estado prestar assistência jurídica integral e gratuita aos hipossuficientes (art. 5º, LXXV, CF), e os trabalhadores têm a presunção legal dessa condição, como disposto no art. 129, par. único da Lei 8.21/91.

Ressalta-se que a intervenção do Ministério Público na demanda acidentária é obrigatória ***ainda que de conteúdo econômico, compensatório da extensão do acidente laboral*** (cf. V. Acórdão do E. Superior Tribunal de Justiça supra citado). A verba tem caráter alimentar e decorre da incapacidade total ou parcial para o trabalho, o qual é a base de toda a ordem social e econômica. De outro lado, os recursos para a satisfação desta indenização provêm dos Poderes Públicos, com financiamento feito por toda a sociedade (art. 195, "caput", da Constituição Federal).

Presentes, pois, o interesse social, o interesse público evidenciado pela qualidade da parte e pela natureza da lide e, ainda, havendo expressa previsão de atuação ***(relações jurídicas de natureza acidentária)*** em Leis Estaduais, também nas demandas acidentárias de conteúdo econômico deve intervir o Promotor de Justiça de Acidentes do Trabalho.

Na esteira do raciocínio exposto, está perfeitamente justificada a continuidade da intervenção do Ministério Público, como "*custos legis*", sob pena de nulidade, no processo de execução de indenização em seguro de acidente do trabalho, já que a sentença condenatória nada significa ao trabalhador se ele não receber o que a Constituição Federal e a lei acidentária lhe garantem para o próprio sustento e o de sua família após a incapacidade laborativa verificada.

Atente-se que a questão não é meramente patrimonial, pois se trata de indenização de nítido caráter alimentar, assim reconhecido desde a regulamentação da primeira lei acidentária no começo do século passado, tanto que o art. 25 do Decreto Legislativo nº 3.724, de 15.01.1919, já dispunha ser privilegiado e insuscetível de penhora o crédito da vítima pelas indenizações nele determinadas, e o ilustre Andrade Bezerra, como relator da Comissão de Legislação Social do Regulamento 13.498, de 12.03.1919, declarou que "*A Commissão é a primeira a reconhecer que, tendo a indemnização por acidentes do trabalho o carácter jurídico de alimentos, deveria ser assegurada pelo tempo que durasse a incapacidade, para permitir a subsistência da víctima ou de seus representantes.*"

A necessidade de se recompor o salário do trabalhador incapacitado, para que não houvesse queda do seu nível sócio-econômico era perceptível, na medida em que, se o seguro privado de acidentes do trabalho não era suficiente, a empregadora respondia até atingir o limite, e para evitar que houvesse desvio das finalidades daquele primeiro (porquanto as companhias não realizavam somente esse tipo de seguro), o art. 29, letra a, do Regulamento do Decreto 13.498, de 12.03.1919, determinou que as sociedades de seguros "*só seriam autorizadas se essas operações fossem separadas de quaisquer outras que realizassem*".

Da mesma forma, pela necessidade de se assegurar esse direito ao trabalhador, em razão das conseqüências diretas e indiretas que causa o seu descumprimento, a intervenção do

Ministério Público é prevista desde essa época, quer assistindo o acidentado ou seus beneficiários a fim de assegurar-lhes o recebimento da indenização devida, quer como *custos legis* para anular convenções nulas promovidas pelos interessados (art. 56 do Regulamento do Decreto 13.498, de 12.03.1919), dispositivos que foram seguidos pela maioria dos Estados em suas leis estaduais.

Isto porque, desde os primórdios do século passado, estava presente a consciência de que, além da educação e da saúde, a força laborativa de uma sociedade é indicativo do seu nível de desenvolvimento, e esse trio de elementos está de tal forma atrelado que um influencia diretamente na qualidade do outro.

Observe-se que não só a alimentação, mas também a educação e a saúde de uma família, além do lazer, locomoção e vestuário, dependem basicamente do salário do trabalhador; pois, mesmo para os que freqüentam a escola pública ou se utilizam de postos de saúde e hospitais públicos, dependem dos proventos para adquirir material e uniforme escolares, remédios, curativos , passagens, e, tudo o mais que demanda dinheiro.

Logo, é cristalino que a diminuição da remuneração ocasionará o declínio da qualidade de vida do trabalhador e de sua família o que acarretará o desbordoamento da educação dos filhos, que desembocará em difícil acesso a bons empregos, e redução das capacidades mental e política como consciência da cidadania, só para citar uma delas. Cria-se assim um ciclo vicioso geometricamente progressivo e danoso.

Ainda, na tentativa desordenada de aumentar a renda familiar a infância adentra de forma precoce e mal preparada ao trabalho, o que eleva a incidência dos acidentes de trabalho. A família, sem horizontes, torna-se berço da incursão aos atos infracionais gerando o crescimento da criminalidade e o recrudescimento da violência.

Não se pretende aqui desenhar um quadro do caos, mas, na realidade o descuido com as condições de exercício do trabalho cria, indiscutivelmente, ônus insuportável para a sociedade que estará sempre às voltas com problemas de segurança pública, aumento de infrações penais e, principalmente, enfrentando os bolsões de miséria.

Como se vê, está perfeitamente caracterizado que o direito à indenização do seguro de acidentes do trabalho é um direito individual e indisponível do trabalhador face aos reflexos que enseja não só a si e à sua família mas também à sociedade, de modo que, sendo mister constitucional do Ministério Público essa defesa, como disposto no art. 127 da Constituição Federal, não poderá deixar de intervir nas ações acidentárias, e, muito menos no processo de execução que é justamente o momento em que o obreiro receberá o valor da indenização.

Se a presença do Ministério Público é exigida desde os primórdios das leis acidentárias para assistir o obreiro acidentado, com a Constituição Federal de 1988, cabe-lhe, de outro lado, zelar pelo efetivo respeito dos serviços de relevância pública aos direitos nela assegurados, promovendo as medidas necessárias à sua garantia, o que significa que terá, também, de atuar de forma a resguardar o erário da autarquia federal para que esta atinja os seus objetivos de atender os acidentados e seus beneficiários.

E isso porque, com a falência do seguro privado de acidentes do trabalho, que nem todas as empresas faziam, o Estado assumiu para si este encargo ao instituir o monopólio estatal e determinar o recolhimento compulsório das empresas para essa finalidade, como preceituado no art. 7º, XXV, da Carta Magna.

Ora, o seguro de acidentes do trabalho foi formado visando não só o pagamento da indenização permanente, mas também o atendimento, tratamento e eventual necessidade de reabilitação do acidentado, de modo que, na medida em que a sua "caixa" é constituída de contribuições das empresas de toda a sociedade, e como se trata de serviço de relevância pública, há de intervir o Ministério Público para evitar que a autarquia pague mais do que fora condenado, o que lesaria o seu cofre e ensejaria, como se tem visto, aumento da alíquota de contribuição (que atinge diretamente a empresa, e indiretamente os consumidores pela alta do preço das mercadorias e a sociedade toda por influir no aumento da taxa inflacionária) e queda do montante a ser pago pela seguradora (redução do valor indenizatório devido ao acidentado e o não reajustamento como determina a lei).

Assim, a atuação do Ministério Público não se restringe a mero coadjuvante do patrono do acidentado, mas sim a uma intervenção efetiva para que o obreiro receba o montante a que tem direito e a seguradora pague somente aquilo a que fora condenada, o que exige a presença do *custos legis* nos processos de execução porquanto se trata do momento de se cumprir o título executivo.

Ademais, a gama de modificações que a lei infortunística tem sofrido nesses últimos anos, por força de medidas provisórias, impõe a necessidade da intervenção do Ministério Público, no cuidado de se aplicar as leis corretas dentro do lapso temporal de vigência das mesmas para que não haja ultratividade e nem retroatividade, bem como se proceda à escorreita apuração do montante da indenização, com incorporação dos corretos índices de atualização e que se proceda à implantação administrativa pelo valor efetivamente devido ao obreiro.

Destarte, diante das atribuições do Ministério Público, inseridas na Constituição Federal, mesmo não havendo expressa previsão na lei acidentária para sua intervenção, subsiste o dever previsto na primeira lei acidentária de nosso Direito de requerer a nulidade de acordos entre seguradora e acidentado que ultrapassem os limites da legalidade e, na concepção atual, significa que não poderão ter validade acordos que extrapolem os contornos da condenação e nem aqueles que reduzam de forma considerável o valor da indenização do obreiro.

Portanto, para cabal cumprimento de tal mister, é imprescindível a intervenção do Ministério Público no processo de execução acidentária.

CONCLUSÃO:

O Ministério Público é constitucionalmente definido como guardião dos interesses da sociedade, dos direitos individuais indisponíveis e dos serviços de relevância pública assegurados pela Constituição Federal, do que se conclui ser inegável o seu mister em atuar na esfera infortunística, quer de forma preventiva, quer assistindo diretamente o obreiro, quer como "*custos legis*" para garantir a inocorrência de eventual locupletamento de qualquer das partes, evitando, assim, prejuízo ao obreiro e ao erário público.

TESE 28

ACIDENTE DO TRABALHO – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS – INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Vilanir de Alencar Camapum Júnior
Promotor de Justiça - GO

Numa análise sistemática da nossa legislação, pode-se verificar com muita clareza que há um princípio (do latim *principium* = fonte, origem, verdade primeira) que rege a relação de emprego e suas conseqüências, denominado pelos juristas de "princípio da proteção".

SEBASTIÃO GERALDO DE OLIVEIRA, Juiz do Trabalho, em sua obra denominada *Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador*, editora LTr., 3ª edição, pág. 49, afirma que "também o Direito do Trabalho, como ramo autônomo da ciência jurídica, ostenta princípios peculiares que lhe atribuem uma fisionomia especial. **O mais importante deles é o princípio da proteção**, segundo o qual a norma jurídica tem como finalidade básica o amparo, a tutela, enfim, a proteção ao trabalhador. **Diante da superioridade econômica do empregador** e do risco da dominação abusiva, consagrou-se uma superioridade jurídica do empregado para buscar um melhor equilíbrio no relacionamento jurídico". (grifamos)

Por sua vez, AMÉRICO PLÁ RODRIGUEZ adverte que "**o legislador não pode mais manter a ficção de igualdade existente entre as partes do contrato de trabalho** e inclinou-se para uma compensação dessa desigualdade econômica desfavorável ao trabalhador com uma proteção jurídica a ele favorável. O Direito do Trabalho responde fundamentalmente ao propósito de nivelar desigualdades" (*Princípios de Direito do Trabalho*, 1978, p. 29. APUD: Sebastião G. Oliveira, obra citada). Grifamos.

Do mesmo modo, na ação acidentária movida contra o INSS, o princípio da proteção está presente: "a intervenção do Ministério Público neste tipo de processo se dará obrigatoriamente, em face do interesse público evidenciado, pela natureza da lide (alimentar) e pela **qualidade da parte (hipossuficiência)** (...) Tem-se que, de um lado, o interesse público faz com que o infortunado tenha na Curadoria de Acidentes do Trabalho a certeza de que seus direitos serão resguardados dentro da sociedade, e, de outro lado, a justa aplicação da lei" (JOSÉ DE OLIVEIRA, em sua obra *Acidentes do Trabalho*, Saraiva, 3ª edição, 1.997, págs. 25/26).Grifamos.

ANTÔNIO CLÁUDIO DA COSTA MACHADO, na obra *A Intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro*, 2ª edição, Editora Saraiva, 1.998, pág. 403: "Como tivemos oportunidade de estudar e concluir anteriormente, o interesse a justificar a intervenção do Ministério Público no processo civil é o interesse ou direito indisponível. Não é de outra

espécie o interesse de que é titular a vítima dos acidentes do trabalho: é lição corrente em doutrina que o direito à reparação infortunística é irrenunciável, inalienável e de realização obrigatória porque ao Estado importa sobremodo a defesa daquele que sofre perda ou redução da sua força de trabalho exatamente quando a coloca a serviço do seu patrão e da comunidade, ficando assim, desprovido, no mais das vezes, do único bem que possui, que é a sua própria capacidade de trabalho.(...) Escrevendo, em 1957, sobre o direito social brasileiro, A. F. Cesarino Júnior já dizia, *verbis*: 'É privilegiado e insuscetível de penhora o crédito do acidente ... não podendo, outrossim, ser objeto de qualquer transação... . São nulos todos os acordos que tenham por objeto a renúncia dos benefícios...'. (...) E Irineu Antônio Pedrotti concluiu: '**O conteúdo social das ações de prestações por acidente do trabalho é relevante** e autoriza o reconhecimento da inalienabilidade dos direitos reclamados'. (grifamos).

Portanto, verifica-se que a hipossuficiência do empregado e o conteúdo social da infortunística está presente em todas as ações decorrentes da relação de emprego, não havendo motivos para se fazer uma exclusão das ações de reparação de danos decorrentes de acidente do trabalho. Aliás, há que se aplicar aqui o princípio pelo qual "onde o legislador não fez distinção, não cabe ao intérprete fazê-la". De fato, a Constituição Federal incluiu entre os "Direitos Sociais" (art. 7º) não só a prevenção do acidente de trabalho via "redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança" (inc. XXII), mas também sua reparação via do "seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa"(inc. XXVIII). Além disso, o legislador constituinte deu tratamento especial a todas as ações decorrentes de acidente do trabalho, que ficou a cargo da Justiça Comum dos Estados, tanto no que diz respeito às ações acidentárias *stricto sensu* como em relação às ações de reparação de danos movidas contra o empregador. Repita-se: não fez distinção, o que foi reconhecido e aplicado tanto pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL como pelo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, ao baixarem as **Súmulas 501 e 15,** respectivamente :

> *"Súmula 501: Compete à justiça ordinária estadual o processo e julgamento, em ambas as instâncias, das causas de acidentes do trabalho, ainda que promovidas contra a União, suas autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista."*
>
> *"Súmula 15: Compete à Justiça Estadual processar e julgar os litígios decorrentes de acidente do trabalho."*

Assim sendo, por ser óbvio que os Tribunais Superiores sempre souberam da existência dos vários tipos de ação decorrentes do acidente de trabalho, se quisessem fazer distinção entre ações acidentárias e reparatórias, teriam firmado a competência da Justiça Estadual apenas nas ações movidas contra a autarquia previdenciária, o INSS (antigo INPS); mas não, ao contrário, reconheceram que o tratamento especial é para ambas, já que o legislador constituinte não fez distinção (atual art. 109, inciso I, da CF).

Idêntica situação ocorre no tratamento dado no referido artigo 7º que congrega os direitos sociais: o legislador incluiu todos os aspectos do acidente de trabalho na proteção constitucional, ou seja, não só a prevenção (proteção ao meio ambiente do trabalho) e os direitos securitários junto ao INSS, mas também o direito reparatório em face do empregador, expressamente incluído no inciso XXVIII. E não poderia ser diferente, pois **se a legislação considera o empregado como hipossuficiente mesmo antes do acidente de trabalho, como poderia deixar de sê-lo depois do acidente, quando ele e/ou sua família encontram-se ainda mais fragilizados ?!**

Mesmo porque, independentemente da qualidade da parte, trata-se de lide de natureza socialmente relevante, por referir-se a um dos aspectos da proteção à força de trabalho do país.

O seguinte julgado é expressivo e revela a sensibilidade com que o julgador deve tratar esta questão em face de nossa realidade social :

> *"Por outro lado, já se apresenta com poucos defensores o critério abstrato da aferição da culpa, qual seja, culpa aferida em função do homo medius ou do diligente pai de família, ou apenas do bonus parte familias. Não importa que o homem médio pudesse ter se acautelado se estivesse no lugar do obreiro. Se fosse este um homem médio dificilmente estaria realizando trabalho de tal maneira arriscado. O trabalho está correlacionado ao seu próprio desenvolvimento humano e cultural.*
>
> *Dizer que o evento se deveria, no caso à culpa do próprio trabalhador seria fazer total descaso da situação do obreiro in concreto, e dissociar de todo o direito da realidade que o circunscreve, neste Brasil.*
>
> *Talvez para o trabalhador em construção civil na Alemanha, nos Estados Unidos, no Canadá, na Suíça, na Suécia, na Inglaterra, pudesse existir culpa se fosse encontrado a trabalhar sem o cinto de segurança. Aqui o ônus é todo do empregador de compelir o empregado a realizar esse trabalho, com todos os cuidados que possam ser exigíveis, e se um supervisor apenas é pouco, um supervisor para 450 trabalhadores, coloquem-se 50 supervisores se necessário for, ainda que com isso venha a se reduzir o lucro da construtora... "* (Trecho do voto do relator Fonseca Tavares. TJSP - Ap.58.182, 8ª C. Fonseca Tavares, 2.10.85, RJTJESP 101-135)

Verifica-se a sensibilidade do julgador para o grau de desenvolvimento cultural do trabalhador brasileiro, muito baixo de um modo geral. **A hipossuficiência é patente ! cristalina ! indissociável da condição de empregado e agravada pelas conseqüências do acidente de trabalho !**

O Tribunal de Justiça do Estado de Goiás vem reiteradamente reconhecendo a hipossuficiência e a obrigatoriedade da intervenção ministerial mesmo nas ações de reparação de danos calcadas no direito comum :

> *"**Ação de indenização**. Acidente de trabalho. Ausência de intervenção do Ministério Público ab initio. A ausência de intervenção do Ministério Público em todas as fases do processo, na ação decorrente de acidente de trabalho, inquina de nulidade absoluta o feito, **principalmente quando se chega a conclusão final de insuficiência de provas**. Sentença cassada. Processo anulado a partir, inclusive, do saneador, a fim de que se manifeste tal órgão após as partes, participando, ainda, da instrução do feito. Apelo conhecido e provido". (TJGO, 1ª Câmara Cível, Ap. Cível nº 47184-0/188, Rel. Dr. João Ubaldo Ferreira, dec. unân., DJ nº 12914 de 21/10/1998 p. 14).* Grifamos.
>
> *" **Ação de indenização** por acidente de trabalho. A ausência de intervenção do Ministério Público em ação da espécie inquina de nulidade absoluta o processo. Sentença cassada. Apelo conhecido e provido".(TJGO,*

3ª Câmara Cível, Ap. Cível nº 45717-2/188, Rel. Des. Charife Oscar Abrão, dec. unân., DJ nº 13057 de 21/05/1999 p. 19). Grifamos.

"Acidente de trabalho. Ministério Público. Curador de acidente de trabalho. Intervenção obrigatória. Sua não intervenção. Nulidade. A intervenção do Ministério Público nas ações acidentárias reveste-se de caráter essencial, de modo que a sua não intimação para os atos do processo acarreta nulidade processual absoluta e insanável. Apelação conhecida e provida, à unanimidade de votos." (TJGO, 2ª Câm. Cível, Ap. Cível Proc. Sumário nº 55.054-8/190, Rel. Des. Fenelon Teodoro Reis, acórdão de **19/06/2001**). **Consta do voto:**

"...o apelado contrapõe-se a todos os termos do impulso recursal, assinalando... não se cogita de nulidade por ausência de intervenção do Ministério Público, porquanto, não se trata o caso focado de ação acidentária, mas ***ação indenizatória fundada no direito comum****. (...)*

Oportuna é a insurgência do recursante ao preludiar a nulidade do feito,... pois é sabido que em se tratando de ação acidentária, ***a intervenção do Ministério Público é obrigatória em razão da natureza da lide, não apenas para preservar os direitos e os interesses de um hipossuficiente, nem por polarizar a demanda maior com menoridade ao tempo do fato, mas sobretudo em razão do interesse público, onde o Estado tem o interesse direto em que se cumpra a lei estritamente....***

Em casos que tais, ***a intervenção do Parquet é compulsória ante a presença de parte economicamente fraca...*** *"* (grifamos).

De fato, como já afirmamos, se o empregado é hipossuficiente frente ao empregador, antes mesmo do acidente, com muito maior razão o será após o acidente ! A realidade fática que se apresenta, quase sempre (motivadora da presunção legal de hipossuficiência), é uma pessoa/família pobre, fragilizada, confrontando com uma empresa ou pessoa física economicamente mais forte, que detém poder hierárquico sobre as testemunhas do acidente, que detém a posse dos documentos que possui ou deveria possuir sobre as condições de segurança e higiene no local de trabalho, e, sobretudo, cuja assessoria jurídica também está em patamar claramente superior ao da assessoria do acidentado, que, de um modo geral, tem conhecimentos superficiais sobre as normas de segurança e saúde no trabalho, existentes em legislação especializada e sujeita a constante mutação, não conseguindo explorar processualmente a deficiência reinante nos locais de trabalho para alcançar êxito em prol do acidentado. Veja, nesse sentido, o conceito de meio ambiente do trabalho dado pela doutrina :

"aquele local no qual a grande maioria da população passa no mínimo um terço de sua jornada diária produzindo riquezas para o País e, no mais das vezes, desgastando sua saúde em ambientes poluídos e extremamente agressivos por falta de cumprimento das normas de saúde, higiene e segurança do trabalho, em alguns casos, por absoluto descaso com a prevenção de acidentes que poderiam ser evitados" (**Ação Civil Pública e Tombamento**, PAULO AFFONSO LEMES MACHADO, Ed. RT, 1986. APUD: JOSÉ LUIZ DIAS CAMPOS, **Acidentes do Trabalho – prevenção e reparação**, 3ª edição, RT, pág. 26/27).

Conforme afirmamos alhures, trata-se de um direito social (CF, art. 7º, XXVIII) que mereceu do legislador tratamento especial, sendo imprescindível a participação do Ministério Público como mais uma forma de assegurar o efetivo atendimento à garantia constitucional. Trata-se dos aspectos de prevenção e reparação da garantia/direito ao meio ambiente do trabalho saudável, que corresponde ao direito à vida e à saúde naquele ambiente em que "a grande maioria da população passa no mínimo um terço de sua jornada diária".

Sob um outro enfoque, ainda referente a direito social, não se pode esquecer que a ação de reparação de danos contra o empregador, por ser regida pela responsabilidade subjetiva, importará sempre numa ação *ex delicto*, posto que haverá sempre um crime em tese (homicídio ou lesões corporais culposas).

Com efeito, JOSÉ LUIZ DIAS CAMPOS, na obra já citada, pág. 42, afirma:

> *"Acidente do trabalho decorrente de não cumprimento de normas de segurança e saúde do trabalhador não é singelo acidente do trabalho, como pode parecer a alguns, mas também um ATO ILÍCITO, de natureza contratual, com todas as consequências previstas no Código Civil Brasileiro, notadamente, a reparação do dano além da tipificação penal."*

Daí que, à luz dos arts. 64 e 68 do CPP, principalmente se o acidentado é pobre, como é comum acontecer, existe uma hipossuficiência processual declarada expressamente pelo legislador. Nesse sentido, o seguinte julgado do **Tribunal de Justiça de Goiás** :

> *"...Na ação civil* ***ex delicto*** *em que o Ministério Público atua como substituto processual, sua legitimidade é ad causam, de* ***interesse social*** *que permeia a proteção às vítimas do crime, a qual interessa diretamente à sociedade e ao Estado, advindo de expressa previsão legal editada pelo art. 81 do CPC combinado com os arts. 64 e 68 do CPP."* (TJGO, 2ª Câm. Cível, Ag. Instr. nº 16.660-8/180, de Goiânia, Rel. Des. Noé Gonçalves Ferreira, acórdão de 16/11/1999). Grifamos.

A doutrina pátria também reconhece o referido interesse social : ADA PELLEGRINI GRINOVER, artigo publicado na Tribuna do Direito, ano 1, número 11 - março de 1994, p. 5; VICENTE GRECO FILHO, *Manual de Processo Penal,* Saraiva, 1993, pág. 119; JÚLIO FABRINI MIRABETE, *Código de Processo Penal Interpretado,* Atlas, 1995, pág. 127; HUGO NIGRO MAZZILLI, *Manual do Promotor de Justiça,* Saraiva, pág. 164, 1987); FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, *Processo Penal,* Saraiva, vol. 2, págs. 4/5, 1.987; JOÃO FRANCISCO MOREIRA VIEGAS, *O Ministério Público e a Ação Reparatória de Danos – RT* 671/262; HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *Manual de Direito Processual Civil,* Saraiva, pág. 56, 1.988; CELSO BARBI, *Comentários...,* Forense, pág. 376, 1981; entre outros.

Ora, quem pode e deve o mais ... pode e deve o menos, ou seja, se há interesse social relevante para ensejar até mesmo a substituição processual, não há como negar a existência do interesse público (art. 82, III, do CPC) ensejador da obrigatoriedade da mera intervenção, ditado, não só pela **natureza da lide (*ex delicto* e, mais ainda, decorrente de acidente do trabalho)** como também pela **qualidade da parte (hipossuficiência econômica e processual frente ao empregador)**.

ADA PELLEGRINI, no referido artigo publicado na Tribuna do Direito, é taxativa ao afirmar que há inegável interesse social na proteção às vítimas de crime, reconhecido pela

Constituição Federal quando inseriu a proteção entre os **"direitos e garantias fundamentais"**, no art. 5º, inciso XLV.

> "O Ministério Público atua, no processo de infortunística, como custos legis. Visa a resguardar o bom desenvolvimento do processo e **em atenção ao economicamente hiposuficiente**. Em consequência, poderá acompanhar a instrução e valer-se dos recursos legais. **Marcará presença obrigatória em todos os atos processuais, ainda que de conteúdo econômico, compensatório da extensão do acidente laboral. Irrelevante estar o trabalhador assistido de advogado.** Assim, como postula, pode recorrer, com reforço também na Constituição da República (art 5º LV) que assegura "em processo judicial ou administrativo" contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes." (STJ - REsp. 37.116 - 6ª T. – Min. Vicente Cernicchiaro, 28.9.93). Grifamos.

Não é possível que a mesma pessoa possa ser considerada hipossuficiente na ação acidentária e na ação trabalhista (motivando a aplicação do princípio da proteção), não o sendo na ação reparatória contra o empregador. O objeto da lide advém da mesma relação, a relação de emprego, do mesmo contrato, o contrato de trabalho. Na comparação com a ação trabalhista até as partes são as mesmas. Seria um absurdo jurídico ! O fato do Ministério Público do trabalho não intervir nos dissídios individuais tem motivações mais no aspecto de uma política institucional equivocada do que em fundamentos jurídicos sólidos. É incompreensível que a legislação trabalhista seja protecionista, externando o reconhecimento legal da hipossuficiência, que, nos termos do art. 82, III, do CPC, obrigaria a intervenção ministerial, negada pelo próprio *Parquet* Trabalhista. É tão clara a necessidade de intervenção, que os Juízes do Trabalho permaneceram por muito tempo encaminhando os autos ao Ministério Público, só deixando de fazê-lo após anos de reiterada recusa e em face da impossibilidade de exigir a manifestação. Todavia, como se disse, tal postura é equivocada e já rendeu inúmeras críticas àquela nobre instituição, inclusive sendo um dos argumentos para sua própria extinção, em face da diminuta resposta de trabalho social argüida pelos defensores da extinção.

JOSÉ LUIZ DIAS CAMPOS, na obra citada, pág. 43, transcreve pensamento de ARNALDO SÜSSEKIND, subscrevendo a conclusão de que **"não há dúvida de que a cura do doente ou a indenização à vítima do infortúnio do trabalho constituem tarefas de indiscutível importância, necessárias a toda coletividade organizada"**.

ANTÔNIO CLÁUDIO, também na obra citada, faz brilhante observação:

> "O direito material indisponível gera a intervenção do *custos legis*, e **o interesse processual indisponível gera a intervenção do Ministério Público para defender a própria pessoa do hipossuficiente**, valendo-se de institutos tais como a assistência, a substituição processual ou a legitimação extraordinária concorrente. **A lei exige a inserção do órgão ministerial na relação processual 'para fazer aquilo que a parte deve, mas não faz, e aquilo que o juiz pode, mas não deve, para que não se veja comprometida a imparcialidade do julgamento'**. " (obra citada, pág. 331).

Nesse ponto, pode-se entender os motivos pelos quais o Superior Tribunal de Justiça, no Resp nº 57123-ES, considerou desnecessária a intervenção do Ministério Público. **É QUE HOUVE RECURSO CONTRA OS INTERESSES DO HIPOSSUFICIENTE**. Ou seja, o

membro do Ministério Público do Espírito Santo pleiteou a nulidade de um processo no qual o acidentado (parte que deveria assistir) havia obtido ganho de causa. De fato, naquele caso concreto, no momento recursal, a postulação era desnecessária e, aliás, imprópria, posto que continha uma contradição intrínseca : se a razão de ser da intervenção é a defesa processual do hipossuficiente, não se pode pretender a nulidade do processo, por não ter havido a intervenção, causando prejuízo real àquele cuja proteção é o fundamento da intervenção. Nesse caso, **INEXISTE O INTERESSE RECURSAL**, conforme já decidiu, em situação semelhante, o Tribunal de Alçada Cível do Rio de Janeiro :

> *MINISTÉRIO PÚBLICO. INTERESSE RECURSAL. PREJUÍZO DO OBREIRO. AUTARQUIA. FALTA DE RECURSO. "O parquet não é substituto processual do INSS se não apresenta o decisum apelado error in procedendo.* ***O Ministério Público não tem interesse recursal a defender quando*** *apela da sentença que denega embargos da Previdência mantendo o cálculo de liqüidação em execução, mormente se* ***seu apelo, se aceitado, redundaria em prejuízo para o obreiro*** *e quando a seguradora, bem representada, com procurador atuando no feito não recorre especificamente, com o mesmo objetivo."* (**TACivRJ**, 4ª Câmara, Apelação Cível nº 7928/96 J.45033, dec. unânime, Rel. Juiz Rudi Loewenkron - Julg: 13/03/97).

É o que se pode concluir de um julgado relatado pelo Ministro Barros Monteiro (o referido REsp), que, já no ano de 1981, ao reconhecer a legitimidade do Ministério Público para as ações civis *ex delicto*, no Resp. nº 5.321, DOU de 28/04/81, adotou em seu voto o pensamento de ALCIDES DE MENDONÇA LIMA, assim transcrito, *in verbis* :

> *"o Ministério Público, no Brasil, a exemplo de outros países de organização similar à nossa, tem mais atribuições do 'Processo Geral' do que no 'Processo Civil'. Naquele, a regra é competir-lhe o exercício da ação penal (aqui iniciada pela denúncia), enquanto que, no último, o exercício da ação civil é excepcional, embora se venha alargando seu âmbito - consideravelmente, como índice da evolução social, política e jurídica da corporação" ("Atividade do Ministério Público no Processo Civil", in "Revista do Ministério Público" - Estado do Rio Grande do Sul, vol. 9/10, pág. 19)." Grifamos.*

Se esse já era o pensamento antes da Constituição Federal de 1988, apelidada de "Constituição Cidadã", dentre outros motivos por alargar a proteção dos interesses sociais, atribuindo sua proteção ao Ministério Público (art. 127), muito mais agora, na sua vigência, onde o direito à reparação de danos decorrentes do acidente do trabalho foi previsto expressamente no Título II – Capítulo II, intitulado : **"Dos Direitos Sociais"**, em seu art. 7º, XXVIII; bem como o direito da vítima do crime à reparação do dano constou entre os **"Direitos e Garantias Fundamentais"**, no art. 5º XLV. Trata-se de uma atuação que revela a evolução social, política e jurídica da corporação, por assegurar a reparação do crime e do acidente de trabalho, além de defender o hipossuficiente, pessoa a quem as distorções sociais do País não permite um embate processual em **reais condições de igualdade**, com **"paridade de armas"** , como muito bem reconheceu o insigne Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, no voto exarado no REsp. 37.116 (ementa supra transcrita) :

> *"Cumpre, ademais, invocar o disposto no art. 82, III, in fine do Código de Processo Civil. E, sobranceira a grandeza constitucional do Ministério Público, incumbindo-lhe a defesa 'dos interesses sociais e individuais indisponíveis'.*

O hipossuficiente é fato notório e conhecido. A relação jurídica precisa preservar o que os processualistas repetem: paridade de armas.

O acidentado, regra geral, é assistido por defensores, nem sempre com condições materiais suficientes para efetiva defesa de seus direitos.

O processo não pode ser visto como mero esquema formal. Há de ser garantia efetiva, material.

Acolho os Embargos de divergência para, data vênia, prevalecer o comando do acórdão da E. 6ª Turma." (trecho do voto).

De fato, para exemplificar o que "os processualistas repetem", tem-se :

*" **35. Acesso à justiça (ou garantias da ação e da defesa)***

...

Para a efetivação da garantia, a Constituição não apenas se preocupou com a assistência judiciária aos que comprovarem insuficiência de recursos, mas a estendeu à assistência jurídica pré-processual. Ambas consideradas dever do Estado, este agora fica obrigado a organizar a carreira jurídica dos defensores públicos, cercada de muitas das garantias reconhecidas ao Ministério Público (art. 5º, inc. LXXIV, c/c art. 134).

*Além de caracterizar a garantia de acesso à justiça, a organização das defensorias públicas atende ao imperativo da **paridade de armas** entre os litigantes, correspondendo ao **princípio da igualdade**, em sua dimensão dinâmica: infra, n. 130."* (ADA PELLEGRINI GRINOVER, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO e ANTÔNIO CARLOS DE A. CINTRA, *Teoria Geral do Processo*, 17ª edição, Malheiros, 2001, págs. 81/82).

Então, poderiam dizer que a proteção do hipossuficiente está a cargo da Defensoria Pública. Contudo, nem a previsão constitucional de criação das Defensorias Públicas está sequer prestes de ser efetivada na maioria dos Estados Federados (inclusive Goiás), o que poderia amenizar o problema dessa distorção social no acesso à Justiça. Fechar os olhos para essa realidade é espezinhar parte do art. 5º da Constituição Federal: a Garantia Fundamental de acesso real (com paridade de armas) à Justiça ! Nesse sentido, o próprio SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL já decidiu :

"1. O Tribunal de Justiça do Estado de Goiás conheceu e proveu o recurso de apelação apresentado pelo Ministério Público Estadual, estando o acórdão assim ementado (fls. 209):

"EMENTA: AÇÃO DE REPARAÇÃO "EX DELICTO". APELAÇÃO CÍVEL. ILEGITIMIDADE DE PARTE ATIVA. INOCORRÊNCIA. – O Ministério Público tem legitimidade extraordinária para propor ação de reparação do dano "ex delicto" na qualidade de substituto processual agindo em casos tais, em nome próprio, por interesse alheio, à pretensão dos beneficiários pobres, da vítima do ato ilícito, sendo tal condição resultante de expressa previsão de ordem legal na matéria. Inteligência do art. 68 c/c o art. 64 do CPP. Apelo conhecido e provido."

2. Contra esse julgado foi interposto o presente extraordinário, em que o Hospital da Criança (AMIGO – Assistência Infantil de Goiânia Ltda.) alega violação do disposto nos artigos 127, caput, e 129, IX, § 1º, da Constituição Federal.

3. O recurso, entretanto, não merece ser conhecido. O acórdão recorrido é explícito ao afirmar que a "Defensoria Pública ainda não foi instituída no Estado de Goiás" (fls. 218). Apreciando caso similar ao desses autos, RE nº 135.328-7/SP, Marco Aurélio, Sessão do dia 29 de junho de 1994, o Pleno do Supremo Tribunal Federal assim decidiu a questão:

" EMENTA: LEGITIMIDADE - AÇÃO EX DELICTO - MINISTÉRIO PÚBLICO - DEFENSORIA PÚBLICA - ART. 68 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CARTA DE REPÚBLICA DE 1.988. A teor do disposto no art. 134 da Constituição Federal, cabe à Defensoria Pública, instituição essencial à função jurisdicional do Estado, a orientação e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do artigo 5º LXXIV, da Carta, estando restrita a atuação do Ministério Público, no campo dos interesses sociais e individuais, àqueles indisponíveis (parte final do artigo 127 da Constituição Federal).

INCONSTITUCIONALIDADE PROGRESSIVA - VIABILIZAÇÃO DO EXERCÍCIO DE DIREITO ASSEGURADO CONSTITUCIONALMENTE - ASSISTÊNCIA JURÍDICA E JUDICIÁRIA DOS NECESSITADOS - SUBSISTÊNCIA TEMPORÁRIA DA LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Ao Estado, no que assegurado constitucionalmente certo direito, cumpre viabilizar o respectivo exercício. Enquanto não criada por lei, organizada - e, portanto, preenchidos os cargos próprios, na unidade da Federação - a Defensoria Pública, permanece em vigor o artigo 68 do Código de Processo Penal, estando o Ministério Público legitimado para a ação de ressarcimento nele prevista. Irrelevância de a assistência vir sendo prestada por Órgão da Procuradoria Geral do Estado, em face de não lhe competir, constitucionalmente, a defesa daqueles que não possam demandar, contratando diretamente profissional da advocacia, sem prejuízo do próprio sustento."
*Ante o exposto, com base no art. 21, § 1º do RISTF, nego seguimento ao recurso." (RE nº 272.504-8, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, decisão datada de **13/09/2000**, publicada no DJ nº 187-E, de 27/09/2000).*

Ou seja, onde não há Defensoria Pública criada, instalada e funcionando, como no Estado de Goiás e na esmagadora maioria das cidades brasileiras, o Ministério Público continua sendo o protetor ou "curador" da vítima de crime e/ou do acidentado do trabalho, hipossuficiente, devendo assisti-lo para proporcionar a ele a "paridade de armas" que o legislador do CPP (art. 68), o constituinte (art. 134) e finalmente o STF reconheceram não existir enquanto não houver a efetiva atuação, em prol da vítima, de um órgão cercado "de muitas das garantias do Ministério Público".

Sem embargo disso, independentemente da instalação das Defensorias Públicas, que, na decisão do Supremo teria reflexos na legitimidade do Ministério Público para a substituição processual, ou seja, na sua participação como parte, não se pode negar que o interesse social na proteção às vítimas de crime (art. 5º, XLV) e na reparação civilística do acidente de trabalho (art. 7º, XXVIII) persistiria inserto na Carta Magna, a justificar, sempre, a intervenção do

Parquet como *custos legis*. Não seria concebível que duas instituições como o Poder Judiciário e o Ministério Público, cuja atuação vem revelando constante **"evolução social, política e jurídica"** das corporações, pudesse dar interpretação restritiva a **garantias fundamentais** previstas expressamente no texto constitucional.

CONCLUSÕES:

I - Vários motivos fundamentam a obrigatoriedade da intervenção do Ministério Público nas ações de reparação de danos decorrentes de acidente do trabalho: 1- a **natureza da lide**, em face de agressões a normas sociais relevantes, de proteção à vida e à saúde do trabalhador, prevista constitucionalmente entre as **garantias fundamentais (Título II)** sob dois enfoques: **reparação à vítima de crimes** (CF, art. 5º, LXV) **e reparação do acidente de trabalho** (CF, art. 7º, XXVIII); 2- a **qualidade da parte**, hipossuficiência do acidentado no trabalho, que, assim como no direito trabalhista, é a parte fraca da relação empregatícia e, assim como no direito acidentário/previdenciário, é processualmente mais fraco que a parte adversa, merecendo, em todos os casos, face à identidade de causas, a aplicação do princípio da proteção, equilibrador da relação processual;

II - Como o princípio da proteção é o fundamento básico da intervenção ministerial nas ações decorrentes de acidentes do trabalho, inexiste interesse recursal por parte do Ministério Público quando o julgamento é favorável ao obreiro.

TESE 29

AÇÕES INDENIZATÓRIAS DECORRENTES DE ACIDENTE DO TRABALHO: COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL

João Zaions Junior
Promotor de Justiça - PR
Marco Antonio Corrêa de Sá
Promotor de Justiça - PR

I - Justificativa:

A presente tese é fruto do entendimento defendido pelo Centro de Apoio das Promotorias de Defesa da Saúde do Trabalhador junto aos tribunais, no que tange à competência para o conhecimento das ações de reparação de dano ex delicto, o qual tem sido amplamente acolhido.

Com efeito, alguns juristas têm entendido, recentemente, que a competência para conhecer das ações indenizatórias decorrentes de acidentes de trabalho é da justiça do trabalho. A justificativa daqueles que apoiam tal tese é de que a causa de pedir para tais ações repousa na relação de emprego e que, por por via oblíqua, como a causa petendi definiria a competência, esta já estaria determinada, ou seja, seria competente a justiça do trabalho.

Ora, tal raciocínio é equivocado, na medida em que, o fundamento da demanda repousa em fato diverso da relação de emprego, como adiante se verá, além de, prejudicar o exercício da garantia constitucional do direito de petição (art. 5. Inciso XXXIV, "a", CF).

Desta forma, o presente trabalho tem por escopo demonstrar ser competente a justiça estadual para processar e julgar as ações que tenham a indenização por pedido, sendo a lesão à saúde do trabalhador decorrente de ato ilícito (*culpa - art. 159 do CC e art. 7. XXXVIII, CF*), não necessariamente praticado por seu empregador, a causa de pedir.

II - Histórico legislativo

Na verdade as primeiras leis que trataram do acidente de trabalho, foram de cunho previdenciário.

O Código Civil, já estabelecia a possibilidade de se postular a reparação do dano, através do seu art. 159:

> **Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.**

A primeira lei de acidentes de trabalho foi o decreto Legislativo 3.724, de 15 de janeiro de 1919, que adotando a teoria do risco social, que determinava que o empregador devia pagar a indenização à vítima através de um seguro, mas não instituía o seguro obrigatório, o que tornava a lei inaplicável.

Em 1934, com o surgimento do decreto 24.637, passou-se a exigir do empregador um contrato de seguro privado ou depósitos bancários, para garantir o pagamento de um seguro.

Durante a vigência do decreto-lei nº 7036/44, havia norma expressa (art. 22) que exonerava o empregador de qualquer indenização de direito comum, a não ser em caso de dolo do empregador ou dos seus prepostos (art.31).

Tais leis tratavam exclusivamente do acidente como direito previdenciário, exonerando o empregador do pagamento de indenização civil, sendo que o decreto-lei 293/67 passa o seguro de trabalho para seguradoras privadas, em conjunto com o então existente INPS

A par desta legislação de cunho previdenciário a construção jurisprudencial sobre a responsabilidade civil resultou na edição da Súmula 229 [1] do STF, passou-se a atribuir ao empregador a responsabilidade em indenizar o trabalhador, sempre que o acidente ocorresse por dolo ou culpa grave de sua parte.

Com o advento da Lei nº 6367/76 , que revogou expressamente o já citado Decreto, entendeu-se que a Súmula 229 do STF havia sido revogada, pois por disposição expressa esta lei determinava a responsabilidade do empregador, independente do pagamento do seguro previdenciário, e a jurisprudência passou a entender que bastava a existência de culpa, ainda que leve, por parte do empregador na ocorrência do acidente, para ser ele obrigado a indenizar o trabalhador. Assim, revogada a norma exonerativa (art. 22 do Decreto-Lei 7036/44) passou a ser aplicado o art. 159 do Código Civil: **"Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano."**

O Superior Tribunal de Justiça consolidou tal entendimento, conforme verificamos na seguinte decisão.

> **"Responsabilidade Civil. Indenização por ato ilícito. Acidente do trabalho. Culpa. Lei 6367/76. Termo inicial de fluência dos juros de mora e da correção monetária. Enunciado nº 54 da súmula/stj recurso inacolhido ocorrido o acidente após o avento da Lei 6.3.67/76, fica o empregador obrigado à indenização de direito comum se para o mesmo houver concorrido com culpa, ainda que leve. 2- 3- *omissis*"** [2]

Após, sobreveio a Constituição Federal, que explicitamente contempla ao trabalhador, o direito ao recebimento de indenização civil, independentemente da previdenciária, desde que tenha o empregador incorrido em *dolo ou culpa*(art. 7º, inciso XXVIII).

---

1. Sumula 229: A indenização acidentária não exclui a de direito comum em caso de dolo ou culpa grave do empregador
2. RE 32309-9/ Paraná. 4ª Turma/STJ. Rel. Ministro Sálvio de Figeiredo. Julgamento 24.06.1993. DJU 02.08.1993

III. A Responsabilidade Civil decorrente de acidente do trabalho na Constituição Federal.

Para que se chegue a uma conclusão acerca da natureza da responsabilidade do empregador face ao acidente de trabalho, importa citar trecho do discurso do então deputado constituinte Antônio Carlos Mendes Thame, que assim se pronunciou por ocasião da aprovação de emenda de sua autoria, que resultou no texto do art. 7º, inciso XXVIII, da atual Carta Magna (*"seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa"*): "....Venho apenas defender a emenda que repõe no texto, além do seguro contra acidente do trabalho, a cargo do empregador a indenização no caso de dolo ou culpa do empregador...." "....Nobres Constituintes, não estamos aqui para pedir que adotemos no Brasil a responsabilidade presumida, como no Japão, nem que contemplemos na nossa legislação, para os acidentes do trabalho, a responsabilidade objetiva, que aliás já existe para os crimes ecológicos. A legislação ordinária já a contempla para a proteção do meio ambiente. Paradoxalmente, o ambiente de trabalho, o interior de uma fábrica, não está contemplado pela legislação que protege o meio ambiente. Estamos apenas solicitando que, naqueles casos em que houver culpa e dolo do empregador, haja indenização: que o seguro não cubra tudo: que não se faça um comércio com a saúde do trabalhador. O ônus de provar a culpa e o dolo continua sendo do empregado. Estamos solicitando apenas isto...." [3]

Desta forma, tanto pela redação da norma constitucional (*quando incorrer em dolo ou culpa*), como pelo aspecto histórico como a mesma nasceu, fica claro estarmos frente à responsabilidade subjetiva, ou seja, aquela em que a obrigação surge uma vez provada a ocorrência de culpa ou dolo por parte do empregador.

IV. Responsabilidade Civil: extracontratual e contratual

Muito se questiona se a responsabilidade advinda do acidente de trabalho seria contratual ou extra contratual.

Inicialmente, importa ressaltar o conceito do que venha a ser ato ilícito. Segundo CLÓVIS BEVILAQUA[4] *"desde que alguém , por culpa ou dolo, ofender o direito de outrem, rompe com a ordem jurídica, pratica um ato ilícito, deve reparação. Ato ilícito, é, portanto, o que, praticado sem direito, causa dano à outrem."*

Por outro lado, necessário lembrar-se que o nosso Código Civil distinguiu entre *responsabilidade contratual e extracontratual*, regulando-as em seções marcadamente diferentes em seu texto. Enquanto a primeira é a que provém da falta de cumprimento ou da mora no cumprimento de qualquer obrigação, a segunda é a que resulta da violação de um dever genérico de abstenção ou de um dever jurídico geral.

Trata o Código Civil da responsabilidade contratual nos arts. 1056 a 1064 e 955 a 963; e regula a responsabilidade extracontratual nos arts. 159 e 160 (ainda o art. 156), 1518 e 1537 e segs.

Ressalta-se, ainda, que enquanto a responsabilidade subjetiva ou por culpa provada ou aquiliana é a tradicional em matéria delitual, a teoria da responsabilidade objetiva ou do risco

3. CAMPOS, José Luiz e CAMPOS, Adelina Bitelli. Responsabilidade Penal, Civil e Acidentário do Trabalho. São Paulo: LTR, 1999.
4. BEVILAQUA, Clovis, Teoria Geral do Direito Civil, Rio de Janeiro: Francisco Alves, 7ª. ed., p. 252.

vem ganhando adeptos na doutrina, embora faça parte de nosso direito positivo tão somente em áreas específicas e de modo expresso.

Se é certo que em casos de acidente de trabalho aplica-se o disposto no art. 159, do Código Civil e o art. 7º, inciso XXVIII, da CF, também é certo que a ***causa*** do acidente e da conseqüente indenização NÃO É O CONTRATO DE TRABALHO havido entre o empregador e o acidentado E SIM A CULPA daquele em uma de suas modalidades (*negligência, imprudência ou imperícia*). Tal assertiva se impõe face ao que preconizou o Senhor Ministro Sepúlveda Pertence por ocasião do julgamento do RE nº 238.737-4/SP, publicado no DJU de 5.2.99, ou seja, para a determinação da competência, " *o fundamental é que a relação jurídica alegada como suporte do pedido esteja vinculada, como efeito à sua causa, à relação empregatícia....* "

Ora, o surgimento do acidente de trabalho se dá não em virtude da existência de um contrato de trabalho, mas sim, face à conduta culposa do empregador ou outrem. A se entender tratar-se o acidente de trabalho como fato decorrente da relação de trabalho (art. 114 da CF) ou, vinculado, como efeito à sua causa, à relação empregatícia, como se determinará a competência nos casos em que haja responsabilidade solidária, como por exemplo das empresas prestadoras de mão de obra, onde há relação de emprego apenas entre esta e a vítima e mesmo assim, a empresa tomadora ou contratante não se isenta do dever de indenizar, uma vez tendo agido com culpa, ainda que leve, no evento. Nestes casos e não são poucos nos dias de hoje, pouco importa a relação havida entre o trabalhador e a empresa tomadora de mão de obra. Desta forma, claro está que, em casos de acidente do trabalho permanece competente a justiça comum para julgá-los, já que o evento não decorre (causa - efeito) da relação de trabalho, mas sim da CULPA do empregador ou de outrem (em casos de responsabilidade solidária, tais como empresas tomadoras de mão de obra, contratos de empreitada, etc.)

Deveras, como bem salienta o Prof. José Carlos Barbosa Moreira[5]:

" *todo pedido tem uma causa. Identificar a causa petendi é responder a pergunta: porque o autor pede tal providência? Ou, em outras palavras, qual o fundamento de sua pretensão?*

Constitui-se a causa petendi do fato ou do conjunto de fatos a que o autor atribui a produção do efeito jurídico por ele visado."

Ora, tratando-se de ação de indenização decorrente de acidente do trabalho, o acidente, em si, não é a *causa petendi*, porque a produção do efeito pretendido - obrigação de indenizar - não decorre propriamente dele, mas sim da lesão sofrida pela vítima por *culpa* do réu.

Dando continuidade ao raciocínio, examine-se a definição de causa de pedir oferecida por Vicente Greco:

> **"É o fato do qual surge o direito que o autor pretende fazer valer ou relação jurídica da qual aquele direito deriva, com todas as circunstâncias e indicações que sejam necessárias para individualizar exatamente a ação que está sendo proposta e que variam segundo as diversas categorias de direito e ações"[6]**

5. MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Novo Processo Civil Brasileiro, Rio de Janeiro: Forense, 1996.
6. GRECO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1996. P. 90/91

Ainda, vale citar a lição de Sebastião Luiz Amorim e José de Oliveira acerca do tema[7]:

> **"As ações de indenização acidentária fundadas no direito comum (art. 159 do CC) são da competência da Justiça Comum Cível e não da Especial, Justiça do Trabalho, já que se subsumem às normas legais da apuração da responsabilidade civil. Não se demanda a relação do trabalho nem a reparação acidentária, com base no seguro monopolizado, de sorte que a competência jurisdicional refoge da Justiça do Trabalho e das Varas de Acidentes do Trabalho...."**
>
> **"...Demasiado elastério deferir-se a competência , nestes casos, para a Justiça do Trabalho, debaixo da justificativa de que o pedido de indenização tenha sido feito em razão da relação de emprego, inserindo-se no contrato de trabalho. Ao contrário, no pedido de indenização não se discute a relação de emprego. Esta pouco importa, A *ratio legis* e o fundamento do pedido têm relação simplesmente no apotégma "quem causa o dano a outrem tem a obrigação de indenizar" , seja ele seu empregado ou não. A *causa petendi* e o pedido demarcam a natureza da tutela jurisdicional pretendida, definindo-lhe a competência.**
>
> **Seguindo as lições de Chiovenda, a causa da ação é um estado de fato e de direito que é a razão pela qual existe uma ação e que, de regra, se subdivide em dois elementos: uma relação jurídica e um estado de fato contrário ao direito (*causa petendi*). A causa de pedir na ação de indenização é a obrigação de ressarcir daquele que causa o dano por culpa sua, pouco importando esteja ou não relacionado o fato ao trabalho (art. 159 do CC). O estado de fato contrário ao direito é o acidente. O fundamento do pedido, relação de trabalho ou não, não desloca a competência para a Justiça especializada."**

Assim, o fato que dá origem ao direito pretendido na ação indenizatória é a lesão sofrida pelo trabalhador face ao ato culposo do empregador, com conseqüente pedido de indenização.

V. art. 109, da Constituição Federal

Diz a Constituição Federal em seu art. 109, I o seguinte:

> *"Art. 109. Aos juizes federais compete processar e julgar:*
> *I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes*

7. AMORIM, Sebastião Luiz e OLIVEIRA, José de, Responsabildiade Civil, Acidente do Trabalho, ed. Saraiva, 2001, pp. 22/23.

ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;"

Logo, o legislador constituinte remeteu à justiça estadual o julgamento das causas referentes a acidentes do trabalho, uma vez que ao excluí-las da competência da justiça federal, também o fez em relação *as sujeitas à Justiça do Trabalho*. Ora, se competente fosse a justiça especializada para o julgamento das questões referentes a acidentes do trabalho, não haveria razão alguma para tal ressalva, feita de forma explícita (*"....as de acidentes de trabalho e.....à Justiça do Trabalho"*).

Ocorre que, ao julgar ação de reparação do dano decorrente de imputação caluniosa irrogada ao trabalhador pelo empregador a pretexto de justa causa para a despedida, o Colendo Supremo Tribunal Federal asseverou que quando se tratar de lide oriunda de relação de trabalho, mesmo que a controvérsia seja dirimida à luz do Direito Civil, competente é a justiça do trabalho (***RE n.º 238.737-4-SP, rel. Min. Sepulveda Pertence, DJ 05.02.99.***

Porém, o precedente acima em nada tem a haver com acidentes do trabalho. É de se observar que muitos juristas, aplicam a ementa do referido precedente para acidentes de trabalho, sem observar a íntegra do acórdão.

Neste caso, consoante a regra constitucional já citada, a Constituição da República distinguiu a ação de indenização por acidente de trabalho das causas de competência da Justiça do Trabalho (*art. 109, I, CF*).

Assim, já pronunciou-se diversas vezes o Egrégio **Superior Tribunal de Justiça**, a quem compete o julgamento dos conflitos de competência entre juizes vinculados a tribunais diversos (*art. 105, I, "d", CF*), sendo este o único entendimento em vigor naquela corte para o presente caso, senão vejamos:

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA - DANO MORAL - É da Justiça Comum a competência para processar e julgar ação de indenização por acidente do trabalho.
O STJ atribuía à Justiça Comum a competência para processar e julgar ação de indenização por dano moral, ainda que a ofensa decorresse da relação de emprego.
Porém, recente julgamento do eg. STF, interpretando o art. 114 da CF, reconheceu a competência da Justiça do Trabalho para tais ações.
No caso dos autos, porém, o dano moral decorre do fato do acidente, e a parcela que corresponde integra a indenização acidentária, tudo de competência da Justiça Comum. Conflito conhecido e declarada a competência do Juízo de direito, o suscitado." [8]

8. STJ - CC n.º 22.709 - São Paulo - 2ª Seção - Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar - data da decisão em 09.12.98 e publicado no DJU em 15.03.1999.

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA - AÇÃO INDENIZATÓRIA - EMPREGADO - INCAPACIDADE AUDITIVA. É da Justiça Comum a competência para processar e julgar ação de indenização fundada no direito comum, por danos de natureza patrimonial e extrapatrimonial decorrentes de incapacidade auditiva sofrida em razão de trabalho. Conflito conhecido e declarada a competência do suscitado." [9]

ACIDENTE DO TRABALHO. Pedido de ressarcimento de dano material e moral. Competência da Justiça Comum."[10]

"COMPETÊNCIA - Determinação/regência. É de orientação do STJ que em princípio se determina a competência pela causa de pedir e pelo pedido. 2. Se o autor noticia acidente e fala em dolo ou culpa grave do empregador, a petição em que esses fatos são noticiados há de ter curso perante juiz estadual. 3. Súmulas 15/STJ e 229/STF, bem como precedentes do STJ.4. Conflito conhecido e declarado competente o suscitado. ". [11]

"Compete à Justiça Estadual processar e julgar os litígios decorrentes de acidentes do trabalho. "[12]

"Compete á Justiça ordinária estadual o processo e o julgamento, em ambas as instâncias das causas de acidente do trabalho, ainda que promovida contra a União, suas autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista." [13]

"Ação intentada contra ex-empregador, em que se alega encontrarem-se presentes "os elementos constitutivos da responsabilidade civil", referindo-se, por exemplo, aos arts. 159 e 1521 do Cód. Civil e às Súmulas 229, 341/STF e 37/STJ. Em caso tal, e tal a estabilização objetivo do processo, compete ao Juiz de Direito e não à Junta de Conciliação e Julgamento, processar e decidir a ação ordinária intentada. Conflito conhecido e declarado competente o suscitado. " [14]

---

9. STJ - CC n.º 23226-SP - 2ª Seção - Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar - data da decisão: 11.11.98 e publicado no DJU em 08.03.1999.
10. STJ, CC n.º 21638-SP - 2ª Seção - Rel. Min. Eduardo Ribeiro - data da decisão: 24.03.99 e publicado no DJU em 03.05.99, p. 87.
11. STJ, CC n.º 23.729-SP - 2ª Seção - Rel. Min. Nilson Naves - data da decisão: 10.2.99 e publicado no DJU em 05.04.99.
12. Súmula n.º 15 do STJ.
13. Súmula n.º 501 do STF.
14. STJ, CC 25.160 - SP - 2ª Seção - Rel. Min. Nilson Naves - data da decisão: 14.04.99 e publicado no DJU em 17.05.99.

"AGRAVO NO CONFLITO DE COMETÊNCIA - JUSTIÇA COMUM E TRABALHISTA - PEDIDO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS E MATERIAIS - ACIDENTE DO TRABALHO - DOENÇA CONTRAÍDA EM RAÃO DA EXECUÇÃO DE SERVIÇOS REPETITIVOS - RESPONSABILIDADE CIVIL - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.
Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar reclamatória trabalhista em que se pede dano moral, desde que este não seja proveniente de acidente do trabalho.
Tendo a autora adquirido "LER - Sinovite e Tenossinovite" em razão das tarefas repetitivas executadas nos serviços prestados durante longos anos à ré, o pedido de indenização por danos morais e materiais que postula, em razão de acidente do trabalho, fundando na responsabilidade civil da empresa, deve ser julgado na Justiça Comum Estadual, ex vi do disposto no art. 109, I, da Constituição Federal.
Agravo no Conflito de Competência a que se nega provimento. ".[15]

O Tribunal de Alçada do Estado do Paraná, por várias vezes, já examinou a questão aqui suscitada, tendo decidido pela competência da justiça comum para o julgamento de pedido de indenização em razão de acidentes do trabalho, vejamos:

"Competência ação de indenização pelo direito comum. Acidente do trabalho. Justiça comum. Precedentes da segunda seção do STJ. Recurso provido."[16]

"Acidente do trabalho. Indenização com base no direito civil. Competência da justiça comum. Compete a justiça comum e não a do trabalho, o processo e julgamento dos litígios relativos a acidente do trabalho cuja indenização é pedida com base no direito civil. Recurso provido."[17]

"Agravo de instrumento. - ação de indenização.- acidente de trabalho. - direito comum. Competência da justiça estadual para apreciar a lide. Precedentes jurisprudenciais. - decisão cassada. - recurso provido.
I - Esta matéria não comporta a menor dúvida quanto a competência da justiça comum para o conhecimento e julgamento das questões fáticas derivadas de acidente de trabalho. O ato ilícito praticado tem sua origem na

15. STJ, AGRCC 29413/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, decisão unânime em 13.09.2000, publ. DJ 02.10.2000, p. 00135.
16. TAPR, 7ª C.C., AI nº 144935-8, Ac. nº 9935, Rel. Noerval de Quadros, julg. em 08/11/99, publ. em 03.12.99.
17. TAPR, 4ºCC, AI n.º 0145589-0, AC n.º 12346, Rel. Juiz Ruy Cunha Sobrinho, julg. em 09/02/00, publ. em 18/02/00.

responsabilidade civil, ou seja, conta com previsão e determinação legal no Código de Processo Civil, vez que o pedido não tem por base dissídio trabalhista, por não guardar qualquer correlação com a inobservância das regras prescritas para as relações empregaticias e inseridas na Consolidação das Leis de Trabalho
II - Também ha que se destacar que, a Constituição Federal de 1.988 não alterou a competência da justiça comum para processar e julgar as ações relativas a acidente de trabalho, e, na espécie, se trata de ação de responsabilidade civil regulada pelo direito comum, ainda que o fato invocado diga respeito a acidente de trabalho." [18]

"Ação Ordinária de Reparação de Danos. Acidente de trabalho. Direito comum. Competência da justiça estadual. Precedentes jurisprudenciais do STJ (2° seção) e do TAPR. Recurso provido." [19]

"Agravo de instrumento - ação de indenização por acidente de trabalho fundada no direito comum - decisão de primeiro grau, remetendo os autos a justiça trabalhista, reconhecendo sua incompetência absoluta recurso provido
I - Tratando-se de pedido que se assenta nas normas de responsabilidade civil, independentemente da relação de trabalho havida entre as partes, a competência para processa-lo e julga-lo e da justiça comum estadual.
II - incidência da sumula n 15, do Colendo Superior Tribunal de Justica.
III - Se a res in inditio deducta não esta restrita a relação empregaticia, ou seja, não ha dissídio individual entre trabalhador e empregador, a propósito de vinculo decorrente do contrato de trabalho, mas sim pleito indenizatório fundado no direito comum, por danos de natureza civil, situando-se no âmbito do direito civil, dentro do titulo dos "atos ilícitos", sendo na espécie, definida pela causa do dano, a competência para conhecer e julgar a lide e da justiça comum, mormente que a causa petendi e o pedido delimitam a tutela jurisdicional."[20]

"Agravo de instrumento. Acidente de trabalho. Ação de indenização fundada no direito comum. Competência da

18. TAPR, 3°CC, AI n° 0148269-5, AC n° 12717, Rel Juiz Lidio J. R. de Macedo, Julg. em: 14/03/00, publ. em 31/03/00.
19. TAPR, 5°CC, AI n° 0150662-7, AC n° 10554, Rel. Juiz Tufi Maron Filho, julg. em 12/04/00, publ. em 28/04/00.
20. TAPR, 1°CC, AI n° 0150126-6, AC n° 12406, Rel. Juiz Lauro Augusto Fabrício de Melo, julg. em 11/04/00, publ. em 05/05/00.

justiça estadual. Sumula 15 do STJ Sumulas 235 e 501 do STF. Despacho de remessa do processo para a justiça do trabalho reformado. Recurso provido. Assentando o pedido nas normas de responsabilidade civil, com a imputação de procedimento culposo do empregador, e da justiça comum estadual a competência para processar e julgar a ação acidentaria." [21]

"Agravo de instrumento - acidente de trabalho - dissídios e controvérsias decorrentes da relação de trabalho - distinção constitucional - justiça comum - competência.
1. Desde que a questão posta ao desate judicial tenha como causa o vinculo laboral, sua constituição ou forma de extinção, e a justiça do trabalho, a luz do artigo 114 da Constituição Federal e de recente orientação do excelso Supremo Tribunal Federal, competente para apreciar pretensão de indenização, por danos materiais e morais, deduzida pelo empregado contra seu empregador.
2. A pretensão indenizatória fundada em alegada lesão por esforço repetitivo (LER) não tem como causa o vinculo laboral, sua constituição ou forma de extinção, e sim acidente do trabalho, o qual, sob o palio da sumula 15 do Superior Tribunal de Justiça e consoante exegese do inciso i, do artigo 109 da Constituição Federal, e da Competência da justiça estadual. Ademais, resta afastada a incidência, na hipótese, do artigo 114 da Constituição Federal pelo que, constituindo matéria residual, subsume-se na seara de competência da justiça comum estadual. Agravo conhecido e provido."[22]

"agravo de instrumento. Reparação de danos. Indenização pelo direito comum. Acidente do trabalho. Competência da justiça comum estadual (art. 114, CF c.c. art. 103, III, "e" CE). Recurso provido. As ações relativas aos acidentes de trabalho, com pleito de indenização pelo direito comum, continuam sendo da competência da justiça estadual e abrange, via de conseqüência, as indenizações de danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente no trabalho, enquanto a justiça especializada do trabalho, as decorrentes da relação de trabalho." [23]

"Exceção de incompetência. Acidente de trabalho. Ação de indenização. Competência. Justiça Estadual. Sumula 15 do colendo Superior Tribunal de Justiça. O foro competente

21. TAPR, 8ºCC, AI nº 0150660-3, AC nº 10529, Rel. Juiz Sérgio Arenhart, julg. em 08/05/00, publ. em 09/06/00.
22. TAPR, 2ºcc, ai nº 0153524-4, ac nº 12918, rel. Juiza Rosana Fachin, julg. Em 09/08/00, publ. Em 18/08/00.
23. TAPR, 7ºCC,AI nº0152397-3 ,AC nº 11394, Rel. Juiz Miguel Pessoa, julg em 28/08/00, publ. em 15/09/00.

> **para processar e julgar ação de indenização decorrente de acidente de trabalho e o da justiça comum a luz da sumula 15 do colendo STJ. Agravo de instrumento desprovido."** [24]

Vale citar a lição do Min. Athos Gusmão Carneiro, quando assevera não serem as lides oriundas de acidentes de trabalho decorrentes da relação de emprego:

> ***"A vigente Constituição de 1988 a respeito refere-se por exclusão (art. 109, I). Realmente, não se cuida de dissídio individual entre trabalhador e empregador (CF de 1988, art. 114), de forma que, salvante lei que venha incluir tais lides como "decorrentes da relação de trabalho", inseridas na jurisdição especializada, persiste a competência da Justiça Comum, aliás já aparelhada para dirimir tais contendas . Neste sentido a Súmula 15 do Superior Tribunal de Justiça verbis: "Compete o à Justiça Estadual processar e julgar os litígios decorrentes de acidente do trabalho."*** [25]

Assim sendo, claro está ser a Justiça Comum competente para julgar os litígios decorrentes de acidentes do trabalho.

VI. Fatores negativos da responsabilidade contratual

Outro fato a relevar quando pensa-se na transferência da competência da justiça comum para a justiça do trabalho para conhecer das ações indenizatórias, é a prescrição determinada pelo artigo 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal. O referido dispositivo determina que as ações para cobrar "os créditos resultantes das relações de trabalho" prescrevem em dois anos. Ora, se entender que o acidente de trabalho deve ser julgado na justiça especial porque decorre da relação de trabalho com certeza prejudicaria o trabalhador na busca de seus direitos, na medida que teria apenas dois anos para buscar seus direitos. Isto sem avaliar quando iniciaria a contagem do prazo prescricional.

Ao contrário, entender que a responsabilidade é extracontratual, e de que trata-se de uma ação de natureza pessoal, vai resultar na prescrição vintenária, estabelecida no art. 177, do Código Civil, sendo que pode postular todas as parcelas vencidas, desde a data do ato ilícito.

Acrescenta-se que vários são os motivos para o trabalhador não postular seus direitos logo após o acidente, sendo o principal destes a estabilidade decorrente do art. 118, da Lei 8.213/91.

VII. O Código de Processo Penal

É de se lembrar, que o art. 64, do Código de Processo Penal, dispõe que a ação de para ressarcimento do dano pode ser proposta no juízo cível, contra o responsável civil. Assim, na

---

24. TAPR, 6ºCC, AI nº 0156598-6,AC nº 10723, Rel. Juiz Jucimar Novochadlo, julg. em 02/10/00, publ. em 20/10/00.
25. CARNEIRO, Athos Gusmão. Jurisdição e Competência. São Paulo: ed. Saraiva, 1993.

medida que o óbito e os acidentes típicos e doenças ocupacionais, tratam-se respectivamente de homicídio culposo e lesão corporal culposa, ou seja, ilícitos penais, aplica-se a estes o dispositivo mencionado Além do que, o art.63 do C.P.P, permite a execução de sentença condenatória no juízo cível, como também o art. 584, II, do Código de Processo Civil considera como título executivo judicial a sentença penal condenatória penal transitada em julgado.

Assim, supondo-se que, embora seja a responsabilidade penal pessoal, o empregador venha ser condenado criminalmente por homicídio culposo, poderá o trabalhador (ou familiares) promover a execução no juízo cível. Ficaria a lei processual (civil e penal) inerte para aqueles que defendem a competência da justiça do trabalho.

VIII. Conclusão

Diante do exposto, conclui-se que a competência para conhecer das ações de indenização decorrente de ato ilícito advindas de acidente de trabalho é da justiça Estadual, tendo em vista que a causa de pedir das referidas ações é a lesão à integridade física do trabalhador e não a relação de trabalho existente entre as partes (trabalhador e empregador).

Ainda, tendo em vista o artigo 109, da Constituição federal não há possibilidade de que a Justiça do Trabalho conheça de tais ações, já que há a exceção expressa. E mais o Código de Processo Penal nos artigos 64 e 68, evidencia a ação civel *ex delicto*, possibilitando inclusive a execução da sentença condenatória.

Observe-se que aplica-se para esta ações artigo 159, do Código Civil, pois entendemos que a responsabilidade é aquiliana e merece a prova dos elementos que compõe a responsabilidade civil (culpa, dano e nexo causal)

Em se tratando em litígios de natureza laboral, v.g. a: injuria ou rompimento injustificado do contrato do trabalho a competência, segundo o Superior Tribunal de Justiça, em maioria de seus julgados, embora reconhecendo a competência da justiça estadual para conhecer de tais temas, encaminha-os para a justiça do trabalho, considerando o precedente 238737-4/STF, rl. Min. Sepúlveda Pertence.

Entendemos finalmente que, o ideal seria a adoção da responsabilidade objetiva, pois o empregador ao contratar seus funcionários deve responsabilizar-se pela integridade física destes, dispondo a estes um meio ambiente de trabalho saudável, e que por ocasião do rompimento do vínculo empregatício, deva retornar ao mercado do trabalho com a mesma capacidade que possuia. Porém, mesmo que tal tese seja adotada, não tira a competência da justiça comum, na medida que devem ser respeitadas as normas do direito civil, processo civil e penal que referem-se ao tema ora em exame e acima de tudo a Constituição Federal.

TESE 30

O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO COMBATE À POLUIÇÃO

Elaine Castelo Branco Souza[1]
Promotora de Justiça - PA

"Os dois mundos do Homem: a biosfera, que herdou, e a tecnosfera, que criou, estão desequilibrados e de fato potencialmente em profundo conflito. E o homem está no meio. Esta é a conjuntura da História em que nos encontramos: a porta do futuro abrindo-se para uma crise mais brusca, mais global, mais inevitável e mais desconcertante do que qualquer outra já defrontada pela espécie humana que tomará forma decisiva dentro do lapso de vida das crianças que já nasceram."[2]

I- EXPOSIÇÃO

I. 1 - O DIREITO AO MEIO AMBIENTE SAUDÁVEL

Se a dignidade da pessoa humana é, diante dos princípios basilares elencados pela Constituição Federal de 1988 (art. 1°, III), o fundamento primitivo, fundamento de todos os direitos fundamentais, é inimaginável vida humana sem dignidade.

Se o direito à vida plena, está intrinsecamente ligado à vida, questão da dignidade da pessoa humana, deve-se ter como meta, sempre, que cidadania é o direito a ter direitos. O direito a um meio ambiente sadio.

O capítulo sexto da Constituição Federal, disciplina o direito fundamental ao meio ambiente, dispondo no artigo 225 :

> **"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."** (grifei)

O tema sob enfoque, é de indiscutível importância num momento em que a humanidade está voltada para um bem de interesse de todos: a preservação do Meio Ambiente.

---

1. Promotora de Justiça de 2ª Entrância no Estado do Pará, Coordenadora das Promotorias de Justiça de Marabá, Titular da 1ª PJ Cível da Comarca de Marabá; Ex- Membro do Ministério Público do Amapá, Pós graduanda pela Universidade Estácio de Sá .
2. Barbara Ward e René Dubos

Inegável que afigura-se urgente combater as atividades que causam a conspurcação a um dos direitos mais indispensáveis à sobrevivência do homem.

Como já aconteceu com outros direitos fundamentais, em outras épocas, na metade do século vinte foi reconhecido e vem ganhando ênfase o direito humano ao meio ambiente saudável.

Há, entretanto, quem relute em aceitá-lo, porque sua aceitação implica a criação de responsabilidade e a imposição de limitações a certas atividades, com reflexos na vida social e nos interesses econômicos.

Mas o reconhecimento do direito ao Meio Ambiente saudável já está registrado em diversos documentos internacionais de grande relevância, penetrantes em Constituições e na legislação de grande número de Estados.

Em vez de ignorá-los ou resistir a uma consolidação, deve-se aprofundar o conhecimento de seu real significado para as sociedades humanas.

O Ministério Público como agente fiscalizador e transformador da sociedade tem um papel importante em conscientizar para a necessidade da preocupação com a pureza ambiental como algo fundamental e permanente para a humanidade, e dos vários fatores que provocam o desequilíbrio dos elementos da natureza e criam meios de riscos de exaustão de recursos naturais.

Não há como se negar que a proteção do Meio Ambiente é parte da defesa do patrimônio natural da humanidade e, em conseqüência, esta proteção está entre os direitos fundamentais, movimento intensificado a partir da primeira conferência sobre o Meio Ambiente realizada na Suécia em 1972, ensejando diversos estudos e adoção de medida, surgindo uma nova mentalidade.

A partir daí foram estabelecidas regras de proteção da pessoa e das coletividades humanas no relacionamento destes com o Meio Ambiente. A saúde, a segurança, o uso do solo urbano e rural, as condições sanitárias, os resíduos, as manifestações visuais, bem como sendo o mais que tem importância para a qualidade do ambiente em que visem os serem humanos, passar a interessar os estudiosos e legisladores, administradores públicos e aqueles que têm a seu cargo a proteção dos direitos. Publicada a Lei nº 6.938, de 31 de agosto[3], que estabelece normas para a definição de uma política nacional do meio ambiente.

Em seu artigo 2º dispõe:

> "A Política Nacional de Meio Ambiente tem por objetivo **a preservação**, melhoria e recuperação da **qualidade ambiental propícia à vida**, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócio econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, atendidos os seguintes princípios: (grifei)
>
> I- ação governamental na manutenção do equilíbrio ecológico, considerando o meio ambiente como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo;
> II- racionalização do uso do solo, do subsolo, da água e do ar;
> III- planejamento e fiscalização do uso dos recursos ambientais;
> IV- proteção dos ecossistemas, com a preservação de áreas representativas;

3. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências.

V- controle e zoneamento de atividades potencial ou efetivamente poluidoras;
VI- incentivos aos estudo e à pesquisa de tecnologias orientadas para o uso racional e a proteção dos recursos ambientais
VII- acompanhamento do estado da qualidade ambiental;
VIII- recuperação de áreas degradadas;
IX- proteção de áreas ameaçadas de degradação;
X- educação ambiental a todos os níveis de ensino, inclusive a educação da comunidade, objetivando capacitá-los para participação ativa na defesa do meio ambiente"

I. 2 - MEIO AMBIENTE E POLUIÇÃO

Há uma gama de fatores que influem e se interlaçam no processo de desequilíbrio e perturbação do meio ambiente.

Todos estão intimamente ligados à ação do homem, pois este é um ser que transforma a natureza. E a transforma de maneira negativa, sem pensar nas futuras gerações. Seu envolvimento com a natureza é de uma forma de dominação.

A poluição é conseqüência de um elenco de elementos, desde as radiações atômicas até os ruídos, mas cabem aos pesticidas, germicidas, fertilizantes, gases industriais, detergentes, etc, o papel primordial no processo poluitivo.

A ação dos inseticidas se prolonga agindo, direta e indiretamente sobre o homem.

Sem dúvida alguma a atuação do homem, com o desenvolvimento industrial e o crescimento populacional tomam proporção altamente devastadoras, pondo em perigo o equilíbrio ecológico e, em conseqüência, ameaçando seriamente a sobrevivência faunística, em particular. As queimadas e os desmatamentos têm um papel de destaque nesse cenário.

Os ambientes aquáticos que são destruídos por diversas ações dos homem, desde a injeção de elementos químicos à própria utilização da garimpagem de ouro.

Em diversos Congressos já há conclusões de que a contaminação química é mais grave para a humanidade do que o uso nuclear. Em 1987, o cientista **Carlos Chagas Filho**[4], declarava:

> *"O risco da contaminação física da atmosfera é comparável à ameaça da guerra nuclear, e esta é mais fácil de se evitar do que a destruição ambiental".*

Os agrotóxicos estão amplamente disseminados, e hoje é um dos grandes responsáveis pela degradação ambiental.

A definição legal de Agrotóxicos está no artigo 2°, I, ä" e "b"da Lei n. 7.802/89[5]

Para os fins previstos na Lei 6.938/81, entende-se:[6]

> **"Meio Ambiente**: o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica que permite, abriga e rege a vida, em todas as suas formas."

4. JORNAL DO BRASIL- "Cientistas se assustam com a poluição química, 6/11/87
5. A referida lei regulamente a produção e comercialização dessas substóancias, estabelecendo alguns pré-requisitos a serem cumpridos antes da disponibilização de tais produtos no mercado
6. Art. 3° da Lei 6.938/81, com nova redação dada pela Lei 7.804/89

Degradação da qualidade ambiental: a alteração adversa das características do meio ambiente;

Poluição: a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente: a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem estar da população; b) criem condições adversas à atividades sociais e econômicas; c) afetem desfavoravelmente a biota; d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; e) lancem matéria ou energia em dasacordo com os padrões ambientais estabelecidos".

Poluidor: a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental;

Recursos ambientais: a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo e os elementos da biosfera.

Numa definição mais simples poderíamos dizer que poluição nada mais é que a emissão de resíduos sólidos, líquidos e gasosos em quantidade superior à capacitação de absorção do meio ambiente. Esse desequilíbrio interfere na vida dos animais e vegetais e nos mecanismos de proteção do planeta.

A Constituição Brasileira de 1988 deu bastante ênfase à questão ambiental, proclamando e garantindo o direito ao meio ambiente saudável, visando responsabilidade e provendo instrumentos legais para a defesa desses direitos.

Diz a Constituição que todos têm direitos ao Meio Ambiente ecologicamente equilibrado, que é bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida. O Poder Público, tanto Federal quanto Estadual e Municipal, deve zelar por sua preservação e defesa, o que deve ser feito também pela coletividade, podendo todos agir contra o poluidor potencial ou efetivo.

Andou bem o legislador ao estabelecer que a atividade econômica deve estar fundada na valorização do trabalho humano com o fim de assegurar a todos existência digna.

II.2.1- POLUIÇÃO NA LEI 9.605/98[7]

Na seção III da Lei 9.605/98, o artigo 54 dispõe que é crime causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem mortandade de animais ou a destruição significativa da flora.

II.3- A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE E O PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO

Assim, toda e qualquer atividade econômica está sujeita aos princípios encartados na no artigo 170, da Constituição Federal, notadamente no que se refere à proteção do meio ambiente.

Analisado conjuntamente com o artigo 225, diz-se que está assegurado à todos o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, estabelecendo na Constituição Federal que é responsabilidade do Poder Público "exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de

7. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente e dá outras providências.

impacto ambiental, a que se dará publicidade"(parágrafo primeiro, inciso IV do art. 225), bem como "controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem riscos para a vida, e a qualidade de vida e o meio ambiente.

Em direito ambiental prevalece o princípio da prevenção ou precaução, como preferem outros, estabelecendo-se medidas para se evitar o nascimento de violações e atentados ao meio ambiente, reduzindo ou eliminando as causas de ações suscetíveis de alterar a sua qualidade.

II.4 - MEDIDA PROVISÓRIA 2073-36 E O TERMO DE COMPROMISSO CELEBRADO PELO SISNAMA.

Em conformidade com o disposto no artigo 79-A[8] , que foi acrescentado à Lei 9.605/ 98, os Órgãos ambientais integrantes do SISNAMA, responsáveis pela execução de programas e projetos e pelo controle e fiscalização dos estabelecimentos e das atividades suscetíveis de degradarem a qualidade ambiental ficam autorizados a celebrar, com força de título executivo extrajudicial, termo de compromisso com pessoas físicas ou jurídicas responsáveis pela construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva ou potencialmente poluidores.

O Termo de compromisso a que se refere este artigo destinar-se-á, exclusivamente, a permitir que as pessoas físicas e jurídicas mencionadas no "caput" do artigo 79-A[9] possam promover as necessárias correções de suas atividades, para o atendimento das exigências impostas pelas autoridades ambientais competentes.

II. 5- ESTUDO PRÉVIO DE IMPACTO AMBIENTAL

Todas as atividades que possam causar poluição, estão suscetíveis de um estudo prévio de impacto ambiental, exigido pelo Poder Público, sempre que se pretender implementar uma atividade que cause ou possa causar danos significativos ao meio ambiente.

Deve o estudo prever e apontar medidas preventivas, identificando e avaliando de forma sistemática os impactos ambientais gerados nas fases de implantação e operação da atividade. O Estudo deve contemplar os riscos da atividade caso implantada e em operação, a fim de se verificar se eficazes as medidas sugeridas para abrandar e até mesmo, evitar os efeitos decorrentes da atividade degradadora.

Assim, todo aquele que desenvolve atividade causadora de poluição, subordina-se à apresentação do estudo pormenorizado da atividade, baseando-se em documentos técnicos-científicos complexos que revejam todos os riscos.

A ele incumbe, por conta própria, a coleta e a aquisição de dados e informações necessárias para conhecimento dos órgãos licenciadores, os trabalhos e as inspeções de campo, as análises de laboratório, os estudos e monitoramento dos impactos, assim como a elaboração do RIMA.

Faço minhas as palavras de Juvêncio Martires Coelho, na apresentação do Livro Direitos

8. Medida provisória n. 2.073-36, de 19 de abril de 2001 - acrescenta dispositivos à Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.
9. Parágrafo primeiro do artigo 79-A

Humanos – dignidade e erradicação da pobreza, de Lúcia Alvarenga:

> *"...O desafio que se coloca para o jurista contemporâneo não é tanto para denunciar injustiças – pois este é um dever mais amplo, de ordem moral, que a todos se impõe - mas, sobretudo inventar fórmulas e procedimentos que tornem efetivos os nossos direitos, sejam eles indivisíveis, coletivos ou difusos".*

II.6- O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O Ministério Público, como Órgão encarregado de zelar pela defesa dos interesses da coletividade, deve cada vez mais empenhar-se na luta, conscientizando a sociedade de que o direito ao meio ambiente sadio já faz parte do sistema jurídico fundamental das pessoas e da coletividade.

Nota-se, que por imposição constitucional, compete ao poder público e a própria sociedade o dever de preservar o meio ambiente como condição indispensável à sadia qualidade de vida.

O Ministério Público, com a entrada em vigor primeiramente da Lei de Ação Civil Pública (Lei 7.347/85) e logo em seguida, com a instauração da nova ordem constitucional, e depois com a edição da Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.492) em pouco tempo transformou-se em um órgão de fundamental importância para a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Se antes sua principal missão era a de promover a ação penal e de intervir como *custos legis*, à partir de então, houve, sem dúvida alguma uma considerável mudança no perfil institucional, e consequentemente abertura do leque de atribuições.

Não resta dúvidas de que nós, os membros do Ministério Público, temos em nossas mãos uma importante missão em prol de uma melhor qualidade de vida, e devemos contribuir com essa proteção, fazendo valer todos os instrumentos legais, tanto de prevenção como de repressão.

A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público[10], ao tratar do Inquérito Civil e outros procedimentos administrativos previu em seu artigo 26:

"Art. 26- No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá :

I- Instaurar inquéritos civis e outras medias e procedimentos administrativos pertinentes e, para instruí-los:

a) expedir notificações para colher depoimentos ou esclarecimentos e, em caso de não comparecimento injustificado, requisitar condução coercitiva, inclusive pela polícia civil ou militar, ressalvadas prerrogativas previstas em lei;

b)requisitar informações, exames periciais e documentos de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de

10. Lei 8.625, de 12 de fevereiro de 1993

qualquer dos poderes da união, dos Estados, do Distrito federal e dos Municípios;

II- Requisitar informações e documentos a entidades privadas, para instruir procedimentos ou processos em que oficie;
III- requisitar à autoridade competente a instauração de sindicância ou procedimento administrativo cabível;
(...)

II. 7 - O USO INDEVIDO DAS INFORMAÇÕES E GRATUIDADE DAS REQUISIÇÕES

O Legislador explicitou o alcance do poder de requisição de informações e documentos ao afirmar a responsabilidade do representante do Ministério Público pelo uso indevidos nas hipóteses legais de sigilo, bem como a gratuidade dessas requisições, senão vejamos:

Art. 26:

"§ 2° O Membro do Ministério Público será responsável pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar , inclusive nas hipóteses legais de sigilo."

§ 3° Serão cumpridas gratuitamente as requisições feitas pelo Ministério Público às autoridades, órgão e entidades da Administração Pública direta, indireta ou fundacional de qualquer dos poderes da União, dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios."

II. 8 - O ATUAR PREVENTIVO

Considerando que em matéria de meio ambiente a prevenção do dano é sempre mais importante do que a eventual sanção penal do poluidor, o Ministério Público deve agir também como agente conscientizador.

Nesse sentido, entendemos que a pronta atuação do Ministério Público, ou um simples despacho judicial em prol da preservação do meio ambiente, na medida em que se mostrem eficazes, densificam muito mais o controle da poluição.

É de se asseverar a importância do Ministério Público para fazer atuar o Órgão Público quando estiver ocorrendo omissão no processo de licenciamento. O Promotor de Justiça deverá, por meio, quer do Inquérito Civil (ou do Procedimento Investigatório Preliminar, (ou *Procedimento Preparatório,* conforme adotado no Ministério Público de São Paulo), quer por meio do exercício dos poderes de requisição e investigação, combinados ou não, coletar informações acerca da utilização adequada dos instrumentos preventivos, estimular a sua prática, e em caso de omissão de dever legal, providenciar para a adoção das medidas adequadas, nas esferas cível, criminal e administrativa.

Nota-se que na prática, o Inquérito Civil, aliado aos poderes de requisição e de investigação por meio deles exercidos, constitui importante instrumento para a prevenção dos danos ao meio ambiente.

II.8.1- PODER DE REQUISIÇÃO

A Constituição de 1988, previu em seu artigo 129, inciso VI, ser função institucional do Ministério Público,

"VI- expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva."

O poder de requisição do Ministério Público, já fora disposto também na legislação que introduziu o inquérito civil em nossos ordenamento, dispondo o artigo 8°, parágrafo 1° da Lei 7.347/85, que:

"O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações exames ou perícias no prazo que assinalar..."

II.8.2- DO ACOMPANHAMENTO NOS LICENCIAMENTOS AMBIENTAIS

Nos termos do artigo 10 da Lei 6.938/81, regulamentada pelo decreto 88.351/83, a Administração Pública exerce, por meio de licenciamento, um controle prévio das atividades que possam ter algum impacto sobre a qualidade do meio ambiente, as quais só poderão licitamente trabalhar após a emissão da licença.

A Resolução CONAMA n. 237/97, dispõe sobre os procedimentos e critérios utilizados no licenciamento ambiental. O Licenciamento ambiental, segundo o artigo 1° I, da referida resolução, é o procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação, e a 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 no caso.

A localização, construção, instalação, ampliação, modificação e operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras, bem como os empreendimentos capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental dependerão de prévio licenciamento do órgão ambiental competente, sem prejuízo de outras licenças legalmente exigíveis.

Estão sujeitos ao licenciamento ambiental os empreendimentos e as atividades relacionadas no anexo 1, da Resolução n. 237 do CONAMA.

Caso o empreendimento esteja enquadrado entre as atividades exemplificadas no artigo 2° da Resolução CONAMA N. 001/86, o estudo de impacto ambiental deverá ser encetado, de forma que, quando da solicitação de LP, se tenha condições de apresentar ao órgão estadual competente um relatório sobre o planejamento dos estudos a serem executados, de maneira a possibilitar que sejam fixadas as instruções adicionais previstas no parágrafo Único do Artigo 6° da Resolução CONAMA n. 001/86

Aos Órgãos Estaduais de meio ambiente licenciador, caberá solicitar informações complementares, julgadas imprescindíveis ao licenciamento.

A supra citada resolução prevê que a licença ambiental para empreendimentos e atividades consideradas efetiva ou potencialmente causadoras de significativa degradação do meio dependerá de prévio estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto sobre o meio ambiente (EIA/RIMA), ao qual dar-se-á publicidade, garantida a realização de audiências públicas, quando couber, de acordo com a regulamentação. O RIMA destinado especificamente

ao esclarecimento público das vantagens e conseqüências ambientais do empreendimento deverá ser elaborado de forma a alcançar efetivamente este objeto, atendido o disposto no parágrafo único do Artigo 9° da resolução CONAMA n. 001/86

Se o Órgão ambiental verificar que a atividade ou o empreendimento não é potencialmente causador de significativa degradação do meio ambiente, definirá os estudos ambientais pertinentes ao respectivo processo de licenciamento.

O Artigo 2° da Resolução do CONAMA n. 001/86, prevê as atividades modificadoras do Meio Ambiente que dependem de elaboração de estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto ambiental- RIMA, e que os mesmos serão submetidos à aprovação do órgão estadual competente, e do IBAMA, em caráter supletivo.

Ao determinar a execução do estudo de impacto Ambiental o órgão estadual competente, o IBAMA ou quando couber, o Município fornecerá as instruções adicionais que se fizerem necessárias, pelas peculiaridades do projeto e características ambientais da área.

Verifica-se, portanto que o EPIA/RIMA serão submetidos à aprovação do órgão estadual competente e não do Ministério Público, a quem cabe apenas verificar se atende à legislação, em especial os princípios e objetivos expressos na Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, e o Promotor de Justiça ao receber o competente EPIA deverá observar ser ele possui no mínimo as seguintes atividades técnicas:

> I- O diagnóstico ambiental
> II- Análise do impactos ambientais do projeto e suas alternativas, através da identificação, previsão da magnitude e interpretação da importância dos prováveis impactos relevantes, discriminando os impactos positivos e negativos, diretos e indiretos, imediatos e a médio e longo prazos, temporários e permanentes; seu grau de reversibilidade ; suas propriedades cumulativas e sinérgicas; a distribuição dos ônus e benefícios sociais.
> III- Definição das medidas mitigadoras dos impactos negativos, entre elas os equipamentos de controle e sistemas de tratamento de despejos, avaliando a eficiência de cada uma delas.
> IV- Elaboração do programa de acompanhamento e monitoramento. O Estudo de impacto ambiental deve além de atender à legislação, em especial os princípios e objetivos expressos na Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, obedecer as diretrizes gerais traçadas no artigo 5° da Resolução CONAMA 001/86.

O Relatório de impacto ambiental- RIMA que refletirá as conclusões do estudo de impacto ambiental, deverá ser apresentado de forma objetiva e adequada a sua compreensão. As informações devem ser traduzidas em linguagem acessível, ilustradas por mapas, cartas, quadros, gráficos e demais técnicas de comunicação visual, de modo que se possam entender as vantagens e desvantagens do projeto, bem como todas as conseqüências ambientais de sua implementação.

O Órgão competente terá um prazo para se manifestar de forma conclusiva sobre o RIMA apresentado, que terá seu termo inicial na data do recebimento.

Respeitado o sigilo industrial, o RIMA será acessível ao público. Os Órgãos Públicos que manifestarem interesse, ou tiverem relação direta com o projeto receberão cópia do RIMA,

para conhecimento e manifestação.

Sempre que julgar necessário, ou quando for solicitado pelo Ministério Público, por entidade civil ou por 50 (cinqüenta) ou mais cidadãos, o Órgão do Meio Ambiente promoverá a realização da audiência pública.

O artigo 1° da Resolução CONAMA n.009/87 dispõe que a audiência pública referida na RESOLUÇÃO CONAMA N. 001/86, tem por finalidade expor ao interessado o conteúdo do produto em análise e do seu referido RIMA, dirimindo dúvidas e recolhendo dos presentes as críticas e sugestões a respeito. (grifei)

Em função da localização geográfica dos solicitantes, e da complexidade do tema, poderá haver mais de uma audiência pública sobre o mesmo projeto de respectivo Relatório de Impacto Ambiental- RIMA.

II.9 - TUTELA PREVENTIVA

É cediço que os interesses meta-individuais, reclamam na maioria das vezes uma tutela urgente, que vise, não à recomposição de um dano ocasionado, mas impedir a sua ocorrência. Os danos a esses interesses, uma vez consumados, são de dificílima ou impossível reparação.

As investigações devem ser instauradas ante a iminência de danos ambientais e não somente quando efetivamente já ocorreu esse dano, tendo se notado que em muitos casos, a simples instauração do Inquérito Civil ou procedimento bastaram para prevenir a lesão, principalmente naqueles casos em que o risco advém de condutas omissivas por parte dos responsáveis diretos.

O simples atuar do Ministério Público à partir das investigações e utilizando-se dos poderes requisitórios, pode provocar a atuação dos agentes omissos, o que em muitos casos já basta para impedir a consumação dos danos. É uma forma eficaz de prevenir os danos

III- CONCLUSÃO

I– Em virtude da definição do direito ao meio ambiente como um bem de uso comum de todos, Estado e Cidadão, dotou o constituinte o Ministério Público para assegurar a efetividade desse direito, a função institucional de promover o inquérito civil e ação civil pública, sendo o defensor nato destes direitos, não obstante os demais legitimados previstos no art. 5°, da Lei 7.347/85;

II- Ao poder Público incumbe a defesa do meio ambiente, e ao Ministério Púbico como um segmento deste;

III- Considerando que o princípio da participação popular vem ao encontro dos interesses da sociedade, na medida em que torna o processo decisório mais justo e eficaz deve, igualmente, o Ministério Público, atuar efetivamente nas audiências públicas, não somente participando delas com questionamentos, mas sobretudo esclarecendo a comunidade sobre o seu papel e a importância de sua contribuição para o processo de licenciamento.

IV- Cada Promotor de Justiça deve, em sua Comarca, intensificar a conscientização da

cidadania, para que sejam esclarecidas de modo adequado os avanços da ciência e da tecnologia.

V- Os Membros do Ministério Público, em ação conjunta com outros Órgãos, devem impedir as práticas que, mesmo vantajosas do ponto de vista econômico e aparentemente modernizadoras, causam ou poderão causar prejuízo ao Meio Ambiente, sob qualquer aspecto, estimulando a defesa do meio ambiente sadio, para coibir o mau governo e a má administração pública que, por ação ou omissão, agridem ou permitem que seja agredido esse patrimônio de uso comum do povo.

VI- Que assegure, mediante a indispensável fiscalização e, em sendo necessário a instauração do competente inquérito Civil, a efetiva preservação do Meio Ambiente.

IV - BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

A lei da natureza: Lei de Crimes Ambientais. Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos recursos naturais renováveis

ALVARENGA, Lúcia Barros Freitas de. Direitos Humanos, dignidade e erradicação da pobreza: uma dimensão hermenêutica para a realização constitucional- Brasília: Brasília Jurídica, 1998.

ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Ambiental, Lumen Juris.1996.

BENEVIDES, Maria Victória de Mesquita. A Cidadania Ativa. São Paulo, Ática. 1996.

BENJAMIN, Antônio Herman V. Função Ambiental. In Dano Ambiental, Prevenção Reparação e repressão

BRASIL. Constituição da República Federativa do brasil. 4ªed., São Paulo: RT. 1999.

CARVALHO, Carlos Gomes de- A Natureza Pede Socorro. Ed. Verde Pantanal, Cuiabá, 1989.

FIORILLO, Celso A. P. e RODRIGUES, Marcelo A (1997) . Manual de Direito Ambiental e legislação Aplicável

LEAL, Rogério Gesta. Direitos humanos no Brasil: desafios à democracia- Porto Alegre: Livraria do Advogado; Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 1997.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro, 7ª Ed., São Paulo: Malheiros, 1999..

PROGRAMA NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS - Brasília: Presidência da República, Ministério da Justiça. 1996.

SACHS, Ignacy- Ecodesenvolvimento- Crescer sem destruir, Edições Vértice. São Paulo, 1986

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 1997

TESE 31

ASPECTOS POLÊMICOS DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL

Fernando Reverendo Vidal Akaoui
Promotor de Justiça - SP
Eliana Figueira de Mello
Promotora de Justiça - SP

SUMÁRIO

I. **Introdução. Prevalência da abordagem em relação aos aspectos polêmicos da ação civil pública ambiental**
II. **Prova pericial (especialidade e multidisciplinariedade)**
III. **Inspeção judicial**
IV. **Sistema recursal: recurso "ex officio" e o duplo grau de jurisdição**
V. **A tutela do meio ambiente natural e a ação civil pública por ato de improbidade administrativa**
VI. **Legitimidade para a execução de títulos judiciais e extrajudiciais obtidos pelos co-legitimidados**
VII. **Conclusões**
VIII. **Bibliografia consultada**

I. Introdução. Prevalência da abordagem em relação aos aspectos polêmicos da ação civil pública ambiental.

O Direito Processual não é um fim em si mesmo, mas sim, e apenas, um meio de se obter a tutela dos direitos materialmente conferidos no ordenamento jurídico de um Estado.

Para tanto, o legislador criou vários instrumentos específicos ou genéricos para a obtenção do resguardo destes direitos, sendo certo, no entanto, que os procedimentos e demais institutos processuais utilizados para garantir a defesa dos bens jurídicos lesados ou ameaçados de lesão foram criados visando uma tutela individual ou, no máximo, de um grupo restrito de pessoas.

Os problemas passam a surgir quando o Estado-Juiz se encontra diante de uma lide envolvendo a tutela de direitos que extrapolam a titularidade individual ou daquele restrito grupo, atingindo um número elevado de pessoas determináveis, ou mesmo número indeterminável de pessoas. É a chamada tutela jurisdicional coletiva.

Com efeito, mencionados problemas em face do despreparo das leis processuais para recepcionar instrumentos que viabilizem a tutela civil coletiva, é facilmente perceptível no principal estatuto processual vigente, qual seja, o Código de Processo Civil, que remonta ao ano de 1.973.

Utilizar-se as regras contidas naquele diploma legal sem uma necessária readequação aos interesses difusos e coletivos expostos nas lides forenses significa a perda de todo um avanço no campo da defesa dos direitos mais importantes da coletividade, posto que inerentes ao fenômeno de massa.

Neste sentido as palavras dos eminentes doutrinadores Celso Antonio Pacheco Fiorillo, Marcelo Abelha Rodrigues e Rosa Maria Andrade Nery, que em festejada obra acerca do tema, advertem que "não há mais que se falar sequer na possibilidade de se usar o ortodoxo sistema liberal individualista do Código de Processo Civil e normas afins, para dirimir os conflitos de massa. Portanto, tratar-se-ia, por certo, se assim fosse, de uma forma hedionda de inconstitucionalidade à medida que impede o acesso *efetivo* à justiça e fere, em todos os sentidos, o direito processual do devido processo legal".[1]

As regras processuais previstas na Lei de Ação Civil Pública (LF 7347/85) e Código de Defesa do Consumidor (LF 8.078/90) são indubitavelmente um grande avanço para a tutela coletiva, porém não conseguem em todos os momentos fechar o circuito necessário para a obtenção do provimento jurisdicional requerido, devendo todos aqueles que participam da relação processual socorrem-se dos institutos legados pela lei processual civil de 1.973, e que são aplicados subsidiariamente naquelas ações coletivas por expressa disposição do artigo19, da Lei de Ação Civil Pública .

Entretanto, o que nos resta é trazer nova interpretação àqueles institutos, de sorte a que possam os mesmos estarem adequados ao novo panorama constitucional, que, por incrível que pareça, em muito influenciou no Direito Processual Civil brasileiro.

Assim sendo, nossa abordagem se limitou a analisar o tema em face dos mais discutidos institutos processuais civis na ótica da tutela jurisdicional coletiva, e que têm sido alvo de infindáveis discussões doutrinárias e jurisprudenciais, ou nem mesmo têm feito parte da pauta No entanto, não podemos deixar de consignar que todo nosso estudo está centrado na tutela de um bem que, de forma única e inovadora, foi considerado como sendo de bem de uso comum do povo pela Constituição Federal de 1.988, e que, nas palavras de Celso Antonio Pacheco Fiorillo, em sua novel obra "*O Direito de Antena em face do Direito Ambiental Brasileiro*", sentencia que "ao estabelecer a existência de um bem que tem duas características específicas, a saber, ser de *uso comum do* povo e essencial à sadia qualidade de vida, a Constituição de 1988 formulou inovação verdadeiramente revolucionária, no sentido de criar um terceiro gênero de bem que, em face de sua natureza jurídica, não se confunde com os bens públicos e muito menos com os bens privados"[2].

Diante desse quadro caótico em que se encontra nosso Direito Processual Civil em relação ao combate à poluição em todas as suas formas, o tema mostra-se de relevância ímpar aos aplicadores do Direito.

---

1. *Direito Processual Ambiental Brasileiro*, págs. 99/100, 1996, Belo Horizonte: Ed. Del Rey.
2. Op. cit., págs. 85/86, 2000, São Paulo: Ed. Saraiva.

II. Prova pericial (especialidade e multidisciplinariedade)

Aqui se encontra um dos maiores problemas existentes na coleta de provas, seja no processo civil tradicional, de cunho individual, seja no que tange à denominada tutela jurisdicional coletiva, que visa a proteção de um espectro muito maior de titulares dos bens lesados ou ameaçados de lesão.

Acerca da prova pericial, consigna o Código de Processo Civil brasileiro, em seu artigo 420 que "a prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação". O mesmo *Codex* dispõe em seu artigo 421 que "o juiz nomeará o perito, fixando de imediato o prazo para entrega do laudo".

Conforme se depreende dos textos acima transcritos, nosso estatuto processual civil em momento algum impõe ao juiz que, ao nomear o perito para a realização da prova técnica, observe sua especialidade em relação aos fatos a serem apurados.

Talvez tenha o legislador dado um voto de crédito ao bom senso dos magistrados quanto à nomeação de pessoas que realmente tenham habilidades técnicas para se manifestar acerca dos pontos que são objeto da perícia. Porém, a realidade tem demonstrado que esta confiança não tem dado bons resultados. Senão vejamos.

Apesar de ser verdade que há uma escassez muito grande de peritos em áreas mais específicas, é certo também que isto não justifica a nomeação de um profissional de uma área para atuar em outra completamente diferente de sua formação.

O que temos verificado é a nomeação de engenheiros civis para quase todas as perícias a serem realizadas na área ambiental, quando é sabido que os mesmos não possuem habilitação profissional e legal para manifestarem-se sobre a matéria.

Embora o artigo 424, do Código de Processo Civil permita a substituição do perito quando o mesmo "carecer de conhecimento técnico ou científico" (inciso I), é certo que os julgadores têm decidido que cabe ao próprio *expert* declarar se não possui o conhecimento necessário para elaboração do laudo, ficando as partes nas mãos daquele, ou tendo de recorrer da decisão que nomeou pessoa inabilitada, sendo que nossos Tribunais ainda não se sensibilizaram com a questão.

Assim, não podemos aceitar que um profissional que não possua habilitação em uma determinada área possa realizar perícia, notadamente ao Poder Judiciário, e com o fito de subsidiar decisão judicial de notável importância, como é a lançada em sede de ação civil pública ambiental.

A questão é bem lembrada por Vladimir Passos de Freitas, para quem, "com respeito à perícia cumpre mencionar, ainda, que ela deve, necessariamente, ser feita por especialista da área. Assim, não tem cabimento, por exemplo, delegar a um engenheiro civil a estimativa de dano produzido pelo desmatamento de área de preservação permanente. É tarefa para um engenheiro florestal ou agrônomo"[3].

Não bastasse esta grotesca constatação, pior é admitir que em causas extremamente complexas, e que envolvem mais de um ramo das ciências química, física ou biológica, apenas

3. *A Constituição Federal e a Efetividade das Normas Ambientais*, págs. 183/184, 2000, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais.

um *expert* esteja sendo chamado a intervir processualmente no intuito de prestar informações ao Juízo.

Filippe Augusto Vieira de Andrade e Maria Aparecida Alves Villar Gulin, após enfatizar a importância e complexidade das perícias ambientais, destaca que "nas ações ou medidas judiciais ambientais, sendo necessária produção de prova pericial, deverá ser verificado se essa, pela sua complexidade, reclama conhecimento técnico ou científico multiprofissional", e que, se positiva esta situação, "deve o juiz nomear tantos peritos quanto sejam necessários para uma abordagem holística, respeitada a formação técnico-científica de cada um"[4].

III. Inspeção judicial.

Dispõe nosso estatuto processual civil em seu artigo 440 que "o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato, que interesse à decisão da causa".

Sobre o tema consigna Moacyr Amaral Santos que "na perícia o juiz se substitui por um técnico para verificação de fatos controvertidos e que exijam o exame de pessoa ou coisa. Mas tudo aconselha, com a aplicação do *princípio da imediatidade* entre o juiz e as fontes de prova, possa ele, e muitas vezes deva, pôr-se em contacto *direto* com estas. Esse o fundamento da *inspeção judicial*, também conhecida por *inspeção ocular*, *exame judicial*, por via da qual, conforme ensinamento de Chiovenda, o juiz recolhe *diretamente*, por seus próprios sentidos, as observações sobre pessoas ou coisas que são objeto da lide ou que com ela se relacionam".[5]

O instituto se mostra de importância ímpar na tutela do meio ambiente natural, notadamente quando os danos ou riscos de danos venham a atingir ecossistema rico em biodiversidade, quando então, mantendo um contato direto com a área, poderá o magistrado sentir o peso que terá sua decisão na manutenção do equilíbrio do meio ambiente.

Entretanto, não havendo por parte dos membros do Poder Judiciário esta iniciativa, é certo que poderá qualquer uma das partes, especialmente o autor da ação civil pública (Ministério Público, União, Estados, Municípios, associações, etc.) requerer que o juiz assim proceda.

Daí podermos sustentar que a inspeção judicial deve deixar de ser letra morta na legislação processual civil, para servir aos interesses da coletividade quando exigida a tutela do meio ambiente.

IV. Sistema recursal: recurso "ex officio" e o duplo grau de jurisdição.

Embora ao prever no inciso LV, de seu artigo 5º que "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 Carta Constitucional não criou a obrigatoriedade de existência de um duplo grau de jurisdição.

Significa dizer que, apesar de ser regra geral que os processos judiciais e administrativos devem conter previsão de revisão das decisões ali proferidas, a mesma não é absoluta.

---

4. *Perícia multidisciplinar no Direito Ambiental*, apud Direito Ambiental em Evolução, coord. Vladimir Passos de Freitas, págs. 100/101, 1998, Curitiba: Ed. Juruá.
5. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, 2º Volume, pág. 489, 14ª edição, São Paulo: Ed. Saraiva.

Com efeito, como bem apontado por Alexandre de Moraes, "menciona a Constituição Federal a existência de juízes e tribunais, bem como prevê a existência de alguns recursos (ordinários constitucionais, especial, extraordinário), porém não existe a obrigatoriedade do duplo grau de jurisdição. Dessa forma, há competências originárias em que não haverá o chamado *duplo grau de jurisdição*, por exemplo, nas ações de competência originária dos Tribunais".[6]

Entretanto, consigna o ilustre processualista Nelson Nery Júnior que "o princípio do duplo grau de jurisdição tem íntima relação com a preocupação dos ordenamentos jurídicos em evitar a possibilidade de haver abuso de poder por parte do juiz, o que poderia em tese ocorrer se não estivesse a decisão sujeita à revisão por outro órgão do Poder Judiciário".[7]

Assim, apesar de não ocorrer uma obrigatoriedade de previsão do duplo grau de jurisdição em todos os ritos processuais previstos em nossa legislação, é certo que, como acima apontada, o mesmo tem o grave desiderato de regular eventuais abusos praticados nas decisões judiciais.

No que toca à ação civil pública, é certo que à mesma tem-se aplicado de forma uníssona o rito ordinário previsto no Código de Processo Civil, garantido o duplo grau de jurisdição através do recurso de apelação, previsto nos artigos 496, inciso I e 513, ambos do estatuto processual citado.

Porém, além de aplicar-se as regras recursais do Código de Processo Civil à ação civil pública, outros institutos do processo civil individualista previsto pelo código têm sido transportados à tutela coletiva, o que tem gerado graves equívocos, notadamente no que tange à defesa do meio ambiente natural. Senão vejamos.

Sem que se tenha questionado sua não receptividade por parte do Texto Maior, o artigo 475 daquele *Codex*, e que prevê que "está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: I) que anular o casamento; II) proferida contra a União, o Estado e o Município; III) que julgar improcedente a execução de dívida ativa da Fazenda Pública", tem sido amplamente utilizado pelos juízes de primeiro grau.

De particular interesse para nosso estudo o que dispõe o inciso II do artigo 475 acima transcrito, na medida em que, aplicando-se aos danos causados ao meio ambiente a teoria do risco da atividade, tornando a responsabilidade pela reparação daqueles objetiva, ou seja, obrigatória independentemente de culpa, e sendo dever do Poder Público defender e preservar o meio ambiente (artigo 225, "caput", CF), a União, os Estados e os Municípios poderão *sempre* figurarem como litisconsortes passivos em ação civil pública ambiental.

Sendo assim, e diante da regra do artigo 475 do Código de Processo Civil, toda decisão em sede de ação civil pública proferida em face daqueles entes federados deverá sofrer o reexame necessário da instância superior ao Juízo que proferiu a decisão.

Tal regra, entendemos, não se coaduna com os interesses da tutela jurisdicional coletiva, e até mesmo porque não dizer com a iniciativa do constituinte de criar a possibilidade de haver nos processos judiciais e administrativos o duplo grau de jurisdição.

A primeira questão nos parece clara na medida em que as regras atinentes ao processo civil tradicional, criado e aplicado para resolver as lides individuais, não podem ser transportadas

6. *Direito Constitucional*, pág. 90, 3ª edição, 1998, São Paulo: Ed. Atlas.
7. *Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos*, pág. 245, 2ª edição, 1993, São Paulo: Ed. RT.

de forma integral para a tutela coletiva, que possui uma sistemática própria, como se pode perceber da Constituição Federal, da Lei de Ação Civil Pública (LF nº 7347/85) e do Código de Defesa do Consumidor (LF nº 8.078/90), textos de maior expressão acerca da matéria.

A se aceitar a transposição das regras individualistas ao processo coletivo, poderíamos verificar (e assim temos visto constantemente) o absurdo de uma ação civil pública ambiental julgada procedente e sem que tenha havido recurso voluntário dos entes federados quando estejam no pólo passivo da mesma, subir ao tribunal de instância superior para reexame necessário, obstando, assim, a execução imediata do julgado, e prejudicando de forma inaceitável os direitos de toda a coletividade, consubstanciados na recuperação do equilíbrio ecológico maculado em face da conduta degradatória apurada.

Ainda, não podemos olvidar que o Código de Processo Civil somente é aplicado nas ações civis públicas "naquilo em que não contrarie suas disposições" (artigo 19, da Lei de Ação Civil Pública), sejam estas disposições expressas ou tácitas, não havendo dúvida de que o reexame necessário macula a tutela dos interesses e direitos difusos e coletivos.

Diante deste quadro, entendemos que, em sede de ação civil pública ambiental, se torna inconstitucional e ilegal a aplicação do recurso de ofício, obstando o exercício de um direito fundamental daqueles que compõem a coletividade, qual seja, o direito à vida com qualidade.

V. A tutela do meio ambiente natural e a ação civil pública por ato de improbidade administrativa.

Como já acima sustentado, a defesa do meio ambiente em geral, e mais especialmente no que pertine ao meio ambiente natural, passa pela necessária adoção de uma política de prevenção, uma vez que o dano ambiental é tecnicamente irreversível.

Esta necessária prevenção, entendemos, não é alcançada apenas com a adoção de medidas judiciais e extrajudiciais tendentes a impor ao degradador ou aquele que ameaça de lesão o equilíbrio ecológico obrigações de fazer e de não fazer, mas, também, através do afastamento dos servidores públicos que, direta ou indiretamente, dêem causa a lesão ou ameaça de lesão, diante de condutas que importem em enriquecimento ilícito ou atentem contra os princípios da administração pública.

Quanto à primeira modalidade de ato de improbidade, uma das três previstas na Lei Federal nº 8.429, de 02 de junho de 1.992, e que "dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício do mandato, cargo, emprego ou função administrativa pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências", não há qualquer dúvida de que aquele que pratica uma das condutas descritas nos incisos do artigo 9º do referido diploma legal deve sofrer as sanções previstas no artigo 12, inclusive cumulativamente.

Entretanto, nossa intenção é justamente centrar-se nas hipóteses de atos de improbidade administrativa que atentem contra os princípios da administração pública, notadamente aqueles que estão previstos no artigo 37, da Carta Constitucional de 1.988.

Com efeito, dispõe o artigo 11, da Lei de Improbidade Administrativa que "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, ...". Ainda, importante a lembrança pelo inciso IV do mesmo artigo ao constitucional princípio da publicidade.

Desta forma, não podemos olvidar que aquele servidor que, por determinação constitucional e legal tem o dever de defender e preservar o meio ambiente, vier a dolosa ou culposamente agir em desacordo com os princípios regentes do Estado Democrático de Direito, principalmente o da legalidade, deve sofrer as graves conseqüências de seus atos, sujeitando-se às penalidades previstas na legislação especial.

Em que pese na aplicação das penas previstas deva o Magistrado pautar-se pela proporcionalidade, não temos dúvidas em consignar que o servidor que permite a ocorrência de degradação do meio ambiente, colocando em risco o equilíbrio ecológico que permite a qualidade de vida a todos os seres do planeta, sendo o homem sempre lesado direta ou indiretamente, deve sofrer a perda da função pública, a primeira das sanções previstas no inciso III, do artigo 12 da já citada lei, sem prejuízo da cumulação com as demais penalidades.

Certamente que, ao retirarmos tais pessoas do rol de servidores que têm o dever de zelar pelas questões afetas ao meio ambiente, estaremos resguardando a sadia qualidade de vida da coletividade, e implementando a política preservacionista ditada pela Constituição Federal e pela legislação infraconstitucional, principalmente a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente.

E, para concluir, lembramos posicionamento anteriormente exposado, onde pudemos afirmar que "deve o Ministério Público utilizar-se da ação civil pública para afastar os agentes públicos que dêem ensejo a atos de improbidade administrativa na área ambiental, como verdadeira exteriorização do princípio da prevenção, pois demonstram aqueles que não estão preparados para exercer suas atividades, que são de alta relevância, e podem, quando contrárias aos preceitos legais, serem prejudiciais a toda a coletividade, que não pode ficar à mercê de suas condutas destrutivas".[8]

VI. Legitimidade para a execução de títulos judiciais e extrajudiciais obtidos pelos co-legitimados

Não raro a obtenção do título jurídico, judicial ou extrajudicialmente não afasta a iminência do dano ou a restauração do meio ambiente degradado, face à absoluta inércia daquele órgão ou associação que o obteve.

Com efeito, havendo legitimidade concorrente para a propositura da ação civil pública para defesa do meio ambiente (artigo 5º, *caput*, LF nº 7347/85), assim como, pelos órgãos públicos co-legitimados, para obtenção de ajustamento de conduta através de compromisso (artigo 5º, § 6º, do mesmo diploma legal), é certo que a obtenção do título executivo não aproveita somente a eles, mas a toda a coletividade.

Assim é que não podemos deixar de admitir que, na inércia da busca das obrigações contidas no título jurídico por parte daquele que o obteve, poderá qualquer um dos co-legitimados promover a execução do mesmo, com isto efetivando o resguardo ao meio ambiente ameaçado ou já degradado.

---

8. *Improbidade administrativa em relação à administração ambiental*, apud Revista de Direito Ambiental, Volume 12, pág. 99, 1998, Ed. RT.

Relativamente ao título executivo extrajudicial (compromisso de ajustamento de conduta), questão interessante é a de se permitir que as associações que preencham os requisitos dos incisos I e II, do artigo 5º, da Lei de Ação Civil Pública (destacando-se a hipótese prevista, ainda, no parágrafo 4º do mesmo artigo), possam promover a execução destes, na medida em que não legitimados pela lei a tomar estes mesmos compromissos.

Ora, mostra-se patente que o legislador pretendeu afastar das associações a possibilidade de tomar o compromisso de ajustamento de conduta, mas não o de executar aquele compromisso obtido por força da atuação de algum dos órgãos públicos co-legitimados.

De fato, presume-se que as obrigações assumidas naquele título sejam as necessárias ao resguardo do bem ambiental, e, portanto, não haveria impedimento de que a associação civil apenas levasse a execução os termos daquilo que foi elaborado com a participação do órgão público, pois nítido que vai de encontro ao interesse difuso tutelado.

VII. Conclusões

VII. 1 Na realização de prova pericial ambiental, deverá o juiz que preside a instrução observar os princípios da especialidade e da multidisciplinariedade da perícia ambiental, de sorte a que sejam obtidos os melhores resultados na busca pela comprovação do dano ambiental ou dos resultados nefastos que possam ser causados pela ameaça de dano, assim como para se demonstrar quais as medidas necessárias à integral reparação dos danos que porventura já tenham sido causados;

VII. 2 É recomendável ao juiz de Direito que esteja presidindo a instrução da ação civil pública que realize inspeção judicial no local do dano causado ao meio ambiente natural, ou onde se pretende realizar a atividade potencialmente poluidora que ameaça aquele bem jurídico;

VII. 3 Não se aplica às ações civis públicas ambientais o recurso "ex officio", posto que nitidamente contrária à defesa do meio ambiente, devendo a parte que se sentir lesada com a decisão de primeiro grau recorrer voluntariamente;

VII. 4 A ação civil pública por ato de improbidade administrativa deve ser utilizada como verdadeira exteriorização do princípio da prevenção, uma vez que o agente público que dá causa a lesão ao meio ambiente, ou põe este bem jurídico em ameaça, deve, sempre com base no princípio da proporcionalidade, sofrer as penas da lei especial acerca da matéria (LF nº 8.429/92), notadamente a perda da função.

VII. 5 É possível, e até mesmo recomendável que, na inércia do co-legitimado que obteve título executivo judicial ou extrajudicial para resguardo do meio ambiente, os demais co-legitimados executem judicialmente as obrigações assumidas, inclusive as associações, nos casos de compromisso de ajustamento de conduta firmados pelos órgãos públicos com o degradador.

VIII. Bibliografia consultada

AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. *Improbidade administrativa em relação à administração ambiental*, apud Revista de Direito Ambiental, Volume 12, 1998, São Paulo: Revista dos Tribunais.

ANDRADE, Filippe Augusto Vieira & GULIN, Maria Aparecida Alves Villar. *Perícia multidisciplinar noDireito Ambiental*, apud Direito Ambiental em Evolução, coord. Vladimir Passos de Freitas, 1998, Curitiba: Juruá.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *O Direito de Antena em face do Direito Ambiental no Brasil*, 2000, São Paulo: Saraiva.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco, RODRIGUES, Marcelo Abelha & NERY, Rosa Maria Andrade. *Direito Processual Ambiental Brasileiro*, 1996, Belo Horizonte: Del Rey.

FREITAS, Vladimir Passos de. *A Constituição Federal e a Efetividade das Normas Ambientais*, 2000, São Paulo: Revista dos Tribunais.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*, 3ª edição, 1998, São Paulo: Atlas.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos*, 2ª edição, 1993, São Paulo: Revista dos Tribunais.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*, 2º Volume, 14ª edição, São Paulo: Saraiva.

TESE 32

DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA RELATIVA AOS DANOS AO MEIO AMBIENTE

Marcelo Malvezzi
Promotor de Justiça – MT

DANOS AO MEIO AMBIENTE – INTERESSE DIFUSO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA INDEPENDENTE DA CULPA – LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROPOR AÇÃO CIVIL PÚBLICA – PRINCÍPIO DO UTILIZADOR-PAGADOR – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

I. Introdução

O Direito Ambiental tem três esferas básicas de atuação: prevenção, reparação e repressão. Inquestionavelmente a atividade mais valiosa é a da prevenção, pois enquanto as demais cuidam do dano já efetivado, esta visa o momento em que tal ainda vislumbra-se como mero risco.

A reparação ambiental, como em qualquer outra modalidade de reparação, opera através das normas de responsabilidade civil, parcela do ordenamento jurídico voltado para a tutela e controle da propriedade.

A responsabilidade civil pressupõe, assim, prejuízo, ensejando pedido de reparação de dano consistente na recomposição da situação pretérita ou na condenação a uma importância em dinheiro (indenização).

Não se deve perder de vista que o mesmo ato poderá ensejar sanções administrativas, criminais e o dever de reparar o dano causado, uma vez que a responsabilidade civil se dá independentemente da criminal e da administrativa.

II. Reparação do dano ambiental

O dano ambiental propriamente dito representa lesão aos recursos ambientais e conseqüente degradação do equilíbrio ecológico.

Sua ocorrência é própria do desenvolvimento da sociedade industrial, que modificou gravemente o relacionamento do ser humano como o mundo natural.

A reparação do dano ambiental apresenta óbices particulares, uma vez que se caracteriza, como direito difuso que é, pela pulverização das vítimas (bem de uso comum do povo), de difícil reparação e, especialmente, de difícil valoração, quanto mais em casos em que a reparação, na modalidade de restauração da situação anterior, se mostra impossível, como no caso da extinção de uma espécie.

Especialmente, a atribuição da responsabilidade civil mostra-se inviável nos moldes tradicionais, que exigem titular determinado para pleitear o ressarcimento.

A reparação por dano ao meio ambiente, ante a impossibilidade de individualização dos titulares de tal direito difuso, visa imputar ao poluidor o custo social da poluição por ele gerada, que se dá através da responsabilidade objetiva.

Assim, pretende-se com o presente trabalho reconhecer de que forma é viável o reconhecimento da responsabilidade objetiva na reparação civil por dano ao meio ambiente, identificar os pressupostos necessários para a responsabilização objetiva do poluidor, os limites da responsabilidade objetiva, e se a aplicação de tal princípio atende às necessidades do interesse difuso constitucionalmente assegurado.

III. Da justificativa para a adoção da responsabilidade objetiva

O presente trabalho tem o propósito de analisar a tutela civil do ambiente na ótica da substituição da regra tradicional da culpa para a regra da objetividade da responsabilidade civil ambiental.

Com efeito, conforme colocado por CAPELLETTI e GARTH, a "concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção dos interesses difusos. O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essa mesmas partes à respeito de seus próprios interesses individuais". (CAPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre : Editor Sérgio A. Fabris, 1988, p. 49; citado por FREITAS, Vladmir Passos de. **Direito Administrativo e meio ambiente**. Curitiba : Juruá, 1993, p. 22).

Assim, dada a inadequação da responsabilidade subjetiva, tradicional, para a tutela dos interesses difusos, em especial o relativo ao meio ambiente, nosso ordenamento adotou o princípio da responsabilidade civil objetiva, anteriormente já aplicado nas ações envolvendo acidentes em transporte ferroviário, no trabalho e aéreos, com a promulgação da Lei de Política Nacional de Meio Ambiente.

A relevância do tema diz respeito à necessidade de identificar-se mecanismos legais para a afetivação do dever do poluidor em reparar o dano ambiental causado, já tendo BENJAMIM alertado que "nossa sociedade, através de políticas governamentais equivocadas, foi obrigada a *subvencionar* os poluidores", concluindo que "se não for para obrigar a reparação integral dos danos causados até agora, que seja, pelo menos, somente para impedir que nos tornemos todos, pela via da subvenção, partícipes – porque acionistas indiretos e forçados – da catástrofe ambiental que se avizinha". (BENJAMIM, Antonio Herman V. O princípio do poluidor-pagador e a reparação do dano ambiental. In: BENJAMIM, Antonio Herman V. coordenador, **Dano ambiental : prevenção, reparação e repressão**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 236).

Tais mecanismos, precisamente por representarem uma ruptura no sistema de responsabilidade civil tradicional que ainda predomina em diversos setores jurídicos do nosso país, necessitam de um estudo mais aprofundado das construções doutrinárias que já se debruçaram sobre o tema, a fim de definir cientificamente os institutos envolvidos, qual sejam a modalidade de responsabilidade civil objetiva tratados, os pressupostos de sua aplicação e se a mesma atende satisfatoriamente às aspirações da coletividade.

Tratando-se de recente disposição legal, ATHIAS alerta que não basta a simples aceitação da responsabilidade objetiva, pois "isso não é suficiente para definir-se de forma induvidosa os limites dessa responsabilização, pelo fato de existirem inúmeras correntes doutrinárias acerca da responsabilidade objetiva". (ATHIAS, Jorge Alex Nunes. Responsabilidade civil e meio-ambiente – Breve panorama do direito brasileiro. In: BENJAMIM, Antonio Herman V. coordenador, **Dano ambiental : prevenção, reparação e repressão**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 242).

Assim, necessário se faz o estabelecimento de subsídios teóricos para a reparação do dano ambiental, com a imposição de um custo ao poluidor, que a um só tempo, dá uma resposta econômico sofrido pela vítima, quer seja indivíduo ou sociedade, bem como tem efeito dissolutório em comportamentos semelhantes do poluidor ou de terceiros, através da certeza e tempestividade da ação reparatória.

IV. Da responsabilidade objetiva frente ao ordenamento jurídico

Nosso atual sistema constitucional tem como princípio basilar a democracia participativa, fruto do reconhecimento histórico de três gerações de direitos, quais sejam os relativos, inicialmente, à cidadania civil e política, passando por aqueles voltados ao desenvolvimento social e econômico e, hodiernamente, consagrando os direitos metaindividuais e "pós-materiais" relativos à qualidade de vida através da tutela dos interesses difusos.

Interesse difuso por excelência, o direito ao "meio ambiente ecologicamente equilibrado", conforme a definição dada pela Constituição Federal de 1988, teve resguardado o reconhecimento e a proteção devidos aos direitos como direitos de terceira geração, que suplantam os direitos sociais (direitos de segunda geração) na medida em que estes conservam seu caráter individual.

O direito ao meio ambiente sadio apresenta-se como difuso porque inviável a individualização de titular desse direito, porque são os seres humanos, em sentido amplo, seus titulares, sem restrições geográficas, bem assim tanto as gerações presentes quanto futuras.

O lesionador do meio ambiente sujeita-se à responsabilidade civil, penal e administrativa, tendo a última caráter meramente retributivo, isto é, preocupam-se basicamente com a punição dos agentes causadores do dano, ao passo que a sanção civil vai além, apresentando caráter retributivo e restitutório, buscando total reparação do meio ambiente degradado.

A reparação do dano ecológico deve ter, antes de tudo, sentido educativo, já que funciona tanto na prevenção específica, consistindo em incutir no agente causador do dano a consciência da reprovabilidade de seu ato, como a prevenção geral, que visa imprimir na sociedade a certeza da punição.

O caráter educativo da sanção civil incute no agente a compreensão das conseqüências lesivas de seu ato, do valor do meio ambiente para a preservação da vida e das dificuldades que a natureza encontra para se preservar.

Já quanto à evolução histórica da responsabilidade civil, se inicialmente sua caracterização dava-se pela constatação da existência de culpa, tal requisito apresentou-se descompassado face ao desenvolvimento da indústria e o aumento inevitável dos acidentes de trabalho decorrentes.

Como a proteção a tais vítimas ficasse inviabilizado nos moldes da clássica teoria da culpa, desenvolveu-se a teoria do risco, segundo a qual a culpa é objetiva, tendo a periculosidade como seu fundamento, de modo que o trabalhador, vitimado por acidente do trabalho, seria sempre indenizado, independentemente da culpa do empregador ou do próprio infortunado, ressalvada, evidentemente, a autolesão.

Nestes casos, o empregador deve indenizar, não porque tenha culpa, mas porque é dono da maquinaria que provocou o acidente.

O conceito da responsabilidade objetiva, neste caráter interindividual, tradicional e correspondente aos direitos constitucionais de segunda geração, é derivada da chamada teoria do risco, e pode ser inferida nas palavras abalizadas de WALD: "progressiva e sucessivamente, a doutrina e a jurisprudência admitiram, em certos casos, as presunções de culpa, a adoção da *teoria do risco* e, finalmente, a responsabilidade objetiva, pela qual se garante a todos os membros da coletividade o direito à segurança e à reparação do dano se, por ato ilegal ou abusivo, algum prejuízo lhes for causado. Podemos afirmar que a teoria da culpa se aplica nas relações inderindividuais, enquanto o risco profissional e a teoria objetiva foram adotados para reger as relações entre o indivíduo e o grupo (responsabilidade do transportador, do Estado, dos condutores de veículos, do empregador em casos de acidente de trabalho)". (WALD, Arnoldo. **Obrigações e contratos**. 10ª ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1992, p. 482).

Note-se que o conceito tradicional da responsabilidade objetiva não pode ser corretamente aplicado nas questões relativas ao meio ambiente pois, além de restringir-se aos conflitos entre entes determinados (A *versus* B, ou A *versus* B, C e D, etc.), incompatível com os interesses difusos hoje agasalhados pela ordem constitucional, como já visto, dependem da ocorrência de ato ilegal ou abusivo, o qual dificilmente será observado relativamente aos danos ao meio ambiente, que via de regra são causados por casos fortuitos ou força maior no desempenho de atividades lícitas e devidamente licenciadas pela Administração, mas nem por isso deixam de ser indenizáveis face a prevalência do bem atingido.

Neste sentido, após concluir pela superação do argumento de que o exercício de uma atividade lícita, legitimada pela autoridade, afastam a responsabilização do poluidor pelos eventuais prejuízos que causar, LUCARELLI anota que "a mera licitude da atividade não exclui a responsabilidade civil pelo dano ambiental, servindo, tão-somente, para impedir que sofra aquele empreendedor as sanções administrativas, uma vez que se encontra em conformidade com as especificações técnicas exigidas pela administração pública" (LUCARELLI, Fábio Dutra. **Responsabilidade civil por dano ecológico**. Revista dos Tribunais, fevereiro de 1994, vol. 700, p. 13).

Dessa forma, a ação de indenização relativa a dano ambiental prescindirá da comprovação da culpa do poluidor, bastando a demonstração da ocorrência de dano e de nexo de causalidade entre o dano e a atividade que o gerou.

Evidentemente, a aplicação da responsabilidade civil, nestes casos, deve se dar deve ser conjugada com os princípios de Direito Ambiental, sobrelevando o interesse coletivo frente a interesses econômicos particulares, buscando a mais completa reparação do ambiente

degradado e só subsidiariamente indenizar a coletividade, através de condenação de pecúnia a ser depositada em fundo instituído pela Lei de Ação Civil Pública.

Igualmente, deve-se reconhecer que a responsabilidade objetiva, longe de ser incompatível com àquela baseada na culpa, lhe complementa, como apontado por STOCCO: "a teoria da culpa impera como direito comum ou regra geral básica da responsabilidade civil, e a teoria do risco ocupa os espaços excedentes, nos casos e situações que lhe são reservados". (STOCCO, Rui. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial : doutrina e jurisprudência**. 4ª ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 79).

V. Da positivação da responsabilidade objetiva no âmbito ambiental

Especificamente quanto ao campo do direito ambiental, a responsabilidade civil objetiva foi inaugurada pelo Decreto n.º 79347/77, que promulgou a Convenção Internacional sobre Responsabilidade Civil por Poluição por Óleo, que adotou a responsabilidade objetiva aos poluidores que causassem dano ao meio ambiente através do derramamento de óleo.

Antes dessa lei, para haver imposição legal de reparação de dano causado ao meio ambiente, dever-se-ia provar a culpa do poluidor, nos moldes do art. 159 do nosso Código Civil, implicando em impunidade na medida em que o dano, algumas vezes, se concretiza no futuro, outras vezes, se concretiza em locais distantes, abrangendo a jurisdição de vários Estados e, mesmo acontecendo na jurisdição de um só Estado e se concretizando imediatamente, o dano ambiental é, quase sempre, de difícil mensuração.

Ainda em 1977, foi promulgada a Lei n.º 6453, que estabelecia, em seu art. 4º, responsabilidade civil objetiva por acidentes nucleares.

Mas foi a Política Nacional do Meio Ambiente, definida pela Lei n.º 6938/81, que efetivamente consagrou o âmbito da responsabilidade civil objetiva, estendendo-a a todo dano ambiental, ao dispor em seu art. 14, § 1º: "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 e a terceiros, afetados por sua atividade."

Tal dispositivo é reforçado no art. 4º, VII, da mesma lei, quando estabelece os objetivos da Política Nacional do Meio Ambiente, ao incluir dentre estes "à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos".

Tal princípio foi adotado pela Constituição Federal de 1988, nos seus arts 21, XXIII, "c", e 225, §§ 2º e 3º, e que, de forma inédita, trouxe todo um capítulo dedicado ao meio ambiente, tendo expressamente previsto aos poluidores, além de sanções penais e administrativas, a obrigação de reparar os danos causados ao meio ambiente no § 3º do art. 225, princípio posteriormente reafirmado pelo Princípio 16 da Declaração do RIO/92, que dispõe que "as autoridades nacionais deveriam procurar fomentar a internalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, tendo em conta o critério de que o que contamina deveria, em princípio, arcar com os custos da contaminação, tendo devidamente em conta o interesse público e sem distorcer o comércio nem as inversões internacionais".

O princípio da responsabilidade objetiva é inferido do texto constitucional, conforme coloca MANCUSO, "considerando-se que o imperativo - 'sujeitarão' - e tendo presente que

ali se separou a 'obrigação de reparar os danos causados', das 'sanções penais e administrativas", tendo conduzido a impressão de que não se quis seguir o esquema da responsabilidade fundada na culpa". (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública : em defesa do meio ambiente, patrimônio cultural e dos consumidores : Lei nº 7.347/85 e legislação complementar**, 4ª ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1996, P. 200).

Evidentemente, tal princípio encontra-se igualmente em sintonia com o do desenvolvimento sustentável, previsto na mesma Constituição de 1988.

O instituto da responsabilidade objetiva goza, portanto, de inquestionável validade em nosso ordenamento jurídico, anotando-se inclusive, que o veto ao art. 5º, da Lei nº 9.605/98 (lei dos crimes ambientais), o qual reiterava tal responsabilização, é explicitado na Mensagem nº 181, enviada ao presidente do Congresso Nacional pelo chefe do Poder Executivo, onde justifica-se o mencionado veto pelo fato de já estar prevista a responsabilidade objetiva por danos ambientais na Lei nº 6.938/81, que dispõe sobre a política nacional de meio ambiente, estando tal princípio consolidado na doutrina e na jurisprudência sobre a matéria.

Registre-se, por fim, o que art. 3º, da referida Lei nº 9.605/98, estendeu taxativamente a responsabilidade pelos danos ambientais, inclusive na parcela da responsabilidade civil, às pessoas jurídicas.

VI. Da delimitação da responsabilidade objetiva independente de culpa, nos danos ambientais

Como já visto, a evolução da concepção liberal do Estado para o Estado-Social provocou uma profunda transformação na proteção dos direitos dos cidadãos, pois, como anota COSTA JR., "de um lado, entre os direitos da pessoa humana, ganhou relevo a defesa da pessoa social e, paralelamente, as liberdades individuais foram perdendo aquele traço egoístico que as caracterizava, para assumirem uma dimensão que constitui garantia de expansão social. De outra parte, afirma-se um novo princípio objetivo da solidariedade, em nome do qual se reconhecem justas e consideráveis limitações ao exercício de alguns direitos fundamentais e, em especial, dos direitos da propriedade da livre iniciativa econômica" (CERNICCHIARO, Luiz Vicente, COSTA JR., Paulo José. **Direito Penal na Constituição**. 3ª ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 265-266).

Assim, o direito ao equilíbrio ecológico e à sanidade do ambiente não se apresenta estanque, está entre os direitos fundamentais e deriva diretamente do Estado Democrático de Direito, sendo a sua defesa dever fundamental, por isso a responsabilidade civil de sua regeneração, a se dar precipuamente pela intervenção do Ministério Público via ação civil pública, ao lado da regulamentação administrativa e resposta penal.

A degradação ambiental, como vulneração de imposição legal determinando a integridade do meio ambiente e das relações ecológicas, pode ser definida perfeitamente como ato ilícito cujos efeitos são produzidos independentemente da vontade do agente.

Se não há culpa, então a responsabilidade objetiva deve, necessariamente, ser aplicada em conseqüência do risco inerente ao exercício lícito da atividade, como compensação dos benefícios dela extraídos, tendo GIROD definido, quanto ao causador do dano ambiental, que "se estimanos que ele deve reparação, é porque a atividade danosa é por ele aproveitada. Deve haver, de qualquer sorte, uma compensação natural entre as vantagens que ele retira de suas

atividades e o prejuízo que ele causa aos particulares" (GIROD, Patrick, *La reparation du dommage écologique*, citado por LUCARELLI, Fábio Dutra. **Responsabilidade civil por dano ecológico**. Revista dos Tribunais, fevereiro de 1994, vol. 700, p. 15).

A princípio, tal responsabilidade não encontraria limites, nos moldes da teoria do risco integral, amplamente majoritária, sob o fundamento de que, como afirmado por ATHIAS "da mesma forma que a apropriação do bônus decorrente da atividade potencialmente causadora de dano ambiental é feita por quem põe em jogo a atividade, também o ônus que dela venha a decorrer deve ser por ela arcado, sob modalidade do risco integral". (ATHIAS, Jorge Alex Nunes. Responsabilidade civil e meio-ambiente – Breve panorama do direito brasileiro. In: BENJAMIM, Antonio Herman V. coordenador, **Dano ambiental : prevenção, reparação e repressão**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 246).

Face a adoção da teoria do risco integral estariam, portanto, afastadas causas que a afastassem o dever de indenizar, como colocado por LUCARELLI, ao listar as conseqüências da adoção da responsabilidade objetiva, que "como excludentes de responsabilidade não serão aceitos os eventos da natureza, caso fortuito ou força-maior, a ação de terceiros ou a licitude da atividade, sua conformação às normas gerais estabelecidas pelo Poder Público". (LUCARELLI, Fábio Dutra. **Responsabilidade civil por dano ecológico**. Revista dos Tribunais, fevereiro de 1994, vol. 700, p. 16).

Igualmente adepto da teoria do risco integral, ou risco proveito, NERY JÚNIOR acrescenta que: "a adoção, pela Lei, da teoria do risco da atividade ou da empresa, da qual decorre a responsabilidade objetiva, traz como conseqüências principais: a) a prescindibilidade da culpa e do dolo para que haja o dever de reparar o dano; b) a irrelevância da licitude da conduta do causador do dano para que haja o dever de indenizar; c) a inaplicação, em seu sistema, das causas de exclusão da responsabilidade civil (cláusulas de não-indenizar, caso fortuito e força maior)". (NERY JÚNIOR, Nelson, **Responsabilidade Civil e Meio Ambiente,** *in web page*, http://www.jurinforma.com.br/artigos/0290.htm)

Neste sentido, fica o poluidor obrigado a reparar o dano efetivamente provocado, bem como, poderá ser acionado em razão do dano que provavelmente decorreu ou decorrerá de sua atividade, suplantando assim a responsabilidade civil tradicional e sua exigência de que existisse efetivamente de um dano, bastando a possibilidade de um dano ambiental para a responsabilização do agente.

Desenvolvendo a teoria do risco integral, a responsabilidade objetiva em matéria ambiental apresenta contornos ainda mais precisos nos termos do princípio poluidor-pagador, segundo o qual o poluidor é obrigado a reparar o dano causado por sua conduta a fim de saldar sua dívida para com a sociedade e restituindo o ambiente a seu estado anterior.

Analisando este princípio fundamental ao Direito Ambiental, BENJAMIM asserverа que "o objetivo maior do princípio poluidor-pagador é fazer com que os custos das medidas de proteção do meio ambiente – as externalidades ambientais – repercutam nos custos finais de produtos e serviços cuja produção esteja na origem da atividade poluidora". (BENJAMIM, Antonio Herman V. O princípio do poluidor-pagador e a reparação do dano ambiental. In: BENJAMIM, Antonio Herman V. coordenador, **Dano ambiental : prevenção, reparação e repressão**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 229).

Registre-se que MILARÉ, ao analisar os fundamento da responsabilidade civil objetiva, diz que tal modalidade decorre do clássico princípio de eqüidade, na medida em que "aquele

que lucra com uma atividade deve responder pelo risco ou pelas desvantagens dela resultantes. Assume o agente, destrarte, todos os riscos de sua atividade, pondo-se fim, em tese, à prática inadimissível da socialização do prejuízo e a privatização do lucro". (MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente : doutrina, prática, jurisprudência, glossário**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 338/339).

Há que se reconhecer, entretanto, que mesmo a adoção do risco integral não afasta o reconhecimento de limitações à responsabilização objetiva, como nos incidentes em que não forem de qualquer forma associados à ação humana, uma vez que nesse caso não haveria como se estabelecer o necessário nexo de causualidade entre a atividade e o dano.

Tal noção em nada invalida a responsabilidade objetiva nos moldes do risco integral e do princípio do utilizador-pagador, sendo esclarecedora a observação de SOUZA: "Vezes há, no entanto, em que a força maior e o caso fortuito excluem a própria ação, ou seja, teremos um resultado lesivo, mas não podemos identificar uma ação humana positiva ou negativa como seu causador". (SOUZA, Mauro Cionecchetti de. **Interesses difusos em espécie: temas de direito do consumidor, ambiental e da lei de improbidade administrativa**. São Paulo : Saraiva, 2000, p. 44).

No sentido de reconhecer-se excludentes de responsabilidade relativamente ao dano ambiental, BARACHO JÚNIOR sustenta que "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais requerem a sua concretização adequada nos casos concretos, o que poderá levar ao reconhecimento de situações nas quais, apesar da existência do *fato* dano ambiental, não haja a imputação de responsabilidade em razão do princípio da adequabilidade recomendar, no caso, a aplicação de norma que garanta outro direito fundamental. Não se pode pretender, assim, sustentar uma responsabilidade a ser sempre absulutamente imputada, mas uma responsabilidade principiológica que tenha por referência a legitimidade da decisão ambiental". (BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. **Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente**. Belo Horizonte : Del Rey, 1999, p. 327).

Assim, quanto a mensuração do prejuízo ambiental ensejador da responsabilização objetiva, deve o mesmo configurar-se como grave, que escape da normalidade das atividades licitamente desempenhadas e suplante a capacidade do ambiente em assimilá-lo, bem como deve ser não eventual, ou seja, não pode configuar-se em dano momentâneo que se extinga sem maiores conseqüências, o que evidentemente só poderá ser avaliado no caso concreto.

A adoção da teoria objetiva inverteu o ônus da prova, isto é, não se tem mais que demonstrar a causalidade entre a atividade do agente e o dano. Há uma presunção de causalidade, cabendo ao acusado afastar sua responsabilidade.

VII. Conclusão

Do exposto, conclui-se que:

a) a reparação dos danos causados ao meio ambiente será pela via da responsabilidade objetiva, a qual independerá da ilicitude da atividade ou de culpa;
b) o Ministério Público deverá promover a regeneração do ambiente vulnerado através da ação civil pública;
c) a responsabilidade objetiva está fundada no princípio do utilizador-pagador, imputando o

ônus da regeneração do ambiente àquele que auferiu vantagem com sua utilização ou degradação;

d) a responsabilização objetiva somente não será observada face a ausência de ação humana conexa ao dano, e nas hipóteses que a gravidade do dano ou sua não momentaniedade;

e) a adoção da responsabilidade objetiva implica na inversão do ônus da prova.

VIII. Bibliografia

ATHIAS, Jorge Alex Nunes. Responsabilidade civil e meio-ambiente – Breve panorama do direito brasileiro. In: BENJAMIM, Antonio Herman V. coordenador, **Dano ambiental : prevenção, reparação e repressão**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1993.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. **Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente**. Belo Horizonte : Del Rey, 1999.

BENJAMIM, Antonio Herman V. coordenador. **Dano ambiental : prevenção, reparação e repressão**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1993.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente, COSTA JR., Paulo José. **Direito Penal na Constituição**. 3ª ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1995.

FREITAS, Vladmir Passos de. **Direito Administrativo e meio ambiente**. Curitiba : Juruá, 1993.

LUCARELLI, Fábio Dutra. **Responsabilidade civil por dano ecológico**. Revista dos Tribunais, fevereiro de 1994, vol. 700.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública : em defesa do meio ambiente, patrimônio cultural e dos consumidores : Lei nº 7.347/85 e legislação complementar**, 4ª ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1996.

MARQUES, José Roque Nunes. **Direito Ambiental : análise da exploração madeireira na amazônia**. São Paulo : LTr, 1999.

MILARÉ, Édis. coordenador. **Ação civil pública : Lei 7.347/85 : reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1995.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente : doutrina, prática, jurisprudência, glossário**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2000.

NERY JÚNIOR, Nelson, **Responsabilidade Civil e Meio Ambiente,** *in web page*, http:// www.jurinforma.com.br/artigos/0290.htm.

SAMPAIO, José Marques Sampaio. **Responsabilidade civil e reparação de danos ao meio ambiente**. 2ª edição. Rio de Janeiro : Editora Lumen Juris, 1998.

SOUZA, Mauro Cionecchetti de. **Interesses difusos em espécie: temas de direito do consumidor, ambiental e da lei de improbidade administrativa**. São Paulo : Saraiva, 2000, p. 44.

STOCCO, Rui. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial : doutrina e jurisprudência**. 4ª ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1999.

WALD, Arnoldo. **Obrigações e contratos**. 10ª ed., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1992.

TESE 33

INDENIZAÇÃO DO PASSIVO AMBIENTAL ATRAVÉS DA CRIAÇÃO DE FUNDAÇÃO AMBIENTALISTA. ESTUDO DE CASO. EXPERIÊNCIA INOVADORA.

Hortênsia Gomes Pinho
Promotora de Justiça - BA

"Somos os herdeiros de uma imensa, imensamente bela, imensamente rica província da Terra que, lamentavelmente, mais temos malgastado que fecundado. Tamanho foi o desgaste que, hoje, tarefa maior é salvar toda beleza prodigiosa da natureza que conseguiu sobrevivera à nossa ação predatória. É fixar as diretrizes para uma convivência melhor com as terras, as matas, os campos, as águas e toda a diversidade quase infinita de formas de vida que nela ainda vicejam".

(Darcy Ribeiro)

I. INTRODUÇÃO

A legislação ambiental brasileira, a doutrina elegem como princípios basilares à precaução e a prevenção com ao fito de evitar a ocorrência dos danos ambientais. Contudo, o aparato administrativo é ineficaz sendo os danos ambientais, realidade constante e fato jurídico habitual, colocando os operadores do direito em constante busca por uma "solução ótima" e ou prestação jurisdicional perfeita.

A constituição Federal no seu art. 225 parágrafo 3º e a Lei 6938/81, art. 4º, VII e Art. 14 parágrafo 1º, asseguram a obrigação dos infratores em restaurar ou recompor o bem ambiental e quando não for possível, indeniza-lo.

Na maioria dos casos é impossível a recomposição completa do meio ambiente lesado.

Assim, torna-se sempre necessária à indenização dos bens ambientais insusceptíveis de recomposição. É lógico que se parte para a indenização depois de esgotados todos os meios possíveis de restauração do bem degradado.

Registre-se, que deverá haver ressarcimento financeiro quando o dano for irrecuperável ou apenas parcialmente recuperável, porquanto a legislação impõe ao degradador a reparação **integral** do dano ambiental. Ademais, os bens ambientais tem tratamento distinto dos demais, posto que anônimo, pertencente a coletividade, indisponível, não estando sujeito a prescrição prevista nas regras clássicas do direito civil.

No entanto, a quantificação econômica do Passivo Ambiental é desafio a todos os envolvidos com a questão Ambiental. Existem algumas metodologias no país que envolvem princípios de engenharia econômica e da matemática, utilizando como método de avaliação custo benefício, custo de restauração, preço substitutivo, preço de mercado, valoração do risco assumido, lucros obtidos, etc., mas todos reconhecem o caráter inestimável do bem Ambiental e uma inegável imponderabilidade, afinal quanto custa, quanto vale, quanto significa em moeda uma espécie da flora ou fauna em extinção?

Porém, imperioso exigir o ressarcimento dos bens ambientais lesados e insuscetíveis de recuperação. A ausência de uma fórmula **perfeita** não pode ser o entrave, beneficiando os degradadores, em detrimento de toda a humanidade.

A previsão do depósito do dinheiro relativo à indenização de bens ambientais no fundo especial previsto no art. 13 da lei 7347/85 tem se mostrado contraproducente e inócuo, na medida que não há reversibilidade desses valores monetários, para a localidade do dano ambiental específico.

II. EXPOSIÇÃO

O ESTUDO DE CASO: SIBRA ELETROCIDERÚRGICA S.A.

A Eletrosiderurgica SIBRA encontra-se instalada no Município de Simões Filho-BA a mais de 38(trinta e oito anos), produzindo ferro-liga, tendo como principal fonte de poluição a emissão de material particulado, levando a contaminação do ar, do solo, da águas superficiais e subterrâneas, da fauna e da flora com possibilidade de dano de saúde da comunidade do entorno da fábrica.

A Promotoria do Meio Ambiente da comarca de Simões Filho entabulou negociação com a Sibra com o intuito de identificar os problemas a serem corrigidos, padrões ambientais a serem aplicados e tecnologias necessárias para eliminar ou minimizar as fontes de poluição da citada unidade, adequando-a aos requisitos ambientais exigíveis.

Das negociações, com mais 80(oitenta horas) ao longo de 07 (sete meses), das quais, resultaram acordados, os aspectos técnicos, dentre estes, estudo epidemiológico, sistema de controle das emissões atmosféricas, estudo da contaminação do solo por metais pesados, remoção e reabilitação dos resíduos sólidos, reciclagem dos resíduos, monitoramento das água subterrânea, diagnóstico ambiental da Bahia de Aratú, etc... Totalizando 59 itens que compõe a cláusula das obrigações da compromissária, inclusive cronograma de execução e forma de fiscalização.

Restou, entretanto, impasse relativo à quantificação monetária do Passivo Ambiental, concernente aos bens insusceptíveis de recuperação ou sujeitos à recuperação parcial.

Dificílima a quantificação do dano neste caso concreto dado à pulverização do mesmo (ar, água, solo, fauna, flora, etc.), bem como a ausência de dados para a utilização das formulas matemáticas.

Optamos pela metodologia que calcula o passivo com base em um percentual sobre o patrimônio da Empresa.

Os valores se tornaram imensamente significativos, porquanto a empresa fora comprada no curso do Inquérito Civil pela Companhia Vale do Rio Doce.

No decorrer das negociações a proposta inicial foi bastante reduzida porquanto, demonstrado em auditoria externa de empresa reconhecidamente idônea, que a SIBRA tinha um passivo de dívidas superior a seu patrimônio.

A negociação foi fechada em R$3.000.000,00 (três milhões de reais) corrigidos monetariamente, a serem pagos ao longo de 04 (quatro) anos, quantia esta relativa ao passivo, uma vez que a totalidade do termo de ajustamento de conduta, foi ultimado em cerca de R$12.000.000,00 (Doze milhões de reais).

Acordamos que os valores relativos ao passivo ambiental seriam destinados a uma fundação ambientalista a ser criada no município, cujo patrimônio e a manutenção adviriam das verbas oriundas da respectiva indenização.

No Termo de Ajustamento de Conduta, foi definido também o Primeiro Projeto, a construção de 200 (duzentas) casas populares para a população mais atingida pela poluição, em razão da direção dos ventos.

Resistimos inicialmente, mas a empresa argumentou a necessidade da materialização, da indenização acordada, que pudesse ser vista, apontada e exibida. Aceitamos, porque percebemos que este condomínio de casas poderia ser concebido como uma comunidade sustentável.

Subscrevemos o Termo de Ajustamento de Conduta em 30 de março de 2000 e a Fundação foi criada em 02 de Junho de 2001 tendo seu Conselho curador composto por um membro indicado pelas Entidades Ambientalistas do município com mais de 06 (seis) anos de existência, um membro indicado pelo Ministério Público, um membro indicado pela Câmara de Vereadores e o último indicado pelo poluidor.

A Fundação nominada Fundação CRÊ, tem como missão promover soluções sustentáveis. Seu primeiro e principal projeto é intitulado Projeto SER, (Social Empreendimento Responsável), sendo constituído por 04 (quatro) Sub-projetos, a saber:

a) O Projeto de construção das Casas Populares.
b) O Projeto da Agenda 21
c) O Projeto das Cooperativas Populares
d) O Projeto do Banco de Dados Geo-Referenciados.

A Agenda 21 já está em andamento, com cronograma de execução em quatro meses. Em agosto último, ocorreu o primeiro Seminário Participativo.

O Projeto de construção das casas populares está na fase de levantamento cartográfico e depende, como os demais, do Projeto Agenda 21, que fornecerá perfil sócio-econômico e cultural da comunidade alvo.

O Banco de Dados - Geo-Referenciado esta sendo orçado.

Vejamos o que tem inovador neste Termo de Ajustamento de Conduta:

1. A indenização do passivo ambiental dos bens insusceptíveis de recuperação enseja a criação de uma Fundação Ambientalista. O que ocorre pela primeira vez no Brasil.

2. A Fundação formou seu patrimônio e será mantida por 04 (quatro anos) pelos pagamentos do poluidor.

3. A pretensão é que a Fundação CRÊ alcance auto sustentação e prossiga permanentemente na defesa da questão ambiental.

4. Houve um critério participativo e democrático na constituição da Fundação, porquanto, os membros do Conselho curador são indicados por diversas entidades, (Ministério público, Entidade Ambientalista, Câmara de Vereadores e Poluidor).

5. Ausência de interferência contraproducente do poluidor-pagador no comando da Fundação, pois sua representatividade é restrita a indicação de um nome para compor o Conselho Curador e um outro para compor o Conselho Fiscal.

6. O instituidor da Fundação não é o poluidor, apesar de fazer o repasse financeiro, porque o faz a título de indenização do passivo ambiental. "Os donos do dinheiro" são a comunidade atingida e o Meio Ambiente, este representado pela ONG Ambientalista mais antiga do Município, com 14 anos de existência, figurando na Escritura de Constituição como Instituidora.

7. Fiscalização da fundação pelo MINISTÉRIO PÚBLICO, não apenas em razão da Curadoria das Fundações, mas pela relação embrionária com o Parquet, inclusive com indicação perpétua de um dos quatro membros do Conselho.

8. Dentre os objetivos da Fundação, previstos no Estatuto está, custear, sempre que possível, as Perícias do MINSITÉRIO PÚBLICO. Isso é excepcionalmente positivo. Pois a efetivação do princípio do Poluidor/Pagador nem sempre é possível e normalmente gera constrangimentos.

9. Busca-se a materialização da Sustentabilidade global tão alardeada em teoria e neste caso com possibilidade de concretização.

O projeto SER cria uma comunidade sustentável que beneficiará 200 (duzentas) famílias de baixa renda da localidade atingida pela poluição, indo além da edificação de paredes e telhados. Esta comunidade utilizará Energia Solar, captará água, possuirá sistema próprio de tratamento de esgoto, buscará diminuir o lixo produzido, reciclará o mesmo, além de fomentar a implantação de cooperativas populares respeitando as vocações da Comunidade.

È notório que o projeto só funcionará e permanecerá se introjetada na consciência da comunidade a **Educação Ambiental** levada a efeito pela catalização da metodologia da Agenda 21.

Mister, registrar que tal iniciativa pioneira não afronta quaisquer disposições legais. A previsão da indenização pelo dano causado ser revertido ao Fundo Nacional do Meio Ambiente à dicção do art. 13 da lei 7347/85 c/c a Lei 7797/89, trata de condenação em dinheiro, derivada de Ações Civis Públicas. (art. 3º da Lei 7347/85).

A criação da fundação constitui obrigação de fazer, e no caso subexame foi previsto em um Termo de Ajustamento de Conduta, que extinguiu uma Ação Civil Pública fruto do acordo de vontades entre as partes, fato que, inclusive, poderia se dar em sede de Inquérito Civil.

III. CONCLUSÃO

1 – O Ministério Público sempre que verificar a existência de dano ambiental além de exigir a recomposição e recuperação dos bens lesados e atuar na causa/fonte ensejadora do dano, não deve olvidar em exigir também, o ressarcimento financeiro do passivo ambiental referente aos bens insusceptíveis de recuperação total ou parcial, independentemente do lapso temporal.

2 – Propomos que o Ministério Público inclua, sempre que possível, dentre as formas de ressarcimento financeiro do dano ambiental, a criação de fundação ambientalista sediada no local do dano, que tenha dentre seus objetivos a recuperação e prevenção de danos ambientais.

IV. BIBLIOGRAFIA.

Leite, José Rubens Morato – DANO AMBIENTAL: DO INDIVIDUAL AO COLETIVO EXTRAPATRIMONIAL, Ed. Revista dos Tribunais.

Antunes, Paulo de Bersa – DANO AMBIENTAL: UMA ABORDAGEM CONCEITUAL, Ed. Lumem Juris.

Milaré, Edis – DIREITO DO AMBIENTE, Ed. Revista dos Tribunais.

Milaré, Edis – LEGISLAÇÃO AMBIENTAL DO BRASIL, Edições APMP.

Ribeiro Darcy - CONFISSÕES, Ed. Companhia das Letras.

TESE 34

ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO PROCESSO PARTICIPATIVO DE IMPLANTAÇÃO DOS INSTRUMENTOS QUE GARANTEM A GESTÃO AMBIENTAL E A PROTEÇÃO DA ZONA COSTEIRA

Gilka da Mata Dias
Promotora de Justiça - RN

1. JUSTIFICATIVA

A zona costeira brasileira caracteriza-se por possuir ecossistemas de grande relevância ambiental e sócio-econômica. É reconhecida por sua extensa porção contínua de manguezais e por deter riquezas tais como recifes de corais, campos de dunas, estuários, complexos lagunares, restingas, planícies e a maior extensão remanescente de mata atlântica.

Distribuído em dezessete Estados, quatrocentos e doze municípios, treze capitais e cinco regiões metropolitanas e com uma população de 36.500.000 (trinta e seis milhões e quinhentos mil) habitantes, com densidade média de 88 hab/km2 (oitenta e oito habitantes por quilômetro quadrado), o litoral brasileiro tem convivido com graves questões, com destaque para as relacionadas aos acelerados processos de expansão urbana e crescimento da população, as geradas pela ocupação agro-industrial, pelo turismo, pela contaminação e exploração de recursos e por todos os consectários nocivos dessas atividades, como desmatamento, erosão, assoreamento de rios, rebaixamento do lençol freático, alterações de paisagem, resíduos, efluentes industriais que, entre outros, costumam chegar ao conhecimento do Ministério Público.

Os impactos sobre a **zona costeira** são muitos e não se resumem apenas ao aspecto ambiental. Problemas sócio-econômicos e de saúde pública podem ser citados também como reflexos da ocupação dessa área, chegando a comprometer a qualidade de vida da população local.

No mister de bem cumprir as funções institucionais estatuídas no artigo 129, incisos II e III da Constituição Federal e de proteger o espaço costeiro das atividades e processos danosos, ressente-se o Ministério Público, muitas vezes, de instrumentos específicos de proteção, o que limita a sua atuação a ações pontuais que, por sua vez, não se revelam como uma solução de efetiva proteção desse território.

A proteção da zona costeira só será efetivamente obtida com ações ordenadas e inseridas em um sistema integrado de planejamento e gestão.

Esse processo de gestão encontra-se previsto no Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro, instituído pela Lei 7.661/88; porém, muitos Estados e municípios costeiros têm encontrado dificuldades operacionais para implantá-lo, ocasionando retardamentos no alcance de seus objetivos e agravamento das situações de risco existentes.

A proposta que se pretende lançar nesta oportunidade é a de que, sem prejuízo da atuação que costuma realizar na esfera de proteção ambiental e social, o Ministério Público deve atuar no processo participativo previsto no Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro para buscar atingir os instrumentos de gestão capazes de prevenir, conter os danos verificados e restaurar esse espaço, considerado pela Constituição Federal como patrimônio nacional.

II. ZONA COSTEIRA: PATRIMÔNIO NACIONAL

A Zona Costeira, pela sua riqueza, diversidade e pelo que esse ecossistema representa para as presentes e futuras gerações, obteve pela **Constituição Federal** tratamento diferenciado, onde foi enaltecido esse espaço, e elevado ao *status* de **patrimônio nacional,** como se observa no § 4.º, do artigo 225: *§4.º A Floresta Amazônica Brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a* ***Zona Costeira*** *são* ***patrimônio nacional****, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais*

Recepcionada pela Carta Magna, a Lei número 7.661 de 16 de maio de 1988 criou, em seu artigo primeiro, o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro – PNGC e estabeleceu como finalidade desse plano, após subordiná-lo à observância dos objetivos genéricos da Política Nacional do Meio Ambiente - especificamente os artigos 2.º e 4.º da Lei número 6.938, de 31 de agosto de 1981 - a orientação para *a utilização racional dos recursos da Zona Costeira, de forma a contribuir para elevar a qualidade de vida de sua população e a proteção do seu patrimônio natural, histórico, étnico e cultural.*

III. NECESSIDADE DE ORDENAMENTO DAS ATIVIDADES REALIZADAS NA EXTENSÃO DA ZONA COSTEIRA

Numa interpretação conjunta da Constituição Federal e das Leis 7.6661/88 e 6.938/81, constata-se, com destaque para o artigo 8.º, inciso II deste dispositivo legal, que qualquer projeto público ou privado situado na extensão da zona costeira que pode ameaçar o ecossistema deverá ser precedido de estudo de impacto ambiental.

A despeito dessa exigência legal – que, diga-se de passagem, enseja uma fiscalização intensiva dos órgãos ambientais *(em regra tão parcos em recursos humanos e logísticos)* e, por extensão, uma vigilância constante do Ministério Público – são comuns empreendimentos, até grandiosos, serem realizados ao arrepio da lei, sem qualquer licença ambiental e muitas vezes com o aval do próprio administrador municipal que concede alvarás de construção sem qualquer condicionante legal.

Sem querer depreciar a importância do estudo de impacto ambiental para atividades específicas e individualizadas situadas na zona costeira, não se pode deixar de perceber que a adoção desse condicionante, isoladamente, não reduz os riscos de depredação e não propicia o desenvolvimento sustentável dessa área.

Uma política de gestão uniforme e integrada – de âmbito federal, estadual e municipal - para o ordenamento da zona costeira facilitaria sobremaneira a atuação dos órgãos legitimados para proteção deste espaço.

IV. PLANO NACIONAL DE GERENCIAMENTO COSTEIRO

A Lei número 7.661/88, por não dispor de mecanismos auto aplicáveis de atuação, remete sua regulamentação para o Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA e para o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro.

Elaborado por um Grupo de Coordenação, dirigido pela Secretaria da Comissão Interministerial para os Recursos do Mar – SECIRM e aprovado elo Conselho Nacional do Meio Ambiente, CONAMA, na forma do artigo 4.º da Lei 7.661/88, o Programa Nacional de Gerenciamento Costeiro foi, a princípio, aprovado através da Resolução 01, de 21. 11. 90 [1] da Comissão Interministerial para os Recursos do Mar e, após, **revisado** através da Resolução n.º 005, de 03 de dezembro de 1997[2], tendo ficado com a designação de Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro II (PNGN II).

Importa destacar que o PNGC II considerou como **zona costeira** *o espaço geográfico de interação do ar, do mar e da terra, incluindo seus recursos ambientais.* No que diz respeito a sua limitação marítima referiu-se à *faixa que se estende mar afora distando 12 milhas marítimas das Linhas de Base estabelecidas de acordo com a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, compreendendo a totalidade do Mar Territorial.*

Como delimitação terrestre, estabeleceu como parâmetro *a faixa do continente formada pelos municípios que sofrem influência direta dos fenômenos ocorrentes na Zona Costeira, a saber: a) os municípios defrontantes com o mar, assim considerados em listagem desta classe, estabelecida pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE); b) os municípios contíguos às grandes cidades e às capitais estaduais litorâneas, que apresentem processo de 'cornurbação'; d) os municípios próximos ao litoral, até 50 km da linha de costa, que aloquem, em seu território, atividades ou infra-estruturas de grande impacto ambiental sobre Zona Costeira, ou excossistemas costeiros de alta relevância; e) os 'municípios estuarinos-lagunares, mesmo que não diretamente defrontantes com o mar, dada a relevância destes ambientes para a dinâmica marítimo-litorânea; e f) os municípios que, mesmo não defrontantes com o mar, tenham todos seus limites estabelecidos com os municípios referidos nas alíneas anteriores.*

Nota-se que o critério adotado pelo Plano considerou como costeiro o município em sua integralidade e não apenas uma parte dele. Essa nova definição permite a adoção de mecanismos uniformes de preservação do município como um todo.

O PNGC II adotou como instrumentos de gerenciamento ambiental, além dos previstos no artigo 9.º da Lei número 6.938/81, os seguintes: Plano Estadual de Gerenciamento Costeiro – PEGC, Plano Municipal de Gerenciamento Costeiro, Sistema de Informações do Gerenciamento Costeiro, Sistema de Monitoramento Ambiental da Zona Costeira SMA –ZC, Relatório de Qualidade Ambiental da Zona Costeira – RQA –ZC, Zoneamento Ecológico-Econômico Costeiro – ZEEC e o Plano de Gestão da Zona Costeira.

Como objetivos do Plano, merecem aqui destaque: a promoção do ordenamento do uso dos recursos naturais e da ocupação dos espaços costeiros; o estabelecimento do processo de gestão das atividades sócio-econômicas na Zona Costeira, de modo a contribuir para elevar a qualidade de vida de sua população; o desenvolvimento sistemático do diagnóstico da qualidade

1. publicado no Diário Oficial da União de 27.11.90, p. 22634
2. publicada no Diário Oficial da União n.º 09, de 14 de janeiro de 1998, Seção I, páginas 36 e 37

ambiental da Zona Costeira e o controle sobre os agentes causadores de poluição ou degradação ambiental sob todas as formas, que ameacem a qualidade de vida na Zona Costeira.

Para se alcançar tais objetivos foram traçadas **ações**, dentre essas a de *promover, de forma participativa, a elaboração e implantação dos Planos Estaduais e Municipais de Gerenciamento e dos Plano de Gestão, envolvendo ações de diagnóstico, monitoramento e controle ambiental, visando integrar o poder público, a sociedade organizada e a iniciativa privada.*

A Coordenação Geral do PNGC cabe ao Ministério do Meio Ambiente com apoio do Grupo de Integração Nacional do Gerenciamento Costeiro (GI-GERCO), coordenado pela Comissão Interministerial para Recursos do Mar – CIRM e Ministério do Meio Ambiente.

V. INCLUSÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NOS PROCESSOS PARTICIPATIVOS INSTITUÍDOS PELO PNGC II

Pretende-se, na presente proposta, incluir o Ministério Público nos processos participativos que visam a alcançar os objetivos do PNGC II.

Essa participação muito se coaduna com as atribuições ministeriais previstas na Carta Magna, que devem ser interpretadas sistematicamente com a Lei 8.625, de 12.02. 1993, em seu artigo 12, com a Lei Complementar número 75 de 20.05.1993, inciso III e artigo 6.º, inciso XIV, alínea *g* e com as Leis Orgânicas do Ministério Público de cada Estado.

Merece destaque o **Plano de Gestão da Zona Costeira – PGZC** que, nos dizeres do PNGC II: *compreende a formulação de um conjunto de ações estratégicas e programáticas, articuladas e localizadas, elaboradas com a participação da sociedade, que visam orientar a execução do Gerenciamento Costeiro.*

Esse documento é de suma importância para se priorizar as atividades ministeriais na matéria que lhe é afeta.

Destaca-se que a preocupação com as questões atinentes à proteção ambiental não é a única que permeia o Plano. O planejamento que se traça envolve questões sociais, de saúde, de segurança, culturais etc.

Com efeito, o plano arrola os principais problemas verificados na zona costeira, suas causas, a solução ideal dos problemas, as ações necessárias para tal, incluindo esclarecimentos dos recursos disponíveis, prazos, e fontes.

VI. EXEMPLO DE ATUAÇÃO PARTICIPATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO - ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

VI.1. NO MUNICÍPIO

No Estado do Rio Grande do Norte, podem ser citados como exemplos de planos de gestão, os confeccionados para os municípios de Baía Formosa e de Nísia Floresta.

No município de Nísia Floresta - um dos maiores municípios do Litoral Oriental do Rio Grande do Norte, abrangendo 313,6 Km2, encontrando-se localizado a 42 (quarenta e

dois) quilômetros de Natal, capital do Estado - a Promotoria local só tomou conhecimento do instrumento após a sua confecção; todavia, de posse deste, delineou a área de atuação ministerial, priorizando as suas ações de acordo com as necessidades prementes da população ali externadas.

Mister se faz destacar que como o plano de gestão municipal é montado com a participação de toda a sociedade, é possível, da análise do documento pelo Ministério Público, instaurar procedimentos, ajuizar ações civis ou adotar outras medidas que lhe compete para suprir a carência revelada pela população.

No Município de Nísia Floresta, podem ser citados como exemplos de atuações ministeriais motivadas pela análise sistêmica do planejamento realizado pela população através do plano de gestão: 1) procedimento instaurado no âmbito da Promotoria para solucionar os graves problemas de limpeza pública nas praias locais, que culminou na realização com o representante constitucional do Município de um termo de ajustamento de condutas às exigências legais; 2) ação civil pública ajuizada para implantação de postos salva-vidas em praias que oferecem perigo aos banhistas.

Num segundo passo, já no intuito de buscar soluções mais abrangentes para os problemas detectados, também com amparo no plano de gestão, a Promotoria participou e até promoveu reuniões e audiências públicas para, junto com equipe técnica do órgão ambiental estadual, expor a importância da Lei Municipal de Preservação do Meio Ambiente e da Lei de Zoneamento Ecológico-Econômico, que, na ocasião, já se encontravam redigidas como anteprojeto.

A presença do Ministério Público – instituição que dispõe de grande credibilidade dentro do município - é imensurável em iniciativas dessa natureza, pois garante grande repercussão para a questão, angaria maior número de interessados nos eventos de discussão *(os empreendedores sempre se fazem presentes, muitas vezes combatendo veementemente os direcionamentos recomendados)* e ajuda a disseminar o interesse pelas questões costeiras.

VI.2. NO ESTADO

No âmbito estadual, os documentos que mais interessam para a proteção da zona costeira são a Lei Estadual de Gerenciamento Costeiro e a Lei de Zoneamento Ecológico- Econômico da Zona Costeira, textos legais já existentes no Estado do Rio Grande do Norte, sendo este último limitado ao litoral oriental.

O Ministério Publico, através dos Centros de Apoio Operacional, pode ingressar no processo participativo não só para obtenção dos Textos Legais correspondentes em Estados que ainda não possuem, como também para buscar a efetiva aplicação dessas normas e dos outros instrumentos de gestão costeira.

No Estado do Rio Grande do Norte, merece destaque a **ação zona costeira,** que é um projeto de fiscalização integrada do espaço costeiro, onde fazem parte o Ministério Público Estadual, Federal e os seguintes organismos: Advocacia Geral da união, Secretaria do Patrimônio da União, Polícia Federal, Capitania dos Portos do RN, Procuradoria da Fazenda Nacional, Secretaria Estadual de Turismo, Secretaria de Estado dos Recursos Hídricos, Departamento de Estradas e Rodagem, Procuradoria Geral do Estado, Secretaria Especial de Meio Ambiente e Urbanismo, Secretaria Municipal de Serviços Urbanos, Tribunal de Contas da União e Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

VII. CONCLUSÕES:

Dos argumentos expostos, conclui-se que:

1) O Ministério Público, pela destinação institucional que possui, pode e deve participar dos processos que visam a alcançar os objetivos do Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro. Para tanto impõe-se:

1.1.) através dos Centros de Apoio Operacional às Promotorias do Meio Ambiente: acompanhar os estudos para a implementação do Plano Nacional de Gerencimento Costeiro II em cada Estado litorâneo;

1.2.) também, através do Centro de Apoio Operacional às Promotorias do Meio Ambiente, em cada Estado: fomentar parcerias com os órgãos ambientais responsáveis pela execução das ações previstas no PNGC e com os que, de qualquer modo, participam do controle de atividades existentes na área, com escopo de traçar ação de fiscalização conjunta da zona costeira;

1.3.) através das Promotorias de Justiça, nos municípios costeiros: estimular a população desses municípios para participar dos processos de implantação dos instrumentos de gestão da zona costeira, através de promoção de audiências públicas, coordenação de reuniões e realização de atividades correlatas em parceria com os órgãos de execução das ações previstas no Plano de Gerenciamento Costeiro;

TESE 35

O COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA COMO INSTRUMENTO MINISTERIAL DE TUTELA DOS AGROTÓXICOS

A. Ricardo Rangel de Andrade
Promotor de Justiça - GO

Sumário: I. Introdução. II. Da destinação final de embalagens vazias de agrotóxicos. Implementação de sistema de parceria entre os revendedores de agrotóxicos para construção de unidades de recebimento. III. Da atuação do Ministério Público. Celebração de compromisso de ajustamento de conduta com as revendedoras de agrotóxicos para cumprimento das exigências legais e implamentação de parcerias para construção de unidades de recebimento. IV. Conclusão.

I. Introdução

A Constituição Federal, em seu art. 225, § 1º, inciso V, impõe a obrigatoriedade do poder público no controle dos agrotóxicos:

> "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.*
>
> *§1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao poder público:*
>
> *(...)*
>
> *V – controlar 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"***.

As Constituições estaduais, em regra, reproduzem esse comando constitucional, com o escopo de efetivar, de forma permanente e apropriada, o controle de tais substâncias pelo poder público.

Nesse rol de *"substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente"* inserem-se, indubitavelmente, os agrotóxicos, seus componentes e afins, consoante as definições dispostas na Lei nº 7.802/89 (art. 2º, incisos I e II) e no Decreto nº 98.816/90 (art. 2º, incisos XX, XXI e XXII) que a regulamenta.

Vale dizer, aqui, que a terminologia agrotóxico abarca outras denominações, comumente usadas de forma eufemística — com intuito de dissimular a ação danosa sobre o meio ambiente — como "defensivos agrícolas", "praguicidas", "pesticidas", etc.

Há, portanto, presunção *juris tantum* de que os agrotóxicos, seus componentes e afins são substâncias perigosas e poluentes, oferecendo riscos à saúde, à qualidade de vida e ao meio ambiente.

Impõe-se, como decorrência lógica de tais predicados, o seu controle pelo Poder Público. Não foi por outro motivo que está previsto em lei a obrigatoriedade de seu registro, mediante publicação prévia que *"prioritariamente, visa defender os interesses sociais e individuais nas áreas de alimentação, saúde e meio ambiente"*[1]. Prescrições e exigências rigorosas, de observância obrigatória, também foram estabelecidas no tocante à rotulagem e à embalagem.

Em suma, a manipulação — produção, manejo, comercialização, uso, etc. —, o fracionamento e a reembalagem, de agrotóxicos, de forma inadequada, irresponsável, ou em desacordo com as determinações legais, podem trazer danos significativos ao meio ambiente e à saúde pública, razões pelas quais foram atribuídas várias responsabilidades (obrigações de fazer e não fazer) aos usuários (ou agricultores), comerciantes (ou revendedores) e produtores (ou fabricantes) de agrotóxicos, concomitantemente ao amplo poder-dever de fiscalização do poder público.

A atividade legiferante concentrou-se, sobretudo, no estabelecimento de normas para destinação final das embalagens vazias de agrotóxicos, cominando sanções administrativas, civis e criminais em caso de não cumprimento.

II. Da destinação final de embalagens vazias de agrotóxicos. Implementação de sistema de parceria entre os revendedores de agrotóxicos para construção de unidades de recebimento.

Os resíduos[2] remanescentes (embalagens contaminadas), ordinariamente, provocam riscos ao meio ambiente e à saúde, tendo em vista a permanência por longo tempo dos princípios ativos que fomentam o poder toxicológico dos agrotóxicos e seus componentes.

Avoluma-se essa inquietação, proveniente da desídia no manejo de agrotóxicos, se atentarmos ao fato de que muitas dessas embalagens vazias de agrotóxicos são reutilizadas como utensílios domésticos, enterradas em locais impróprios, queimadas ou abandonadas na lavoura, estradas e às margens de mananciais d'água.

Se isso não bastasse, os municípios carecem de regulamentação específica concernente à responsabilidade dos distintos geradores de resíduos, sustentabilidade financeira do sistema, normatização das atividades, etc. [3]

Desta feita, todos os atores envolvidos, de alguma forma, neste "procedimento" complexo de destinação final das embalagens, a redundar na reciclagem controlada, foram

1. cf. LEME MACHADO, Paulo Affonso. Direito Ambiental Brasileiro. 8 ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2.000, pág. 541.
2. art. 2º, inciso XII, do Decreto nº 98.816/90
3. cf. RODRIGUES, Francisco Luiz. Limpeza Pública – Aspectos Ambientais. Centro de Estudos Judiciários - Conselho da Justiça Federal. In: Seminário Internacional de Direito Ambiental, realizado no auditório do Superior Tribunal de Justiça – Brasília-DF, 9 a 11 de maio de 2001.

contemplados com encargos legais.

Os usuários de agrotóxicos foram incumbidos, por expressa disposição legal, de, após realizarem a tríplice lavagem[4] ou a lavagem sob pressão, *"efetuar a devolução das embalagens vazias dos produtos aos estabelecimentos comerciais em que foram adquiridos (...)* ***podendo a devolução ser intermediada por postos ou centrais de recolhimento, desde que autorizados ou fiscalizados pelo órgão competente"*** (art. 6º, § 2º, da Lei nº 7.802/89, com redação dada pela Lei nº 9.974, de 06.06.2000).

Em relação às empresas produtoras e comercializadoras de agrotóxicos, seus componentes e afins, *"são responsáveis pela destinação final das embalagens vazias dos produtos por elas fabricados e comercializados, após a devolução pelos usuários, e pela dos produtos apreendidos pela ação fiscalizatória e dos impróprios para utilização ou em desuso, com vistas à sua reutilização, reciclagem ou inutilização, obedecidas as normas e instruções dos órgãos registrantes e sanitário-ambientais competentes"* (art. 6 º, § 5 º, da Lei nº 9.974, de 06.06.2000).

Numa análise singela dos dispositivos legais acima mencionados, poder-se-ia concluir, precipitadamente, que há uma faculdade de escolha por parte do usuário, dentre as hipóteses previstas em lei, em relação ao local para devolução das embalagens vazias de agrotóxicos, independentemente da existência de unidades de recebimento adequadas.

Seria, realmente, tal entendimento, a solução mais profícua e salutar, não se trata-se dos objetos a serem devolvidos de embalagens com resíduos de substâncias tóxicas que podem causar riscos à saúde e ao meio ambiente.

A preocupação ambiental vem, aqui, justamente, a inibir a dispersão das embalagens vazias de agrotóxicos, melhor se ajustando ao presente caso, a construção de unidades ou postos de recebimento. Uma única unidade de recebimento receberia embalagens vazias de agrotóxicos vazias vendidas por várias revendas.

Em sistema de parceria ("pool"), as empresas comercializadoras disponibilizariam esforços e recursos na construção de unidades de recebimento. E, justamente por serem em número significativamente mais reduzido do que as revendas, em muito facilitará o controle das embalagens vazias adquiridas e devolvidas pelos usuários para fins de fiscalização.

Isto porque, o ato de recebimento e armazenamento das embalagens vazias de agrotóxicos, está condicionado a uma séria de providências acautelatórias, como, a título de exemplificação, localização apropriada do estabelecimento comercial ou posto (distante de residências ou construções de uso coletivo), aparelhamento apropriado, área arejada e isolada, profissionais qualificados e treinados (e dotados de EPI), licenciamento ambiental, etc.

Inegável a necessidade de licenciamento ambiental das unidades de recebimento, já que acolherão grande quantidade de resíduos tóxicos. O próprio Decreto nº 98.816/90, em seu art. 33-F, estabelece a obrigatoriedade.

---

4. As embalagens de agrotóxicos usadas devem ser lavadas manualmente por 3 (três) vezes, mediante procedimento adequado (1.Escorrer bem o resto do produto da embalagem até espaçar o pingamento. 2.Colocar água até ¼ da embalagem e fechar com a tampa da rosca. 3.Agitar a embalagem por alguns segundos. 4.Entornar o líquido dentro do pulverizador para ser usado na aplicação). Após a tríplice lavagem, as embalagens metálicas ou de plástico devem ser inutilizadas, perfurando o fundo. O rótulo não deve ser danificado.

Além disso, para a criação das unidades de recebimento pressupõe-se a observância das normas técnicas competentes: dimensionamento e isolamento convenientes, facilidade de acesso aos usuários para as operações de recebimento, recolhimento e destinação de embalagens vazias, etc.[5]

Desta maneira, se preteríssemos o sistema de parceria, muitos estabelecimentos comerciais quedariam-se impossibilitados de receber e armazenar as embalagens vazias de agrotóxicos — como determina a lei —, seja por impossibilidade física, seja em decorrência de eventual descumprimento de outras normas (códigos de posturas, normas ambientais e urbanísticas municipais, etc.), seja em virtude dos altos investimentos que teriam que aportar para a implamentação e manutenção da estrutura da adequada.

Das unidades de recebimento as embalagens vazias seriam encaminhadas para a Central de recebimento, a quem caberá a seleção e prensagem do material, para, posteriormente, ser enviado para reciclagem.

Problema que pode advir da adoção do sistema de parceria consubstancia-se na recusa de determinada unidade de recebimento em receber embalagens vazias de agrotóxicos de usuários que as tenham adquirido de revendedores outros ou dos próprios fabricantes, que não contribuíram financeiramente ou operacionalmente em relação ao aludido posto.

A recusa não encontra amparo legal, sendo facultado ao usuário a devolução das embalagens vazias a qualquer unidade de recebimento credenciada[6].

Entende-se por "credenciamento" a simples construção em obediência às disposições legais, e conseqüente regularização junto aos órgão competentes (*v.g.* licenciamento ambiental).

Vale lembrar que o sistema de parceria somente mostra-se viável e oportuno, *in casu*, em razão de preocupações ambientais e de saúde pública.

Destarte, a simples recusa em receber embalagens de agrotóxicos, ou até mesmo a mera cobrança de "taxa" simbólica daqueles usuários que adquiriram os produtos fitossanitários em revendedores que não contribuíram com a construção da unidade de recebimento, onde se está efetivando a devolução, acaba por negar a razão de ser e primeira do próprio sistema de parceria.

Se, num primeiro momento, a preocupação com o meio ambiente e a saúde pública vem, *grosso modo*, favorecer os revendedores de agrotóxicos ao possibilitar a instituição do sistema de parceira, em aparente detrimento dos usuários que têm restringido o seu direito de devolver as embalagens vazias nos próprios estabelecimentos onde foram adquiridas, não pode esta causa primária, num segundo momento -- decorrente do primeiro —, ser ignorada.

Todo o desenvolvimento posterior desse sistema de parceria deve estar subordinado à sua proposição diretiva, ou seja, ao seu preceito predominante: minimização dos riscos à saúde pública e ao meio ambiente.

Assim sendo, a criação de parcerias entre os revendedores de agrotóxicos para a construção de unidades de recebimento, mostra-se, *a priori*, a solução mais viável do ponto de vista ambiental e passível de ser efetuada no plano fático.

5. arts. 33-D e 119-B, do Decreto nº 98.816/90, com redação dada pelos Decretos nsº 3.550, de 27 de julho de 2.000 e 3.694, de 21 de dezembro de 2.000.

6. art. 33-C, § 2º, do Decreto nº 98.816/90, com redação dada pelo Decreto nº 3.550, de 27 de julho de 2.000

III. Da atuação do Ministério Público. Celebração de compromisso de ajustamento de conduta com as revendedoras de agrotóxicos para cumprimento das exigências legais e implamentação de parcerias para a construção de unidades de recebimento.

Trata-se de função institucional 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***" (art. 129, III, da Constituição Federal).

O simples cotejo do dispositivo constitucional supra com o disposto na mencionada legislação infraconstitucional (Lei nº 7.802/89) e com o próprio art. 225 da Carta Magna, é suficiente para reconhecer-se a legitimidade do Ministério Público no controle de agrotóxicos — substâncias que comportam risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente.

Este mister constitucional confere ao Ministério Público, o poder-dever de exigir o cumprimento das exigências legais de todos os agentes envolvidos na fabricação, comercialização, utilização, licenciamento, fiscalização e monitoramento das atividades relacionadas com o manuseio, transporte, armazenamento e processamento dessas embalagens.

É certo que inexistem graus de importância hierárquica em relação às fases desse "procedimento" complexo de destinação final das embalagens vazias de agrotóxicos — as etapas e responsabilidades dos agentes são interdependentes —, a fim de que se possa aferir o momento mais adequado para a intervenção ministerial.

Porém, alumia-se, pelas razões aduzidas, a premente necessidade de implamentação dos sistemas de parceria e construção das unidades de recebimento, que ocupam uma posição estratégica — de concentração das embalagens vazias — nesse "procedimento" de destinação final das embalagens de agrotóxicos.

Para atingir referido intuito o Ministério Público dispõe de um importante instrumento — termo de ajustamento de conduta (art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/85) — que, ao adequar a conduta dos revendedores de agrotóxicos às exigências legais, pode catalisar a implamentação do sistema de parceria para a construção das unidades de recebimento.

A celebração do compromisso de ajustamento de conduta com as empresas revendedoras para a construção de unidades de recebimento, tantas quantas sejam necessárias, acaba por instituir, indiretamente, o sistema de parceria e vice-versa. [7]

De caráter eminentemente preventivo, o compromisso de ajustamento de conduta celebrado dará efetividade prática à lei, envolvendo assunção voluntária e consciente da

7. O Ministério Público do Estado de Goiás, em abril/junho de 2.001, por intermédio das Promotorias de Justiça de Luziânia, Cristalina, Vianópolis e Formosa, e sob a Coordenação do Centro de Apoio Operacional de Defesa do Meio Ambiente, celebrou compromisso de ajustamento de conduta com 57 (cinqüenta e sete) revendedoras de produtos fitossanitários, nas quais se incluem revendas do Distrito Federal, que, mesmo eventualmente, vendem seus produtos no Estado de Goiás. As revendas se comprometeram, dentre outras obrigações assumidas (*v.g.* implamentar programas educativos e mecanismos de controle ao uso correto e seguro de produtos fitossanitários, e de estímulo à devolução das embalagens vazias por parte dos usuários, apresentando, individualmente, o respectivo projeto aos órgãos competentes), na obrigação de fazer consistente em construir 3 (três) unidades de recebimento nas regiões de Formosa, Cristalina e Vianópolis, além de disponibilizarem recursos para o término de uma Central de recebimento localizada em Luziânia. O ajuste abrangeu uma vasta "região", revendedores e usuários de mais de 14 (quatorze) cidades, e permitirá que estes (usuários) possam devolver a embalagem vazia de agrotóxicos em qualquer unidade de recebimento ou na própria Central.

obrigação por parte do compromitente, aprendizagem ambiental, preservação da imagem e da marca da empresa, baixos custos, etc. [8]

IV. Conclusão.

A destinação final correta das embalagens vazias de agrotóxicos tem como razão de ser a diminuição do risco para a saúde pública e de contaminação do meio ambiente.

Seu êxito depende do cumprimento das exigências legais por parte de todos os agentes envolvidos, bem como da concentração das embalagens vazias de agrotóxicos em unidades de recebimento adequadas e dotadas de licenciamento ambiental.

Nessa área de atuação obrigatória do Ministério Público — controle dos agrotóxicos —, o compromisso de ajustamento de conduta revela-se o instrumento ministerial mais adequado para atingir tal desiderato: estímulo e valorização da reciclagem controlada, através da implamentação de sistema de parceria entre as revendedoras dos produtos fitossanitários.

E robustecendo a importância da reciclagem controlada, evita-se, por conseguinte, (i) a queima de embalagens (o que gera gases com potencial poluente), (ii) a proliferação de aterros municipais, (iii) o surgimento de aterros clandestinos em propriedades rurais, impraticáveis para grande quantidade de embalagens e que, invariavelmente, causam risco de contaminação de águas subterrâneas, e (iv) a ocupação desnecessária de áreas agricultáveis.

Por derradeiro, é importante salientar a perfeita possibilidade de transposição do raciocínio ora abordado a outros processos seletivos, envolvendo objetos com potenciais poluentes iguais, ou até mesmo maiores, que os agrotóxicos (*v.g.* lixo hospitalar, pneumáticos, entulhos provenientes de grandes construções, pilhas, baterias, lâmpadas, etc.).

O poder público, por sua vez, mais aliviado, e de forma mais democrática, poderá concentrar suas atividades na coleta de lixo predominantemente domiciliar, poupando o consumo de parcela expressiva do orçamento. Legitima a coleta seletiva como instrumento de promoção para o desenvolvimento economicamente sustentável e preenche lacunas governamentais relativas à ausência de políticas públicas que tenham como objeto a reciclagem de lixo.

Bibliografia:

LEME MACHADO, Paulo. *Direito Ambiental Brasileiro*. 8 ed. rev. atual. amp. São Paulo: Ed. Malheiros, 2.000;

MILARÉ, Édis (Coord). *Ação Civil Pública*: Lei 7.347/1985 – 15 anos. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2.001.

ALVES, Airton Buzzo; RUFINO, Almir Gasquez & DA SILVA, José Antônio Franco (Org.). *Funções Institucionais do Ministério Público*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2001;

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública*. 6 ed. rev. atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

8. cf. FINSK, Daniel Roberto. Alternativa à ação civil pública ambiental (reflexões sobre as vantagens do termo de ajustamento de conduta). *In*: MILARÉ, Édis (Coord.). Ação Civil Pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2.001, pág. 131-139.

TESE 36

O TRANSPORTE DE CARGAS PERIGOSAS E O IRRENUNCIÁVEL DEVER DO PODER PÚBLICO DE PREVENIR E REPRIMIR ATENTADOS AMBIENTAIS: ALGUNS BREVES COMENTÁRIOS

Filippe Augusto Vieira de Andrade
Promotor de Justiça da Capital - SP

I - O MEIO AMBIENTE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

I.1 - Estado Democrático de Direito

Cumpre louvar, no pormenor, a postura do legislador constituinte ao estabelecer no, art. 1° da Constituição de 1988, que a República Federativa do Brasil constitui um Estado Democrático de Direito.

Sob essa nova premissa qualificadora do Estado, os direitos dos cidadãos já não mais representam apenas prerrogativas ou faculdades tuteladas pelo ordenamento constitucional, mas retratam a medida das necessidades humanas [1], dentre as quais as de ordem material, cultural, espiritual, de saúde, segurança, etc., que objetivam garantir uma sadia e próspera qualidade de vida, sem cuja satisfação estará afrontada a dignidade da pessoa humana, que permanecerá servil, oprimida e escravizada, em inaceitável situação de rebaixamento de sua condição de vida, distante da justiça, impedida de obter o devido bem-estar e, enfim, a felicidade.

Evidenciada destarte a importância do teor do mencionado art. 1°, da Constituição da República, depreende-se que o dispositivo apresenta um novo conceito que aglutina os pressupostos e princípios informadores do Estado de Direito e do novel Estado Democrático de Direito [2], o qual está assentado nos seguintes fundamentos de ordem democrática (incisos I a

1. Nesse sentido, v. Georges Burdeau, que acrescenta : "Politicamente, o objectivo da democracia é a libertação do indivíduo relativamente às restrições autoritárias , a sua participação no estabelecimento da regra que, em todos os domínios, ele será obrigado a observar. Económica e socialmente, a vantagem da democracia analisa-se através da existência no seio da colectividade, de condições de vida que garantam a cada um a segurança e o desafogo adquiridos para sua felicidade. Uma sociedade democrática é, portanto, aquela de que são excluídas as desigualdades devidas aos imprevistos da vida económica, em que a fortuna não é uma fonte de poderio, em que os trabalhadores se encontram ao abrigo da opressão que a sua necessidade de procurar um emprego poderia facilitar, em que cada um, enfim, pode fazer valer um direito a obter da sociedade uma proteção contra os riscos da vida. A democracia social visa, assim, estabelecer entre os indivíduos uma igualdade de facto que a sua liberdade teórica é impotente para assegurar...Numa sociedade deste tipo há lugar para todos, um lugar que não exija aviltamento nem renúncia à dignidade da condição humana." (Georges Burdeau, *A democracia*. 3' ed. Trad. Paulo Antônio dos Anjos. Mira-Sintra – Mem Martins: Publicações Europa-América, 1975, p. 41-44).
2. José Afonso da Silva, *Poder constituinte e poder popular (estudos sobre a Constituição)*, p. 125.

V): a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político [3].

Com isso, o Estado Democrático de Direito há de viabilizar a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, com erradicação da pobreza, da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais, promovendo sobretudo o bem estar de todos, sem preconceito e quaisquer formas de discriminação. Para tanto, deverá assegurar não apenas a fiel subordinação de todos ao império da lei, mas tornar concreta a idéia de justiça social, humanizando [4] a sociedade à partir do indispensável respeito e efetivo exercício dos direitos sociais democráticos, propiciando portanto às pessoas condições para uma vida digna e próspera.

Destarte, para que a justiça social possa ser concretizada no Estado Democrático de Direito, garantindo a todos existência digna (CR, arts. 1°, inc. III e 170, *caput*), mister a adoção de práticas públicas, coletivas (sentido lato) e privadas que possam assegurar a materialização quer dos direitos fundamentais e sociais contidos expressa ou implicitamente na Carta Suprema, quer de outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios estabelecidos na Constituição de 1988 (CR, art. 5°, § 2).

II.2. O direito fundamental à vida

Argumenta Wolfgang Sarlet que o legislador constituinte ao cunhar, dentre os princípios fundamentais do Título I da Magna Lei, o princípio da dignidade da pessoa humana, terminou por outorgar-lhe posição sobranceira, que transcende a de um direito fundamental [5].

No entanto, cumpre enfatizar, de um lado, que somente estará garantida existência digna se porventura assegurados e concretizados, dentre outros, os direitos sociais estabelecidos no art. 6°, da Carta Excelsa, a saber: *a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados*.

De outro lado, a despeito do conforto propiciado pelo teor da regra constitucional fulcrada no art. 5°, § 2°, da Lei Maior, importa salientar a advertência de Fiorillo, para quem os direitos sociais relacionados no mencionado art. 6°, do Texto Máximo devem ser considerados como "'piso mínimo normativo', ou seja, como direitos básicos" [6].

Essas premissas afiguram-se importantes para que possam ser analisados os arts. 1°, inc. III e 170, *caput*, conjuntamente com o disposto no art. 5°, *caput*, todos da Carta Magna.

---

3. V. Celso Antônio Pacheco Fiorillo, *O direito de antena em face do direito ambiental no Brasil*, p. 6-67.
4. Conforme consta do art. 214, inciso V, da Constituição Federal, que deve ser conjugado aos arts. 1°, incs. II (cidadania) e III (dignidade da pessoa humana); 170, *caput* (a ordem econômica tem por fim assegurar a todos existência digna conforme os ditames da justiça social); 205 (a educação, direito de todos e dever do Estado e da família deve preparar a pessoa para o exercício da cidadania) e 206 (princípio da igualdade para o acesso ao ensino; princípio da liberdade para aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; e princípio do pluralismo de idéia e de concepções pedagógicas), as ações do Poder Público na planificação, articulação e desenvolvimento do ensino devem conduzir também à **promoção humanística**, científica e tecnológica do País, de modo a promover o bem de todos (CR, art. 3°, inc. IV).
5. Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 98.
6. Celso Antonio Pacheco Fiorillo, *O direito de antena em face do direito ambiental no Brasil*, p. 14

Com efeito, eis que a verificação dos direitos sociais gizados no referido art. 6°, da Constituição Federal (v.g. a saúde, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade) [7] conduzem inelutavelmente ao cenário jurídico-constitucional de tutela da *vida*, que constitui direito fundamental expresso, e mesmo supra-estatal, posto constituir direito que antecede ao próprio Estado, ao qual se sobrepõe.

Bem por isso, vale acrescentar: o direito fundamental à vida constitui regra intangível e imodificável, revestindo-se de imunidade contra eventual proposta de emenda [8] tendente a aboli-lo da Constituição, tal como ocorre em relação aos demais preceitos, direitos e garantias individuais inseridos no § 4°, do art. 60, da Carta Suprema.

Em conformidade com o disposto no art. 5°, *caput* e seu § 2°, da Lei Máxima do País, está assegurada a inviolabilidade de quatro direitos fundamentais: a vida, a liberdade, a segurança e a propriedade, nos exatos termos dos preceitos e princípios elencados nos incisos I a LXXVII, sem exclusão de outros adotados pelo Magno Código ou decorrentes de tratados internacionais dos quais signatário o Brasil.

Todavia, cabe indagar: qual vida é tutelada pelo Texto Constitucional ?

A resposta exige a interpretação dos arts. 1°, inc. III; 5°, *caput*; 6° e 225, do Diploma Fundamental e, nesse sentido, seja porque a vida representa um bem de natureza indivisível e inviolável, seja porquanto constitui objeto de proteção do direito ambiental, pode-se concluir que a ordem constitucional não apenas tutela o direito à vida humana, mas o direito à sadia qualidade de vida em todas as suas formas [9].

Nesse sentido o art. 225, do Código Magno, que estatui:

> "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" (grifo nosso).

Não bastasse, no plano jurídico infraconstitucional a Lei n° 6.938, de 31.08.81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, oferece importante conceito, a saber :

> "Art. 3° (...)
>
> I – meio ambiente: o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a *vida em todas as suas formas*" (grifos nossos).

A norma em referência, editada na vigência da Constituição de 1967, sob a Emenda n° 1, de 1969, veio a ser inequivocamente recepcionada pela atual Carta Política, inclusive por força dos

7. Como bem assevera Celso Antonio Pacheco Fiorillo, "Com nítido caráter de direito social vinculado a garantir à mulher a sua função biológica de ser mãe, evitando determinados riscos que poderiam ameaçar a sua saúde e o desenvolvimento da gravidez e da criança, está associado, talvez, mais do que qualquer outro direito, à pessoa humana desde sua concepção. O direito social à proteção à maternidade, ao nos reportar à pessoa humana, leva-nos ao direito fundamental: o direito à vida descrito em nosso ordenamento jurídico, ou seja, o direito à vida digna." (op. cit., p. 30).
8. Nesse sentido v. Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969*. v. IV, p. 624-625.
9. Celso Antonio Pacheco Fiorillo, op. cit., p. 30.

efeitos da Lei nº 8.028, de 12.04.90, reforçando portanto o entendimento de que a nova ordem constitucional, reconhecendo que todas as formas de vida constituem bens ambientais [10], assegura a proteção do direito à vida tanto da pessoa humana, assim como de todas as formas de vida.

Em face do até então exposto, seja na busca da proteção e preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado, seja com a finalidade de assegurar a promoção humanística e a realização dos valores sociais democráticos, pensamos que será devida a tutela do direito à vida das demais espécies, ainda que configurada eventual dissociação com os interesses diretos da pessoa humana [11]. Assim, sob nosso enfoque, ao estabelecer a Lei das Leis o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, está igualmente exigindo do homem comportamento digno nos aspectos moral, político, espiritual e social, fator contributivo para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com o que repudia, consequentemente, as visões meramente utilitaristas das espécies da fauna e flora, que por certo recebem a tutela da Constituição.

I.3. Meio ambiente: direito fundamental de todo cidadão e de natureza difusa

A Constituição Federal de 1988, no art. 5°, inc. LXXIII, do capítulo I, do título II, correspondente aos direitos e garantias fundamentais, estabeleceu ser o meio ambiente direito fundamental de todo cidadão, garantido inclusive pelo instrumento processual constitucional da ação popular [12].

Não obstante a dimensão individual que permeia a norma constitucional em referência, não há como deixar de reconhecer o expressivo avanço representado pela sua inserção no Texto Magno, fato inédito posto que jamais tratado em nossas anteriores Constituições [13].

---

10. Ibidem, p. 33.

11. Segundo diversamente concluem Celso Antonio Pacheco Fiorillo e Marcelo Abelha Rodrigues (*Manual de direito ambiental e legislação aplicável*, p. 55), após defender a necessidade de uma visão antropocêntrica do direito constitucional ambiental: "Por tudo isso, não temos dúvidas em afirmar que o que existe é não só uma visão antropocêntrica do meio ambiente em sede constitucional, mas uma indissociável relação econômica do bem ambiental com o lucro que pode gerar e, ainda mais, que a sobrevivência do próprio meio ambiente, aí incluindo a vida humana, só será possível com a permanência dessa visão antropocêntrica, o que, obviamente, não permite exageros, visto que, como o próprio nome já diz, a palavra ecossistema engloba seres e suas *interações positivas* em um determinado espaço físico" (grifos dos autores).

12. CR, art. 5°, inc. LXXIII: "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 do ônus da sucumbência" (grifo nosso).

13. A respeito do assunto pode ser consultado José Afonso da Silva, que afirma: "As Constituições brasileiras anteriores à de 1988 não traziam nada especificamente sobre a proteção do meio ambiente natural. Das mais recentes, desde 1946, apenas se extraía orientação protecionista do preceito sobre a proteção da saúde e sobre a competência da União para legislar sobre água, florestas, caça e pesca, que possibilitavam a elaboração de leis protetoras como o Código Florestal e os Códigos de Saúde Pública, de Água e de Pesca. A Constituição de 1988 foi, portanto, a primeira a tratar deliberadamente da questão ambiental. Pode-se dizer que ela é uma Constituição eminentemente ambientalista. Assumiu o tratamento da matéria em termos amplos e modernos. Traz um capítulo específico sobre o *meio ambiente*, inserido no título da *ordem social* (Cap. VI do Tít. VIII). Mas a questão permeia todo o seu texto, correlacionada com os temas fundamentais da ordem constitucional" (*Direito ambiental constitucional*, p. 25-26, grifos do autor). No mesmo sentido: Ann Helen Wainer (*Legislação ambiental brasileira – subsídios para a história do direito ambiental*, passim); Celso Antonio Pacheco Fiorillo e Marcelo Abelha Rodrigues (*Manual de direito ambiental e legislação aplicável*, passim); Édis Milaré (*Direito do ambiente*, p. 210-211); Paulo Affonso Leme Machado (*Direito ambiental brasileiro*, p. 57); Paulo de Bessa Antunes (*Direito ambiental*, p. 35); Vladimir Passos de Freitas (*A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais*, p. 18-29), dentre outros.

A par disso, indispensável nos parece devam ser salientados, ainda que ligeiramente, alguns pontos que reputamos importantes para um enfoque mais abrangente do tema, o que fazemos com a certeza de longe estarmos de esgotar o assunto:

a) Embora trate a norma contida no art. 5°, inc. LXXIII de direito fundamental individual, assegurado pelo instrumento da ação popular, a proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado é tema abordado pela Constituição no art. 225 do Capítulo VI, do Título VIII, referente à ordem social, que objetiva o bem-estar e a justiça sociais (CR, art. 193).

b) Assim, a par de constituir direito fundamental de todo cidadão, o meio ambiente possui titularidade coletiva no sentido lato. Nesse sentido o disposto no art. 225, da Lei Suprema, que estabelece que *todos* – a vida em todas as suas formas, brasileiros, estrangeiros residentes no País e as futuras gerações - têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, instituindo-o como *bem de uso comum do povo*, portanto, de natureza jurídica supraindividual.

c) A Constituição estabelece nítida diferença entre os direitos materiais fundamentais de proteção do meio ambiente e do patrimônio público, inseridos na categoria dos interesses difusos e coletivos (CR, arts. 5°, inc. LXXIII e 129, inc. III). Aliás, como lucidamente aponta Celso Antonio Pacheco Fiorillo, o Código Maior editado aos 15 de outubro de 1988 reconhece a existência não apenas dos tradicionais bens públicos e privados, instituindo um terceiro tipo de bem, ou seja, o denominado bem difuso [14].

Pode-se concluir, portanto, que a Constituição da República atribui à *todos* a titularidade do bem ambiental, assegurando a devida proteção do direito fundamental 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, inclusive como forma a garantir a própria dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito.

II - O TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE CARGAS PERIGOSAS E A AMEAÇA AO MEIO AMBIENTE

II.1. O transporte rodoviário de cargas perigosas

O transporte rodoviário de produtos perigosos no Brasil, inclusive de caráter internacional, [15] a exceção daquele efetuado pelas Forças Armadas, que deverá obedecer legislação específica, está disciplinado não pelo Código de Trânsito Brasileiro, [16] mas por legislação específica, notadamente pelo Regulamento aprovado pelo Decreto Federal n° 96.044, de 18.05.88 (RTPP).

---

14. *O direito de antena em face do direito ambiental no Brasil*, p. 85-119. V. também Celso Antonio Pacheco Fiorillo e Marcelo Abelha Rodrigues, *Manual de direito ambiental e legislação aplicável*, p. 82-102.

15. Cf. Regulamento para o Transporte Rodoviário de Produtos Perigosos – RTPP (Decreto Federal n° 96.044, de 18.05.88), art. 52, embora observadas as disposições de acordos, convênios ou tratados ratificados pelo Brasil. A respeito, v. "Convenção da Basiléia sobre o Controle de Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e seu Depósito", de 22.03.89 (estabelece obrigações com vistas a reduzir os movimentos transfronteiriços de resíduos perigosos ao mínimo, com manejo eficiente e ambientalmente seguro), a qual foi ratificada pelo Decreto Legislativo n° 034, de 16.06.92 e promulgada no País pelo Decreto n° 875, de 19.07.93.

16. O atual Código de Trânsito Brasileiro foi instituído pela Lei Federal n° 9.503, de 23.09.97, posteriormente modificada pela Lei n° 9..602, de 21.01.98.

Assim, submete-se ao mencionado Regulamento o transporte, por via pública, de produto que seja perigoso ou que apresente risco para a saúde humana, para a segurança pública ou para o meio ambiente, sendo necessário mencionar que para o transporte de produto explosivo e de substância radioativa deverão ser observadas, outrossim, as normas específicas do Ministério do Exército e da Comissão Nacional de Energia Nuclear, respectivamente (art. 1° e seu § 2°).

II.2. Da carga perigosa e seu acondicionamento

Por primeiro, importa consignar alguns rápidas definições a respeito de **carga**, ou seja, tudo aquilo que é ou pode ser objeto de transporte. Nesse sentido, **carga a granel** é compreendida como aquela transportada despida de qualquer embalagem, encerrada e mantida porém apenas pelas partes do próprio equipamento de transporte [17]. Já **carga embalada** é aquela decorrente do manuseio com seu recipiente envoltório nas operações de carga, descarga ou transbordo, significando essa última operação a transferência de carga de um para outro veículo [18].

Estabelecidas essas definições, tem-se que, sendo fracionado o produto perigoso, deverá o mesmo ser acondicionado de forma adequada, de modo a suportar os riscos vinculados ao carregamento, transporte, descarregamento e transbordo, sendo o expedidor responsável pela adequação do respectivo acondicionamento, com observância das especificações do fabricante[19]. Sendo importado o produto considerado perigoso, será responsável o importador, a quem cumpre adotar as providências necessárias junto ao respectivo fornecedor estrangeiro. [20] Nesse passo, vale lembrar que, em conformidade com o disposto no art. 12, do Código de Defesa do Consumidor, o importador assume a condição de fornecedor presumido para, independentemente de culpa, responsabilizar-se pela reparação dos danos causados aos consumidores em decorrência de defeitos decorrentes inclusive da manipulação, montagem ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos [21].

De qualquer modo, o transporte de produtos perigosos fracionados exige que igualmente as embalagens externas estejam devida e adequadamente rotuladas, etiquetadas e marcadas de acordo com a correspondente classificação e o tipo de risco específico [22].

Importante também salientar ser rigorosamente proibido quer transportar produtos para uso humano ou animal em tanque de carga destinado ao transporte de cargas perigosas a granel, [23] quer também o transporte de produto perigoso juntamente com animais; alimentos ou medicamentos destinados ao consumo humano ou animal, ou mesmo com embalagens de produtos destinados a esses fins ou outro tipo de carga, salvo se houver compatibilidade entre os dois ou mais produtos. [24] Por compatibilidade legitimadora do transporte em referência

17. Cf. Manual de autoproteção para manuseio e transporte rodoviário de produtos perigosos – PP4. São Paulo: Indax Advertising e Comunicação Ltda., 4ª ed., abr. 1999, p. 5.
18. Ibidem, mesma página.
19. Cf. RTPP, art. 6°, "caput".
20. Idem, § 1°, do art. 6°.
21. Segundo a Lei Federal n° 8.078, de 11.09.90, art. 12, *verbis*: "O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos."
22. Cf. RTPP, § 2°, do art. 6°.
23. Idem, art. 8°.
24. Idem, art. 7°, incs. I, II e III.

entende-se como a inequívoca ausência de risco potencial de, em situações de contato entre os produtos, assim como em vazamento, ruptura de embalagem ou outra causa qualquer ocorrer explosão; desprendimento de chamas ou calor; formação de gases, vapores, compostos ou misturas perigosas; assim como provocar alterações de características físicas ou químicas originais de qualquer um dos produtos envolvidos [25].

II.3. Dos veículos e equipamentos

Os veículos utilizados no transporte de produto perigoso devem obrigatoriamente portar o conjunto de equipamentos para situações de emergência, conforme estabelecido em Norma Reguladora Brasileira,[26] sendo que, na hipótese de inexistência desta, deverão portar o que recomendado pelo fabricante do produto transportado [27].

A par disso, tem-se que os veículos e equipamentos (tais como tanques e contêineres) destinados para aquele tipo de atividade, sem prejuízo da realização de vistorias periódicas conforme previsto na legislação de trânsito, deverão ser submetidos a inspeções a cargo do Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – INMETRO –, ou de entidade pelo mesmo credenciada, em periodicidade não superior a três anos, [28] Ademais, durante as operações de carga, transporte, descarga, transbordo, limpeza e descontaminação referidos veículos e equipamentos deverão portar rótulo de risco e painéis de segurança específicos, em conformidade com as Normas Reguladoras NBR 7500 e NBR 8286, segundo dispõe o art. 2°, do Regulamento para o transporte de cargas perigosas [29]. Após os serviços e operações de limpeza e descontaminação, serão retirados os mencionados rótulos de risco e painéis de segurança [30].

Nas hipóteses de acidente ou avaria, os veículos e equipamentos somente poderão retornar à atividade caso submetidos a nova vistoria e testes pelo INMETRO, ou entidade pelo mesmo credenciada [31].

II.4. Do itinerário das cargas perigosas

Conforme estabelecido no art. 10, do Regulamento para o Transporte Rodoviário de Cargas Perigosas, o expedidor tem o dever de anualmente informar ao DNER – Departamento

25. Cf. RTPP, § único, do art. 7°.

26. Todos os veículos utilizados no transporte de cargas perigosas devem portar, além dos extintores de incêndio e equipamentos de proteção individual – EPI para o motorista e ajudante (capacete, luvas, óculos para produtos químicos, semi máscara, máscara panorâmica, máscara de fuga, respirador para pó, protetor facial e filtros, conforme Normas NBR 12710 e NBR 13095), o conjunto mínimo de equipamentos para situações de emergência, acidente ou avaria estabelecido pelas Normas NBR 9734 e 9735, da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT - , incluindo, por exemplo, itens para sinalização e isolamento de área, primeiros socorros e de intervenção controladora de situações de emergência.

27. Cf. RTPP (Decreto Federal n° 96.044, de 18.05.88), art. 3°.

28. Idem, § 2°, do art. 4°.

29. A cada classe ou subclasse de produto deve corresponder um rótulo de risco, em consonância com o que estabelecido na Norma NBR 7500, da ABNT, o qual deve ser colocado em cada embalagem (latas, vasilhames, galões, sacos, tambores, bombonas, etc.) , juntamente com um rótulo de segurança, de cada produto considerado perigoso e, em determinados casos, até mesmo no próprio veículo (Portaria n° 204, de 20.05.97, do Ministério dos Transportes, item 7), sem prejuízo dos painéis de segurança na frente e na traseira e nas duas laterais do veículo.

30. Cf. RTPP, § único, do art. 2°.

31. Idem, § 3°, do art. 4°.

Nacional de Estradas e Rodagem, os fluxos daquela modalidade de transporte na qual atuam com regularidade, especificando a classe do produto e quantidade transportadas, assim como os pontos de origem e destino, sendo que as informações devem ficar à disposição dos órgãos e entidades do meio ambiente, da defesa civil e das autoridades competentes sobre as vias públicas [32].

De posse das informações, deve o Poder Público atuar, inclusive com a colaboração do DNER e órgãos e entidades públicas e privadas, no sentido de determinar os critérios técnicos de seleção de produtos, com vistas à obtenção de esclarecimentos adicionais sobre freqüência de embarques, formas de acondicionamento e itinerário e principais vias percorridas [33].

Seqüencialmente, com base nas informações coletadas, e segundo dispõe o art. 11, do RTPP, as autoridades com atribuições sobre as vias públicas poderão não apenas estabelecer locais e períodos com restrição para estacionamento, parada, carga e descarga, mas igualmente determinar restrições ao seu uso, seja em caráter parcial, seja total, ao longo de toda a sua extensão, inclusive sinalizando os trechos restritos, todavia atuando de forma a assegurar percurso alternativo.

Deverá ser objeto de comprovação perante a autoridade competente, caso assim solicitado, a eventual exigência, da origem ou destino do produto perigoso, de utilização de via pública restrita [34], porém, de qualquer sorte, o itinerário deverá ser adequada e previamente programado de modo a evitar que veículos transportando cargas perigosas trafeguem em vias de grande fluxo, nos horários de maior intensidade de tráfego [35].

Entrementes, ainda que inexistam restrições específicas, reza o art. 9°, do Regulamento em questão que os veículos transportadores de cargas perigosas deverão evitar o uso de vias situadas em áreas densamente povoadas, ou ainda de proteção de mananciais, reservatórios de água ou reservas florestais ecológicas, ou que delas sejam próximas.

A propósito, insta salientar que o art. 15, inc. II, da Lei Federal n° 9.605, de 12.02.98, que versa sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente reza constituir circunstância que agrava a pena, quando não constituem ou qualificam o crime, ter o agente cometido o crime *afetando ou expondo a perigo, de maneira grave, a saúde pública ou o meio ambiente* (alínea "c"), *atingindo áreas de unidades de conservação ou áreas sujeitas, por ato do Poder Público, a regime especial de uso* (alínea "e"), *atingindo áreas urbanas ou quaisquer assentamentos humanos* (alínea "f") ou ainda *no interior do espaço territorial* (alínea "l").

II.5. Do estacionamento de veículos

O estacionamento de veículos transportando cargas perigosas – para descanso ou pernoite – somente poderá ser feito em áreas previamente determinadas pelas autoridades competentes e, na hipótese de inexistência de tais áreas, deverão ser evitadas as zonas residenciais, logradouros públicos ou locais de fácil acesso ao público, assim como áreas densamente povoadas ou de grande concentração de pessoas ou veículos [36].

32. Idem, § 1°, do art. 10.
33. Cf. RTPP, § 2°, do art. 10.
34. Idem, art. 12.
35. Idem, art. 13.
36. Cf. RTPP, art. 14, "caput".

Nas hipóteses em que situações de emergência – quando excepcionalmente poderá o veículo estacionar ou parar nos acostamentos das rodovias [37] –, tais como parada técnica, falha mecânica ou acidente que levem o veículo a parar em local não autorizado, deverá o mesmo permanecer sinalizado e sob vigilância de seu condutor ou de autoridade local, salvo se a saída daquele tiver sido imprescindível para a comunicação do fato, pedido de socorro ou atendimento médico [38].

II.6. Do pessoal envolvido na operação de transporte

Quanto ao tema, importante destacar que o condutor de veículo utilizado no transporte de produtos perigosos deverá receber treinamento específico em programa a ser aprovado pelo CONTRAN – Conselho Nacional de Trânsito, sem prejuízo de atender às qualificações e habilitações estabelecidas na legislação de trânsito [39]. Além disso, deverá regularmente proceder a exame, em local adequado, das condições gerais do veículo, inclusive para verificar o grau de aquecimento e a eventual existência de vazamentos, [40] sendo que, durante as viagens, será o responsável pela guarda, conservação e bom uso dos equipamentos e acessórios de veículo, inclusive daqueles exigidos em decorrência da natureza dos produtos transportados [41].

Vale consignar ainda que, antes de mobilizar o veículo para o transporte de cargas perigosas, deverá o transportador inspecioná-lo para assegurar-se sobre suas perfeitas condições para aquela atividade, cumprindo dispensar especial atenção para a inspeção do tanque, carroceria e demais dispositivos e acessórios de segurança [42].

No mais, dispõe o art. 20, do Regulamento editado com o Decreto Federal n° 96.044/88 que todo o pessoal envolvido nas operações de carregamento, descarregamento e transbordo de produtos perigosos deverá usar traje e equipamento de proteção individual, em conformidade com as normas e instruções do Ministério do Trabalho.

II.7. Dos documentos referentes ao transporte de cargas perigosas

Em conformidade com o art. 22, do Regulamento em referência, o veículo de transporte de produtos perigosos, assim como os equipamentos relacionados com essa finalidade somente poderão circular pelas vias públicas na medida em que portem, sem prejuízo do atendimento aos ditames da legislação fiscal, de transporte, de trânsito e relacionados ao produto transportado, os seguintes documentos indispensáveis:

a) Certificado de Capacitação para o Transporte de Produtos Perigosos a Granel, do veículo e dos equipamentos, expedidos pelo INMETRO, ou entidade por ele credenciada (inc. I);

b) Documento Fiscal do produto transportado, contendo informações sobre o número e nome apropriado para o embarque, classe e subclasse à qual pertence o produto e declaração assinada pelo expedidor de que o produto está acondicionado de forma adequada para suportar os riscos normais do carregamento, descarregamento e transporte, consoante a regulamentação em vigor (inc. II, alíneas "a", "b" e "c"); e

37. Idem, § 2°, do art. 14.
38. Idem, § 1°, do art. 14.
39. Idem, art. 15.
40. Cf. RTPP, § único, do art. 17.
41. Cf. RTPP, art. 17.
42. Idem, art. 16.

c) Ficha de Emergência e Envelope para o Transporte, emitidos pelo expedidor, em conformidade com as Normas Reguladoras NBR 7503, NBR 7504 e NBR 8285, os quais deverão ser preenchidos atendendo às instruções do fabricante ou importador do produto, e deverão conter informações inclusive sobre a atuação a ser seguida nos casos de emergência, acidente ou avaria e números de telefones de emergência da corporação de bombeiros, policiamento de trânsito e órgãos de defesa civil e do meio ambiente com sede no itinerário (inc. III, alíneas "a" e "b").

Ademais, merece destaque o disposto no § 4°, do art. 22, do mencionado RTPP, que aborda a questão da responsabilidade em caso de danos, *in verbis*:

> "§ 4° O Certificado de Capacitação para o Transporte de Produtos Perigosos a Granel não exime o transportador da responsabilidade por danos causados pelo veículo, equipamento ou produto perigoso, assim como a declaração de que trata a alínea "c" do item II deste artigo, **não isenta o expedidor da responsabilidade pelos danos causados exclusivamente pelo produto perigoso, quando agirem com imprudência, imperícia ou negligência".** (grifamos)

O dispositivo enfocado merece algum comentário, embora o tema da responsabilidade civil comporte abordagem específica.

Com efeito, porquanto embora a redação contida no § 4°, do art. 22, do RTPP declare que a responsabilidade por danos causados em razão do transporte de cargas perigosas depende da existência de culpa do expedidor (na forma de imprudência, imperícia ou negligência), não podemos olvidar que o próprio Regulamento consubstanciado no Decreto Federal n° 96.044/88 foi editado à luz da Constituição de 1967, com a Emenda n° 1, de 1969, eis que datado de 18 de maio de 1988.

Tal fato revela-se importante na medida em que a vigente Constituição da República, editada em 05.02.88 proclama no § 3°, do art. 225, *in verbis*:

> "§ 3° **As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.**" (grifo nosso)

Com isso, não apenas o § 4°, do art. 20, do RTPP, mas o próprio Regulamento para o Transporte Rodoviário de Produtos Perigosos hão de ser interpretado à luz da Constituição da República de 1988.

Nesse sentido, observa-se que relativamente à questão da **responsabilidade civil danos causados ao meio ambiente**, prevalece não o clássico sistema insculpido no art. 159, do Código Civil [43], escorado na existência da culpa em sentido subjetivo, mas, inversamente, tem incidência

43. Dispõe o art. 159, do Código Civil Brasileiro, editado pela Lei Federal n° 3.071, de 01.01.16: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.518 a 1.532 e 1.537 a 1.553."

o princípio da responsabilidade objetiva, ou independente de culpa.

No âmbito infraconstitucional, referido princípio acha-se insculpido no § 1°, do art. 14, da Lei Federal n° 6.938, de 31.08.81, instituidora da Política Nacional do Meio Ambiente, que dispõe, *in verbis*:

> "§ 1° Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente de existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal por danos causados ao meio ambiente."

Ainda que de passagem, cumpre ainda lembrar que, em termos de responsabilidade civil decorrente de danos aos direitos do consumidor, tem aplicação os dispositivos da Lei Federal n° 8.078, de 11.09.90, instituidora do Código de Defesa do Consumidor, prevalecendo igualmente, em regra, o princípio da responsabilidade [44].

II. 8. Do acompanhamento técnico especializado no transporte de alto risco

Como a atividade do transporte rodoviário de produtos perigosos pode ser considerada como de risco além do padrão normal vinculado ao trânsito de cargas comuns, o assunto está disciplinado por normas específicas. Nesse sentido, o Regulamento de que trata o Decreto Federal n° 96.044/88 prevê a adoção de inúmeras providências de cautela e controle, quer por parte do Poder Público, quer de todos aqueles envolvidos em operações de carregamento, transporte, descarregamento e transbordo de produtos perigosos, com vistas a assegurar proteção à segurança e incolumidade pública e ao meio ambiente, inclusive do trabalho.

Entretanto, caso configurada hipótese em que a atividade do transporte rodoviário de produto perigoso ofereça *risco por demais elevado*, o caso deverá ser conduzido com especial atenção, exigindo, caso necessário, inclusive acompanhamento técnico especializado. [45] Mas não só, visto que naquela situação especial o respectivo itinerário e a execução das operações pertinentes devem ser prévia e adequadamente planejados e programados, exigindo-se a participação não apenas das autoridades revestidas de competência para as vias públicas a serem utilizadas, assim como de proteção do meio ambiente, mas também das pessoas do expedidor, contratante do transporte, transportador, destinatário e do fabricante ou importador do produto. [46]

Sendo caso de implementação de acompanhamento técnico especializado, o correspondente serviço deverá dispor de viaturas próprias – as quais deverão portar, durante o

44. Cf. arts. 12 a 17. Aliás, no âmbito do Código de Defesa do Consumidor, constituem exceções ao princípio da responsabilidade objetiva: as denominadas causas excludentes estatuídas no § 3°, I, II e III, do art. 12 (o fabricante, construtor ou importador eximir-se-á de responsabilidade se provar: que não colocou o produto no mercado, ou, embora o tenha feito, o defeito inexiste ocorrência de culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro) e a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais, a qual será apurada através de verificação de culpa (§ 4°, do art. 14).

45. Cf. RTPP, arts. 23, "caput" e 50, inc. I.

46. Idem, art. 23, "caput".

acompanhamento, além do conjunto de equipamentos para situações de emergência (RTPP, art. 3°), Ficha de Emergência e Envelope para o Transporte, emitidos pelo expedidor (RTPP, art. 22, inc. III) - e tripulação devidamente treinada e equipada para ações de controle emergencial [47].

II.9. Dos procedimentos nos casos de emergência, acidente ou avaria

Dispõe o art. 27, da norma em questão que, na hipótese de emergência, acidente ou avaria, o fabricante, o transportador, o expedidor e o destinatário do produto perigoso deverão dar apoio e prestar os esclarecimentos que forem solicitados pelas autoridades públicas.

Caso configurada situação de acidente, avaria ou qualquer outro fato que obrigue a imobilização do veículo transportando produtos perigosos, deverá o condutor adotar as providências indicadas na Ficha de Emergência e no Envelope para o Transporte, vinculados a cada produto transportado, procedendo ainda a cientificação, pelo meio mais rápido disponível, a autoridade de trânsito mais próxima, fornecendo a esta informações sobre a ocorrência, local, classe e quantidade dos produtos transportados [48].

Cumpre a autoridade que atender a ocorrência determinar ao expedidor ou ao fabricante do produto transportado a presença de técnicos ou pessoal especializado no local, caso assim entenda necessário em razão da natureza, extensão e características da emergência [49]. Como forma de não criar obstáculos à identificação daquele que suportará as despesas decorrentes da assistência técnica especializada, o art. 26, do Regulamento determina seja consignado o responsável no contrato de transporte, sendo que, no eventual silêncio, o ônus será suportado pelo transportador (§ único).

Com relação as operações de transbordo em condições de emergência, estabelece o RTPP que as mesmas deverão ser executadas se possível com a presença da autoridade pública, com utilização dos equipamentos de manuseio e de proteção individual recomendados, e em consonância com a orientação do expedidor ou fabricante do produto, resguardando-se o trânsito na hipótese daquela operação tiver de ser executada em via pública [50].

II.10. Dos deveres, obrigações e responsabilidades do fabricante e do importador

Determina o art. 30 do Regulamento que o **fabricante** de produtos perigosos deverá fornecer ao expedidor informações de cautela para o correspondente transporte e manuseio, assim como as necessárias para preenchimento da Ficha de Emergência (inc. I); devendo ainda fornecer as especificações para acondicionamento do produto e, quando for o caso, a relação do conjunto de equipamentos para situações de emergência (inc. II). A par disso, está obrigado a fornecer ao INMETRO as informações relacionadas ao início do fabrico e destinação específica dos equipamentos que devem ser certificados quanto à sua capacitação para a atividade [51].

Dispõe ainda a norma de regência que o fabricante do equipamento destinado a atividade de transporte de produto perigoso responde penal e civilmente por sua qualidade e adequação para o fim ao qual se destina [52].

47. Idem, § 1°, do art. 23.
48. Cf. RTPP, art. 24.
49. Idem, art. 25.
50. Cf. RTPP, art. 28 e §§ 1° e 2°.
51. Cf. RTPP, § único, do art. 29.
52. Idem, art. 29, "caput".

Já quanto a figura do **importador** de produto perigoso, estatui o art. 31 do Regulamento vinculado ao Decreto Federal n° 06.044/88 que assume o mesmo, em território brasileiro, os deveres, obrigações e responsabilidades do fabricante.

Embora o tema da responsabilidade ambiental deva ser tratado em capítulo diverso, merece ser salientado que nos termos do que dispõe o art. 3°, do Código de Defesa do Consumidor [53], o fabricante e o importador estão equiparados na figura do fornecedor de produtos ou prestação de serviços.

II.11. Dos deveres, obrigações e responsabilidades do transportador

Transportador de produto perigoso é o proprietário ou o arrendatário do veículo ou da denominada unidade tratora, representada pelos conjuntos conjugados ou articulados. Incluem-se na categoria de transportador: a Empresa de Transporte Comercial – ETC; o Transportador Comercial Autônomo – TCA e o Transportador de Carga Própria – TCP [54].

Sem prejuízo das obrigações atribuídas aos demais atores da atividade, merece ser destacado que o transportador de cargas perigosas está encarregado de incumbir-se de inúmeros deveres, todos enumerados no art. 38, do Regulamento para o Transporte de Produtos Perigosos [55].

---

53. Conforme dispõe o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, *verbis*: "Art. 8° - Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar informações necessárias e adequadas a seu respeito.
Parágrafo único – Em se tratando de produto industrial, ao fabricante cabe prestar as informações a que se refere este artigo, através de impressos apropriados que devem acompanhar o produto."
"Art. 9° – O fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto."
"Art. 12 – O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos."
54. V. Manual de autoproteção para manuseio e transporte rodoviário de produtos perigosos – PP4. São Paulo: Indax Advertising e Comunicação Ltda., 4ª ed., abr. 1999, p. 5.
55. RTPP, art. 38, *in verbis*: "Art. 38. Constituem deveres e obrigações do transportador:
I - dar adequada manutenção e utilização aos veículos e equipamentos;
II - fazer vistoriar as condições de funcionamento e segurança do veículo e equipamento, de acordo com a natureza da carga a ser transportada, na periodicidade regulamentar;
III - fazer acompanhar, para ressalva das responsabilidade pelo transporte, as operações executadas pelo expedidor ou destinatário de carga, descarga e transbordo, adotando as cautelas necessárias para prevenir riscos à saúde e integridade física de seus prepostos e ao meio ambiente;
IV - transportar produtos a granel de acordo com o especificado no "Certificado de Capacitação para o Transporte de Produtos Perigosos a Granel" (art. 22, I);
V - requerer o Certificado de Capacitação para o Transporte de Produtos Perigosos a Granel", quando for o caso, e exigir do expedidor os documentos de que tratam os Itens II e III do art. 22;
VI - providenciar para que o veículo porte o conjunto de equipamentos necessários às situações de emergência, acidente ou avaria (art. 3º), assegurando-se do seu bom funcionamento;
VII - instruir o pessoal envolvido na operação de transporte quanto à correta utilização dos equipamentos necessários às situações de emergência, acidente ou avaria, conforme as instruç3es do expedidor;
VIII - zelar pela adequada qualificação profissional do pessoal envolvido na operação de transporte, proporcionando-lhe treinamento específico, exames de saúde periódicos e condições de trabalho conforme preceitos de higiene, medicina e segurança do trabalho;
IX - fornecer a seus propostos os trajes e equipamentos de segurança no trabalho, de acordo com as normas expedidos pelo Ministério do Trabalho, zelando para que sejam utilizados nas operações de transporte, carga, descarga e transbordo;

Vale consignar que, em regra, se porventura o transportador receber lacrada a carga, ou vier a ser impedido, pelo expedidor ou destinatário, de acompanhar as operações de carga e descarga, ficará desonerado da responsabilidade por acidente ou avaria decorrentes do mau acondicionamento da carga (§ único, do art. 38).

Importa também fazer referência ao disposto no art. 39, do citado Regulamento, que estabelece que, tendo o transporte sido realizado por transportador comercial autônomo, constituirá responsabilidade daquele que o tenha contratado o cumprimento dos deveres e obrigações elencados nos itens VI a XI do art. 38 do mesmo Diploma.

Finalmente, quanto ao tema, preconiza o art. 40 do RTPP que o transportador e o expedidor são solidariamente responsáveis na hipótese do recebimento para transporte de produto cuja embalagem apresente sinais de violação, deterioração, mau estado de conservação, ou com infração aos dispositivos do Regulamento ou demais normas ou instruções aplicáveis à espécie.

Tratando-se do tema da solidariedade passiva aplicada à responsabilidade por danos tem-se como incidente o disposto no art. 1.518, do Código Civil Brasileiro [56].

A par disso, na hipótese de ocorrência de atentado aos direitos do consumidor, a Lei Federal nº 8.078/90 estabelece que, existindo mais de um responsável pela causação do dano, todos que de qualquer modo concorreram para sua prática responderão solidariamente pela reparação (§ 1º, do art. 25).

Versando a questão sobre responsabilidade civil por danos causados ao meio ambiente, tem-se que o princípio da solidariedade está consagrado, ainda que de forma indireta, no próprio Texto Magno, ao dispor no § 3º, do art. 225, que os infratores, pessoas físicas e jurídicas, responsáveis por condutas e atividades lesivas sujeitar-se-ão a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos.

No plano infraconstitucional-normativo-ambiental, a solidariedade passiva dos agressores do meio ambiente está consagrada na conjugação do que dispõem os arts. 3º, inc. IV e 14, § 1º, ambos da Lei Federal nº 6.938, 31.08.81, notadamente quando reza ser poluidor *a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental* (inc. IV, do art. 3º).

II.12. Da fiscalização do Poder Público

Conforme dispõe o Código de Trânsito Brasileiro – CTB [57], o trânsito, em condições seguras, constitui direito de todos e dever dos órgãos e entidades componentes do Sistema Nacional de Trânsito, cumprindo a estes, no âmbito de suas competências adotar as medidas

X - providenciar a correta utilização, nos veículos e equipamentos, dos rótulos de risco e painéis de segurança adequados aos produtos transportados;

XI - realizar as operações de transbordo observando os procedimentos e utilizando os equipamentos recomendados pelo expedidor ou fabricante do produto;

XII - assegurar-se de que o serviço de acompanhamento técnico especializado preenche os requisitos deste Regulamento e das instruções específicas existentes (art. 23);

XIII - dar orientação quanto à correta estivagem da carga no veículo, sempre que, por acordo com o expedidor, seja co-responsável pelas operações de carregamento e descarregamento."

56. Dispõe o "caput", do art. 1.518, do Código Civil que, *verbis*: "Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se tiver mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação."

57. O CTB foi editado com a promulgação da Lei Federal nº 9.503, de 23.09.97, posteriormente modificada pela Lei nº 9.602, de 21.01.1998.

destinadas a assegurar a consecução daquele direito. [58]

Portanto, cumpre ao Poder Público, em caráter obrigatório e em todos os níveis de governo, adotar as medidas cabíveis para que o direito ao trânsito seguro seja implementado. Nesse sentido, dispõe o art. 5°, do Código Brasileiro de Trânsito [59].

A competência para a fiscalização do cumprimento dos ditames do Regulamento editado pelo Decreto Federal n° 96.044/88, quanto ao transporte de produtos perigosos, está cometida ao Ministério dos Transportes, sem exclusão da competência das autoridades com atribuições sobre as vias públicas por onde transitem veículos transportadores de cargas perigosas. [60]

Para fins de atendimento ao mencionado objetivo, tem-se que a fiscalização compreende as seguintes medidas, todas preconizadas no § único, do art. 41, do Regulamento sobre o Transporte Rodoviário de Produtos Perigosos: a) o exame dos documentos de porte obrigatório (art. 22); b) adequação dos rótulos de risco e painéis de segurança (art. 2°), bem assim dos rótulos e etiquetas das embalagens (art. 6°, § 2°), ao produto especificado no Documento Fiscal; e c) verificação da existência de vazamento no equipamento de transporte de carga a granel e, em se tratando de carga fracionada, sua arrumação e estado de conservação das embalagens."

Nesse sentido, ao tomar conhecimento de tráfego rodoviário de carga perigosa em desacordo com os ditames do RTPP, cumpre a autoridade de trânsito investida de competência para a via pública utilizada, independentemente de ocorrência de dano efetivo, providenciar a imediata retenção do veículo, liberando-o tão somente após sanada a infração. Caso necessário, poderá ainda a autoridade determinar, em função do grau e natureza dos riscos, e mediante avaliação técnica (art. 42 e seu § 1°): a) a remoção do veículo para local seguro, inclusive autorizar seja deslocado para onde possa ser corrigida a irregularidade (inc. I); b) o descarregamento e a transferência dos produtos perigosos transportados, seja para outro veículo, seja ainda para local seguro (inc. II); e c) a eliminação da periculosidade da carga, ou mesmo a sua destruição, sob orientação do fabricante ou importador do produto, e quando possível, com a presença do representante da seguradora (inc. III).

A despeito das medidas de polícia administrativas retratarem prática de ato de império, preconiza o § 1°, do art. 42 do mencionado Regulamento que, sempre que possível, ditas providências serão acompanhadas do fabricante ou importador do produto, do contratante, do expedidor, do transportador, assim como do representante da Defesa Civil e de órgão do meio ambiente.

Importa ainda referir que, retido o veículo transportador de carga perigosa, deverá o mesmo permanecer sob a guarda da autoridade, sem prejuízo da responsabilidade do transportador pelos fatos que deram origem à retenção [61].

---

58. Cf. CTB, § 2°, do art. 1°.
59. CTB, art. 5°, *in verbis*: "O Sistema Nacional de Trânsito é o conjunto de órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que tem por finalidade o exercício das atividades de planejamento, administração, normatização, pesquisa, registro e licenciamento de veículos, formação, habilitação e reciclagem de condutores, educação, engenharia, operação do sistema viário, policiamento, fiscalização, julgamento de infrações e de recursos e aplicação de penalidades."
60. Cf. RTPP, art. 41.
61. Cf. RTPP, § 2°, do art. 42.

II.13. Das infrações e penalidades administrativas

Como anteriormente asseverado, nossa Carta Política de 1988 estabeleceu, em matéria ambiental, o denominado princípio da repressão integral [62], via do qual o infrator – pessoa física ou jurídica – responsável por conduta ou atividade lesiva ao meio ambiente está sujeito a sanções de ordem administrativa e penal, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Sob esse enfoque, cabe deixar consignado que o Regulamento do Decreto Federal n° 96.044/88 estabelece um rol de infrações, assim como as correspondentes penalidades de caráter administrativo, as quais não excluem outras sanções previstas em normas específicas, nem sobretudo exonera o infrator das demais cominações de cunho civil e penal cabíveis, como dispõe o art. 47 do RTPP [63].

Conforme dispõe o Regulamento sobre o Transporte Rodoviário de Produtos Perigosos, a penalidade de multa atinge as pessoas do transportador e do expedidor [64].

II.14. Da não recepção constitucional do art. 50, do Regulamento de que trata o Decreto Federal n° 96.044/88

Finalizando esses breves comentários a respeito do Regulamento sobre o Tráfego Rodoviário de Produtos Perigosos, cumpre assinalar, ainda que de forma ligeira e sem nenhuma pretensão de esgotar o assunto, alguns pontos de conflito entre disposições contidas no art. 50 do RTPP e na Constituição da República.

Vejamos, preliminarmente, a redação contida no citado art. 50, in verbis:

> "Art. 50. É da exclusiva competência do Ministro dos Transportes:
> I - estabelecer, quando as circunstâncias técnicas o exijam, medidas especiais de segurança no transporte rodoviário, inclusive determinar acompanhamento técnico especializado;
> II - proibir o transporte rodoviário de cargas ou produtos considerados perigosos que não devam transitar por, vias

62. Cf. § 3°, do art. 225.

63. Estabelece o art. 43, do RTPP, *in verbis*: "Art. 43. A inobservância das disposições deste Regulamento e instruções complementares referentes ao transporte de produto perigoso sujeita o infrator a:
I - multa até o valor máximo de cem Obrigações do Tesouro Nacional - OTN;
II - cancelamento do registro de que trata a Lei nº 7.092, de 19 de abril de 1983.
§ 1º A aplicação da multa compete à autoridade com jurisdição sobre a via onde a infração foi cometida.
§ 2º Ao infrator passível de multa é assegurada defesa, previamente ao recolhimento desta, perante a autoridade com jurisdição sobre a via, no prazo de trinta dias, contados da data da autuação.
§ 3º Da decisão que aplicar a penalidade de multa, cabe recurso com efeito suspensivo, a ser interposto na instância superior do órgão autuante, no prazo de trinta dias, contados da data em que o infrator for notificado, observados os procedimentos peculiares a cada órgão.
§ 4º A aplicação da penalidade de cancelamento no Registro Nacional dos Transportadores Rodoviários - RTB compete ao Ministro dos Transportes, mediante proposta justificada do DNER ou da autoridade com jurisdição sobre a via.
§ 5º O infrator será notificado do envio da proposta de que trata o parágrafo anterior, bem assim dos seus fundamentos, podendo apresentar defesa perante o Ministro dos Transportes no prazo de trinta dias.
§ 6º Da decisão que aplicar a penalidade de cancelamento de registro no RTB cabe pedido de reconsideração a ser interposto no prazo de trinta dias, contados da data da notificação do infrator.
§ 7º Para o efeito de averbação no registro do infrator as autoridades com jurisdição sobre as vias comunicarão ao DNER as penalidades aplicadas em suas respectivas jurisdições."

64. Em relação ao transportador, vide RTPP, art. 45, incs. I, II, III e seu § único. Já com referência à aplicação de multa em face do expedidor, vide RTPP, art. 46, incs. I e II.

> públicas, determinando, em cada caso, a modalidade de transporte mais adequada;
> III - dispensar, no todo ou em parte, a observância deste Regulamento quando, dada a quantidade de produtos perigosos a serem transportados, a operação não ofereça riscos significativos."

De plano, vale novamente salientar que referido dispositivo, assim como o próprio Regulamento hão de ser interpretados à luz da vigente Constituição Federal.

Nesse sentido, nota-se que as providências de polícia elencadas nos incs. I, II e III, do art. 50 do RTPP, seja em relação ao estabelecimento de medidas especiais de segurança no transporte rodoviário; seja em referência à possibilidade de determinação de acompanhamento técnico especializado [65], em verdade, quer a proibição do transporte de cargas ou produtos de extrema periculosidade; quer ainda a aberrante dispensa de cumprimento do Regulamento, não podem, de plano, ser reconhecidas como de competência exclusiva do Ministério dos Transportes.

Com efeito, eis que ditas tarefas não guardam vínculo com a competência privativa da União para legislar sobre trânsito e transporte (CR, art. 22, inc. XI), mas, inversamente, incluem-se no largo espectro da competência material, comum ou de execução, conferida à União, Estados, Distrito Federal e Municípios (CR, art. 23).

Tratando portanto o tema sobre tráfego rodoviário de cargas perigosas, com manifesto e potencial risco à incolumidade pública e meio ambiente, exsurge nítida a competência - e mesmo o irrenunciável dever - de qualquer dos entes federados para a implementação de medidas que viabilizem: a conservação do patrimônio público [66]; o cuidado da saúde [67]; o cuidado na proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência [68]; a proteção de documentos, obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens e os sítios arqueológicos [69]; o impedimento da destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural [70]; a proteção ao meio ambiente e o combate da poluição em qualquer de suas formas [71]; a preservação das florestas, da fauna e da flora [72]; e o estabelecimento e a implantação de política de educação para a segurança do trânsito [73].

Não fosse suficiente, tem-se que em matéria de direito ambiental inevitável deva haver interpretação conjugada dos arts. 23 e 225, do Magno Texto.

Sendo assim, com arrimo e para os fins do disposto no "caput" do art. 225 da Carta Excelsa, incumbe ao Poder Público – em todos os níveis e esferas – assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, para as presentes e futuras gerações [74].

---

65. V. RTPP, art. 23, "caput" e seus §§ 1° e 2° e art. 25.
66. CR, art. 23, inc. I.
67. CR, art. 23, inc. II.
68. CR, art. 23, inc. II.
69. CR, art. 23, inc. III.
70. CR, art. 23, inc. IV.
71. CR, art. 23, inc. VI.
72. CR, art. 23, inc. VII.
73. CR, art. 23, inc. XII.
74. V. também o disposto no § 1°, do art. 225; arts. 5°, inc. XXIII e 170, incs. III, V e VI; e ainda o § 1°, do art. 216, todos da Constituição Federal.

Destarte, tem-se que a competência para a adoção de referidas medidas acautelatórias e de proteção do trânsito, da segurança pública e meio ambiente não está deferida apenas à União (através do Ministério dos Transportes), mas igualmente ao Distrito Federal, Estados e Municípios, através de seus órgãos especializados.

No mais, afigura-se destacada e absolutamente írrito, nulo o dispositivo contido no inc. III, do art. 50 do RTPP, por configurar manifesta ofensa ao princípio da obrigatoriedade da intervenção estatal em defesa e preservação do meio ambiente [75].

A propósito, insta sublinhar que o próprio fundamento para a "dispensa" da observância parcial ou total do Regulamento (se a operação não oferecer riscos significativos), a par de constituir atentado ao poder-dever de controle, fiscalização, prevenção e repressão cometidos ao Poder Público, não guarda harmonia com dispositivos de ordem constitucional e legal. É que a Constituição de 1988 ordena a exigência de prévia aprovação de Estudo de Impacto Ambiental para a obra ou atividade potencialmente causadora de significativo impacto ao meio ambiente (art. 225, § 1°, n° IV), não havendo como possa ser entendido que as demais atividades ou empreendimentos potencialmente modificadores do meio ambiente, mas que não necessariamente causadores de significativo impacto estejam imunizadas de controle.

Bem por isso tem incidência o já referido princípio da obrigatoriedade da intervenção estatal, o qual encontra amparo inclusive na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente [76], na Constituição do Estado de São Paulo [77] e demais normas infraconstitucionais de proteção ambiental [78].

III - DA RESPONSABILIDADE CIVIL EM MATÉRIA AMBIENTAL DECORRENTE DO TRANSPORTE DE CARGAS PERIGOSAS

Partindo do pressuposto de constituir o meio ambiente direito fundamental de todo cidadão e bem de uso comum do povo, de natureza e titularidade difusa, além do que indivisível e inapropriável, vinculado à vida em todas as suas formas e indispensável para assegurar à todos existência digna, tem-se que qualquer atentado aos bens ambientais juridicamente tutelados (como os integrantes dos meios físico, biótico, cultural, antrópico, artificial, ou do trabalho), significa degradação, passível portanto de sancionamento e reparação [79].

Abstraídos os temas relativos à responsabilização nos âmbitos administrativo e penal, cumpre assinalar que, na esfera civil, as pretensões reparatórias, inversamente da tradicional visão ideológico-normativa, não mais encontram respaldo no clássico sistema da responsabilidade subjetiva, escorada no art. 159, do Código Civil Brasileiro.

---

75. Cf. Constituição da República, art. 225, § 1°, c.c. o art. 23, incs. VI e VII.
76. V. Lei Federal n° 6.938, de 31.08.81, arts. 2°, inc. V; 5° e seu § único; 9°, incs. II, III, IV e IX; 10; e 14, incs. I, II, III e IV e seu § 1°.
77. Cf. arts. 191; 192, §§ 1° e 2°; 193, incs. II, IV, V, X, XI, XIV, XX e XXI e 195.
78. V., dentre outras normas, as Leis Estaduais ns° 997, de 31.05.76 e 9.509, de 20.03.97; o Decreto Estadual n° 8.468, de 08.09.76 e a Portaria SUP/DER n° 326, de 08.05.2000 (esta, conferindo atribuição à Polícia Militar Rodoviária para a fiscalização e autuação dos responsáveis por infrações à legislação de transporte de produtos perigosos nas rodovias sob jurisdição estadual).
79. V. Constituição da República, art. 225, "caput" e seu § 3°.

De fato, eis que desde o advento da Lei Federal n° 6.938, de 31.08.81, que institui a Política Nacional do Meio Ambiente, as ações ou omissões causadoras de impactos negativos ao meio ambiente passaram a ser reguladas pelo sistema da responsabilidade objetiva, ou independentemente de culpa.

Consoante bem já advertia nos idos de 1984 o insigne Nelson Nery Júnior, da forma em que expresso o art. 14, § 1°, da Lei Federal n° 6.938/81, deve o intérprete buscar o sentido teleológico da norma, de modo a concluir que, a par da instituição da responsabilidade objetiva, cumpre ser aplicada "sem nenhuma mitigação ou restrição, a *teoria do risco integral*, da qual são sectários publicistas dos mais renomados" [80] (grifo no original).

Com base na teoria do risco integral ou do risco da atividade, afigura-se "irrelevante e impertinente a discussão da conduta do agente (**culpa** ou **dolo**) para a atribuição do dever de indenizar", segundo assevera o sempre preciso autor [81] (grifado no original).

A par disso, afora a absoluta dispensabilidade de aferição sobre a existência ou não de dolo ou culpa para que subsista o dever de reparar o dano causado ao meio ambiente, cumpre salientar que este dever permanecerá incólume ainda que porventura lícita e autorizada a conduta danosa, em suas formas comissiva ou omissiva .

Não bastasse, tem-se que a denominada teoria do risco integral (ou do risco criado), da qual emerge a responsabilidade objetiva, impossibilita a aplicação de institutos outros que tendam a excluir a responsabilidade pela reparação ou indenização. Nesse sentido, igualmente não constituem causas que eximam o agente causador da responsabilidade as denominadas cláusulas de não-indenização, assim como o caso fortuito e a força maior [82].

Em resumo, para que exsurja o dever de reparar ou indenizar em matéria de responsabilidade ambiental é suficiente haver prova do impacto adverso ao meio ambiente (dano direto e/ou indireto) e do liame ou nexo de causa e efeito entre a conduta/atividade e o dano.

Destarte, constituindo pressupostos da responsabilidade civil pelo dano ambiental tão somente o dano e o nexo causal, conclui-se que a defesa do agente causador está circunscrita à negativa da prática da atividade de risco e à inexistência da lesão [83].

Nesse sentido, todo aquele que, de algum modo, tiver contribuído direta ou indiretamente para a ocorrência de dano ambiental deverá repará-lo ou indenizá-lo, preferencialmente com a reconstituição do bem lesado às suas características originais. A indenização por perdas e danos fica reservada para a hipótese de ocorrência de impacto ambiental – parcial ou total - considerado tecnicamente (não economicamente) como irreversível.

Assim sendo, existindo mais de um causador de lesão ambiental, todos que participaram com a sua concretização serão solidariamente responsáveis pela reparação ou indenização, independentemente de prévio ajuste ou ação conjunta, tendo incidência o disposto no "caput" do art. 1.518, do Código Civil Brasileiro.

Igualmente, nesse sentido, a melhor doutrina com Nelson Nery Júnior, que assenta

80. V. *Responsabilidade civil por dano ecológico e a ação civil pública*, Revista de Processo n° 38, Revista dos Tribunais, p. 131.
81. Cf. Nelson Nery Júnior, *in Responsabilidade civil e meio ambiente*, Revista do Advogado n° 37, p. 37
82. Cf.. Nelson Nery Júnior, *in Responsabilidade civil e meio ambiente*, p. 37.
83. Ibidem, mesma página.

haver solidariedade na responsabilidade aquiliana em relação a todos os causadores do dano, não havendo exigência de prática de "'concerto prévio', 'ação conjunta', 'indivisibilidade da conduta', etc.", dada a redação contida na segunda parte do "caput" do mencionado art. 1.518, do Código Civil [84].

De outra parte, insta lembrar que dano ambiental pode ser entendido como a alteração negativa ou adversa dos bens ambientais, ou se suas características, formas, funções, quantidades, qualidades, relações, etc., decorrentes de condutas ou atividades comissivas ou omissivas, incluindo à evidência as obras, empreendimentos, serviços e operações ou situações de risco ao meio ambiente.

Outrossim, cumpre assinalar que o transporte de produtos ou cargas perigosas afigura-se atividade de risco elevado, significativo, por submeter anormal e excessivamente a perigo de dano a **segurança**, a **saúde** e o **bem-estar** da população, assim como os meios **físico** (ar atmosférico, solo, subsolo, águas superiores, águas subterrâneas, recursos naturais não renováveis), **biótico** (flora, fauna, a vida), **cultural** (bens de natureza material ou imaterial de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico), **antrópico** (relacionado às atividades normais da comunidade (tais como transporte, labor, pesca, lazer, etc.), **artificial** (equipamentos urbanos) e do **trabalho**.

A atividade em referência reflete anormal perigo na medida em que, dentre outras variantes e fatores, é exercida essencialmente em movimento, sujeita portanto a intempéries climáticas, condições desfavoráveis de estradas e vias públicas etc., além do que essencialmente dependente de medidas de prevenção e cautela não apenas do transportador e demais gestores e pessoas envolvidas nas operações, mas de terceiros, motoristas ou não, inclusive e notadamente do Poder Público.

A par disso, merece ser enfatizado que a atividade do transporte de cargas perigosas é potencialmente causadora de significativo impacto ao meio ambiente, vez que qualquer falha, acidente, avaria ou evento pode acarretar lesões e prejuízos de natureza grave ou mesmo catastrófica, à partir do derrame, vazamento, desprendimento, lançamento, disposição, infiltração, acúmulo ou emissão de artigos, agentes, substâncias, gases ou vapores com propriedades explosivas, inflamáveis, tóxicas, oxidantes, infectantes, radioativas, corrosivas ou perigosas.

Bem por esses motivos, e longe de esgotar o rol dos diversificados, graves gnificativos riscos decorrentes das operações de carregamento, transporte, descarregamento transbordo de cargas perigosas, é que resta evidenciado que, quanto a temas que envolvam defesa e preservação do meio ambiente o Poder Público somente está legitimado a atuar com o máximo rigor, absolutamente vinculado à inequívoca, abrangente e devida salvaguarda ambiental a que está obrigado, sem desconfortos e nenhuma margem de discricionariedade e tolerância, pena de sujeição ao polo passivo das ações de responsabilização e reparatório-indenizatórias, como agente solidário causador do dano, ou de situação de risco grave e evitável [85].

84. Ibid., p. 41.

85. Cf.. Constituição da República, arts. 23, incs. VI e VII e 225, § 1°; e Lei Federal n° 6.938/81, art. 14, § 1°. A respeito, nosso artigo "*Algumas reflexões sobre vinculação e discricionariedade em matéria ambiental*", passim.

IV - CONCLUSÕES

1. A atividade de transporte de produtos ou cargas perigosas, bem como suas operações que envolvam carregamento, descarregamento e transbordo é potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente;

2. Por constituir atividades de risco anormal e excessivo, seja por envolver manipulação e transporte de substâncias, artigos, agentes, gases ou vapores com propriedades explosivas, inflamáveis, tóxicas, oxidantes, infectantes, radioativas, corrosivas ou perigosas à vida, à saúde, segurança e meio ambiente; seja ainda por ser exercida de forma itinerante, sujeita a fatores e variáveis críticos e diversos, a atividade de transporte de cargas perigosas exige a adoção de medidas rigorosas de prevenção e proteção do meio ambiente, não apenas por parte de todas as pessoas físicas ou jurídicas direta ou indiretamente envolvidas, mas do Poder Público e de toda a coletividade.

3. Em decorrência dos riscos potenciais de causação de significativa e grave degradação ambiental, a atuação do Poder Público quanto ao transporte de cargas perigosas deve ser implementada com o máximo rigor e absoluta vinculação à uma inequívoca, abrangente e devida salvaguarda do meio ambiente, sem nenhuma margem de discricionariedade e tolerância.

4. O Poder Público, assim como todos aqueles que, direta ou indiretamente envolvidos nas operações e atividades relacionadas ao transporte de cargas perigosas, tenham contribuído para a ocorrência de dano ao meio ambiente serão solidariamente responsáveis pela reparação ou indenização.

TESE 37

O MINISTÉRIO PÚBLICO E A PRESERVAÇÃO DOS BENS IMATERIAIS

Roberto Benjamin
Procurador de Justiça (aposentado) - PE

No Brasil, a preocupação com a proteção aos bens culturais expandiu-se a partir do Movimento Modernista, de 1922, consolidando-se em relação ao patrimônio cultural material, na criação do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional.

Em relação aos bens imateriais, há cerca de 50 anos criou-se a Comissão Nacional de Folclore, como órgão ligado à estrutura administrativa do IBECC – Instituto Brasileiro de Educação, Ciência e Cultura/UNESCO, do Ministério das Relações Exteriores. Mais tarde, foi criada a Campanha de Defesa do Folclore Brasileiro, que passou por várias estruturas jurídicas na administração direta do Ministério da Educação e, depois, na FUNARTE.

Todavia, a proteção aos bens imateriais não alcançou a dimensão e as garantias legais atribuídas ao patrimônio material de natureza cultural, histórica e artística nacional.

Sucessivas recomendações da UNESCO, a respeito da problemática da proteção aos bens imateriais, não tiveram repercussão na esfera de decisão do Poder Público brasileiro, apesar dos esforços de figuras como o diplomata e escritor Renato Almeida e do escritor Edson Carneiro e, um pouco mais tarde, de Aloysio Magalhães, ao criar o Centro Nacional de Referência Cultural, iniciando o processo de referenciação de bens imateriais, entre os quais procedimentos peculiares de produção artesanal e de pequena indústria. Com as reformas que aconteceram após a morte de Magalhães, tal atividade foi descontinuada.

Vale lembrar a comunicação de Edson Carneiro, já em abril de 1955, sobre a proteção e restauração dos folguedos populares e que conclui afirmando que "*a proteção aos nossos folguedos, nas condições peculiares em que se encontra o Brasil torna-se um dever urgente e irrecorrível para todos os folcloristas*".

Porém, sem um suporte legal - tanto do ponto de vista do direito substantivo, como a respeito dos procedimentos para a salvaguarda destes bens - pouco puderam fazer os folcloristas, nesta direção. Ficaram como o profeta, que clamava no deserto.

A ação civil pública

Até 1985, os preceitos constitucionais e a legislação ordinária de proteção ao patrimônio cultural não haviam sido contemplados com normas processuais que tornassem exeqüível a proteção pretendida. É a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 – Lei da Ação Civil Pública – que vem oferecer os instrumentos para a defesa de, entre outros interesses difusos nominados, os

*Presidente da Comissão Nacional de Folclore

bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Assim, as associações que tinham finalidade de defender tais interesses, passaram a ter legitimidade para agir. Mas, é sobretudo com as atribuições conferidas ao Ministério Público - no bojo da própria Lei da Ação Civil Pública (art. 8º, § 1º) – e depois consubstanciada na Constituição Federal de 1988, que se viabilizou a proteção aos bens culturais.

A Lei da Ação Civil Pública – não definiu os "*bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico*", constantes do item III do Art. 1º; não determinou a materialidade destes bens; nem exigiu que os mesmos fossem memoráveis ou de excepcional valor, conforme constava do Decreto-Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937, que estabeleceu o tombamento de bens culturais no âmbito federal.

Apesar de decorrida mais de uma década e meia desde a promulgação da Lei, a atuação do Ministério Público na defesa dos bens imateriais tem sido tímida e pouco eficaz.

Por outro lado, a sociedade civil – mal informada a respeito existência de disponibilidade legal para a proteção dos bens imateriais – pouco se tem manifestado. Em Pernambuco, em duas situações, o Ministério Público foi solicitado a exercer as suas atribuições em relação a organizações ligadas à cultura popular tradicional. A primeira, para a assistência em uma ação civil na qual figurava como réu o centenário Maracatu Leão Corado; a segunda, em relação ao Clube Carnavalesco Misto Vassourinhas do Recife (**vide Anexo 1**). Em ambos os casos a iniciativa coube à Comissão Pernambucana de Folclore.

Somente no ano passado, o Governo Federal – através do Decreto nº 3.551, de 4 de agosto de 2000 (**vide Anexo 2**) - tomou a iniciativa em relação ao registro dos bens culturais de natureza imaterial, estabelecendo quatro modalidades a serem contempladas:

- os **saberes**: onde serão inscritos conhecimentos e modos de fazer enraizados no cotidiano das comunidades;

- as **celebrações**: destinado ao registro de rituais, festas e folguedos que marcam a vivência coletiva do trabalho, da **religiosidade**, do entretenimento e de outras práticas da vida social;

- as **formas de expressão**: onde serão registradas as manifestações literárias, musicais, plásticas, cênicas e lúdicas; e

- os **lugares**.: destinado à inscrição de espaços como feiras, mercados, santuários, praças e demais áreas onde se concentram e reproduzem práticas culturais coletivas.

Não há, contudo, avanço em relação efetiva de ações de preservação. Por outro lado, passada mais da metade de um ano, ainda não foi divulgado o regulamento do Decreto, nem tampouco o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial, previstos para noventa (90) dias após a publicação da peça legal.

Vale ressaltar que embora se tratem de bens imateriais, a preservação ou a continuidade das práticas culturais está, quase sempre, na dependência de uma base física. Assim, por exemplo:

- as comunidades de indígenas e dos chamados quilombos negros dependem da garantia da sua territorialidade para a continuidade das suas tradições;

- certos processos artesanais – como a cerâmica – dependem da utilização das jazidas de argila, indispensáveis à obtenção da matéria-prima;

- irmandades religiosas e folguedos de origem catequética necessitam do acesso aos templos católicos de propriedade da hierarquia da Igreja.

Inexigibilidade do tombamento para a ação do Ministério Público

A Lei nº 7.347/85, não estabeleceu a necessidade do prévio tombamento – provisório ou definitivo – para a propositura da ação civil pública. Em inúmeros casos – referentes ao patrimônio material – o Ministério Público tem ignorado a indispensabilidade da condição de tombamento para o exercício da tutela.

Desta forma, a qualidade de bem cultural a ser tutelado deverá ser provada no curso do inquérito civil público ou da própria ação civil pública. Por outro lado, para aqueles bens que vierem a ser registrados na forma prevista no Decreto nº 3.551/200, não se poderá questionar, na ação, a qualidade de bem cultural merecedor da tutela.

Conclusão

Em conclusão, cabe ao Ministério Público a tutela dos bens culturais imateriais e sua ação independe de registro ou tombamento pelo Poder Executivo, sendo o inquérito civil e a ação civil pública os principais e legítimos instrumentos para o exercício deste dever constitucional.

Anexo 1 – Correspondência da Comissão Pernambucana de Folclore ao Ministério Público

Exmo. Sr. Promotor de Justiça de Defesa do Meio Ambiente e do Patrimônio Artístico, Histórico e Cultural.

A Comissão Pernambucana de Folclore, por seu presidente abaixo firmado, vem perante V. Exa. para requerer que essa Promotoria exerça a função de curadora dos bens culturais de Pernambuco, em relação ao centenário ***Clube Carnavalesco Misto Vassourinhas do Recife, com sede à Rua Crucilândia, 263, bairro da Mustardinha,*** no Recife-PE.

Tal solicitação decorre da incúria da sua atual administração, que há muitos anos não apresenta a agremiação dentro das suas tradições de clube pedestre de frevo.

O Clube Vassourinhas é uma sociedade civil, fundada em 6 de janeiro de 1889, na cidade do Recife, com o objetivo de promover desfile pedestre carnavalesco ao ritmo da marcha-frevo, e, posteriormente, filiada à Federação Carnavalesca de Pernambuco.

Durante a sua longa história, a agremiação converteu-se em verdadeiro símbolo do carnaval pernambucano e o seu nome tornou-se sinônimo do frevo executado por orquestra de metais, típico de Pernambuco.

A sua identificação com o carnaval do nosso Estado foi de tal forma importante que foram criadas agremiações sob a mesma denominação nas cidades de Olinda, Caruaru e outras do interior de Pernambuco, tendo migrantes pernambucanos criado clubes com esta denominação nas cidades do Rio de Janeiro e Brasília.

Considerando o objetivo estabelecido pelos seus fundadores, bem como a sua categoria entre os tipos previstos na Federação Carnavalesca de Pernambuco, deve-se considerar que um clube carnavalesco misto, pedestre, só existe quando se apresenta durante o período de carnaval, em desfile aberto por clarins, seguidos do conselho feminino, diabos, membros da diretoria, morcegos, porta-bandeira conduzindo o estandarte, brincantes fantasiados, cordões mistos, destaques e passistas, acompanhados por uma orquestra em que predominam os instrumentos de metal - clarins, trumpetes, trombones, bombardinos e tubas - secundados por instrumentos do naipe das madeiras – clarinetos, saxofones, requintas – e percussão, e realiza o seu desfile a pé.

O Clube Vassourinhas sempre contou, entre os seus associados, com compositores musicais que lhe dedicaram composições exclusivas para as suas apresentações, tais como Matias da Rocha e Joana Batista ("Frevo nº 1"), Zeferino Bandeira ("Leonor") , Manoel Guimarães ("A Roseira"), Hermes da Paixão ("Maria Luíza"), Damásio da Silva ("Marca Olho") e outros.

O Frevo nº 1, de Vassourinhas, composto por Matias da Rocha e Joana Batista, com variações para sax-alto introduzidas, em 1941, pelo Maestro Felinho (Félix Lins de Albuquerque), é não apenas a composição número um do referido clube, mas o número um de todos os frevos compostos, sendo uma das músicas mais tocadas no Brasil e uma das músicas brasileiras mais tocadas no exterior, sempre que se trata de representar Pernambuco e o seu carnaval. O seu estandarte, criado nos primórdios da existência do clube, segundo a tradição

dos estandartes bordados a fio de ouro e prata das irmandades religiosas, tornou-se, também, um ícone do carnaval de Pernambuco, juntamente com o adereço de mão, constituído por uma pequena vassoura decorada com arminho. O clube guarda um acervo de troféus, fotografias, recortes de jornal, livros de atas que se constituem em documentação da vida social e cultural da cidade do Recife, desde sua fundação aos dias atuais, perfazendo mais de 100 anos de história.

Em 1951, os integrantes do Clube, com sua orquestra completa viajaram ao Rio de Janeiro fazendo, no percurso, uma apresentação em Salvador (BA), que foi responsável pelo surgimento do frevo de guitarras elétricas, o chamado frevo-baiano, e, no Rio de Janeiro foi o responsável pela introdução do frevo nos bailes de salão dos clubes sociais.

Durante muitos anos o Clube funcionou na rua das Calçadas, no bairro de São José, em imóvel alugado. A aquisição de terreno e construção da sede própria, no bairro da Mustardinha, foi o pretexto inicial para que a agremiação não desfilasse nos carnavais que se seguiram àquela decisão, na década de oitenta. Após algumas apresentações intermitentes, o Vassourinhas deixou de se apresentar nas ruas do Recife.

O Clube Vassourinhas goza de uma situação privilegiada em relação à maioria das agremiações carnavalescas, em razão do recebimento dos direitos autorais do Frevo nº 1 e da receita proveniente da cobrança de entrada e com a venda de bebidas quando da realização de seus bailes internos no ambiente da sua sede social, bem como do aluguel desta para a realização de eventos.

Representando o pensamento de um grupo de associados, o Sr. Josias Nascimento de Lima, sócio benemérito e membro do Conselho Fiscal do clube, representou ao Ministério Público, junto à Curadoria de Fundações e Sociedades, da Comarca do Recife, alegando a perpetuação da diretoria, sem o cumprimento dos dispositivos estatuários relativos às eleições ou com manobra para a supressão do quadro de sócios, de molde a que um pequeno grupo detenha permanentemente o poder associativo.

Ocorre que a sociedade civil Clube Carnavalesco Misto Vassourinhas não pode ser tratada simplesmente como uma sociedade ordinária. O Clube Carnavalesco Misto Vassourinhas é um patrimônio cultural do Estado de Pernambuco, no sentido tanto de patrimônio cultural imaterial como no sentido de patrimônio histórico material.

Diante do exposto, requer as providências cabíveis para o fim de assegurar o retorno da agremiação à normalidade, bem assim que a continuidade deste bem intangível do patrimônio e da identidade da cultura de Pernambuco.

Termos em que Pede e espera deferimento

Recife, 23 de fevereiro de 2001.

Roberto Emerson Câmara Benjamin – presidente

Anexo 2 – Decreto nº 3.551, de 4 de agosto de 2000, que institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA , no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso IV, e tendo em vista o disposto no art. 14 da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998.
DECRETA:

Art 1º Fica instituído o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro.

§ 1º Esse registro se fará em um dos seguintes livros:

I - Livro de Registro dos Saberes, onde serão inscritos conhecimentos e modos de fazer enraizados no cotidiano das comunidades;

II - Livro de Registro das Celebrações, onde serão inscritos rituais e festas que marcam a vivência coletiva do trabalho, da religiosidade, do entretenimento e de outras práticas da vida social;

III - Livro de Registro das Formas de Expressão, onde serão inscritas manifestações literárias, musicais, plásticas, cênicas e lúdicas;

IV - Livro de Registro dos Lugares, onde serão inscritos mercados, feiras, santuários, praças e demais espaços onde se concentrem e reproduzem práticas culturais coletivas.

§ 2º A inscrição num dos livros de registro terá sempre como referência a continuidade histórica do bem e sua relevância nacional para a memória, a identidade e a formação da sociedade brasileira.

§ 3º Outros livros de registro poderão ser abertos para a inscrição de bens culturais de natureza imaterial que constituam patrimônio cultural brasileiro e não se enquadrem nos livros definidos no parágrafo deste artigo.

Art 2º São partes legítimas para provocar a instauração do processo de registro: I - O Ministro de Estado da Cultura; II - instituições vinculadas ao Ministério da Cultura; III - Secretarias de Estado, de Município e do Distrito Federal; IV - sociedades ou associações civis.

Art 3º As propostas para registro, acompanhadas de sua documentação técnica, serão dirigidas ao Presidente do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN, que as submeterá ao Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural.

§ 1º A instrução dos processos de registro será supervisionada pelo IPHAN.

§ 2º A instrução constará de descrição pormenorizada do bem a ser registrado, acompanhada da documentação correspondente, e deverá mencionar todos os elementos que lhe sejam culturalmente relevantes.

§ 3º A instrução dos processos poderá ser feita por outros órgãos do Ministério da Cultura, pelas unidades do IPHAN ou por entidade, pública ou privada, que detenha conhecimentos específicos sobre a matéria, nos termos do regulamento a ser expedido pelo

Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural.

§ 4º Ultimada a instrução, o IPHAN emitirá parecer acerca da proposta de registro e enviará o processo ao Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural, para deliberação.

§ 5º O parecer de que trata o parágrafo anterior será publicado no *Diário Oficial* da União, para eventuais manifestações sobre o registro, que deverão ser apresentadas ao Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural no prazo de até trinta dias, contados da data da publicação do parecer.

Art 4º O processo de registro, já instiuído com as eventuais manifestações apresentadas, será levado à decisão do Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural.

Art 5º Em caso de decisão favorável do Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural, o bem será inscrito no livro correspondente e receberá o título de "Patrimônio Cultural do Brasil".

Parágrafo único. Caberá ao Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural determinar a abertura, quando for o caso, de novo Livro de Registro, em atendimento ao disposto nos termos do § 3º do art. 1º deste Decreto.

Art 6º Ao Ministério da Cultura cabe assegurar ao bem registrado:

I - documentação por todos os meios técnicos admitidos, cabendo ao IPHAN manter banco de dados com o material produzido durante a instrução do processo.

II - ampla divulgação e promoção.

Art 7º O IPHAN fará a reavaliação dos bens culturais registrados, pelo menos a cada dez anos, e a encaminhará ao Conselho Cunsultivo do Patrimônio Cultural para decidir sobre a revalidação do título de "Patrimônio Cultural do Brasil". Parágrafo único. Negada a revalidação, será mantido apenas o registro, como referência cultural de seu tempo.

Art 8º Fica instituído, no âmbito do Ministério da Cultura, o "Programa Nacional do Patrimônio Imaterial", visando à implementação de política específica de inventário, referenciamento e valorização desse patrimônio.

Parágrafo único. O Ministério da Cultura estabelecerá, no prazo de noventa dias, as bases para o desenvolvimento do Programa de que trata este artigo.

Art 9º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 4 de agosto de 2000; 179º da Independência e 112º da República.

TESE 38

CONTROLE EXTERNO DAS ATIVIDADES DOS ÓRGÃOS ADMINISTRATIVOS DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Bel. Solon Ivo da Silva Filho
Promotor de Justiça - PE

EXPOSIÇÃO

A Constituição Federal de 1988 consagra no seu art. 5º: ***"Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no Brasil a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: ... XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor"*** **(grifo do autor).** A possível inércia do legislador infraconstitucional viabilizou a regra estabelecida no art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias: ***"O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor"***.

Estudo comparado das Constituições do Brasil, observa-se que, ao contrário do que estabelece a Carta Maior de 1988, em 1969, o art. 153, que introduzia o Título II, Capítulo IV – Dos Direitos e Garantias Individuais, não fazia qualquer menção à proteção e defesa do consumidor. Esta concepção da época pós-revolução também pode ser encontrada no Título III da Constituição Federal de 1969 – Da Ordem Econômica e Social, cujo art. 160 apresentava os seus princípios, dentre os quais não estava inserida a proteção e defesa do consumidor.

Também a Constituição Federal de 1967 não trazia qualquer normatização quanto à proteção e defesa do consumidor. Apenas de forma implícita e geral, sem nenhuma referência direta ao que, hodiernamente, está encravado na Lei Federal nº 8.078/90, a Carta Constitucional de 1967 mencionou no seu art. 157: ***"A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: ... VI – repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros"***. Este inciso foi repetido pela Constituição Federal de 1969 (inciso V), cujo caput foi alterado com a introdução da palavra social ("A ordem econômica e social ...") ....talvez um início de modificação da visão de mundo ...dirigida ao social.

* Professor da Sociedade Pernambucana de Cultura e Ensino – SOPECE
Professor da Centro Federal de Educação Tecnológica de Pernambuco – CEFET/PE

A Constituição Federal de 1946 não foi diferente quanto à proteção e defesa do consumidor. O art. 141, inserido no Título IV, Capítulo II – Dos Direitos e das Garantias Individuais - não tratou da proteção e dos possíveis meios de defesa do consumidor. Apenas o art. 145 e o art. 148 dispuseram, também, em aspecto geral, regras relativas ao abuso do poder econômico: ***"A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios de justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano"*** ... ***"A lei reprimirá tôda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões e agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual fôr a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitràriamente os lucros."***

Com a vigência da Carta Constitucional de 1988, acompanhada de discussões diversas e de longos estudos doutrinários, os quais inclusive ensejaram o rompimento da teoria clássica dos contratos explicitada pelo Código Civil Brasileiro (1916), e em prática na sociedade brasileira há quase um século, originou-se a Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Esta lei foi responsável pela introdução, no ordenamento jurídico brasileiro, da teoria da imprevisão, de enorme importância para a proteção daqueles considerados como vulneráveis na relação de consumo. Eis o princípio da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.

A Constituição Federal de 1988, além da previsão expressa da defesa do consumidor como um direito individual, cuja obrigação caberia ao Estado, o Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira – apresenta-se através do Capítulo I – Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica, cujo art. 170, assim disciplina: ***"A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: ... V – defesa do consumidor" (grifo do autor)***

Não há mais dúvidas, então, quanto à legitimidade estatal de promover a defesa do consumidor, visto que se trata de matéria expressamente prevista na Carta Maior vigente. Ademais, menos de dois anos após a promulgação da Constituição Federal de 1988, fato jurídico evidente transformou-se em direito positivo, o que se concretizou em virtude da vigência do Código de Defesa do Consumidor – Lei Federal nº 8.078/90.

O Código de Defesa do Consumidor, apesar de introduzido por elementos básicos indispensáveis para o entendimento dos demais institutos jurídicos decorrentes da relação de consumo, a exemplo do conceito de consumidor, de fornecedor, de produto e serviço, aborda, em seu art. 1º, caput, o caráter público e social da sua matéria, apresentando, de antemão, a plausibilidade da indisponibilidade do direito do consumidor: ***"O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos do art. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias."***

Adiante, em seu Título III, o Código de Defesa do Consumidor menciona sobre a Defesa do Consumidor em Juízo, explicitando o art. 81 que a defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. O Parágrafo Único deste dispositivo legal estabelece as hipóteses de defesa do consumidor em juízo em caráter coletivo (sentido amplo): direito difuso, direito coletivo e direito individual homogêneo.

Neste primeiro momento, a interpretação apenas literal das regras explicitadas demonstra a legitimidade do Ministério Público para proceder a defesa coletiva em juízo do consumidor.

É o que se pode apreender da análise, ainda que superficial, do que dispõe o art. 82 da Lei Federal nº 8.078/90: ***"Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: I – o Ministério Público;"(grifo do autor)***

O legislador consumerista ao mencionar o Ministério Público como legitimado para promover a defesa do consumidor em juízo, não agiu com ineditismo. Apenas repetiu as inovações trazidas pela Carta Constitucional de 1988), seja no que tange à promoção de defesa do consumidor pelo Estado (art. 5º, XXXII, 170, CF, e art. 48, ADCT), seja no que concerne às novas atribuições cometidas ao Ministério Público.

Antes restrito à atuação no âmbito criminal, como o *dominus litis*, o Ministério Público passou a constituir o circuito do estabelecimento e manutenção do estado democrático de direito. É assim que o art. 127 da Constituição Federal de 1988 apresenta o conceito de Ministério Público: ***"O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos sociais e individuais indisponíveis."(grifo do autor)***

Além do conceito de Ministério Público (instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado), a Constituição Federal de 1988, em seu art. 129, apresenta também as funções institucionais do *Parquet*, dentre as quais aquela prevista no inciso 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; ..."*** Esta abrangência da Constituição Federal (... e de outros interesses difusos e coletivos ...) não exclui a legitimidade do Ministério Público para atuar na defesa do consumidor, porque é espécie do gênero. Ademais, antes mesmo da promulgação da Carta Magna de 1988, a Lei de Ação Civil Pública já disciplinava sobre o *Parquet* não só figurar em pólo ativo de ações coletivas referentes ao direito do consumidor, mas também como *custus legis*. É assim que o art. 1º da Lei Federal nº 7.347/85 dispõe: ***"Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo de ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: ... II – ao consumidor". E continua o art. 5º, 1ª parte, caput, do mesmo Diploma Legal: "A ação principal e a cautelar poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios"***. O parágrafo primeiro deste mesmo art. 5º da Lei de Ação Civil Pública proclama, então, a atuação do Ministério Público como fiscal da aplicação da lei: ***"O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei"***.

Nesse sentido, não há dúvidas, desta forma, quanto ao Ministério Público estar incluído na estrutura de Estado, constitucionalmente organizada para promover a defesa do consumidor.. Após as prescrições constitucionais relativas aos poderes executivo, legislativo e judiciário (capítulos I, II e III, respectivamente), previstas no Título IV – Da Organização dos Poderes, o legislador constitucional insere o Ministério Público no **Capítulo IV – Das Funções Essenciais à Justiça**. Já no art. 127, o primeiro da Seção I deste Capítulo, encontra-se presente o conceito de Ministério Público: ***"... instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado ..."***. E continua, apresentando o mesmo dispositivo constitucional as atribuições do Ministério Público, *lato sensu*: ***"... incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis"***.

Procedendo-se análise, primeiramente, da denominação escolhida pelo legislador constituinte para este Título IV da Constituição Federal de 1988 – DAS FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA, dentre as quais estão inseridas as do Ministério Público, observa-se, de antemão, a indispensabilidade da atuação do *Parquet* para a promoção da justiça. Esta circunstância

legal dá-se simplesmente porque ao aplicador das leis – poder judiciário – não é dado, regra geral, manifestar-se sem que haja provocação, conforme disciplina o art. 2º da Lei Adjetiva Civil Brasileira: **"Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais"** (princípio da iniciativa das partes – ne procedat iudex ex officio. E o Ministério Público é uma das estruturas criada pela Constituição Federal de 1988 para atuação, não apenas como o senhor da ação penal, mas também para provocar, havendo necessidade, o poder judicante, a fim de proteger os direitos coletivos em sentido amplo, tal qual o direito do consumidor.

Em continuação, pode-se ainda aquilatar que a defesa do consumidor, *verbi gratia*, pelo Ministério Público não deixa de ser entendida como a defesa também da ordem jurídica. Isto porque o restabelecimento do bem comum e da paz social, objetivos maiores do direito, só poderá ocorrer, quando se trata de direitos coletivos, através da autocomposição (termos de compromisso de ajustamento de conduta – Lei de Ação Civil Pública), ou mediante a heterocomposição (provocação do poder judiciário), manifestações que estão previstas como atribuições legais do Ministério Público.

Outrossim, a própria Constituição Federal de 1988, no seu art. 129, elenca as funções institucionais do Ministério Público, cujo inciso II assim manifesta um delas: ***"zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia"***. **(grifo do autor)**

Daí, em resumo, tem-se que o Ministério Público, no que tange aos direitos coletivos não criminais, além de promover as suas investigações (procedimentos de investigação preliminar e/ou inquéritos civis), propor ajustamentos de conduta com as pessoas (físicas ou jurídicas) investigadas, fiscalizar o cumprimento dos termos de compromisso de ajustamento de conduta, promover ações civis públicas (obrigações de fazer e não fazer), assim como ações executivas, deve ainda, cumprindo norma constitucional, fiscalizar a atuação da estrutura de Estado, a fim resguardar os direitos assegurados na Constituição Federal.

Ora. Um desses direitos assegurados na Constituição Federal, como já se explanou, previsto no seu art. 5º, inciso XXXII, é o seguinte: **a certeza para o brasileiro e estrangeiro residente no Brasil de que o Estado (Poder Público) promoverá a defesa do consumidor.**

Esta defesa do consumidor pelo Estado foi regulamentada justamente pelo Código de Defesa do Consumidor, o qual, no seu art. 4º, que disciplina sobre a Política Nacional de Relações de Consumo, apresenta várias ações obrigatórias para o Poder Público, a fim de resguardar as relações de consumo: ***"A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo 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, atendidos os seguintes princípios: ... II – ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor: a) por iniciativa direta; ... VI – coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores;"(grifo do autor)***

Assim, não há maiores dificuldades para se identificar a estrutura disponibilizada pelo Estado, a fim de desenvolver a promoção da defesa do consumidor:

- no âmbito criminal, os crimes, em regra, são de ação penal pública incondicionada, ou seja, o Ministério Público iniciará a persecução criminal (art. 129, I, CF/88), independentemente de qualquer representação. Não havendo prova consistente (indícios de autoria e prova da materialidade), o Ministério Público, a teor do que prescreve o art. 129, inciso VIII, da Constituição Federal, "requisitará diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial".

- com relação à atuação de natureza não criminal (civil), também a Constituição Federal de 1988, em seu art. 129, inciso III, disciplina que o Ministério Público deverá "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" (ver Lei da Ação Civil Pública, repita-se).

- no âmbito administrativo (infrações e respectivas sanções administrativas), não possui, em sede de Constituição, o Ministério Público atribuição expressa para aplicação das disposições legais insertas nos arts. 55 e seguintes do Código de Defesa do Consumidor.

Observa-se que, nos aspectos criminal e civil, cabe ao Ministério Público promover a defesa do consumidor, direito consagrado, previsto no art. 5º da Constituição Federal de 1988. Ocorre que existem ainda atribuições de ordem administrativa cometidas pelo legislador pátrio diretamente aos órgãos do Poder Executivo Federal, Estadual e Municipal, incluindo o Distrito Federal, de importância tamanha para resguardar o consumidor nas suas relações comerciais travadas cotidianamente.

Estas atribuições administrativas têm a sua magnitude prevista no art. 55, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor, o qual apresenta as suas finalidades: ***"A União, Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios fiscalizarão e controlarão a produção, industrialização, distribuição, a publicidade de produtos e serviços e o mercado de consumo, no interesse da preservação da vida, da saúde, da segurança, da informação e do bem estar do consumidor, baixando normas que se fizerem necessárias". (grifo do autor)***

Voltando a atenção, neste oportunidade, após a apresentação da atuação estatal para cumprir o art. 5º, inciso XXXII, CF/88 (promover a defesa do consumidor), para o art. 129 da Carta Magna de 1988, tem-se que previstas foram, de forma explícitas, funções institucionais ao Ministério Público de ordem criminal e civil. Já no que tange às funções de natureza administrativa, o constituinte não as disponibilizou ao **Parquet**; apenas silenciou. Deteve-se apenas a expressar, de forma clara e inteligente, um outra função institucional do Ministério Público, a qual, encarnada no inciso II do art. 129 da Lei Maior: ***"ZELAR PELO EFETIVO RESPEITO DOS PODERES PÚBLICOS E DOS SERVIÇOS DE RELEVÂNCIA PÚBLICA AOS DIREITOS ASSEGURADOS NESTA CONSTITUIÇÃO, PROMOVENDO AS MEDIDAS NECESSÁRIAS À SUA GARANTIA"***

O direcionamento, dessarte, das atribuições administrativas para o Poder Executivo da União, Estados, Distrito Federal e Municípios pelo Código de Defesa do Consumidor – Lei Federal nº 8.078/90 - não excluiu do Ministério Público a sua atribuição constituição estabelecida no art. 127: defesa da ordem jurídica e do regime democrático. Isto porque, de maneira ampla, contudo com propriedade absoluta e incontestável, o legislador constituinte previu como função institucional do Parquet o ZELO PELO RESPEITO DOS PODERES PÚBLICOS E DOS SERVIÇOS DE RELEVÂNCIA PÚBLICA AOS DIREITOS ASSEGURADOS NESTA CONSTITUIÇÃO.

Ademais, poder-se-ia perguntar como o Ministério Público promoveria o mencionado zelo pelo respeito dos Poderes Públicos .... se não houvesse a previsão do disposto na parte final do inciso II do art. 129 da Constituição Federal de 1988 - **... promovendo as medidas necessárias à sua garantia (grifo do autor)**

E estas medidas, se não o são de cumprimento, porque (seja a nível constitucional ou através de leis infraconstitucionais) não há previsão de atuação do Ministério Público no âmbito administrativo para a realização da defesa do consumidor, resta ao Parquet promover a **FISCALIZAÇÃO**. Não é faculdade do Ministério Público; ao contrário, é imposição legal. Isto porque, se a atuação administrativa de defesa do consumidor está a cargo do Poder Executivo (em todos os níveis da administração), como pode observar o respeito pelo Poder Público aos direitos assegurados na Constituição? Logicamente, a resposta só pode ser uma: **ATRAVÉS DA FISCALIZAÇÃO**.

Enfim, esta é o direcionamento que deve o Ministério Público Brasileiro promover em suas atuações no âmbito da defesa do consumidor – **O CONTROLE EXTERNO DAS ATIVIDADES DOS ÓRGÃOS ADMINISTRATIVOS DE DEFESA DO CONSUMIDOR**.

CONCLUSÕES

01. É dever do Ministério Público, nos termos dos arts. 5º, XXXII, 127, 129, II e 170, da Constituição Federal, proceder o controle externo das atividades dos órgãos administrativos de defesa do consumidor.

02. A não regulamentação da matéria, em caráter interno, pelos órgãos superiores do Ministério Público, seja em âmbito nacional ou federal, não exclui a função institucional do Ministério Público de promover o zelo pelo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição Federal de 1988, dentre os quais, o da defesa do consumidor.

03. É dever dos órgãos de execução do Ministério Público exercer as medidas necessárias à garantia do respeito pelo Poderes Públicos e serviços de relevância pública à defesa do consumidor.

04. As medidas a serem adotadas pelo Ministério Público, a fim de resguardar o respeito pelos Poderes Públicos e serviços de relevância pública à defesa do consumidor constituem o controle externo das atividades dos órgãos administrativos de defesa do consumidor.

TESE 39

ASPECTOS DA EXECUÇÃO COLETIVA NO DIREITO DO CONSUMIDOR

Ciro Expedito Scheraiber
Promotor de Justiça - PR

SUMÁRIO.

I. Introdução.
II. Execução coletiva e execução individual.
III. Legitimação ativa e passiva nas execuções.
IV. Liquidação da sentença e edital.
V. Eficácias dos títulos (declaratórias, constitutivas, mandamentais, executivas *lato sensu* e condenatórias).
VI. Execução Provisória e inexigibilidade de caução.
VII. Diagnóstico da execução coletiva.
VIII. Vantagens do processo coletivo.
IX. Conclusões.

I. Introdução.

Escassos são os estudos acerca da execução coletiva no sistema do direito processual civil coletivo. É sabido que o processo de execução é aquele que viabiliza a satisfação material do direito resistido do credor, ante a inadimplência do devedor, pela certeza alcançada na sentença judicial, civil ou penal, ou pelo reconhecimento do direito em título executivo extrajudicial.

Verifica-se que a execução não teve trato mais aprofundado, em verdade, nos próprios instrumentos de tutela coletiva, sendo necessário valer-se do sistema ortodoxo, prevalentemente.

Dentro dessa perspectiva, pretende-se tecer algumas considerações acerca de certas peculiaridades da execução coletiva no direito do consumidor, já que a questão teve no Código de Defesa do Consumidor alguma atenção, tendo em vista a necessidade de tutela coletiva executiva, conforme a natureza dos interesses assegurados nos títulos executivos.

II. Execução coletiva e execução individual.

No sistema processual civil coletivo a execução pode ser, além de coletiva, também individual. É coletiva quando se refira a direitos difusos ou coletivos *strictu sensu*. Busca a chamada indenização pela *fluid recovery*, em que a indenização será recolhida para o Fundo de

Defesa de Direitos Difusos, conforme veremos abaixo.

A execução coletiva se dá independentemente das execuções individuais, não exercendo atração com relação a estas. Tanto que o CDC, artigo 99 *caput*, prevê que, subsistindo ambas as modalidades, as indenizações individuais terão preferência em relação à coletiva[1].

A execução individual ocorre quando sobrevém sentença condenatória acerca de direitos individuais homogêneos, em que primeiramente legitimados estarão as vítimas e seus sucessores, salvo no caso de não se habilitarem vítimas em número compatível com a gravidade do dano, na forma do artigo 100.

III. Legitimação ativa e passiva nas execuções.

É responsável, em princípio, pela execução coletiva, o autor da ação condenatória. Também os demais legitimados do artigo 82 do CDC, inclusive o ente público perante o qual foi firmado compromisso de ajustamento de conduta. São, portanto, o Ministério Público, os entes políticos, órgãos públicos e associações. Nada impede, todavia, que outro legitimado o faça, em caráter facultativo, caso o autor coletivo não promova a execução no prazo de 60 dias, conforme determina o artigo 15 da Lei da Ação Civil Pública. Para Carvalho Filho, dentro do prazo é *exclusiva* a legitimidade do autor da ação. Após, haverá concorrência de legitimados, apesar da entidade autora não perder a sua legitimação: só perde a exclusividade[2]. Com relação ao Ministério Público há obrigatoriedade de agir.

O título é a sentença ou o compromisso de ajustamento de conduta e a multa respectiva, na forma da legislação processual civil.

Quando a sentença condenatória for genérica, porque decorrente de direitos individuais homogêneos, há que se ultrapassar o processo de liquidação para tornar-se líquida. A legitimação, nesse caso, decorrente do CDC, é prioritariamente das vítimas e sucessores, porque há perfeita condição de identificação de cada titular, e de seu direito, apurado que foi o valor ou o "quantum" da indenização que lhe pertencia.

Em caráter excepcional, portanto, não havendo em 01 ano a habilitação de interessados "em número compatível com a gravidade do dano" os legitimados à ação coletiva poderão então promover a "liquidação e execução" da sentença. A execução (e a liquidação, como vimos anteriormente) se transforma em coletiva.

O título é a certidão de sentença de liquidação, transitada em julgado ou não (v. art. 98 do CDC), neste caso para dar ensejo à execução provisória. O objetivo da previsão legal de que a execução coletiva, nesta modalidade, se opere com certidão da sentença é a da sua facilitação. Não se exige que se dê em autos principais ou suplementares, nem por carta de sentença (execução provisória). É o ensinamento de Ada Pelegrini Grinover[3].

Na execução coletiva ou na execução individual, a legitimação passiva não se distingue, à vista da natureza do direito ou interesse a indenizar. Quer seja difuso, coletivo ou individual

1. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Comentários ao código de defesa do consumidor.* Comentadores Toshio Mukai... [et al.], coordenador Juarez de Oliveira, Saraiva, São Paulo, 1991, p. 338.
2. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública: comentários por artigo.* Editora Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1995, p.330.
3. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto.* p. 694.

homogêneo, a legitimação passiva decorre da: a) "pessoa física ou jurídica (fornecedor, fabricante, importador, construtor, prestador de serviço, comerciante, entidade pública, ou, de modo geral, o 'responsável pela causação do dano' - § 1º do art. 25 do CDC) que, nos termos da sentença condenatória, deva ressarcir o dano ao interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo dos consumidores, ou deva cumprir o preceito cominatório, positivo ou negativo (v.g., retirar os *outdoors* com a mensagem publicitária enganosa; promover o *recall* dos veículos de certa marca, para dotá-los de determinado item de segurança"[4]; b) daqueles que descumpriram compromissos de ajustamento de conduta; que não cumpriu o "compromisso de cessação de prática sob investigação" colhido pelo CADE ou SDE, que configura título executivo extrajudicial, bem assim das multas impostas pelo plenário do CADE (as multas serão executadas pelo rito da Lei 8630/80 – execução judicial da dívida ativa da Fazenda Pública), ambos decorrentes da Lei 8.884/94, artigos 53, § 4º, 60 e 61 e artigo 55 do Decreto nº 2181/97.

IV. Liquidação da sentença e edital.

Quando se tratar de sentença[5], a liquidação será proposta, quando necessária, para a finalidade de provar o "quantum debeatur", o nexo causal e o montante, conforme já dispunha o parágrafo único do artigo 97 vetado, em forma de liquidação por artigos.

Ensina Pizzol[6]: "Se, contudo, for postulado pedido genérico, sendo proferida sentença genérica (ilíquida), a liquidação poderá ser coletiva (regra) e/ou individual. A liquidação individual é cabível, na hipótese, em razão da possibilidade do transporte *in utilibus* da coisa julgada coletiva, conforme previsto expressamente no § 3º do art. 103 do CDC, que permite aos indivíduos a propositura de liquidações individuais com vista ao ressarcimento do dano individualmente sofrido em razão do mesmo fato gerador do dano difuso ou coletivo".

Mas para que se habilitem interessados na liquidação e subseqüente execução há necessidade de que haja ampla publicidade da sentença ou de eventual compromisso de ajustamento de conduta.

O processo coletivo tem como característica a efetivação da tutela jurídica de direitos referentes à massa, ou seja, a coletividade é beneficiária. Assim, na defesa de direitos individuais homogêneos, em que a tutela coletiva pode ser exercitada, e onde há condições de divisibilidade do interesse e de determinabilidade dos seus titulares, abre-se a possibilidade de que as vítimas ou seus sucessores venham a integrar o processo como litisconsortes. Assim é que o artigo 94 do Código de Defesa do Consumidor determina que será publicado edital no órgão oficial, sem prejuízo de ampla divulgação nos meios de comunicação, da proposição da ação, para que os interessados possam se habilitar como litisconsortes.

---

4. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Manual do consumidor em juízo.* Saraiva, São Paulo, 1994, p. 123.
5. É necessário referir da possibilidade de haver, no sistema de tutela dos direitos coletivos, a ocorrência de títulos executivos extrajudiciais ilíquidos, os compromissos de ajustamento de conduta, em aparente confrontação com o princípio da tipicidade do título, que estabelece *numerus clausus*, Justifica-se essa "abertura" pela natureza dos interesses. Não entendemos que se deva tolher um devedor, ou fornecedor, de se comprometer a indenizar perante um dos legitimados da ação civil pública às eventuais vítimas que se fizerem conhecidas no futuropelo fato do serviço ou do produto, por exemplo, sob o argumento de que não poderia dizer o *quantum* a indenizar de cada um dos credores. Nem seria razoável exigir que nesta situação fosse necessário ingressar com ação de conhecimento para tanto. Basta liquidar o compromisso de ajustamento de conduta.
6. PIZZOL, Patrícia Miranda. *Liquidação nas ações coletivas.* Editora LEJUS, São Paulo, 1998, p. 183

Da mesma forma, uma vez transitada em julgado a sentença na ação coletiva procedente, que assegura a indenização de direitos individuais homogêneos, dever-se-á publicar edital para que os interessados possam se habilitar à liquidação e execução da sentença. E isso estava previsto no artigo 96 que foi vetado e que tinha a seguinte redação: "Transitada em julgado a sentença condenatória, será publicado edital, observado o disposto no art. 93". A remissão ao art. 93, em verdade, foi equivocada, pois o edital é previsto no artigo 94, como vimos.

Sustenta Grinover[7] que é absolutamente necessária a publicação do edital, para que seja dada a oportunidade das vítimas ou seus sucessores instaurarem a liquidação e a execução. Ademais, pelos efeitos da coisa julgada *in utilibus*, em que serão beneficiados, no caso de que se trata, todos que tiverem na condição de lesionados pela situação posta na sentença, mesmo que não tenham integrado o processo como litisconsorte, é imprescindível que seja dada publicidade. A falta do edital pode tornar inócua a condenação, resultando obrigatoriamente numa execução coletiva, em que o valor global da indenização será destinado ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, quando a prioridade é a indenização individual das vítimas no verdadeiro *quantum* apurado para cada uma delas.

V. Eficácias dos títulos (declaratórias, constitutivas, mandamentais, executivas *lato sensu* e condenatórias).

Segundo a doutrina, as sentenças condenatórias têm eficácias declaratórias e que, para a concretização do direito do autor, exige-se a instauração de nova relação processual, no processo de execução "ex intervallo". A ação executiva, em havendo trânsito em julgado da sentença é definitiva, e se dependente de recurso ordinário ou extraordinário, provisória.

Tem eficácia executiva a sentença procedente. Não há execução de sentença improcedente. Em sede de ação civil pública ou coletiva, não há execução de verbas acessórias, tais como custas e honorários, porque, no geral, não há condenação pela improcedência da ação, nesses consectários.

As sentença declaratória e a constitutiva não importam em eficácia executiva, tal qual prevista no Código de Processo Civil[8]. As declaratórias servem para declarar a existência ou não de relação jurídica (efeito de preceito), enquanto que as constitutivas apenas modificam a situação jurídica. Esgotam-se aí as suas eficácias.

A eficácia executiva, todavia, não existe apenas na sentença condenatória, mas também nas executiva "lato sensu" e na mandamental. Pontes de Miranda e Ovídio Baptista da Silva demonstraram que as eficácias classificadas como trinária admitiriam também estas últimas, passando a constituir a quinária.

As sentenças executivas "lato sensu" têm carga extrema de executoriedade. Isso faz com que o processo executivo autônomo seja prescindível. Desenvolvem-se os atos de cognição e execução no mesmo processo. Daí se extraem três conseqüências básicas apontadas por

---

7. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, p. 689.

8. DINAMARCO, Cândido Rangel. Obra citada, p. 101. Diz o autor que há doutrina (italiana, principalmente) moderna que considera como executivas "em sentido lato" também as sentenças constitutivas. Isso porque toda a satisfação voluntária ou não da pretensão do credor, significa execução. Ainda seriam assim os atos de execução indireta, como a prisão, *astreintes* e multas de direito material. Adverte, porém, que no sistema do L. II do CPC, de "execução forçada", tal doutrina não se encaixa.

Watanabe[9], quais sejam: a) inexistir embargos do devedor, porque não ocorre processo de execução; b) toda defesa tem de ser oferecida no processo de conhecimento; c) execução promovida por simples mandado, após notificação. Não havendo cumprimento da decisão judicial, haverá emprego da força e arrombamento, conforme o caso.

As sentenças mandamentais foram apontadas como separadas do provimento condenatório por Pontes de Miranda, que verberou terem a eficácia mandamental o objetivo de atendimento a uma "ordem" do juiz. Tem o descumprimento da sentença mandamental a conseqüência do ilícito penal da desobediência. Na ação mandamental só o juiz pode praticar o ato, haja vista a sua "estatalidade". Na execução, o juiz expede mandados, mas no final o ato de solver o débito é ato da parte[10].

Assim, na sentença proferida no processo coletivo do consumidor, a eficácia executiva depende da natureza do pedido deduzido na ação. Com exceção da sentença condenatória genérica, que abre caminho ainda ao processo de conhecimento de liquidação, as condenatórias líquidas e certas, executivas "lato sensu" e as mandamentais têm eficácias executivas que operam em favor dos titulares dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Ao lado das sentenças, há provimentos que antecipam as tutelas pretendidas, desde que presentes os requisitos de suas concessões, com efeitos executivos, já que demandam uma efetivação concreta para atender os interesses do credor.

Vale citar, com Mancuso[11], que "apenas em linha de princípio, dada a garantia constitucional da ampla defesa (CF, art. 5º, LV), porque na verdade a *finalidade precípua* das ações fundadas no CDC não é o ressarcimento pecuniário, que leva à execução por quantia certa, embargável após seguro o juízo com a penhora, nem a entrega de coisa, embargável após o seu depósito (CPC, Art. 738, I, II e III). Conforme antes já se referiu, haverá sentenças *meramente declaratórias* (CDC, art. 51, § 4º), que não comportam execução; sentenças *desconstitutivas* (CDC, art. 51, § 2º), que por si só já operam a inovação no mundo jurídico; sentenças com preceito cominatório, de fazer ou não fazer, vocacionadas à *execução específica* (CDC, art. 84; Lei n. 7.347, art. 11); sentenças *preventivo-mandamentais* (CDC, art. 102), que se cumprem mediante ordem à autoridade".

VI. Execução Provisória e inexigibilidade de caução.

Em geral o procedimento executivo se instaura quando se apresentar um título executivo judicial transitado em julgado ou título executivo extrajudicial. A execução provisória, portanto, é possível em se tratando de título executivo judicial, haja vista que o título ainda depende do julgamento de recurso ordinário ou extraordinário, quando o efeito seja só o devolutivo (artigo 587 do CPC).

Pelo que dispõe o artigo 588, a execução provisória opera tanto quanto a definitiva, observando-se os princípios dos incisos I, II e III.

---

9. WATANABE, Kazuo. *Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC).* **In:** Reforma do Código de Processo Civil, corrdenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira, Saraiva, São Paulo, 1996, p. 23.

10. PONTES DE MIRANDA. Tratado das ações, RT, t1, 1970, § 37, ns.1 e 2, p. 211 **apud** Watanabe, *Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC*, pp. 25/26.

11. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Manual do consumidor em juízo,* p. 124.

Importa referir que na antecipação da tutela, com eficácia executiva, pelo fato de que artigo 273, § 3º não fazer referência ao inciso I do artigo 588, ou seja, de que na execução provisória a responsabilidade por danos causados ao devedor correrá por conta do credor, que deverá prestar caução, caso a provisoriedade proporcione prejuízos, significa que a caução, nesse caso, está dispensada, embora a responsabilidade do credor por danos permaneça, como resultante do sistema jurídico de responsabilidade civil.

Nas execuções coletivas a caução que visa garantir o devedor não se aplica pelos vários motivos, que são bem evidenciados por Pizzol[12]: a) não abrange atos de alienação de domínio, nem levantamento de depósito em dinheiro. Na hipótese de levantamento de depósito em dinheiro, de acordo com o artigo 99 do CDC, só é possível se o patrimônio do devedor suportar a integralidade da dívida. Somente exigir-se-ia caução, mesmo no processo civil ortodoxo, quando a execução importasse em risco para o executado; b) tal como nas execuções em mandado de segurança, nas ações coletivas representa a execução provisória fator de equilíbrio dos agentes econômicos: a caução impõe óbice a esse equilíbrio; c) a limitação da exigência de caução para os casos em que possa dificultar ou impossibilitar o exercício do direito, referindo que na Itália é inconstitucional o dispositivo que se exige caução, com perigo de insolvência do autor; d) no CDC o concurso de preferência de que trata o artigo 99 favorece a execução dos créditos individuais perante a execução dos coletivos.

VII. Diagnóstico da execução coletiva.

O que se verifica na execução coletiva, "subsidiária" da execução de sentença condenatória para defesa de interesses individuais homogêneos, é a dificuldade prática de sua implementação, por diversos fatores, dentre os quais o da apuração do *quantum debeatur* por não ter o legitimado ativo condições de delimitar o valor individual da indenização, devendo levantar o valor global, que será remetido ao Fundo.

Faz Araken de Assis um diagnóstico bem realista da situação, quando refere: " ...sem embargo da natureza dos envolvidos, e do caráter moderno da Lei nº 7.347/85, o legislador descurou-se da terapêutica executiva da ação civil pública, que deveria ser privilegiada e mereceria tratamento especial no âmbito do próprio diploma. Chegado às culminâncias da sentença de procedência, o autor da ação civil pública, depois de dificuldades variadas, terá alcançado só metade do caminho e, aí, cairá na vala comum[13]".

A boa aplicação do sistema de execução coletiva tem sido prejudicada quando se faz necessária a liquidação da sentença. Por ser processo de conhecimento, a liquidação, que sucede outro processo de conhecimento, onde o legitimado à ação civil pública buscou a certeza do direito pleiteado, tem sido objeto de ingente demora. Após obtida a sentença de liquidação, se inicia o processo propriamente dito de execução.

A liquidação se torna difícil, pois se trata de processo cognitivo que depende de dilação probatória, dada as dificuldades naturais de quem defende direito alheio[14]. A iniciativa da

12. PIZZOL, Patrícia Miranda. Obra citada, pp. 246/247.

13. ASSIS, Araken de. *Execução na ação civil pública*. In: Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul 9AJURIS0, Porto Alegre, novembro, 1995, vol. 65, p. 132.

14. A legitimação ativa para a execução coletiva, em se tratando de direitos difusos e coletivos, é ordinária. Já se é coletiva, na hipótese excepcional de direitos individuais homogêneos (cuja sentença é certa, mas ilíquida, necessitando de liquidação), a legitimação é extraordinária.

ação executiva da sentença condenatória de indenização de direitos individuais homogêneos, cabe individualmente às vítimas e seus sucessores, os quais deverão habilitar-se na ação civil e promover a necessária execução da sentença genérica, após a liquidação, para que seja individualizado e destinado o *quantum debeatur* para cada um.

Porém, quando couber a execução coletiva de sentença que reconhece direitos individuais homogêneos, não há como os legitimados promoverem a execução sem antes, pensamos, liquidar a sentença para apurar o "dano global". Esse dano global significa o valor da indenização de todo o grupo e na medida desses danos causados[15]. Não se pode buscar indenização pelos "prejuízos" sofridos pelas vítimas. Essa liquidação é necessária para apuração do valor que será executado e integralizado ao Fundo. É o saldo remanescente das execuções individuais.

A dificuldade que ocorre na apuração da *fluid recovery* é manifestada por Alvim, quando diz que nos Estados Unidos da América, há que se fazê-la através do *cypress recovery (As near as possible)* em que a determinação do valor deverá ser a mais próxima da real possível. Outra dificuldade prática que se apresenta para tal apuração ocorre pelo fato de que a quantificação, por vezes, seria demonstrada pelas próprias vítimas ou seus sucessores, mas que não comparecem para se habilitar ou o fazem em número incompatível. Assim, aponta Alvim a solução estadunidense, ou seja, a da utilização dos documentos do próprio réu[16]. Outra possibilidade é utilizar-se das provas já produzidas no processo de conhecimento que, necessariamente, deverão apontar o dano (por isso seria procedente a ação) e, por vezes, indicar a extensão deles. O Ministério Público, normalmente, utiliza-se do inquérito civil para apurar a justa causa da ação civil e, no seu bojo, pode colher elementos que possibilitem eventual liquidação dos danos para viabilizar futura execução.

VIII. Vantagens do processo coletivo.

As vantagens da ação coletiva, que proporciona o processo de execução coletiva, está na possibilidade de se obter a certeza do direito discutido no processo pelo legitimado processual, bem assim da extensão dos efeitos da coisa julgada *erga omnes* de modo a vencer a dificuldade de dedução individual da pretensão, que leva à impraticabilidade do desiderato. É provável que, individualmente, as vítimas ou interessados não se aventurem ao processo judicial, vez que os valores da demanda singularizada são poucos significativos. Não se exige que se dispense tempo, porque as demandas judiciais são demoradas, e dinheiro, porque normalmente são caras.

Outra das vantagens é buscar, mesmo que indiretamente, a indenizabilidade do dano coletivo, a par de outras medidas possíveis, administrativas ou penais. Assim, ter-se-á de um lado uma recomposição ainda que não direta, vez que o destino da integralização do fundo poderá ser outro que não a reparação *in natura* e, de outro, de caráter educativo, pelo fato da conduta do devedor não restar impune.

Em realidade, o que se observa é que no campo da tutela coletiva a eficácia melhor se concretiza quando se cuida de direitos difusos e coletivos onde, naturalmente, a sentença

15. Segundo o artigo 95, a responsabilidade do réu, na sentença condenatória genérica será fixada "pelos danos causados". Não se fala em prejuízo decorrente do dano.

16. ARRUDA ALVIM, José Manuel de. ALVIM, Thereza; ALVIM Eduardo; MARINS, James. *Código do Consumidor Comentado*. 2º edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1995, nota 20, p. 451. O autor refere Jack H. Friedenthal, Mary Kay Kane, Arthur R. Miller, CIVIL PROCEDURE, St. Paul., Minn., 1985, West. Publisching Co., § 16.5, p. 747 e 748, nota 33.

condenatória exeqüenda, ou o título extrajudicial (compromisso de ajustamento de conduta) seja líquido e certo, e as indenizações perseguidas naturalmente pelos legitimados à ação civil pública sejam destinadas ao Fundo.

A facilitação também se dá nos provimentos cuja eficácia executiva se materialize no próprio processo de conhecimento, tais as sentenças executivas *lato sensu* e mandamentais, onde se dispensa a ação executiva *ex intervallo*.

Finalmente, quando se cuida de obrigação de fazer e não fazer, ao processo executivo raramente se sujeita. Nestes processos são utilizáveis os chamados meios de convencimento ou coação, chamados de execução indireta[17], em que o devedor é concitado ao cumprimento voluntário da obrigação.

O sistema processual trouxe dentro do processo de conhecimento a ação que tem "por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, a *tutela específica* – para a satisfação *in natura* – e a *tutela assecuratória* – para a satisfação pelo equivalente da obrigação inadimplida -, utilizando-se da técnica da antecipação da tutela, liminarmente ou mediante justificação prévia, sempre que, relevante o fundamento da demanda, haja justificado receio de ineficácia do provimento final (art. 461, § 3º)"[18].

A tutela específica das obrigações de fazer e não fazer surgiu num diploma legal pela vez primeira no Código de Defesa do Consumidor, no artigo 84 e, ao depois, com a reforma da Lei nº 8.952/94, foi incorporado ao Código de Processo Civil. Em verdade, tal medida já tinha sido prevista no anteprojeto de modificação do Código de Processo Civil da Comissão nomeada em 1985, integrada por Kazuo Watanabe, entre outros, que propôs a criação de uma Ação Especial de Tutela Específica da Obrigação de Fazer e Não Fazer (arts. 889-A, parágrafos, e 889-B), cujo projeto foi publicado no DOU, suplemento nº 246, em 24.12.85[19].

IX. Conclusões.

a) A execução coletiva de títulos que asseguram direitos individuais homogêneos, apesar de oferecer dificuldades processuais aos legitimados coletivos, apresenta a vantagem de propiciar a efetividade do processo nos casos de inércia dos beneficiários individuais.

b) A liquidação de sentença, e eventualmente de título executivo extrajudicial, deverá ser pelo valor global, assegurados os direitos de eventuais habilitados.

c) Na execução coletiva provisória é prescindível a prestação da caução.

17. Quando o juiz estabelece uma ameaça (as chamadas medidas de coação) pelo descumprimento da obrigação que foi objeto da condenação, nas obrigações de fazer e não fazer, com a aplicação de multas (*astreintes*), bem como de prisão pela inadimplência de obrigação alimentícia.

18. CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Código de processo civil reformado.* 3ª edição, Belo Horizonte, Editora Del Rey, 1996, p. 180/181.

19. WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto,* 4ª edição, São Paulo, Editora Forense Universitária, 1998, p.653.

TESE 40

"MAILING LISTS" E DIREITO DO CONSUMIDOR.

Ciro Expedito Scheraiber
Promotor de Justiça – PR

I. Introdução.
II. Da necessidade do marketing publicitário.
III. Dos instrumentos e formas do exercício do marketing (e-commerce).
IV. Dos bancos de dados de consumo como meios de difusão do crédito.
V. Das técnicas de difusão de endereços eletrônicos.
VI. Da forma de arrecadação de nomes e endereços residenciais e eletrônicos. Do cookie.
VII. Das malas diretas eletrônicas indesejáveis ou não solicitadas (spammers).
VIII. Da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor no webmarketing.
IX. Dos requisitos legais dos bancos de dados ou arquivos pessoais e de consumo.
X. As mailing lists como bancos de dados pessoais e de consumo.
XI. Da violação da privacidade e das comunicações em geral.
XII. Da prática comercial abusiva .
XIII. Conclusões.

I. Introdução.

Se o direito do consumidor representou um avanço em termos de poder legiferante na regulação de direitos modernos, os chamados difusos, coletivos e individuais homogêneos, sobressai-se agora a sua aplicabilidade aos mesmos direitos ofendidos pelo fenômeno da *internet*, que a informática proporcionou.

É sabido que as relações de consumo buscam a regulação do mercado, procurando reequilibrar as relações, presente que se faz a vulnerabilidade do consumidor perante o fornecedor, como fenômeno sociológico antes do econômico.

Nesse contexto, e visualizando o consumo como satisfação de necessidades, não há apartar os protagonistas, o consumidor e o fornecedor. Entre ambos, portanto, ressurge o elemento "relação de consumo", como fenômeno jurídico passível de tutela.

No contexto econômico, em que se insere a relação de consumo, o fornecedor opera na busca da interrelação com atividades necessárias, sem as quais o mercado não se operaria, tais as técnicas de *marketing*.

E no exercício dessas técnicas, os meios utilizados são os mais diversos, ao tempo em que se apresentam os mais evoluídos, devido as necessidades da sociedade de massa, onde a modernidade não prescinde dos meios de comunicação rápidos e eficientes tais como a *internet* e a *intranet*.

Na prática do *marketing* comercial, por meio desses instrumentos (*webmarketing*),[1] novos horizontes aceleram o desenvolvimento, mas, ao mesmo tempo, desafiam a novas e não vislumbradas ofensas aos direitos tutelados, ou que demandam proteção, no âmbito das relações consumeristas.

A tecnologia, apartada do direito, induz ao espargir de seus tentáculos perante novas formas de tutela, onde outros enfoques do direito posto são exigidos.

Nesse contexto é que se pretende analisar a aplicabilidade do direito do consumidor ao fenômeno das *mailing lists,* que constituem bancos de dados de consumo e que, por intermédio da *internet,* se apresenta como fato jurídico, social e econômico a merecer tutela, dados os abusos de que são alvos, em especial pela utilização de instrumentos e vias técnicas da informática, tais os chamados *cookies* e *spammers*, decorrentes da utilização desregrada dos *e-mails* ou correios eletrônicos.

II. Da necessidade do *marketing* publicitário.

O consumo é mutante, na medida em que as necessidades e os desejos se alteram, variando conforme se incorporem, ao passar do tempo, novas práticas comerciais envolvendo produtos e serviços, decorrente mesmo da evolução da tecnologia e do conhecimento.

Desde os tempos primevos da mera apreensão dos bens naturais e da simples troca, passando pela compra e venda direta (face a face) tendo como referencial um elemento de valor (ouro, moeda, etc), o fenômeno teve como característica a pessoalidade.

Ao depois a *prática comercial* se tornou ato habitual e profissional, itinerante ou estabelecida. As casas de comércio evoluíram para os hoje conhecidos super ou hipermercados, cujas empresas se agrupam em centros (*shopping centers*) e ainda estabelecem, por vezes, condutas uniformes (*dumpings*, *holdings*, cartéis, trustes, etc). Tornou-se impessoal.

O ponto marcante do crescimento comercial e industrial, pós segunda guerra, decorreu da revolução industrial, a partir da qual o crescimento da tecnologia e do conhecimento decolou, contínua e incessantemente. O vertiginoso crescimento populacional e a sofisticação decorrente da evolução social dão sustentáculo ao aperfeiçoamento tecnológico, que serve como elemento de ajustamento dos anseios sociais.

A complexidade do fenômeno e o atendimento ingente de necessidades similares proporcionou a chamada produção em série de produtos e a especialização da prestação de

1. Segundo anota a EMBRATEL, **www.embratel.com.br *in*** "Marketing na *Internet*", com acesso em 08/08/01: " O que faz com um cliente mantenha os negócios com a sua empresa? É possível listar um sem número de fatores, mas pode-se resumir tudo em uma só palavra: lembrança. É a lembrança que faz com que tudo aconteça. E é essa a melhor definição para o marketing: gerar lembrança na mente do consumidor. Mas como isso é aplicado na *Internet*? Existe um termo recente, como tudo que diz respeito à *Internet*, chamado webmarketing. E o que é isso? 'É o sentido de adaptar e desenvolver estratégias de marketing no ambiente Web'. O trabalho de webmarketing contempla todas as etapas de trabalho de um website, como a concepção, o projeto, a adequação do conteúdo, o desenvolvimento, a manutenção e a divulgação".

serviços. Em decorrência, novos métodos de comercialização, modernamente chamado de *marketing*[2], se tornaram instrumentos de colocação rápida e eficiente de produtos e serviços, donde a publicidade exerce papel destacado.

A necessidade de consumir, às vezes artificial, inserida no contexto social, é o móvel da indústria e do comércio, cujo fenômeno dá ensanchas à "sociedade de massas ou de consumo[3]". Para Ada Pelegrini Grinover, em resumo, são características da Sociedade de Consumo: a) número crescente de produtos e serviços; b) domínio do crédito e do *marketing*; c) dificuldades de acesso à justiça[4].

O *marketing*, portanto, constitui a energia imprescindível para a sobrevivência do fornecedor do mercado, pois ele representa a mola propulsora dos seus negócios, pelo qual faz apresentar e oferecer o seu produto ou serviço. Hoje, mais que isso, para que seja eficiente, há que criar necessidades e desejos no contexto do mercado consumidor, a ponto de que necessidades às vezes artificiais se apresentam com caráter de essencialidade, sem cujas satisfações o consumidor teria frustrações insuperáveis[5].

Apesar de eventuais desvios no exercício do *marketing* é bem verdade que ele exerce importante função social, notadamente por constituir importante fator de impulso ao mercado. Assim é que pode servir como fator definidor de preços, desde que inserido numa justa concorrência, bem como apresentar novos produtos e serviços que por vezes são úteis aos consumidores, elevando a qualidade de vida, pelo aperfeiçoamento da tecnologia que, compulsoriamente, é exigida, dado o grau de aprimoramento do mercado. Além do que, por ser atividade econômica, gera empregos diretos e indiretos.

III. Dos instrumentos e formas do exercício do *marketing* (*e-commerce*).

Com o estado da "sociedade de massas" resultante, evidentemente, da revolução industrial, a necessidade de colocação rápida e intensa de produtos e serviços que aparecem no mercado, as técnicas de venda evoluíram para instrumentos eficientes, tais a tecnologia da informática, que se utiliza de meios de conhecimento (a era do conhecimento) que viabiliza a concretização daquelas demandas, a que eficientemente se insere a chamada "mídia".

---

2. O consumidor, mesmo um ser econômico e social, está cada vez mais isolado e necessida mais e mais ser alcançado pela informação acerca dos produtos e serviços e também, por vezes, convencido da conveniência de sua aquisição.
3. GRINOVER, Ada Pelegrini. " Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto". 6ª edição, Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1999, p. 6.
4. Consulte-se acerca do acesso à justica, em especial diante da evolução dos sistemas jurídicos, o "Acesso à Justiça" de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, tradução de Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre, Ed. Fabris, 1988.
5. MONTE, Mário Ferreira. "DA PROTEÇÃO PENAL DO CONSUMIDOR. O problema da (des)criminalização no incitamento ao consumo". Livraria Almedina, Coimbra, 1996. O autor luso expõe com riqueza a classificação das necessidades humanas. De acordo com o ensinamento do autor, o consumo vincula-se à satisfação de necessidades. Consumir é o ato de satisfazer necessidades. Pelo só fato da existência do homem, decorrem necessidades inderrogáveis, tais como o ato de comer ou respirar, que pertencem ao grupo das necessidades naturais. São sempre essenciais. Decorrem as necessidades do meio em que o homem se insere, dos desejos tidos como imprescindíveis, sem as quais ele não vive plenamente, tais como os vícios de fumar ou de se vestir, porque é costume enraizado na sociedade. Correspondem às chamadas necessidades artificiais, mas também essenciais. São necessidades supérfluas aquelas artificiais que podem ser dispensadas, e o ser humano, mesmo assim, viverá normalmente, como a de adquirir determinado bem que venha a lhe proporcionar um conforto desnecessário, como, por exemplo, adquirir um bem novíssimo, em detrimento de outro já existente que exerce a mesma função. As necessidades de consumo são inerentes ao ser, e fazem parte indissociável do cotidiano, que integram os atos da vida, que precedem o nascimento, alcançando o pós morte.

Segundo a tabela de identificação da mídia de Karls Elling[6], ela se classifica em mídia direta pessoal (vendedores, telefonistas, relações públicas); direta impessoal (mala direta, material impresso, brindes, catálogos, embalagens); e indireta pessoal ("boca a boca", humanização[7]); e indireta impessoal (mídia impressa, mídia eletrônica, *outdoor*, trânsito). Essa classificação bem representa a evolução das técnicas de venda, conforme as necessidades modernas.

Avulta na modernidade a utilização, nas mais diversas atividades econômicas, da informática, em especial pela forma dinâmica e rápida de comunicação e da facilitação do comércio. Dentre os diversos instrumentos, releva o da *internet* que derruba barreiras e divisas, proporcionando um espraiar de conhecimento sobre os diversos produtos e serviços à disposição[8]. Assim que o chamado *e-commerce* tem sido um dos responsáveis pelo fenômino denominado "globalização", já que as dificuldades de comunicação nas práticas comerciais restaram superadas.

É certo que "O crescimento da rede, a nível global, iniciou-se por volta de 1995 e, desde então, segue em contínuo e vertiginoso crescimento. Os dados estatísticos, veiculados nos vários setores da mídia, expressam a progressiva representatividade da Internet para o comércio mundial ("e-commerce"). Na era da globalização, profetiza-se como sendo, a "World Wide Web", a ferramenta do futuro. Destarte, as empresas de todos os setores da economia investem maciçamente na divulgação de seus produtos e serviços e na comercialização dos mesmos através da rede mundial de computadores[9]" .

IV. Dos bancos de dados de consumo como meios de difusão do crédito.

Evidentemente que a atividade comercial só se viabiliza se os efeitos da publicidade, em suas diversas formas, se concretizarem. E isso ocorre por intermédio da circulação de riquezas, em que a moeda sempre representou o elemento básico. Todavia, com a intensificação das relações comerciais, outro fator tem gerado o incremento do mercado, como consequência da economia massificada, qual seja o "crédito". Se outrora as relações de compra e venda se davam de forma direta, em que o eventual crédito propiciado era favorecido pelo conhecimento pessoal do fornecedor e de seus hábitos de consumo e poder aquisitivo, hoje isso se tornou impossível. Assim é que surgiram os chamados bancos de dados ou cadastros de consumo (genericamente, arquivos de consumo) onde os comerciantes (os fornecedores) dispõem de organizações de listas de informações acerca do comportamento dos consumidores no mercado, que servem de parâmetros para a concessão da venda a prazo, ou o popularmente chamado "fiado", onde o crédito representa a confiança de que não haverá inadimplência da obrigação.

As associações comerciais organizaram os chamados serviços de proteção ao crédito (SPCs, ou SEPROCs) ou os bancos a SERASA (Centralização de Serviços dos Bancos S/A),

6. SANTOS, Fernando Gherardini. "Direito do marketing: uma abordagem jurídica do marketing empresarial". Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000, p. 35.

7. Humanização representa a associação de um produto a uma determinada pessoa, em especial famosa. Cita SANTOS, Fernando Gherardini, ob. cit., p. 35, nota 50, o caso do tênis "Nike" ao atleta Michael Jordan.

8. A WEBB negócios *on line* em sua cartilha "Webb Fácil 2", p. 5, refere que os efeitos da internet: **interatividade, onipresença e velocidade** proporcionam vantagens competitivas para as empresas. Apresentam a internet como o meio mais eficaz de comunicação, mostrando que ela levou 04 anos apenas para atingir 50 milhões de usuários no mundo, enquanto que o rádio levou 38 anos, o computador 16 anos, a televisão 13 anos e o celular 09 anos.

9. SOUZA, Marcos Antônio Cardoso de, "A legislação e a internet", *in* **www.direitocriminal.com.br**, 17.02.2001.

dentre outros, como forma de superar o anonimado do consumidor, e concretizar as transações mediante a outorga do crédito.

Outros, contendo dados objetivos do consumidor, tais como as listas de pessoas que se habilitam à aquisição de serviços públicos, a exemplo do fornecedor de água, energia elétrica ou telefonia, por vezes podem, tal qual os do próprio comércio, proporcionar que tais dados sejam repassados a interessados diversos, com a finalidade do *marketing*, ou seja, de envio de malas diretas por intermédio dos correios convencionais, ou agora através dos correios eletrônicos, os *e-mails*.

V. Das técnicas de difusão de endereços eletrônicos.

Os bancos de dados ou cadastros de consumo se constituem em repositórios de informações acerca de potenciais adquirentes de produtos ou utentes de serviços, os quais são úteis para os que pretendem exercer as atividades de incremento do comércio, no sentido de fazer chegar ao eventual consumidor a oferta e até mesmo a proposta de contratação.

Tradicionalmente, as listas de nomes e endereços dos potenciais consumidores eram repassadas em forma de listas impressas, etiquetas já também impressas ou, quando muito, já na era da telemática, de fornecimento de disquetes para cópia em programas de computador. Nem tanto havia disseminação dessas malas diretas, devido a razoável dificuldade material de remessa pelo sistema tradicional, e com a facilidade encontrada na mídia eletrônica, o *webmarketing* colocou-se como a forma viável de estimulação do consumo[10]. Para isso, repositórios de dados passaram a representar uma forma de comércio, pelo qual seus detentores comercializam essas listas de nomes e endereços, auferindo lucros, pois a venda desses bancos de dados representa um ganho significativo, dado que dispõem normalmente de um número elevado de informações.

Segundo traz matéria do jornal Estadão[11], o custo desses banco de dados de *e-mails* é relativamente barato, transcrevendo conteúdo de uma dessas ofertas, como exemplo: "1MILHÃO DE E-MAILS - PESSOAS FÍSICAS BRASILEIRAS - R$ 150. 2 MILHÕES DE E-MAILS - PESSOAS FÍSICAS BRASILEIRAS - R$ 250. 200 MIL E-MAILS - PESSOAS JURÍDICAS BRASILEIRAS - R$ 150. 2.200.000 E-MAILS - PESSOAS FÍSICAS + PESSOAS JURÍDICAS - R$ 300 - PROMOÇÃO!!! Telefone: 0 ## 11 - 3203-1717".

Ou, então, este[12]: "A Promo Web vem por intermédio desta, colocar a sua disposição um cadastro único para você que tem necessidade de divulgar o seu negócio ou web site a nível brasileiro ou muncial: são mais de 17.000.000 (Dezessete Milhões) de e-mails, sendo 6.000.000 brasileiros e 11.000.000 internacionais, tudo isto pelo valor de R$ 400,00. Não perca mais tempo faça o seu pedido ainda hoje e faça bons negócios!

---

10. EMBRATEL. **In: www.embratel.com.br**, com acesso em 08.08.2001. Segundo estudo "e-Mail", informa a embratel que "Como na *Internet* não se paga nada por cada mensagem enviada, só se paga mesmo pelo tempo que se fica conectado, basta algum esforço para se conseguir enviar uma mala-direta pela *Internet*, com baixíssimo custo se comparadas às enviadas por correio tradicional (não há o custo de impressão, envelopamento e de envio pelo correio e, na verdade, o custo incremental de se enviar uma mensagem para mais uma pessoa, na *Internet*, é essencialmente zero)".

11. O ESTADO DE SÃO PAULO. ***In* www.estadão.com.br**, de 18/01/2001.

12. E-mail enviado pela ***promoweb10@yahoo.com*** para o Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor de Curitiba (caopcon@pr.gov.br), em 06/08/2001.

Mais este[13]: "HIPERMAILING. Envie mais de 2 milhões de mensagens pela Internet para divulgar seu produto, de uma maneira simples e rápida. Ligue e ganhe gratuitamente um software freeware que envia 20 mil mensagens por hora! Oferecemos total suporte técnico e podemos instruí-lo com dicas para não incomodar os provedores. SUPER PROMOÇÃO. + de 2 milhões de e-mails de pessoas físicas brasileiras, MAIS 120 MIL E-MAILS de pessoas jurídicas brasileiras .... R$ 100,00".

Como o correio eletrônico é mais barato e de acesso fácil, os endereços virtuais (*e-mails*) passaram a ser colecionados e depositados em bancos de dados também eletrônicos, ou mesmo em CDs ROOMs e ofertados a custos razoavelmente baixos, de forma que o interessado, de posse desses dados, tem importante instrumento de difusão direta, pela via eletrônica, vislumbrando um horizonte largo na comercialização de seus produtos ou serviços.

VI. Da forma de arrecadação de nomes e endereços residenciais e eletrônicos. Do *cookie*.

É sabido que os bancos de dados podem ser formados por cadastro do próprio consumidor, que fornece voluntariamente os seus dados, visando adquirir um produto ou serviço, ou por determinação do fornecedor interessado nessas informações, ou, ainda, por decisão de um próprio banco de dados.

Fora da *web*, ocorre normalmente a formação quando o consumidor comparece numa loja e preenche uma "ficha cadastral" para financiar uma determinada compra, ou quando o comerciante envia uma informação de inadimplência a um banco de dados de consumo, como o SPC das Associações Comerciais, por exemplo, ou quando um banco de dados resolve formar uma lista de dados de endereços e nomes para uso próprio ou mesmo para repasse a terceiros.

No caso da comercialização de listas de *e-mails*, o mesmo ocorre quando o usuário da *internet* ou o internauta acessa uma página da rede, ou seja, um determinado *site*, e pode ser convidado a fornecer seus dados, voluntariamente, preenchendo espaços próprios, a fim de, futuramente, receber mensagens ou informações. Neste caso, há a deliberada disponibilização desses dados pelo consumidor.

Mas, utilizando-se de recursos da informática, os titulares de domínios[14] na *internet*, ou seja, de *sites*, no momento em que são acessados, implantam um programa (*software*) na memória do computador do usuário, que terá funções de captação de informações e remessa para depósito no banco de dados do *site*, com o objetivo de traçar o perfil desse usuário, no sentido de identificar as suas preferências e práticas comuns no comércio. Esse programa tem a denominação de ***cookie*** e se configura num "espião" dentro da memória do computador, ocupando espaços, o qual não foi permitido ou solicitado. Representa uma apropriação indevida.

Muitas vezes sem que o usuário saiba, tal programa é instalado e passa a exercer uma função comercial, pois informações individuais, suas características e o seu endereço eletrônico ou *e-mail*, passam a integrar um banco de dados. Ou como relata Sabbatini[15], "Depois de um

13. E-mail enviado pela "*Informativo*"<***MAILER-DAEMON@pr.gov.br***.para o Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor de Curitiba (caopcon@pr.gov.br), em 07/08/2001.

14. CORRÊA, Gustavo Testa. "*Aspectos Jurídicos da Internet*". Editora Saraiva, SP, 2000, pp. 10-14. Segundo o autor, o "domínio" é a identificação do *site* ou a página da WWW (World Wide Web) que foi registrado no Comitê Gestor *Internet* do Brasil (Res. 1, de 15/4/1998).

15. SABBATINI, Renato. "Privacidade e comércio eletrônico". **In: http://www.epub.org.br/correio/cp000310.html,** com acesso em 08.08.2001.

certo tempo, esse perfil é bastante sofisticado e completo, e pode ser usado para muitas coisas: ele pode ser vendido, por exemplo, para empresas que buscam informações sobre o comportamento de usuários, tais como as coisas que eles mais compram, ou os sites que mais visitam, ou as informações que mais procuram". Tais informações podem servir para que o proprietário do *site* passe a remeter publicidades ou propagandas ou ofertas de determinados produtos que são do agrado e da preferência daquele usuário, até de forma personalizada. A essa mala direta eletrônica se denomina na rede de *spam.*

Veja-se como exemplo, o caso citado, ainda, por Renato Sabbatini[16], em "que o usuário costuma visitar artigos sobre tratamento de asma, a próxima vez que ele entrar em um desses *sites*, irá visualizar um anúncio de um novo medicamento para asma, provocando, então (segundo a teoria), um maior desejo de clicar nesse anúncio".

Cita, inclusive, que alguns programas o fazem personalizadamente, pois oferecem produtos ou serviços que são do desejo daquele cliente (consumidor). Há até outros que criam *banners*[17], ou seja, figuras na sua página eletrônica, coloridas, atraentes, oscilativas, oferecendo diretamente o produto, às vezes de forma destacada no canto da tela ou da página.

Interessante, a respeito, o artigo de Roberto Pompeu de Toledo[18] na Revista Veja, onde ele descreve exatamente a conduta do "Tratamento Personalizado" de um modo geral, como forma de quebrar o gelo, em que pessoas desconhecidas se dirigem a outras pelo nome, às vezes referindo-se a dados particulares, como se fossem íntimas e suas velhas conhecidas. Inclusive, narra que essa prática é forte na propaganda comercial, onde o consumidor pode se sentir lisonjeado com tal tratamento e acaba cedendo às investidas e comprando o produto ou serviço. Refere que outro meio utilizado de forma mais agressiva (não fala do endereço eletrônico, ainda) é o telefônico, onde diz haver "intrusão da intimidade das pessoas", perguntando: "E se a pessoa estiver trabalhando? E se estiver em pleno ato amoroso? Doente? Com um parente morrendo no quarto ao lado? Mesmo que não esteja em nenhuma dessas situações, que contrato social, que ética autoriza que se venha a perturbar-lhe a intimidade dessa forma?". Termina referindo que pode significar a técnica do "tratamento personalizado" uma reação ao anonimato da massificação, mas também pode representar o "massacre" da pessoa.

Pois bem, há outros que vão depositando os endereços eletrônicos dos usuários de computadores, quer sejam acessados por meio de *cookies* ou mesmo por autorização dos usuários (às vezes sem conhecer qual o uso dos seus dados), e formam listas ou ***mailing lists*** com finalidade de repassar aos fornecedores no mercado de consumo, para envio das referidas malas diretas, quando não se propõem eles próprios, utilizando-se desses dados, prestar serviços de envio de correspondências comerciais (malas diretas ou *spammers*), na perspectiva do incremento do consumo de bens e serviços.

As listas de endereços eletrônicos proporcionam um volume inimaginável de malas diretas, na ordem de 25 bilhões de dólares ao ano nos EUA, conforme os dados trazidos no seu

16. SABBATINI, Renato. Idem.

17. A definição de ***banner*** segundo se extrai do *site* **http://members. nbci.com** é a seguinte: "Banda Ilustrada, imagem gráfica usada para veicular anúncios em home pages, normalmente são clicáveis fazendo link com o site do anunciante". Ou, segundo o vocabulário no **www.amem.org.br/vocab/** é simplesmente: "**Banner** - Faixa publicitária na Web".

18. TOLEDO, Roberto Pompeu de. "Tratamento personalizado, um perigo destes tempos. ***Veja,*** São Paulo: Abril, n. 18, p. 166, 05 maio de 1999.

importante artigo, por Demócrito Reinaldo Filho[19]. Refere que as empresas que fazem intermediação de *mailing lists*, denominadas de *list-brokers* podem vender ou alugar as listas, oferecendo entre 60 a 125 dólares para cada mil nomes que aluguem. E o volume é tal que exemplifica: "Sob o título de "mailing lists", as páginas amarelas do Boston Globe incluem mais de 40 companhias que oferecem acesso a quase onze mil diferentes listas, cobrindo 100 milhões de consumidores"[20].

VII. Das malas diretas eletrônicas indesejáveis ou não solicitadas (*spammers*).

A título de mala direta via *e-mail* os fornecedores ou titulares desses banco de dados ou *mailing lists,* passam a remeter, em massa, milhares ou milhões de propagandas comerciais que ao chegarem ao destinatário entopem o seu endereço eletrônico ou *e-mail* de forma até a causar-lhe problemas técnicos, além de lhe proporcionar importante dispêndio de tempo para examinar tais mensagens, a fim de selecionar aquilo que é proveitoso e o que não é, fazendo com que o seu computador deixe de lhe ser útil.

A essa desmedida e desregrada remessa de *spam*[21] (tido como lixo eletrônico) tem sido objeto de preocupação dos usuários, consumidores de produtos e serviços, pois nem sempre o *spam* se constitui num benefício. Às vezes, além das publicidades comerciais, são oferecidos correntes de riqueza, remessa de piadas, utilização de palavras de baixo calão, que só tem o objetivo de emulação[22].

E tal atividade é consequência dessa descompromissada comercialização de *mailing lists* desautorizadas, que acaba causando essa ordem de transtornos.

Devido a isso, no seio da informática, os *cookies* e os *spammers* têm sido objeto de grande discussão, envolvendo, como não poderia deixar de ser, o meio jurídico, objetivando vislumbrar as regulamentações aplicáveis, no sentido de reprimir tais condutas. E aí se se depara com uma certa ausência de legislações específicas. Mas, o poder legiferante, mesmo assim, tem se manifestado, já tendo uma séria de leis que materializam certa proteção, quando não específica, de forma genérica ao uso da informática. Uma gama de projetos de lei que ensaiam atender a essas questões, embora tais providências, se comparadas às de países onde a telemática está mais avançada, como os EUA, as medidas de cá vem na rabeira das de lá[23].

---

19. REINALDO FILHO, DEMÓCRITO. "O comércio de "mailing lists" e a privacidade do consumidor". **In: www.estacio.com.br**., Boston, 14.08.99.

20. REINALDO FILHO, DEMÓCRITO. Idem.

21. RIPARDO, Sérgio. "Monty Python difundiu a palavra spam; veja origem do termo". **In: www.uol.com.br/folha/ /dinheiro/ult9lu20570.shl**, do Jornal Folha de São Paulo, de 30/04/2001. Segundo a matéria, o termo SPAM resultou de uma das produções do grupo humorístico Monty Python, que para impedir a comunicação em um bar, repetem irritantemente o termo "Spam, Spam, Spam". Como alguém se irritou com a repetição de correspondências comerciais em seu e-mail, associou o termo "Spam" ao fato e o fenômeno comercial passou a se chamar assim. Outra versão, extraída da Webopedia, é o de que o termo associa-se ao nome da carne de lata, "com o argumento de que spam é um tipo de coisa que ninguém pede e ninguém engole".

22. O ESTADO DE SÃO PAULO. "Piadas e Correntes irritam usuários". **In: www.estadão.com.br**, de 26/03/2001. A matéria refere as diversas formas de um usuário ser incomodado com mensagens inúteis e até ofensivas, além dos *spammers* que provocam irritação.

23. Veja o *site http://www.cyberlaws.com.br/legis/* que traz informações da legislação aplicável direta ou indiretamente à informática.

VIII. Da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor no *webmarketing*.

É sabido que o sistema de tutela do consumidor se aplica quando há uma relação de consumo[24], decorrente de uma relação jurídica entre um fornecedor de um lado e um consumidor de outro. A prática comercial ou contratual, no contexto de uma relação de consumo, está sob a égide do sistema de proteção ao consumidor, cuja principiologia se concretiza no seio da Lei 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor, e se espraia a todas as demais normatizações de consumo extravagantes. Dentre os princípios, o da especialidade, também em decorrência da característica de "ordem pública e interesse social" declinado no artigo 1º do Código. Pela especialidade, a tutela do consumidor se aplica de forma obrigatória, mesmo quando não invocada por qualquer interessado.

Dessa forma, em quaisquer meios de comunicação em que a prática consumerista se apresente, quer direta ou indiretamente, estará ele sob o manto do Código de Defesa do Consumidor. É por isso que as normatizações dessa estirpe não podem revogar ou derrogar o princípio específico de "defesa do consumidor", o qual tem foro de constitucionalidade (v. artigo 5º, XXXII e 170, V da Constituição Federal).

Se relevam de importância os meios modernos e atuais de comunicação, no exercício do *marketing*, em especial aquele exercido pelo *webmarketing*, como já salientado, tais relações devem observar e cumprir os requisitos de quaisquer práticas nas relações de consumo consideradas tradicionais, e que estão previstas no CDC. Assim, mesmo que legislações específicas existam ou que venham a se estabelecer, de caráter genérico na utilização da informática, elas não derrogarão os princípios específicos que ensejam direitos básicos dos consumidores (vejam-se os artigos 4º e 6º do CDC).

Bem retrata essa circunstância Angela Bittencourt Brasil[25], membro do Ministério Público do R.J., quando refere que os contratos entre fornecedores e consumidores levados a efeito "fora do estabelecimento" comercial proporcionam a possibilidade de desistência no prazo de 07 dias, conforme dispõe o artigo 49 do CDC. Diz ela: "As relações on line não se afastam do preceito acima estabelecido pelo Código do Consumidor, posto que o contrato por sua característica de livre forma de contratar é perfeitamente adaptável à aplicação analógica das normas ora existentes às peculiaridades apresentadas pelos contratos eletrônicos".

IX. Dos requisitos legais dos bancos de dados ou arquivos pessoais e de consumo.

Considerando que devido a necessidade de tutela do consumidor, os Bancos de Dados mereceram pelo Código de Defesa do Consumidor regulamentação especial no Capítulo das Práticas Comerciais, há de se fazer análise dos requisitos para registro de endereços e nomes em tais bancos de dados ou arquivos pessoais e de consumo.

---

24. A conceituação aprovada pelo Grupo Mercado Comum do Mercosul, no MERCOSUL/GMC/RES 123/96, de "relação de consumo" no Anexo, item III, é a seguinte: "Relação de Consumo é o vínculo que se estabelece entre o fornecedor que, a título oneroso, fornece um produto ou presta um serviço e quem o adquire ou utiliza como destinatário final. Equipara-se a esta o fornecimento de produtos e a prestação de serviços a título gratuito, quando se realizem em funções de uma eventual relação de consumo". **In: Revista de Direito do Consumidor n. 23-24,** julho/dezembro 1997, Ed. RT, pp. 512/513.

25. BRASIL, Angela Bittencourt. "Aplicação do Código de Defesa do Consumidor na *Internet*". **In: www.ibdi.hpg.com.br/artigos/ /angela_brasil/001.html**, com acesso em 08.08.2001. Conclui a autora que o direito de desistência imotivada feita por *e-mail* passa a contar do momento em que há a "descarga do arquivo" no computador "daquele a quem é feita a desistência, isto é, quando o provedor puder comprovar que o e-mail foi enviado e recebido".

De três formas podem ser abertos os arquivos[26]: a) *por solicitação do próprio consumidor*; b) *por determinação do fornecedor interessado* na realização do negócio de consumo; e c) *por decisão espontânea de um banco de dados*.

O Código de Defesa do Consumidor regulou no artigo 43 e parágrafos, os direitos básicos dos consumidores, nos bancos de dados e cadastros de consumidores, destacando-se dentre eles os direitos de comunicação, acesso e correção de dados.

Pelo direito de informação ou comunicação por escrito, o consumidor deve conhecer, em prazo razoável (não fixado pelo CDC), que deve ser de, no mínimo, 05 dias, por analogia ao artigo 43, § 3º, previamente à incorporação ao arquivo da entidade, de todos os dados registrados[27].

O dispositivo do artigo 43, § 2º do CDC dispõe que "A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele". A abertura, por conseqüência, não poderá prescindir da comunicação por escrito. Infere-se, outrossim, que deverá ser prévia, porque a *mens legis* é no sentido de prevenir eventuais ofensas a direitos do consumidor, cujo titular poderá evitar o registro indevido.

É da doutrina especializada o ensinamento no mesmo sentido, tal qual Antônio Herman V. Benjamin[28], que ensina que "A comunicação deve ser feita antes da colocação da informação no domínio público. É preliminar a tal. Visando a prevenir futuros danos ao consumidor, é de todo recomendável "que a comunicação seja realizada antes mesmo da inscrição do consumidor no cadastro de inadimplentes, a fim de evitar possíveis erros... Agindo assim, estará a empresa tomando as precauções para escapar de futura responsabilidade".

Já pelo direito de acesso, o consumidor tem direito de verificar todas as informações de consumo sobre ele registradas, quer estejam em arquivos abertos pelo próprio fornecedor, quer seja por um banco de dados. Inclusive sobre as fontes dos arquivos, seja com a finalidade de melhor investigação no caso de contestação da informação, quer seja para o exercício de reparação por perdas e danos. Finalmente, pelo direito de retificação, havendo incorreção nos dados, deverá haver retificação imediata e comunicação em 05 (cinco) dias úteis aos destinatários das informações incorretas. O arquivista deverá fazer a prova positiva da veracidade dos dados, quando, então fenece o direito de retificação, logo após tenha os dados que confirme a incorreção, devendo suspender qualquer atendimento de pedido de informação, ante a contestação do consumidor, ou enquanto dure o processo de verificação.

Os bancos de dados são, pelo art. 43, § 4º do CDC, considerados de caráter público, com a finalidade precípua da utilização do "habeas data", regulado pela Lei nº 9.507, de 12 de novembro de 1997, que possui base Constitucional (artigo 5º, LXXII da C.F.).

---

26. BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. "Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto". Ed. Forense Universitária, 6ª ed., RJ, 1999, pp. 393/394.
27. A comunicação prévia foi ampliada de 05 para 10 dias, no SPC da Associação Comercial do Paraná, e de forma prévia ao registro dos dados, em decorrência de Compromisso de Ajustamento de Conduta assinado com o Ministério Público do Estado do Paraná em 2001, em Curitiba.
28. BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos. "Código de Defesa do Consumidor...", p. 397.

X. As *mailing lists* como bancos de dados pessoais e de consumo.

As *mailing lists* como já informado anteriormente se constituem em organização e registro de dados de endereços eletrônicos (*e-mails*), podendo conter dados pessoais outros referentes aos consumidores, com o objetivo do exercício do *marketing*, na modalidade de venda por intermédio de comunicação direta pela via do correio eletrônico.

Como estão inseridas numa relação de consumo, em especial na prática de ofertas publicitárias, todos os princípios norteadores se aplicam às *mailing lists*, conforme regulados no Código de Defesa do Consumidor.

Segundo definição de Bertram Antônio Stürmer[29], "Tendo em vista o previsto no art. 29 do CDC, de que as normas sobre bancos de dados se aplicam a todas as pessoas determináveis ou não, expostas a serem cadastradas, que as equipara como consumidores e, também, em razão de que o art. 3º qualifica como fornecedor toda a pessoa física ou jurídica, pública ou privada, inclusive entes despersonalizados e, ainda, no art. 2º inclui, ao lado da pessoa física a pessoa jurídica como consumidora quando adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final, podemos concluir que bancos de dados, para fins do Código do Consumidor, é toda reunião de dados pessoais ou de consumo, gerais ou específicos sobre débitos, feita por pessoa física ou jurídica, privada ou pública, sob a forma de fichas, registros ou cadastros, por processo manual, mecânico ou eletrônico, para uso próprio ou fornecimento a terceiros, independentemente da finalidade do dado ou informação e está, portanto, sujeito às regras daquele Código."

Não se pode considerar, portanto, que as *mailing lists* organizadas e armazenadas em bancos de dados, escapem ao crivo do direito do consumidor, já que, pelo artigo 29 do CDC são consumidores equiparados quaisquer que "determináveis ou não", estejam "expostos às práticas comerciais ou contratuais".

É inegável que as pessoas titulares de *e-mails* tenham seus endereços eletrônicos expostos a terceiros, onerosa ou gratuitamente, e com o objetivo de que potenciais fornecedores estimulem práticas relacionadas ao consumo, quer pelo exercício da publicidade comercial de si (*marketing*) quer pelas contratações que resultem delas, seja por contratos eletrônicos mesmos (compra e venda pelo *e-mail*, por exemplo), quer por outras formas.

E os organizadores desses bancos são fornecedores no sentido real do texto do CDC, pois mesmo pessoas físicas ou "entes despersonalizados", o são, desde que exerçam atividades econômicas (produção, montagem, comercialização, etc.) conforme o artigo 3º *caput*, relacionado a produto "material ou imaterial" - artigo 3º, § 1º - ou serviço - artigo 3º, § 2º , todos do CDC.

Protegido que está o consumidor, há que o titular de banco de dados eletrônicos, para poder utilizá-lo, que proceder a prévia e necessária comunicação por escrito ou por *e-mail,* sob pena de tornar o arquivo de consumo ilegítimo.

Noticia-se que a *internet* "é um verdadeiro faroeste" conforme diz Sabbatini[30], de modo que dados privativos do usuário da rede são armazenados de forma que ele não saiba de que

29. STÜRMER, Bertram Antônio. "Banco de Dados e "Habeas Data" no Código do Consumidor". **In:** Revista de Direito do Consumidor, Ed. RT, São Paulo, 1992, Vol. I, p. 62.
30. SABBATINI, Renato. "Privacidade e comércio eletrônico". **In http://www.epub.org.br/correio/cp000310.html** com acesso em 08.08.2001.

forma e nem onde, sendo alterados, vendidos, cedidos ou mesmo roubados constantemente. Relata que nos EUA a Federal Trade Commission (FTC), regulamentador das atividades comerciais, apurou que apenas 8% dos sites de comércio eletrônico têm um "selo de privacidade". Acrescentou: "A FTC deseja que os sites tenham quatro normas básicas: aviso, escolha, acesso e segurança. Em outras palavras, o site deve avisar claramente ao usuário qual informação está sendo coletada sobre ele, e como é usada; dar opção para que ele escolha como a informação será usada, dar acesso às informações já coletadas sobre ele, para fins de verificação, correção e apagamento, e tomar as medidas necessárias para proteger os dados de acesso por terceiros".

Em resumo, aquilo que o CDC já prevê como necessário para a regularidade dos Arquivos de Consumo ou Bancos de Dados, ou seja, a devida comunicação prévia, para que se legitime eventual comercialização dessas *mailing lists*.

XI. Da violação da privacidade e das comunicações em geral.

A privacidade e o sigilo das comunicações telegráficas, telefônicas, *de dados* e das correspondências são invioláveis, exceto por determinação judicial, conforme o artigo 5º, incisos X e XII da Constituição Federal.

A ofensa a tais direitos implica em sanções de naturezas diversas, tais como administrativa, civil e penal.

A transferência de informações desautorizadas por parte de detentores de dados listados e organizados em cadastros ofende os preceitos constitucionais, erigidos à categoria de "Direitos e Garantias Fundamentais" do cidadão.

Para efeito de verificação de violações ao direito de sigilo nas operações financeiras e para finalidades de investigação de ilícitos, mediante decreto judicial, há expressa regulamentação em lei, qual seja a Lei Complementar 105 e Decreto 3724, ambos de 10 de janeiro de 2001, onde se apresenta a necessidade de estrita confidência dos dados investigados, com absoluta restrição às partes envolvidas.

Se a rigorosa regulamentação legal estabelece rígidos sistemas de controle, com finalidades de apuração de fatos graves, notadamente ilícitos criminais, significa que uma invasão de dados pessoais, por qualquer forma, também representa violação da privacidade. É certo que a divulgação em massa de dados (milhões de endereços eletrônicos) poderá ensejar um série de conseqüências pelo mau ou uso indevido, já que não há forma de controle eficiente, em especial pela agilidade do sistema informativo *on line*.

A legislação referida também visa impor controles aos órgãos legais investigativos, tais a Polícia, o Ministério Público e as Comissões Parlamentares de Inquéritos.

Nesse contexto é que a OAB, por intermédio da Comissão Especial de Informática Jurídica - Seção de São Paulo , desenvolveu anteprojeto de lei cuidando, dentre outras coisas (documento eletrônico e assinatura digital), também de operações comerciais no mundo virtual (*e-commerce*), dispondo no artigo 5º: "O ofertante somente poderá solicitar do destinatário informações de caráter privado necessários à efetivação do negócio oferecido, devendo mantê-las em sigilo, salvo se prévia e expressamente autorizado a divulgá-las ou cedê-las ao respectivo titular". No mesmo projeto, artigo 12, impõe a necessidade de ordem judicial para dar acesso aos dados, determinando o "segredo de

justiça" ao procedimento[31]. No que se refere à autenticidade, integridade e validade jurídica de documentos em forma eletrônica, visando transações seguras no meio virtual, o Poder Executivo editou a Medida Provisória 2200, de 28 de junho de 2001, já reeditada, em que instituiu a *Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-BRASIL*, cujas normas já estavam estabelecidas no Decreto nº 3.587, de 05.09.2000.

Por sua vez, os projetos de lei nº 84/99 e 1713/96, respectivamente dos Deputados Luiz Piauhylino e Cassio Cunha Lima, que tratam de crimes cometidos na área de informática, estabelecem a necessidade de autorização prévia para a transmissão de dados pessoais, erigindo a violação do sistema à natureza de crime, conforme o comentário de Gustavo Testa Corrêa[32].

Portanto, a comunicação ou autorização prévia é necessária já pela legislação de defesa do consumidor, bem como faz parte de diversos projetos de lei específicos acerca do comércio pelo meio eletrônico.

XII. Da prática comercial abusiva .

Se por um lado a instituição de *mailing lists* representa violação a preceito constitucional que assegura a inviolabilidade de dados privativos e pessoais, bem assim do sigilo de correspondências e comunicações eletrônicas, tal prática perante o Código de Defesa do Consumidor configura forma de abusividade.

O artigo 39 do Código de Defesa do Consumidor estabelece rol exemplificativo de práticas comerciais abusivas que podem ensejar medidas repressivas administrativas, civis e penais. O rol é aberto, permitindo que novas práticas sejam incorporadas àquelas. Até, porque, faz parte da Política Nacional das Relações de Consumo a ser materializada pelo Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (v. arts. 4º e 105 e 106 do CDC) a edição periódica de rol de novas práticas comerciais ou contratuais abusivas no mercado, a cargo do DPDC (Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor) vinculado à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça. Assim é que quatro portarias do DPDC trazem o rol de diversas outras práticas consideradas abusivas no mercado.

Extrai-se das lições de Benjamin[33]: "Comumente há aí bem caracterizada prática abusiva, nos termos do art. 39, do CDC, que é norma aberta, do tipo cláusula geral. Sem falar na violação da garantia constitucional da privacidade. A abusividade é praticada de forma solidária, tendo, de um lado, o banco de dados que coleta as informações cadastrais e, do outro, a empresa que adquire uma "mala direta" em particular".

31. BRUNO, Gilberto Marques. "O sigilo de dados e a privacidade *on line*. Anteprojeto de lei do comércio eletrônico". **In: www.jusnavegandi.com.br**, de fevereiro de 2001.
32. CORRÊA, Gustavo Testa. "*Aspectos Jurídicos da Internet*". Editora Saraiva, SP, 2000, pp. 85 e seguintes.
33. BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. "Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto". Ed. Forense Universitária, 6ª ed., RJ, 1999, p. 356.

XIII. Conclusões.

a) A listas de endereços eletrônicos (*mailing lists*) configuram bancos de dados pessoais e/ou de consumo que estão sob a égide do sistema de tutela do consumidor.

b) A transmissão onerosa ou gratuita das *mailing lists* só poderá ocorrer quando o lançamento dos dados se der mediante autorização do consumidor ou prévia comunicação, de acordo com o artigo 43 e §§ 1º e 2º do CDC.

c) O estabelecimento de *mailing lists* mediante técnicas de informática não autorizadas (*cookies*) configura invasão de privacidade, ofendendo preceito constitucional.

d) A prática do *webmarketing*, ou envio de malas diretas eletrônicas (*spammers*) decorrente das *mailing lists* não autorizadas configura prática comercial abusiva, na forma do artigo 39 do Código de Defesa do Consumidor.

TESE 41

A NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO DOS BANCOS DE DADOS CREDITÍCIOS EM FACE DA CONSTITUIÇÃO E DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

André de Carvalho Ramos*
Procurador da República - SP

EXPOSIÇÃO

Introdução.

Os bancos de dados creditícios, ou arquivos de consumo, não são novidade no Brasil. Surgiram na década de 50, juntamente com a expansão da prática das vendas a prazo. Há que se dizer, contudo, que apesar de disseminados já há tantos anos, somente com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, em 1990, passou a matéria a ter disciplina legal própria[1].

Como informa Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin, um dos autores do anteprojeto da Lei 8.078/90, os abusos decorrentes das coletas e manipulação de dados sobre as atividades financeiras pessoais eram freqüentes, sendo corriqueiras as divulgações de informações privadas através dos órgãos de comunicação[2].

Tais abusos, porém, e a despeito da proteção legal estendida aos consumidores, continuam ocorrendo de maneira maciça, motivo pelo qual se torna oportuno e conveniente a ação do Ministério Público para exigir a imediata suspensão das irregularidades encontradas em bancos de dados cadastrais operantes no país.

I . Os Bancos de Dados no Brasil

Os bancos cadastrais, como já dito, surgiram no Brasil simultaneamente ao aparecimento e disseminação da prática das vendas a crédito. De modo natural, o crescimento do risco de inadimplência imediatamente fez com que fossem organizados, pelos estabelecimentos comerciais e congêneres, informações colhidas pelos futuros consumidores, antes que a transação comercial fosse finalizada.

Tais informações passavam então a integrar vastos arquivos que permaneciam nas lojas e magazines para que, no caso de inadimplência, fossem facilitados os procedimentos de

* Procurador Regional dos Direitos do Cidadão, Ministério Público Federal em São Paulo, Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo.

1. Ada Pellegrini Grinover *et.alii, Código de brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*/ – 6' Ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, pag. 340.
2. Ada Pellegrini Grinover *et.alii, op. cit.*, p. 340.
3. Bertram Antônio Stürmer, "Banco de Dados e 'habeas data' no Código do Consumidor", *in Lex,* ano 5, no. 49, setembro 1993, págs. 10-11.

cobrança pela rápida localização do devedor.

O momento de verdadeira expansão dos bancos de dados cadastrais, entretanto, é fruto da especialização de empresas vocacionadas em organizar informações e vende-las aos comerciantes sobre quem eram os maus pagadores da localidade.

Como assinala Bertram Antônio Stürmer, essas empresas possuíam funcionários exclusivamente dedicados a, logo pela manhã, percorrerem todos os magazines que possuíam arquivos sobre créditos concedidos a clientes e averiguar, o quanto antes, quais deles não vinham cumprindo suas obrigações. De posse dos dados coletados na pesquisa, formavam novo cadastro que, por sua vez, era pesquisado pelos magazines, fechando assim um circulo de alimentação e consulta se informações.[3]

Essa teia de troca de dados cresceu de forma impressionante, gerando o que hoje conhecemos como os modernos bancos de informações cadastrais, uma enorme rede de coleta e troca de informações de consumo destinadas ao monitoramento das atividades financeiras e hábitos de consumo de pessoais físicas e jurídicas.

No Brasil, pode-se dizer que as principais empresas prestadores de serviços de proteção ao crédito, ou seja, gerenciadoras de bancos cadastrais de consumo, são: os SPC´s – Serviços de Proteção ao Crédito, as Juntas Comerciais e a SERASA- Centralização de Serviços dos Bancos S/A.

O SPC, ao contrário do que podem alguns imaginar, não é uma entidade una, mantenedora de um banco de dados centralizado. Trata-se, na verdade, de uma sigla emprestada a um serviço, a coleta de dados e informações orientadas à proteção ao crédito, sendo realizado em diversas localidades do país, por entidades autônomas e independentes, vinculadas, geralmente, à associação local de lojistas. As informações colhidas esparsamente são então intercambiadas através de um eficiente sistema de troca de dados, compondo uma verdadeira teia contendo dados de consumidores em quase todo o território nacional.

A primeira aparição do SPC deu-se em Porto Alegre, na década de 50, quando empresários locais vinculados à Associação Comercial fundaram uma entidade civil sem fins lucrativos à qual nomearam o Serviço de Proteção ao Crédito - SPC. Não muito depois, a iniciativa era seguida em outros Estados do país, sendo realizado, já em 1962, o Primeiro Seminário Nacional dos SPC´s.[4]

Volumosos bancos de dados cadastrais são coordenados também pelas Associações Comerciais, cuja origem remonta ainda ao período colonial. Surgiram com as primeiras reuniões de comerciantes na Bahia e no Rio de Janeiro, ainda no século XVIII, existindo atualmente mais de 1.600 Associações Comerciais espalhadas por mais de dois mil municípios. Entre os diversos serviços que prestam encontra-se o RIPC - Rede de Informações e Proteção ao Crédito, reunindo e compartilhando informações fornecidas por cada uma das associações.[5]

Por fim, dentre as grandes mantenedoras de informações cadastrais atuantes em nível nacional, ocupa posição de destaque a SERASA.

Cabe, antes de prosseguir, satisfazer a curiosidade de alguns leitores que certamente se

4. Bertram Antônio Stürmer, *op. cit.*, pág. 11.
5. Site da Confederação das Associações Comerciais do Brasil na Internet
6. Revista Exame - Guia de Boa Cidadania Corporativa, edição 728, pag. 52.

perguntam qual o significado, afinal, da sigla SERASA, uma vez que se trata da "Centralização de Serviços dos Bancos S/A". Ocorre que, quando da sua criação, em 1968, a empresa possuía outra denominação: era a "Serviços e Assessorias S/A - SERASA". Quando, em 1970, teve sua denominação alterada, a sigla original já detinha certa projeção, motivo pelo qual foi mantida até hoje.

A SERASA, sociedade anônima criada por um grupo de bancos para centralizar e analisar informações de crédito, emprega atualmente mais de 1650 pessoas e faturou, em 1999, 195,3 milhões de dólares. Possui 300 mil clientes espalhados pelo país e fornece mais de um milhão de consultas por dia para mais de 300 mil clientes diretos e indiretos.[6]

II. Tipos de Bancos Cadastrais.

O estudo mais aprofundado dos diversos tipos de bancos de dados inevitavelmente leva a uma classificação complexa, que toma em consideração diferentes aspectos de sua constituição. A literatura especializada classificou-os sob cinco diferentes aspectos: quanto ao seu usuário; quanto à natureza dos dados nele contidos; quanto à forma de cadastramento; quanto à natureza do órgão de cadastramento e, por fim, quanto à finalidade dos dados.[7]

Tal nível de possibilidades de classificações bem demonstra a complexidade do tema e a grande variedade de aspectos que envolvem a questão.

Não iremos, nestas breves linhas, nos aprofundarmos em estudo sistemático do assunto, por fugir ao tema. Cabe, contudo, fazer breve explanação sobre os aspectos mais gerais constatados nos bancos de informações utilizados pelas principais empresas atuantes no Brasil.

Em primeiro lugar, as empresas de cadastro de consumo oferecem, em geral, aos seus clientes informações negativas (registros de pendência financeiras, como por exemplo cheques sem fundos ou protestos) ou positivas (registros sobre hábitos de pagamentos, compras, etc.), relativas a pessoas físicas e jurídicas, em âmbito nacional.[8] As informações disponibilizadas, sobre consumidores e empresas, são coletadas em cartórios de protestos, distribuidores judiciais, juntas comerciais, Banco Central, publicações oficiais, registros públicos, dentre outras fontes.

Além disso, cabe distinguir o chamado "Bancos de Dados", produto que contém informações negativas ou positivas a respeito de pessoas físicas e jurídicas, dos produtos conhecidos como "Ferramentas de troca de informações" entre o SERASA e seus clientes, permitindo a constante alimentação e atualização dos bancos de dados mencionados acima.

Pertencem ao primeiro grupo (bancos de dados) dois produtos que merecem especial atenção quando se trata de direitos do consumidor, uma vez que, apesar de já consolidados no mercado e largamente utilizados por milhares e milhares de empresas, apresentam em sua estrutura sérias afrontas aos mais básicos direitos garantidos pela lei e pela Constituição aos consumidores.

---

7. Bertram Antônio Stürmer, *op. cit.*, pág. 14.

8. Como exemplo das mais freqüentes possibilidades de serviços relacionados aos bancos de dados de consumo, citem-se os produtos oferecidos pela SERASA, empresa que apresenta, de certa forma, produtos paradigmáticos, similares aos oferecidos pelas outras empresas atuantes no setor. Ver o site da SERASA – Centralização de Serviços dos Bancos S.A, na Internet

9.É ainda o que prescreve o manual do produto da SERASA: "5. REGRAS E CONDIÇÕES DE ACESSO. 5.1. O Pefin - Pendência Financeiras está baseado na premissa de reciprocidade. Portanto, somente as empresas que fornecem

III. Violações ao Código de Defesa do Consumidor

As empresas de proteção ao crédito tem interesse, como é evidente, em amealhar o maior número possível de contratantes, eis que sua receita é diretamente proporcional ao número de consultas que recebem. Por esta razão, de maneira geral, praticamente inexistem restrições em relação a quem pode contratar os serviços das gerenciadoras dos bancos cadastrais. Salvo algumas exceções, como se verá abaixo, a única restrição é que o contratante dos serviços seja pessoa jurídica. Tem-se, a partir daí, breve noção do potencial lesivo decorrente das irregularidades apontadas a seguir.

A) Origem das Informações

Como já dito, as empresas de cadastro de consumo mantém serviços que provê acesso a um banco de dados, mantido pelas próprias, que contém informações negativas sobre consumidores e empresas em âmbito nacional.

Cabe esclarecer que, em geral, o serviço se baseia na reciprocidade da troca de informações, isto é, por exemplo, somente quem fornece informações à SERASA tem direito a acessar o banco de dados (exceto quem possua outros serviços).[9]

Percebe-se, desde logo, a pressão por parte da empresa para que seus clientes despejem, continuamente, novas informações nos bancos de dados, sob pena de serem privadas do acesso ao cadastro. Há até cláusula contratual em um contrato de grande empresa de cadastro de consumo que estabelece que "*5.2. Em consonância com a reciprocidade necessária à efetividade do trabalho, a falta de remessa dos dados relativos a registros de dívidas vencidas e não pagas, por parte do participante, implica deixar de receber informações do Pefin - Pendências Financeiras, exceto as empresas que tenham assinado contrato específico de Credit Bureau e do Achei Recheque - Gestão.*" [10]

Em outras palavras, o cliente da empresa de cadastro de consumo está obrigado a constantemente lançar novas informações, sempre pressionado a engordar o volume de dados sobre consumidores.

Agora, cabe analisar se tais informações inseridas nesses mega-cadastros tem efetivamente *aferida sua veracidade pela empresa gestora do cadastro.*

A resposta é negativa, infelizmente. Pelo contrário, há caso de cláusula contratual na qual *exige-se determinado porte econômico aos clientes da empresa de cadastro de consumo, justamente por se antever a ocorrência de danos morais e eventual indenização.* Cito, novamente, como exemplo, a cláusula constante do produto PEFIN da empresa SERASA, que afirma "*Poderão participar do PEFIN - Pendências Financeiras, empresas com idoneidade financeira, com capacidade de se responsabilizar economicamente em caso de a SERASA ter de exercer seu direito de ressarcimento regressivo, por exemplo: concedentes de crédito, de todos os*

---

informações sobre negativações de seus clientes terão acesso à informações consolidadas do mercado, desde que tenham assinado contrato específico do CREDIT BUREUAU, do ACHEI RECHEQUE - GESTÃO, do RELATO, ou do CONCENTRE."

10. Vide manual da SERASA.

11. Prova maior disso é a seguinte instrução existente no Manual CONVEN-PEFIN da SERASA, encaminhado aos clientes por ocasião da contratação do serviço "*Não incluir como dívidas em atraso, os documentos de*

segmentos de atuação (Instituição Financeira, Comércio, Industria e Serviços), desde que cumpram as atribuições descritas no Convênio e neste Manual."

Isto é, a empresa de cadastro de consumo somente permite o acesso ao seu produto às empresas com capacidade de indenizar danos causados a consumidores. Espantosamente, a preocupação bem demonstra a consciência, por parte da SERASA, do ENORME POTENCIAL DANOSO QUE SEU PRODUTO APRESENTA; somente dá acesso ao serviço a quem possa pagar pelos estragos.

Será que se a SERASA estivesse realmente convencida de que o seu produto não é potencialmente lesivo aos consumidores, imporia restrição daquela natureza? É claro que não. A lesividade do procedimento é explícita. Ao invés de sanar os evidentes defeitos do PEFIN, talvez comprometendo um pouco a agilidade dos serviços, a SERASA prefere outra alternativa: trata de garantir que o serviço defeituoso somente seja utilizado por empresas que tenham condição de reparar os danos causados, em foro de ação regressiva.

b) Sobre a Inserção das Informações nos Bancos Cadastrais

O mecanismo de inserção de dados pelos clientes nos bancos de dados do PEFIN, também apresenta sérios problemas.

Determina o Código do Consumidor em seu art. 43, §1o que "*Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos*"

Isto, por si só, já bastaria para se impor que a veracidade dos dados divulgados fosse verificada. Não é isso, contudo, o que ocorre. Como exemplo, cite-se que as reclamações são encaminhadas ao SERASA sem qualquer justificação por parte do informante, sendo incluídas nos bancos de dados da empresa praticamente à revelia dos consumidores.

De fato, no caso desta empresa em especial, verifica-se que no manual do produto "PEFIN", ao tempo em que esclarece a forma como as informações cadastrais são inseridas, preocupa-se a SERASA, por mais de uma vez, em esclarecer que não possui qualquer responsabilidade sobre o conteúdo das informações divulgadas, afirmando que ""*4.DA COMPETENCIA 4.1 DO PARTICIPANTE 4.1.2 Enviar informações de INCLUSÃO de pendências financeiras de seus clientes nas periodicidades estabelecidas e de acordo com os critérios definidos neste manual, responsabilizando-se pela veracidade, atualidade e integridade destas informações, ficando ainda a seu cargo, regressivamente, a inexatidão que provocar.(...)4.1.6 Os participantes assumem, perante a SERASA e terceiros, a responsabilidade total de registro de dados em atraso, demais ocorrências e seus imediatos cancelamentos*"

Como se pode perceber, a SERASA deixa claro que não verifica sequer a existência dos débitos que divulga em seus bancos de dados. É o que mostra o manual ainda em outra passagem, na qual se enfatiza que *"É importante observar que, a Instituição participante deve ter em mãos documentos que comprovem, quando for exigida, a dívida líquida e certa e não paga na data de seu vencimento cadastrada no PEFIN, por exemplo: duplicata, nota promissória, cheque, contrato registrado, nota fiscal ou fatura"*.

Mais do que isso, não verifica sequer se os lançamentos são ou não contrários à lei, transferindo tal aferição aos próprios responsáveis pelos lançamentos.

Ou seja, até mesmo documentos não previstos em lei ou não protestáveis podem perfeitamente ser lançados no PEFIN. Basta para que isto aconteça que os clientes SERASA desrespeitem o manual de uso do produto.[11]

c) Sobre a Exclusão das Informações nos Bancos Cadastrais

Não bastasse os problemas constatados no processo de inclusão dos dados, também o processo estabelecido para sua exclusão oferece sérios riscos para os consumidores. Em geral, a operação de inserção quanto de exclusão é atribuição da empresa responsável pela informação.

De fato, cite-se, como exemplo, que o cliente da empresa de cadastro SERASA tem o "poder de Zeus" sobre seus supostos devedores, pois a SERASA estabeleceu que, no caso do produto "PEFIN" "*A exclusão de uma pendência, de qualquer espécie, somente será feita através de pedido do participante que fez a inclusão, ou após o prazo legal de 5 (cinco) anos, o que ocorrerá automaticamente, tanto para o devedor quanto para o avalista*".[12]

Assim, ainda que o pagamento seja realizado diretamente ao credor, nenhuma garantia há de que o nome do devedor será retirado do banco cadastral.

d) Sobre a Comunicação dos Lançamentos aos Consumidores

Outra seriíssima irregularidade comumente encontrada nos serviços de informações creditícios diz respeito à falta de comunicação aos consumidores sobre a ocorrência do registro.

Determina o art. 43, §2° do CDC que "a abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo *deverá ser comunicada por escrito ao consumidor*, quando não solicitada por ele".

Importante mencionar aqui, inclusive, consideração feita por ANTÔNIO HERMAN DE VASCONCELOS E BENJAMIN dando perfeita dimensão da necessidade de controle dos arquivos de consumo, na qual afirma-se que "*O primeiro direito do consumidor, em sede de arquivos de consumo, é tomar conhecimento de que alguém começou a estocar informações a seu respeito, independentemente de sua solicitação ou mesmo aprovação.Em decorrência disso, o consumidor, sempre que não solicitar ele próprio a abertura do arquivo, tem direito a ser devidamente informado sobre este fato. Assim ocorre para que ele possa exercer dois outros direito que se lhe asseguram: direito de acesso aos dados recolhidos e o direito à retificação das informações incorretas*"[13].

Não há, portanto, dúvidas quanto à necessidade da comunicação por escrito ao devedor. Contudo, um ponto não fica explicitamente esclarecido pela norma: em que momento a abertura deverá ser comunicada, antes da abertura, ou depois dela? Somente dita que "a abertura de cadastro (...) *deverá ser comunicada por escrito ao consumidor*, quando não solicitada por ele". Em que momento, então, o comunicado deve ser encaminhado ao devedor?

---

dívida que não estão previstos na lei 5474 (lei das duplicatas) e que não são protestáveis pela lei 9492, pois estes NÃO devem ser cadastrados no PEFIN - Pendências FinanceirasAbaixo há exemplos de documentos de dívidas que não estão previstos nas referidas leis: Recibo de aluguel, clube, entidades de classe, condomínio, mensalidades escolar, assinaturas de jornais e revistas, consórcio, nota de seguros, entre outros.". Ora, não há qualquer controle da empresa de cadastro em tela de verificação do cumprimento das suas regras pelos seus clientes.

12. Vide cláusula n.o *7.2.1.2* do Manual do PEFIN.

13. Ada Pellegrini Grinover *et.alii, Código de brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*/ – 4ª Ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, pág. 273.

14. Ofício SRF/GAB/no. 2273/2000, Representação 5367/2000-84, Procuradoria da República em São Paulo.

15. RESP 59812/SP ; RECURSO ESPECIAL (1995/0004152-9) Fonte DJ DATA:13/11/1995 PG:38674 RT

A resposta à questão não demanda maiores esforços. O objetivo do art. 43 §2o. É claro: pretende dar chances ao devedor que não tenha seu nome publicamente maculado antes que se lhe seja dada chance de quitar seu débito ou mesmo esclarecer equívocos ou imprecisões nos iminentes lançamentos. É o que se abstrai da análise sistemática dos artigos 42 e 43 em face do CDC em seu bojo e, aliás, nem poderia ser diferente.

Mas ora, sendo assim, não se pode conceber a idéia de que a lei permitisse que em primeiro lugar fosse feita a "negativação" para, só então, ser comunicada ao devedor. A lisura de seu nome já estaria seriamente comprometida quando tivesse conhecimento do fato.

Além disso, caso se entendesse em contrário, ou seja, que a comunicação pode ser feita depois que o nome do consumidor é lançado, nos depararíamos com uma situação absurda. Ocorre que, se a intenção da lei fosse obrigar ao gestor do banco de dados a comunicar o devedor posteriormente ao lançamento, deveria então ter estipulado um prazo para que tal ocorresse. Cinco dias, dez dias, não importa. Mas deveria, obrigatoriamente, ter fixado um prazo. Não fosse assim, nos veríamos na estapafúrdia situação em que a lei impõe que se comunique ao consumidor o lançamento, mas não impõe prazo para que isso ocorra. O gestor poderia fazê-lo um, dois, cinco anos depois do lançamento e ainda assim estaria agindo em perfeita consonância com o art. 43, §2o. Estaríamos diante de situação em que a proteção do consumidor seria nula e a prescrição legal totalmente inócua.

Por estas razões, não existe qualquer dúvida: a abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, necessariamente antes que a abertura ocorra.

Novamente, a título de exemplo, saliento que não é isso, todavia, o que vem realizando a SERASA. Apesar de ser certo que cartas são remetidas aos consumidores pela empresa, análise mais detida do procedimento adotado revela gravíssimos desrespeitos à lei.

Depois de receber de seus clientes informações sobre débitos em atraso, efetua-se emissão de carta comunicando ao devedor que efetue o pagamento no prazo de 5 dias, sob pena de ser incluído no cadastro de devedores. Esta carta, vale lembrar, não era remetida pela SERASA até há pouco tempo, vendo-se definitivamente obrigada a remetê-la por força de v. acórdão proferido em 10 de fevereiro de 1999, nos autos da apelação no. 818.522-2, da Comarca de São Paulo, sendo apelantes e reciprocamente apelados SERASA e Ministério Público do Estado de São Paulo. Contudo, nem a r. sentença de primeiro grau nem o v. acórdão não especificaram o conteúdo da carta ou tampouco os prazos envolvidos, dando margem para que a ré ainda cometa irregularidades.

Pois bem, confiramos então, conforme informa o Manual do Produto PEFIN, a competência da SERASA para remeter os comunicados: *"4. DA COMPETÊNCIA 4.2 DA SERASA 4.2.2 Comunicar, por escrito, todas as pessoas, físicas e jurídicas que forem incluídas na Base de Dados do PEFIN - Pendências Financeiras, devendo a Instituição Participante, responsável pelas inclusões das informações, informar o endereço completo que possibilite a correta destinação do comunicado. (...) "6.4 A partir do início efetivo do envio dos dados ao PEFIN - Pendências Financeiras, com o respectivo endereço do devedor/avalista, será emitida e enviada carta, conforme o exemplo da página 10, sem ônus para a instituição participante."*

Percebe-se, desde já, que o cliente da SERASA pode informar qualquer endereço, sendo que, passados 5 dias do envio do comunicado para o endereço citado, ainda que incorreto,

o consumidor será negativado.

O conteúdo da carta remetida aos devedores é o seguinte: "*fica V.Sa. cientificado que a inclusão será concretizada após 5 dias da postagem desta correspondência, caso a SERASA não receba da instituição credora a informarão relativa a regularização do débito. Para informações adicionais, se necessário, V.Sa. deverá entrar em contato direto com a instituição credora, onde mantém ou manteve relacionamento financeiro. Solucionada a situação, a própria instituição credora providenciará a exclusão desse anotação na SERASA*"

Somente em duas situações, portanto, a negativação não será levada a efeito: a) no caso de pagamento pelo devedor e conseqüente exclusão do lançamento; b) no caso de não ser localizado o devedor.

A possibilidade de não ser localizado o devedor, contudo, é praticamente nula. Senão, vejamos. De acordo com o manual da empresa em questão: "*Quando o Devedor/Avalista não for notificado no endereço informado, o registro será excluído da Base de Dados e a Instituição participante receberá a informação no registro de retorno.*"

Pois bem, quando o devedor não for notificado no endereço informado, o registro será excluído e será enviado "registro de retorno" ao remetente da informação. Ocorre que, se analisarmos a Tabela de Códigos de Erros para Arquivos de Retorno do manual, perceberemos que sendo fornecido um endereço válido à SERASA, a carta será remetida e o lançamento do nome do devedor efetivado, ainda que o endereço seja errôneo ou até mesmo inexistente. Basta que haja um endereço completo e o CEP seja válido.

IV. Exemplos de Utilização Espúria dos Bancos de Proteção ao Crédito

Nada obstante a utilização dos cadastros de consumo por suas empresas clientes para constranger os devedores ao pagamento, existem ainda pessoas que se utilizam espuriamente do sistema, inclusive inserindo restrições falsas para posteriormente vender soluções para o problema.

Ainda que não seja intenção das empresas de cadastro de consumo que isto ocorra, é a mesma responsável pelos danos aos eventuais terceiros prejudicados (Risco da Atividade). Tem, portanto, o dever de velar para que tais enganos, intencionais ou não, sejam minimizados e não simplesmente atribuídos a seus clientes.

Para se reduzir tais ocorrências é imperativo que toda inserção negativa seja imediatamente comunicada aos clientes, a fim de se evitar que informações falsas integrem o sistema.

Casos são do conhecimento do Ministério Público Federal em que consumidores interessados em obter emprego tiveram seus nomes recusados em decorrência do conhecimento, pelo oferecedor do emprego, de impedimento de ordem cadastral contra a interessado na vaga. Um exemplo é o caso relatado na representação em tramitação na Procuradoria da República de São Paulo, em que cidadão denunciou a utilização indevida de cadastros do SCPC e do SERASA para fins de contratação trabalhista, acarretando perda da vaga.

Outros relatos de uso abusivo, que seriam cômicos se não fossem trágicos, ilustram bem a forma irresponsável como os serviços do SERASA, podem ser e efetivamente são manipulados. Nos autos de procedimento da Procuradoria da República em São Paulo,

encontram-se inclusões falsas nos cadastros do SERASA. Fazendo uso dos serviços SERASA, incluiu nos bancos de dados informações sobre autoridades como o Governador Jaime Lerner ou ainda levantou informações privadas sobre figuras públicas como José Genoíno, Itamar Franco, Pedro Simon, Aloízio Mercadante Oliva, Eduardo Matarazzo Suplicy, Leonel Brizola, Boris Casoy e Raphael de Barros Monteiro Filho.

Para tanto, acredite-se ou não, necessitou unicamente, ao que tudo indica até o momento, do nome completo daquelas pessoas. Feitas as inserções inverídicas, cabe então aos consumidores, parte mais fraca na relação em tela, demonstrar que o cadastro negativo foi resultado da obra de algum gatuno ou cidadão irresponsável. O dano já estará assim irremediavelmente configurado.

V. Da Violação da Intimidade e da Quebra do Sigilo Fiscal

Outro problema de graves repercussões é a divulgação, através dos bancos de dados cadastrais, de informações sigilosas mantidas pela Secretaria da Fazenda Federal.

A divulgação dos dados sigilosos, que no caso específico da SERASA, teve início em 1995 e é resultado de convênios firmados entre a União Federal, através da Receita Federal, e a Federação Brasileira das Associações de Bancos (FEBRABAN), traduz-se na transferência à empresa de informações de ordem privada que, somente ao Fisco e outras Autoridades Públicas (Autoridade Judicial, Ministério Público e Autoridade Policial, nas formas constitucionais e legais respectivas), na defesa do interesse público, é dado, por lei, o conhecimento.

As informações, uma vez em poder da SERASA e, a despeito de expressa proibição contratual por parte da União Federal, são vendidas, através do acesso aos bancos de dados, a qualquer pessoa jurídica, no território nacional, que por elas venha a demonstrar interesse, mediante singelo contrato civil de prestação de serviços.

Em 19.6.98, convênio foi firmado entre União, através da SRF e a FEBRABAN, prevendo o fornecimento de informações constantes do Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) e do Cadastro de Pessoas Jurídicas (CNPJ), "não abrangidas pelo sigilo fiscal", para consulta pelas instituições financeiras por intermédio da SERASA. (vide documentos).

Apesar do singelo alerta, contido no instrumento contratual, sobre o fornecimento de informações não abrangidas pelo sigilo fiscal, verificou-se, no âmbito de procedimentos administrativos da Secretaria dos Ofícios da Tutela Coletiva do Ministério Público Federal, que foi justamente isso que ocorreu.

Pois bem, dispôs-se através do instrumento firmado que o convênio tem por objetivo permitir que as instituições financeiras possam confirmar a autenticidade dos números de inscrição de CPF e CNPJ das pessoas que tem interesse em abrir contas correntes, a fim de evitar que seus agentes (instituições financeiras) respondam como co-autores, em eventuais crimes de falsidade.

Apesar de tal fim nobre, verificamos que o convênio, que não é o único, existindo convênios paralelos com outras entidades de proteção ao crédito, serviu para o repasse de informações a ente privado distinto das instituições financeiras (serasa), que vende tais informações ao mercado...

O convênio estipula, em sua cláusula quarta, que "*A FEBRABAN se compromete a utilizar os dados que lhe forem fornecidos somente nas atividade que, em virtude de lei, lhe competem, disponibilizando-os para a consulta da rede bancária por intermédio da SERASA, não podendo transferi-los a terceiros, seja a título oneroso ou gratuito, ou, de qualquer forma, divulgá-los sob pena de extinção imediata deste convênio.*" (g.n.).

Ou seja, o convênio autoriza a FEBRABAN a disponibilizar as informações unicamente às instituições financeiras pertencentes à rede bancária, por intermédio da SERASA.

Atente-se bem para o fato de que nem mesmo instituições financeiras que não pertençam à rede bancária poderão ter acesso aos dados fornecidos pela Secretaria da Fazenda.

A transmissão a terceiros, a qualquer título foi expressamente proibida, sob pena de extinção do contrato, mas, todavia, não é isto o que ocorre, justificando a intervenção do poder judiciário.

As informações colocadas à disposição da FEBRABAN e posteriormente comercializadas pela SERASA são: situação cadastral, Número de Inscrição CGC/MF e endereço completo de pessoas jurídicas, número de inscrição CPF, nome completo, nome da mãe, dentre outras.

Elencadas as diferentes classes de informações disponíveis, cumpre explicitar sua origem e o caminho que percorrem até atingirem os bancos de dados da SRF.

Como é notório, a Receita Federal possui fontes de informação privilegiadas, a saber: a) Declaração de Ajuste Anual relativa à cobrança do Imposto de Renda e b) Informações entregues pelas pessoas às instituições financeiras, que, com base em disposição legal, repassam-nas à Receita Federal.

Quanto ao primeiro tipo de informação, sabemos todos, o contribuinte é obrigado a fornecer informações cadastrais até para o preenchimento correto do cabeçalho da Declaração de Ajuste Anual.

Quanto ao segundo tipo de fonte de informações, cabe lembrar que as mesmas são obtidas pela Receita Federal junto a instituições financeiras, sociedades corretoras e distribuidoras de títulos e valores mobiliários, sociedades de investimento e de arrendamento mercantil, agentes do Sistema Financeiro da Habitação, bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e instituições assemelhadas e seus associados, e empresas administradoras de cartões de crédito.

A obtenção de tais informações junto àquelas fontes foi autorizada pela Lei Complementar no. 70/91, que traz em seu artigo 12 a seguinte disposição :"*Sem prejuízo do disposto na legislação em vigor, as instituições financeiras, as sociedades corretoras e distribuidoras de títulos e valores mobiliários, as sociedades de investimento e as de arrendamento mercantil, os agentes do Sistema Financeiro da Habitação, as bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e instituições assemelhadas e seus associados, e as empresas administradoras de cartões de crédito fornecerão à Receita Federal, nos termos estabelecidos pelo Ministro da Economia, Fazenda e Planejamento, informações cadastrais sobre os usuários dos respectivos serviços, relativas ao nome, à filiação, ao endereço e ao número de inscrição do cliente no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC).*"

Posteriormente, então, através do convênio, são os dados repassados à SERASA, que os revende a seus clientes.

Toda essa situação é frontalmente contrária ao nosso ordenamento jurídico.

A proteção à vida privada e à intimidade tem respaldo no Direito Internacional, sendo resguardada como direito fundamental do ser humano. No âmbito interno, a proteção à vida privada é garantida no inc. X do artigo 5o. da Constituição Federal, que determina que *"São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".*

Ademais, reza o Código Tributário Nacional, em seu art. 198, que "*Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, para qualquer fim, por parte da Fazenda Pública ou de seus funcionários, de qualquer informação obtida em razão de ofício, sobre a situação econômica ou financeira dos sujeitos passivos ou de terceiros e sobre a natureza e o estado dos seus negócios ou atividades. Parágrafo Único. Excetuam-se do disposto neste artigo, unicamente, os casos previstos no artigo seguinte e os de requisição regular da autoridade judiciária no interesse da justiça*".

Mas, não podemos com isso afirmar que o sigilo fiscal é absoluto. Como qualquer outro direito constitucional, é o mesmo relativo, cedendo em face de outros valores também constitucionais. Assim, em casos de requisição da Justiça ou do Ministério Público, não cabe a alegação de sigilo fiscal.

Por outro lado, o caso em análise é bem outro: ente privado (SERASA) obtém dados cadastrais da Receita e os REVENDE... Não se vislumbra, assim, interesse coletivo ou permissivo legal a autorizar tal abuso.

A justificativa por parte da Secretaria da Receita Federal para explicar a afronta à Constituição Federal é singela: acredita que se tratam de dados *"não protegidos por sigilo fiscal"*, eis que são informações do domínio público, desprovidas de conteúdo relativo à situação econômica dos cidadãos.[14]

Não é isso, entretanto, o que determina, de forma explícita, a lei complementar n º 70 de 30 de dezembro de 1991. Diz o art. 12 da referida Lei Complementar que:"*Sem prejuízo do disposto na legislação em vigor, as instituições financeiras, as sociedades corretoras e distribuidoras de títulos e valores mobiliários, as sociedades de investimento e as de arrendamento mercantil, os agentes do Sistema Financeiro da Habitação, as bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e instituições assemelhadas e seus associados, e as empresas administradoras de cartões de crédito fornecerão à Receita Federal, nos termos estabelecidos pelo Ministro da Economia, Fazenda e Planejamento, informações cadastrais sobre os usuários dos respectivos serviços, relativas ao nome, à filiação, ao endereço e ao número de inscrição do cliente no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC).*

Outrossim, a norma não deixa qualquer dúvida sobre a sigilosidade das informações cadastrais a que se refere, tanto que, em seu §1o. , determina que "*As informações recebidas nos termos deste artigo aplica-se o disposto no § 7° do art. 38 da Lei n° 4.595, de 31 de dezembro de 1964.*"

Ou seja, são informações protegidas pelo sigilo, devendo ser resguardadas do conhecimento público. É isto justamente o que informa o referido artigo da Lei 4.595/64: *"Art. 38. As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados. (...) § 7° A quebra do sigilo de que trata este artigo constitui crime e*

VOL.:00725 PG:00165; RESP 50354/SP ; RECURSO ESPECIAL (1994/0018927-3) Fonte DJ DATA:28/06/

sujeita os responsáveis à pena de reclusão, de um a quatro anos, aplicando-se, no que couber, o Código Penal e o Código de Processo Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis."

Assim, sem sombra de dúvidas, as informações cadastrais relativas ao nome, à filiação, ao endereço e ao número de inscrição do cliente no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC) recebidas pela Receita Federal, são sim protegidas pelo sigilo, não podendo, sob qualquer hipótese, serem divulgadas.

Tanto assim, que a jurisprudência recente do Superior Tribunal de Justiça reconhece, enfaticamente, a sigilosidade das informações de natureza fiscal – respeitada a supremacia do interesse público[15]

Assim, em virtude de todo o exposto, não há dúvidas de que o entendimento esposado pela Receita Federal é equivocado; as informações que vem repassando à SERASA, são, indubitavelmente, de caráter sigiloso.

Quanto à primeira fonte utilizada pela Receita, as informações amealhadas junto às instituições financeiras, a Lei Complementar no. 70 de 30 de dezembro de 1991 não deixa dúvidas: somente à Fazenda Federal é dado possuí-las, sob pena de violação às normas de proteção à privacidade dos cidadão e sigilosidade dos dados.

Já a segunda fonte de informações, as declarações de imposto de renda, tem seu resguardo declarado em alto e bom tom pelo Superior Tribunal de Justiça, como alias, não poderia deixar de ser. Afinal, as declarações são entregues pelos contribuintes em sigilo absoluto, não cabendo ao FISCO, extrapolando os limites de sua atuação, julgar quais deseja e quais não deseja divulgar. Além disso, as informações de caráter não econômico contidas nas declarações são justamente aquelas mencionadas na lei complementar 70/91, proibindo-se, também em função disso, sua publicização.

Cumpre fazer menção, porquanto relevante, que o art. 38 da Lei nº. 4.595/64 foi recentemente derrogado pela lei complementar nº. 105 de 10 de janeiro de 2001, a qual dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências.

Contudo, a derrogação em nada alterou a proibição já existente quanto à venda dos dados pela SERASA ou qualquer outra empresa de proteção ao crédito. Ao contrário, em seu art. 1º, reafirma a referida Lei Complementar que "*As instituições financeiras conservarão o sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados*". No parágrafo terceiro do mesmo artigo elenca as exceções à regra, prevendo os casos em que o sigilo pode ser rompido. Em nenhuma das hipóteses ali encontradas, entretanto, encontra-se a permissão para venda, à particulares, das informações descritas na lei complementar 70/91. Ademais, a Lei Complementar 105/2001 trata obviamente do sigilo bancário e não do sigilo fiscal.

CONCLUSÕES

1. Urge a adequação dos bancos de dados creditícios às normas constitucionais relativas à intimidade e as normas consumeristas, quer por meio de termos de ajuste de conduta ou pela propositura das ações cabíveis pelo Ministério Público.

1999 PG:00102 ; RESP 71180/PA ; RECURSO ESPECIAL (1995/0038124-9) Fonte DJ DATA:05/02/1996 PG:01404 Relator(a) Min. BARROS MONTEIRO (1089) Data da Decisão 07/11/1995

2. Urge que a empresa de cadastro de consumo averigúe a veracidade formal das informações inseridas nesses mega-cadastros, não podendo desonerar-se da responsabilidade, como se fosse mero painel de anúncios classificados.

3. Urge que a empresa de cadastro de consumo venha a excluir o nome do consumidor negativado, quando da existência de discussão judicial do débito, comprovação do pagamento ou mesmo no caso de inclusão abusiva, não sendo tal exclusão privilégio do credor.

4. É imperativo que a empresa de cadastro de consumo seja obrigada a notificar previamente ao consumidor de sua futura "negativação" através de, no mínimo, comunicação postal com aviso de recebimento de mão própria, para que seja certificado o recebimento da comunicação, sendo dado no mínimo 15 dias ao consumidor para impugnação do futuro registro.

5. É dever dos entes públicos, tais como a Secretaria da Receita Federal de não fornecer às empresas de cadastro de consumo dados cadastrais sigilosos ou os dados para os quais o consumidor não forneceu autorização específica de divulgação.

TESE 42

O MINISTÉRIO PÚBLICO E OS DIREITOS COLETIVOS DOS USUÁRIOS DA TELEFONIA.

Duciran Van Marsen Farena
Procurador da República.

I. Participação do usuário, atuação da ANATEL e o papel do Ministério Público.

O modelo desenhado para as telecomunicações no Brasil, no tocante à proteção do usuário se assenta basicamente em dois instrumentos: a participação do usuário e a atuação da agência reguladora, a Anatel, no campo da defesa do consumidor.

A nosso ver, participação do usuário deve pressupor uma posição ativa deste na formulação de políticas e normas. Inclusive daquele que não possui telefone, alvo das metas de universalização. Assim, rigorosamente, ações que decorrem do exercício do direito de petição (art. 5º, inciso XXXIV, "a", CF; art. 3º XI, e 44, Lei 9.472/97), defesa ou recurso (art. 5º, inciso LV, CF); controle interno (corregedoria ou ouvidoria, art. 45 e 46, Lei 9.472/97); ou mesmo social (comunicação de irregularidades) não poderiam ser consideradas participação.

No entanto, o parágrafo terceiro ao artigo 37 da Constituição Federal aparentemente equipara as duas situações ao dispor que:

"a lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços;

II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no artigo 5º, X e XXXIII;

III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública".

"Ao que se deduz do advérbio 'especialmente', ao final do § 3º do art. 37, as previsões elencadas em seus incisos são exemplificativas de prioridades, e a lei integradora poderá acrescer outras formas de participação dos usuários, desde que da mesma natureza"[1]

---

* Doutor em Direito Econômico pela USP. Diretor do Brasilcon.

1. MUSETTI GROTTI, Dinorá Adelaide. *Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação*, in *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, pag. 59.

As verdadeiras formas de participação - na nossa linha de raciocínio - que estariam franqueadas pela abertura do citado preceito constitucional, seriam a consulta pública, a audiência pública (prevista expressamente no art. 4º § 3º da Lei n. 9427/96, que instituiu a Aneel) e a participação de representantes dos usuários nos órgãos consultivos e decisórios.

Algumas dessas possibilidades estão contempladas na Lei Geral de Telecomunicações (Lei n. 9.472/97): arts. 19, III, e 42 (consulta pública); 34 e 35 (participação de entidades representativas dos usuários no conselho consultivo, cujas funções são basicamente de aconselhamento e opinião).

As consultas e audiências públicas seriam, nessa perspectiva, o instrumento mais importante de participação. No entanto, essas possibilidades têm sido frustradas pela forma como tais procedimentos são conduzidos pela agência reguladora, e também, em parte, pela ausência de entidades civis especificamente voltadas para a defesa dos usuários de serviço público.

De antemão, o usuário já sabe que formular uma proposta numa consulta pública ou participar de uma audiência pública é perda de tempo. No primeiro caso, porque não há transparência no trâmite que converte as propostas em normas; no segundo, porque somente aspectos técnicos (freqüentemente incompreensíveis para o leigo) são levados a debate nas tais audiências públicas (onde também não é raro não aparecer ninguém, além dos próprios funcionários da Anatel e empresas interessadas).

Em audiência pública sobre televisão digital realizada em Brasília, conforme noticiou a imprensa, "os técnicos da Anatel organizaram o encontro de modo a restringir o debate às questões eminentemente técnicas que ocupam boa parte do relatório preparado pelo CPqD. Uma liminar da 9ª Vara da Justiça Federal, questionando a forma de encaminhamento da reunião, provocou a interrupção da sessão."[2]

Em suma, não se discute o direito do usuário, nem as repercussões da regulação pretendida na vida deste, funcionando apenas a audiência pública para forjar uma aparência de legitimação para o processo.

No que tange à atuação da Anatel na promoção dos direitos do consumidor, o quadro não é mais animador.

As atribuições da agência estão previstas no art. 19 da LGT segundo o qual compete à Anatel reprimir infrações dos direitos dos usuários (inciso XVIII).

Ocorre que o Decreto nº 2.338, de 07 de outubro de 1997 (Regulamento da Agência Nacional de Telecomunicações) em seu artigo 19, dispõe:

"A Agência articulará sua atuação com a do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, organizado pelo Decreto nº 2.181, de 20 de março de 1997, visando à eficácia da proteção e defesa do consumidor dos serviços de telecomunicações, observado o disposto nas Leis nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, e nº 9.472, de 1997.

Parágrafo único. A competência da Agência prevalecerá sobre a de outras entidades ou órgãos destinados à defesa dos interesses e direitos do consumidor, que atuarão de modo

2. *Anatel sem modelo*, Folha de São Paulo, 31 de maio de 2001, pag. A2.

supletivo, cabendo-lhe com exclusividade a aplicação das sanções do art. 56, incisos VI, VII, IX, X e XI da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990".

Tal dispositivo regulamentar, ofertando à Agência competência exclusiva e aos demais entes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor competência supletiva, é desenganadamente ilegal, posto que contraria o art. 55, *caput*, e § 1º da Lei n. 8.078/90 (CDC).

O *caput* do art. 55, ao mencionar o caráter concorrente da atribuição da União, Estados, e Distrito Federal em suas respectivas áreas de atuação administrativa, baixar normas "relativas à produção, industrialização, distribuição e consumo de produtos e serviços" , reflete apenas a competência constitucional prevista para estes entes (art. 24, V, CF). Seu parágrafo primeiro estabelece que "a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios fiscalizarão e controlarão a produção, industrialização, distribuição, a publicidade de produtos e serviços e o mercado de consumo".

Observe-se que a Anatel não é órgão do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), o qual é integrado por órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal e municipais e entidades privadas de defesa do consumidor. À exceção das últimas, todos podem aplicar as penalidades previstas no art. 56 do CDC, sendo verdadeiro absurdo, até sob o plano federativo, que as atribuições outorgadas por lei lhes sejam subtraídas pela agência mediante decreto[3].

O correto seria dizer que a competência da agência, no que tange à aplicação das sanções previstas no CDC, esta sim, é supletiva (ou complementar) frente aos órgãos do SNDC, o que não implica dizer que a agência não tenha um importante papel, posto que lhe cabe observância do Princípio Constitucional da Defesa do Consumidor (art. 5º, LGT), bem como de todos os princípios da Política Nacional de Relações de Consumo, em especial os inciso I (reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo) e II, "b" (ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor, pela presença do Estado no mercado de consumo).

Enfim, insta notar que a LGT – que nada dispõe sobre competência exclusiva da agência para sancionar infrações ao direito do consumidor – ressalva expressamente as competências legais do CADE.

O artigo 19 do Decreto n. 2.338/97 somente se presta a argumento de defesa dos prestadores de serviço de telecomunicações, para forrarem-se de responder por seus atos perante os órgãos federais, estaduais e municipais de defesa do consumidor.

---

3. Art. 56 "As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas:
I - multa;
II - apreensão do produto;
III - inutilização do produto;
IV - cassação do registro do produto junto ao órgão competente;
V - proibição de fabricação do produto;
VI - suspensão de fornecimento de produtos ou serviço;
VII - suspensão temporária de atividade;
VIII - revogação de concessão ou permissão de uso;
IX - cassação de licença do estabelecimento ou de atividade;
X - interdição, total ou parcial, de estabelecimento, de obra ou de atividade;
XI - intervenção administrativa;
XII - imposição de contrapropaganda.
Parágrafo único. As sanções previstas neste artigo serão aplicadas pela autoridade administrativa, no âmbito de sua atribuição, podendo ser aplicadas cumulativamente, inclusive por medida cautelar antecedente ou incidente de procedimento administrativo".

Curiosamente, não é incomum que a agência procure furtar-se às sua obrigações com o usuário consumidor alegando não se tratar de assunto da sua alçada. A "competência" só aparece quando o interesse da prestadora está afetado por uma decisão judicial, por exemplo. A ANATEL não tem competência para impedir uma lesão ao usuário, mas tem para dar causa a ela.

A Anatel, como se vê, no presente momento, não ostenta um histórico invejável no que tange à defesa do usuário consumidor. Ressente-se esta, logo de saída, da própria indistinção do conceito de usuário na regulamentação. Um fornecedor de serviço, como por exemplo, os provedores de serviço de valor adicionado, considerados usuários pela legislação (art. 61, § 1° da LGT) é, assim, equiparado ao assinante, consumidor dos serviços oferecidos por aquele, numa inteligência que faz *tabula rasa* de qualquer vulnerabilidade. Não vê, pois, a agência nenhum problema em defender o "acesso livre" do provedor de 0900 contra bloqueios determinados por causa de reclamações de consumidores, como ocorreu em um caso concreto, submetido à sua apreciação.

Neste cenário, avulta a atuação do Ministério Público, quer orientando e aplicando as sanções do CDC, quando atua como ente do SNDC, quer no exercício da tutela coletiva buscando em juízo fazer valer ao usuário da telefonia os direitos que lhe são negados na regulamentação deficiente ou ignorados na estrutura que não contempla sua participação eficaz.

II. Os direitos do usuário da telefonia fixa.

A nomenclatura técnica para a telefonia fixa é "Serviço Telefônico Fixo Comutado", definido como o serviço de telecomunicações que, por meio de transmissão de voz e de outros sinais, destina-se à comunicação entre pontos fixos determinados, utilizando processos de telefonia. São modalidades do Serviço Telefônico Fixo Comutado destinado ao uso do público em geral o serviço local, o serviço de longa distância nacional e o serviço de longa distância internacional. O STFC é classificado, quanto à sua abrangência, como serviço de telecomunicações de interesse coletivo (Arts. 3°, XX, 6° e 8° da Resolução n. 85/98).

Em linhas gerais, podemos enunciar, de forma não exaustiva, os seguintes direitos do usuário do serviço de telefonia fixa:

a) Direito à proteção do Estado no mercado regulado (art. 4°., CDC). Esta proteção, como vimos, é dever do Estado, por intermédio de todos os seus órgãos, sejam eles dedicados à defesa do consumidor ou à tarefa regulatória. Não cabe, assim, nenhum refúgio para a "racionalidade técnica" isenta de preocupações com a defesa do consumidor. Desse modo, o usuário tem direito à intervenção da agência reguladora em seu favor, assegurando-lhe direitos e coibindo abusos, em articulação (afastada qualquer supremacia) com os órgãos integrantes do SNDC.

b) Direito ao reconhecimento de sua vulnerabilidade (Art. 4°, I, CDC). O consumidor não pode ser considerado "igual" à prestadora de serviços ou outros usuários que assumam, perante ele, a condição de fornecedor, por meio do serviço de telefonia. Tampouco pode ser tratado com indiferença. Atentam contra a vulnerabilidade dispositivos regulamentares que põem em pé de igualdade o consumidor e a prestadora de serviço, remetendo seus conflitos à "negociação" ou arbitragem. Veja-se o nosso comentário ao § único ao art. 61 da Resolução n. 85/98, *infra*.

c) Direito de acesso (Art. 3º., I, LGT). O direito de acesso não pode ser dissociado da questão da modicidade tarifária. A migração de usuários de uma modalidade de serviço (terminal fixo) para outra (celular pré-pago, considerado serviço de interesse restrito, e prestado sob regime privado), não caracteriza "universalização", mas sim denota a existência de barreiras no acesso ao serviço essencial. O que importa, aqui, é a consideração desse direito quanto ao serviço prestado no regime público. Contudo, desde o princípio, o modelo não foi vocacionado para permitir maior acesso dos brasileiros ao serviço de telefonia, mas sim, para permitir a exploração econômica lucrativa dos segmentos empresarial e doméstico de alto padrão aquisitivo.

d) Direito à liberdade de escolha (Art. 3º, II, LGT). Conseqüência lógica da competição é o direito de o usuário escolher sua prestadora de serviço. O novo regime jurídico do serviço de telecomunicações, disserta Floriano Azevedo Marques Neto, pressupõe um equilíbrio entre a competição e a universalização[4]. "A incidência regulatória, portanto, permite que se imagine alguns prestadores olhando mais para a competição, para estudos de mercado vantajosos, e outros prestadores olhando para a perspectiva da universalização"[5] Ao menos no que tange à telefonia local, essa possibilidade permanece - e, ao que tudo indica, permanecerá - apenas na imaginação. "Espelhos" como a Vésper abandonaram até mesmo o discurso de competição. O modelo de duopólio baseado nas "empresas espelho" como alternativa ao poderio das antigas estatais fracassou. Como resultado, o usuário não tem liberdade de escolha, encontra-se sujeito a prestador único e não vê a qualidade melhorar nem o preço dos serviços diminuir.

e) Direito a um serviço adequado, eficiente e seguro (Art. 22, CDC). Adequação pressupõe respeito pelos direitos dos usuários. A adequação do serviço significa, num mercado regulado, adequação do regulamento. Não raro ocorre que o serviço é inadequado porque o regulamento não garante o direito do consumidor, ou, pior, "autoriza" o desrespeito ao CDC.

f) Direito à continuidade ou não suspensão do serviço (Art. 22, CDC, Art. 3º., VII, LGT). Donde resulta ilegal a suspensão do serviço pelo não pagamento de cobranças diversas e serviços de valor adicionado incluídos na fatura telefônica, representando verdadeira venda casada (art. 39, I, CDC).

g) Direito à modicidade tarifária (Art. 6º, § 1º, Lei n. 8987/95). Um dos principais gravames à modicidade tarifária é a forma pela qual os contratos, a regulamentação e a própria agência valorizam alegações de rompimento de equilíbrio econômico e financeiro em favor da prestadora. A modicidade necessita de parâmetros claros (da forma que ocorre com o direito das concessionárias) cuja ausência tem tornado este direito uma declaração desprovida de qualquer eficácia jurídica ou fática.

h) Direito à informação (Art. 6º, III, CDC). Direito ao conhecimento das condições de prestação do serviço e também de seus direitos, em linguagem clara e acessível.

i) Direito à privacidade (Art. 3º, V, VI e IX, LGT). Não deve o assinante ser obrigado nem induzido a fornecer informações pessoais às prestadoras de serviço, além daquelas imprescindíveis para o próprio serviço em si, excluída finalidade comercial.

j) Direito de contestação e petição (Art. 3º., X e XI, LGT). Seus principais aspectos são: o direito do usuário de obter resposta às suas reclamações à agência ou ao fornecedor,

4. *Direito das Telecomunicações e a ANATEL*, in *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, pag. 306.
5. MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Obra citada, pag. 307.

posicionamento quanto à sua razão ou desrazão, o direito a conhecer os fundamentos da decisão de seu interesse; o direito de acesso aos dados técnicos que embasaram esta decisão (perícias, etc.).

k) Direito à prevenção e efetiva reparação dos danos materiais e morais. (Art. 6º., VI e VII, 7º, § único, do CDC e 3º., XII da LGT). A prevenção deve estar à cargo da agência reguladora, e as melhores vias são uma regulamentação adequada, que respeite os direitos do consumidor e a ação administrativa reparadora, no caso de lesão. No plano Judiciário, este direito reflete-se na necessidade de inversão do ônus da prova, face à patente desigualdade em que se encontra o usuário, diante da capacidade técnica das prestadoras.

Lamentavelmente, bem diverso é o panorama que a realidade nos mostra quanto à efetividade dos direitos do usuário consumidor:

a) Desproteção regulamentar. Intervenção da agência em prol do infrator. O regulamento é específico quando se trata do direito da prestadora (ex. recomposição do equilíbrio econômico e financeiro), e vago ou omisso quando se trata de direito do usuário. Quando não consagra a violação do Código de Defesa do Consumidor. A intervenção da agência é no sentido de defender a prestadora e suas práticas.

b) Não reconhecimento da vulnerabilidade do usuário. A agência respalda a prestadora quando esta alega que não há prova em favor do usuário (ex. o assinante deve provar que não fez as ligações contestadas). Todos os instrumentos de facilitação de defesa são colocados ao dispor da prestadora, e não do usuário.

c) Não reconhecimento da aplicação do Código de Defesa do Consumidor. O estatuto consumerista aplica-se no que não contraria a regulamentação "técnica" da agência. Paradoxalmente, ao mesmo tempo em que se celebram os benefícios da privatização – que deveriam aproximar as prestadoras dos fornecedores do mercado e suas regras – ente regulamentador e prestadoras porfiam por privilégios de exceção e prerrogativas de império próprias do regime estatal, a começar pela própria "não aplicação" do CDC. Por outro lado, não raro a regulamentação ludibria o Código de Defesa do Consumidor, funcionando como verdadeiro salvo-conduto para lesar o usuário, como é o caso notório do art. 65 da Resolução n. 85, que tem sido utilizado para fundamentar a não devolução em dobro de valores cobrados indevidamente.

d) Ausência de competição. Conforme noticiou a imprensa:

"O modelo de competição na telefonia fixa imaginado e prometido pelo governo na época da privatização da Telebrás por enquanto fracassou. As empresas espelhos não conseguem enfrentar as antigas estatais - e, na verdade, não têm essas disposição. Os números mostram a desigualdade. A Telefônica instalou no Estado de São Paulo, em março, 330 mil telefones para uma rede total de 12,5 milhões. Desde o início de operações, em janeiro de 2000, a Vésper, sua empresa-espelho conseguiu instalar uma rede para apenas 250 mil. A Vésper é, também, empresa-espelho da Telemar, companhia que atende o Rio e mais 15 Estados."[6]

Por outro lado, fusões a nível internacional ou mesmo interno, a partir de janeiro de 2002, quando deve começar o regime de liberdade para as empresas que cumprirem as metas de desempenho, podem determinar a consolidação definitiva dos monopólios privados.

6. *Competição na telefonia fixa ainda está distante*. Gazeta Mercantil, 2.04.2001, pag. C-1.

e) Ausência de universalização e melhoria dos serviços. Renúncia a atividade fiscalizadora, que é remetida à "população". No tocante ao cumprimento das metas, o horizonte não traz melhores perspectivas:

"As companhias não conseguem, por exemplo, segundo a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), atingir um índice razoável de ligações completadas à noite. Além disso, não cumprem o prazo máximo de 72 horas para fazer a transferência de linhas. E há quem duvide que, até o fim do ano, possam instalar um telefone em 15 dias a contar do pedido, como exige a Anatel. Esses são considerados 'os três gargalos' da telefonia fixa."[7]

A agência não fiscaliza, e cabe à população, especialmente dos rincões mais distantes do país, adivinhar quais são as metas de universalização e denunciar seu descumprimento:

"O presidente da Anatel (...) admite que algumas metas de universalização da telefonia não estão sendo cumpridas. Concorda ainda que a agência não tem pessoal suficiente para fiscalizar a atuação das teles nas mais de 5.500 cidades do Brasil. Por isso, ainda há diversos casos de cidades com mais de mil habitantes que ainda não têm telefone, de locais com menos de um telefone público a cada 800 metros e de escolas e hospitais sem sistema de comunicação, admite a Anatel. (...) O presidente da Anatel considera que cabe à população denunciar à agência os problemas das telecomunicações".[8]

Nos centros urbanos, o serviço só tem piorado. O setor de telecomunicações lidera o cadastro de reclamações fundamentadas do Procon-SP [9].

e) Inversão tarifária. Transferência de ônus dos setores competitivos para os assinantes residenciais de baixo poder aquisitivo ou sujeitos ao monopólio. O setor residencial não interessa para as prestadoras, em termos de investimentos e melhorias; funciona apenas como mercado cativo, a ser superexplorado através do aumento do valor da assinatura, ampliação do consumo mínimo de pulsos, aumentos tarifários e oferta de acessórios. As operadoras nem disfarçam sua prioridade ao segmento empresarial e de longa distância:

"O grande interesse das três companhias de telefonia fixa não estará, porém, no serviço telefônico residencial em geral. 'É o mercado corporativo e de longa distância que nos motiva', diz Stael Prata Filho, vice-presidente de negócios de grande público da Telefônica. 'Não há sentido econômico em duplicar a infra-estrutura para atender o público residencial no país inteiro. Só compensa se for para uso corporativo e residencial de classes A e B', diz Henrique Neves, presidente da Brasil Telecom Participações." (...)[10]

No tocante à inversão tarifária, a questão foi bem apreciada pela Juíza Federal Vera Cecília de Arantes Fernandes Costa, ao sentenciar a ação civil pública n. 98.0029238-1:

"Com efeito, a motivação dada pela União para o aumento das tarifas foi o programa de redução do Custo Brasil (...) Chega a reconhecer que "*por força desta nova política, a conta dos assinantes residenciais sofreu uma elevação média de 23%, enquanto no segmento de negócios as contas médias dos assinantes não residenciais e tronco tiveram respectivamente elevação de 4% e redução de 8%*" (fl. 136).

---

7. Idem, ibidem.
8. *Não há como fiscalizar, afirma Anatel.* Folha de São Paulo, 30 de abril de 2000, pag. 2-3.
9. *Telefonia, a campeã de queixas.* Jornal da Tarde, 13 de março de 2001, pag. 6- A.
10. *Competição na telefonia fixa ainda está distante.* Gazeta Mercantil, 2.04.2001, pag. C-1.

Em outras palavras, no setor de negócios - em que se concentra o capital - houve redução; no setor residencial, aumentou (...) Já outros serviços não tiveram aumento fazendo com que se reduzisse "o custo da tarifa de quem tem capacidade financeira e alternativa de escolha, aumentando-o para quem necessita do serviço como utilidade indispensável para a vida, e não tem escolha" (fl. 160).

(...) No caso, vê-se que a União Federal tentou equiparar o bem comum à redução do Custo Brasil o que, na prática, já se mostrou ser um sofisma.

Pior, "*o fez, em sacrifício do usuário que não tem escolha, que não é responsável pelo Custo Brasil, que não negocia, que necessita do telefone basicamente para ligações locais, e que, enfim, só se " beneficia " da modernidade em uma coisa: AUMENTO DE TARIFA" (fls. 160/ 161).*

A voracidade arrecadatória do Poder Público é tamanha que não tem escrúpulos em justificar os aumentos de tributos e preços públicos em interesses públicos e coletivos que a final nunca são atingidos. No caso dos tributos, pelo menos, há todo um rol de garantias do cidadão. Quanto aos preços públicos, porém, sem o rigor tributário, os cidadãos poderiam ficam sujeitos a abusos e à freqüente ignorância à lei, no caso, todos os preceitos já referidos que limitam a discricionariedade administrativa na sua fixação ?

Certamente não!".

f) Encargos "colaterais". Transferência ilegal de carga tributária para as faturas; criação ilegal de tarifas; criação unilateral de seguros e outros, a serem excluídos por iniciativa do usuário. Vários exemplos podem ser lembrados a respeito: a transferência ilegal e inconstitucional dos encargos do Cofins e do PIS/PASEP aos assinantes dos serviços de telefonia, sob as bênçãos da Anatel; os seguros, secretárias eletrônicas e outras "facilidades" (geralmente desnecessárias) cujo custo aparece na conta sem solicitação, e cuja dificuldade para exclusão explica-se pela finalidade única de aumentar os encargos do serviço; as tarifas ilegalmente criadas, tais como as de bloqueio por falta e pagamento e de religação (isto é, o consumidor paga para a empresa suspender o serviço e paga por religá-lo) etc.

g) Ausência de verificação real do equilíbrio econômico e financeiro bem como do cumprimento de metas. Não realiza a Agência auditoria isenta para avaliar a evolução do equilíbrio econômico e financeiro. Como resultado, os aumentos solicitados são invariavelmente concedidos. De idêntica forma, a avaliação de cumprimento de metas é feita com base em dados fornecidos pelos próprias prestadoras.

h) Transformação do serviço de telefonia em veículo de cobrança coativa de serviços privados (serviços de valor adicionado: 0900, 900, 145), doações mais ou menos espontâneas e cobranças de todo o gênero. A conta telefônica se torna veículo para todo tipo de cobranças, e a continuidade do serviço, a garantia do pagamento. No caso de inclusão de doações, compras, assinaturas, prestações de compra de bens e empréstimos, a prestadora chega ao cúmulo de, empregando o argumento típico das administradoras de cartão de crédito, afirmar que só a loja, o banco, a editora ou o beneficiário da doação podem autorizar o estorno da cobrança em conta! [11]

i) Desinformação. Jamais houve preocupação da agência em divulgar os direitos do usuário (mediante, por exemplo, uma cartilha do usuário, em linguagem didática) mesmo naquilo

11. Veja-se, a propósito, o nosso estudo *Os serviços de valor adicionado na Lei Geral de Telecomunicações - o caso do 0900*, publicado na Revista de Direito do Consumidor n. 38, abril-junho 2001, pags. 271/286.

que é o mais essencial. Nesse cenário, disseminam-se as práticas lesivas das prestadoras contra o consumidor. Administrativamente ou em juízo, a desinformação prevalece e o reclamante acaba seguindo a linha de raciocínio desejada pelas prestadoras. Exemplo típico é a contestação de ligações de serviços de valor adicionado, onde o consumidor acaba argumentando que não fez as ligações, o que o coloca em manifesta desvantagem diante da "prova" de haverem estas se originado na linha de sua responsabilidade. Com isso, permanece na penumbra a verdadeira questão: a impossibilidade de suspensão do serviço público pelo não pagamento de débitos relativos a serviço meramente privado.

j) Violação da privacidade pela formação ilegal de cadastros e perfis de consumo. A vocação do sistema, como vimos, é para o segmento empresarial e o assinante residencial de alto poder aquisitivo. Interessa à prestadora identificar esse usuário da forma mais completa possível, ainda que violando direitos relativos à privacidade. A própria utilização da linha é mapeada para a formação do perfil do usuário. Da mesma forma, a prestadora estimula a complementação dos dados cadastrais, enviando questionários aos assinantes (contendo itens como casa própria, carro, escolaridade, etc.) cujo retorno é estimulado através da entrega de brindes. Tais questionários, evidentemente, não informam qual o uso que se fará dessas informações, nem tampouco se serão comercializadas.

k) Ausência de direitos na contestação de débitos e reclamações à Anatel. A regulamentação é inócua no que diz respeito aos direitos do usuário na contestação de débitos. Praticamente só se lhe assegura um direito: o de receber uma resposta qualquer. A própria agência dispensa-se de apreciar o caso trazido pelo usuário, encaminhando a reclamação à prestadora. A respeito, ver nosso comentário aos artigos 64 e seguintes da Resolução n. 85/98, *infra*.

l) Não reparação dos danos. A agência considera a reparação dos males causados aos usuários como assunto que lhe é alheio. Resta ao usuário buscar por conta própria a reparação, e aos legitimados buscar a reparação de danos coletivos. Por outro lado, a agência é uma das maiores responsáveis, por ação ou omissão, por danos ao consumidor, cabendo também sua responsabilização, ao lado do prestador de serviços.

III. A resolução n. 85/98 (STFC): exemplo de regulamentação inadequada.

Conforme dissemos, serviço adequado pressupõe regulamentação adequada. Não é o que ocorre contudo, quando nos deparamos com uma regulamentação como o a Resolução n. 85, de 30 de dezembro de 1998 (Regulamento do Serviço Telefônico Fixo Comutado), que teoricamente deveria resguardar os direitos do consumidor usuário da telefonia fixa.

Este breve apontamento comporta apenas o exame de algumas disposições do prefalado regulamento onde a lesividade e a displicência para com o interesse do usuário saltam aos olhos.

Oportuno, assim, começar com o artigo 51, da Seção II (Do Contrato de Prestação de Serviço), onde se declara que "aplicam-se ao contrato de prestação de STFC, *no que couber*, as regras do Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078, de 1990" (destacamos). Isto é, o regulamento impondo restrições à aplicação da lei....

Esse ponto de partida dá o tom de muitas disposições lesivas e contrárias ao CDC, e de muitos posicionamentos adotados pela agência no que tange ao contrato de prestação de serviços de telefonia.

Vejamos alguns dispositivos que tratam da cobrança dos serviços e suspensão destes, verdadeiros nós cegos do sistema de telefonia, e que têm sido fonte de infindável arbítrio para os prestadores de serviço:

> *"Art. 54. O documento de cobrança apresentado pela Prestadora ao Assinante deve corresponder a 30 (trinta) dias de prestação de serviço, e deve discriminar, de maneira detalhada, clara e explicativa, todo e qualquer registro relacionado à prestação do serviço no período, os descontos concedidos, impostos e eventuais encargos, conforme regulamentação específica.*

Parágrafo único. A cobrança de valores referentes a utilização de serviços de valor adicionado, quando permitida pela regulamentação, deve ser realizada por meio de documento de cobrança que contenha as informações relativas a utilização do STFC e do serviço de valor adicionado correspondente, com identificação do respectivo provedor".

Comentário: o caput é uma autêntica contradição: dá com uma mão e tira com a outra. A "regulamentação específica", no caso, pode tudo, inclusive subtrair a discriminação detalhada, clara e específica. É o que ocorre no caso da não discriminação dos pulsos.

O parágrafo único autoriza à prestadora operar como escritório de cobrança de serviços privados - os serviços de valor adicionado - em proveito de terceiros. Tais cobranças não deveriam constar da conta telefônica, assim como quaisquer outras, relativas à empréstimos, assinaturas, doações, etc.

"Art. 61. As Prestadoras de STFC nas modalidades Local e de Longa Distância Nacional devem apresentar a cobrança ao Assinante no prazo máximo de 90 (noventa) dias e as de Longa Distância Internacional no prazo máximo de 150 (cento e cinqüenta) dias, contados da efetiva prestação do serviço.

Parágrafo único. As cobranças de serviços prestados após os prazos estabelecidos neste artigo devem ser objeto de negociação entre a Prestadora e o Assinante".

Comentário: Sobressai, em primeiro lugar, o absurdo de permitir à prestadora transferir ao usuário o ônus da sua ineficiência! Para efeito de cobrança, não vale a decantada eficácia dos modernos sistemas digitais: a fórmula de inserção das chamadas continua sendo transportada a lombo de burro.

A norma desfigura completamente o direito básico do consumidor à proteção contra prática abusiva no fornecimento do serviço de telefonia, na verdade favorecendo-a (art. 6º, IV, art. 39, caput, CDC).

Nem se objete que o prazo é favorável ao assinante. Enquanto não recebe a fatura, ele fica também sem registro da utilização do serviço. É estimulado a consumir mais, obrigado a adivinhar o consumo retroativo de seu aparelho (não raro usado por várias pessoas) ou ainda estabelecer insana vigilância sobre este. Em qualquer caso, deverá formar poupança correspondente ao consumo suposto até receber a conta. Fica impedido de cobrar as ligações de terceiros, porque não dispõe da fatura. Para a prestadora, por razões de custo bancário, é da máxima conveniência proceder a cobranças de valores mais elevados. Enfim, sempre há a possibilidade de "equívocos" no registro de chamadas - sempre em desfavor do usuário - que terá menor possibilidade de controlar ou perceber, dada a quantidade de ligações e o tempo decorrido. Ou estará impossibilitado de qualquer contestação, quando se trata, por exemplo,

de cobrança retroativa de pulsos!

Some-se a isto que nenhuma garantia é assegurada ao usuário de que haverá parcelamento dessa conta acumulada, ao menos em período idêntico ao atraso, a fim de evitar desequilíbrios no seu orçamento e possibilitar a manutenção do serviço. Tampouco garantia de não incidência de juros em eventual parcelamento amigável.

O parágrafo único coroa este desfile de insensatez. O assinante é convocado à negociação com a prestadora! Mais uma vez, nenhum limite temporal para as cobranças na fatura - que podem retroagir a cinco, dez anos. E mesmo nesse caso, faltou vergonha para incluir o dever de continuidade do serviço!

Na prática, a prestadora manda uma carta comunicando o débito passado, inserido na conta (cobrança que pode remontar a quase dois anos, como ocorreu com conhecida prestadora). Esta é a negociação. Se o assinante não a aceita, o serviço é suspenso.

Tudo em detrimento da vulnerabilidade do consumidor, princípio reitor- nunca é demais enfatizar - de toda a atividade estatal, seja ela de defesa do consumidor ou outra qualquer (art. 4°, inciso I, CDC).

Em suma, o assinante paga pela ineficiência e pela conveniência da prestadora.

Na verdade, nenhuma cobrança retroativa ou fora do prazo mensal deveria ser admitida, o que funcionaria até como fator de eficiência dos serviços, nesta era pretensamente digital. A prestadora ineficiente que vá ao Poder Judiciário e cobre pessoalmente do usuário, provando cumpridamente as ligações efetuadas.

Art. 62. "O Assinante tem o direito de questionar os débitos contra ele lançados pela Prestadora, não se obrigando a pagamento dos valores que considere indevidos.

Parágrafo único. O pagamento dos valores questionados pelo Assinante somente poderá ser exigido pela Prestadora quando esta comprovar a prestação dos serviços objeto do questionamento."

Comentário: "garantia" totalmente vã. A prestadora, em qualquer hipótese, sempre terá condições de "comprovar" a prestação dos serviços objeto do questionamento. O assinante é que não terá condição nenhuma de provar o contrário, posto que não lhe é assegurado o direito à perícia isenta, a conhecer os resultados da perícia da empresa, a critérios translúcidos de avaliação técnica, acesso aos bancos de dados e documentos relativos à utilização dos serviços.

Na prática, a empresa simplesmente desestima a reclamação do usuário afirmando que a análise técnica (a respeito da qual nada se sabe) confirmou a origem das ligações. E no juizado especial cível invariavelmente alega que a matéria é complexa, dependente de provas que o rito especial não comporta.

Art. 64. "O Assinante tem prazo de até 120 (cento e vinte) dias para contestação do débito perante a Prestadora, sem prejuízo de outras medidas previstas na Lei 9.472, de 1997, e nos Regulamentos editados pela Agência"

Art. 65. "A devolução de valores cobrados indevidamente deve ocorrer em até 30 (trinta) dias após a contestação da cobrança indevida, preferencialmente em documento de cobrança de prestação de serviços.

Parágrafo único. Os valores cobrados indevidamente devem ser devolvidos, acrescidos dos mesmos encargos aplicados pela Prestadora aos valores pagos em atraso".

Comentário: O artigo 64 causa imenso pasmo. A prestadora não tem limite temporal para cobranças retroativas. Mas o assinante tem 120 (cento e vinte) dias para contestá-las. Isto é, se uma prestadora cobra ligações antigas de um, dois anos, o consumidor tem 120 dias para contestá-las....

O parágrafo único do artigo 65 colide frontalmente com o artigo 42, parágrafo único, do CDC, segundo o qual "o consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável".

Este dispositivo do CDC, como é sabido, aplica-se a qualquer cobrança indevida, não estando preso ao caput do artigo 42, que trata especificamente de consumidor inadimplente. Da devolução em dobro, somente se exonera o fornecedor se provar que o engano foi justificável. Engano justificável não é, a toda evidência, aquele que decorre da ineficiência do fornecedor. Não é justificável a "falha de sistema" que levou à inclusão de uma ligação que o usuário não efetuou, nem o erro de licitude que levou à imposição, pela prestadora, de ilegal tarifa de bloqueio ou religação.

Não deixou o parágrafo único do artigo 65 do Regulamento de ajudar, e muito, as prestadoras, que nele se abrigaram para fugir à sanção prevista no parágrafo único do art. 42 do CDC.

Art. 67. "A Prestadora pode suspender o provimento do serviço ao Assinante que não honrar o pagamento de débito diretamente decorrente da utilização da modalidade do serviço prestado, após transcorridos 30(trinta) dias de inadimplência.

§1º A inadimplência se caracteriza pelo não pagamento de débito objeto de documento de cobrança, de periodicidade regular, de prestação de serviço, sem contestação pelo Assinante".

Comentário: Notável, nesse dispositivo, o caráter excessivamente aberto do que caracteriza inadimplência. Ali não está dito que inadimplência é apenas o não pagamento de *débito tarifário, isto é, o valor pago pelo assinante à prestadora*, nos termos do contrato (art. 3º, XXI, Res. n. 85/98). Muito ao revés; inadimplência se configura pelo não pagamento de débito (qualquer que seja ele) desde que seja "objeto de documento de cobrança", vale dizer, esteja incluído na fatura.

Logo, inadimplente (e portanto sujeito à suspensão do serviço) é qualquer um que não pague qualquer débito incluído na conta: serviços de valor adicionado (0900: telessexo, telessorteio), assinaturas, prestações, parcelas de empréstimos, doações, premiadas ou não... tal dispositivo foi concebido com uma única e exclusiva razão: reforçar a noção de que tudo que vem na fatura é obrigatório, e portanto deve ser pago sob pena de desligamento da linha. Aliás, todo o discurso dos artigos seguintes do regulamento é sempre em termos de "débitos vencidos" sem jamais especificar a natureza - tarifária ou não tarifária - desses débitos.

E letra morta resta a disposição do artigo 3º VII, da LGT.

IV. A ilegalidade da "negativação" do nome do usuário em cadastros restritivos de crédito.

A prefalada Resolução n. 85 inova artificiosamente a Lei n. 9472/97 (Lei Geral de Telecomunicações) ao autorizar a inserção do nome do usuário inadimplente em cadastros restritivos de crédito:

"Art. 70. Transcorridos 30 (trinta) dias de suspensão total do provimento do serviço em determinada modalidade do STFC, por inadimplência, a Prestadora pode rescindir o contrato de prestação de serviço.

Parágrafo único. Rescindido o contrato de prestação de serviço, por inadimplência, a Prestadora pode incluir o registro de débito em sistemas de proteção ao crédito" (destacamos).

Com base nesse artigo, as prestadoras de telefonia móvel e fixa vêm negativando o nome de usuários de seus serviços como forma de impeli-los ao pagamento de contas atrasadas (não raro por incompetência da empresa, que não enviou a tempo as faturas, deixando acumular o crédito...)

Tal dispositivo regulamentar, contudo, é de flagrante ilegalidade.

Consistindo a negativação em uma punição a ser aplicada ao usuário faltoso, deveria, na pior das hipóteses, constar em lei sua previsão, o que inocorre no texto da LGT.

Não poderia o regulamento, simplesmente, criar, de forma autônoma, a punição não autorizada em lei.

De mais a mais, importa notar que tais cadastros restritivos (SPC, SERASA) não foram criados para qualquer finalidade, mas com o fim específico de defender o crédito. Assim, o propósito da inscrição do nome da pessoa é impedir a continuidade do fornecimento do crédito, e não recuperar créditos não honrados – o que pode até ser um efeito indireto, se a pessoa volta a necessitar de crédito, mas, basicamente, para essa recuperação o credor tem a via judicial como saída.

Efetivamente, o crédito comum não conta com nenhum outro instrumento para impedir a continuidade, isto é, que o inadimplente vá buscar crédito em outras fontes, mas o serviço de telefonia dispõe da faculdade de suspensão daquele inadimplente (art. 3º, inciso VII da LGT e art. 67 da Resolução n. 85/98). Opera, assim, a inserção do nome do inadimplente no cadastro restritivo como suspensão da continuidade do crédito por parte dos agentes do mercado. Ora, no caso das prestadoras, se elas já têm um meio imediato de impedir a continuidade do serviço ao inadimplente e de obrigá-lo ao pagamento do débito atrasado, se este usuário voltar a necessitar do serviço público, porque ainda negativar o nome do assinante ?

Caracteriza-se, pois, a negativação do nome do usuário como prática abusiva (conforme o caput do art. 39, CDC, que é norma de teor aberto) e um "bis in idem" contra o usuário, na medida em que a prestadora de serviço público já dispõe da faculdade da suspensão do serviço que equivale, para o fornecedor de crédito comum, à negativação do nome.

Enfim, note-se que a prestação de um serviço público (que é um dever da concessionária) não pode ser equiparada a uma operação de crédito.

A inscrição nas centrais de restrição do crédito e a divulgação de tais informações constitui, dessa forma, prática abusiva que tem por fim constranger o usuário a pagar o devido

ou o indevido, incidindo plenamente o art. 42 da Lei nº 8.078/91 (Código de Defesa do Consumidor):

"ART. 42: Na cobrança de débitos o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça."

Cada dia que passa, a telefonia torna-se fonte de problemas para autoridades regulatórias e defensores do consumidor (órgãos do SNDC, Ministério Público), e fica mais evidente o choque de prioridades entre estes. Cumpre ao Ministério Público restaurar o império da legalidade e recolocar o consumidor na posição que lhe foi conferida pela Constituição, e da qual foi injustamente abatido em nome de políticas descompromissadas com o interesse do usuário e, quiçá, com o próprio interesse público.

Índice de Autor

ÍNDICE DE AUTOR

Adriana Maria de Vasconcelos Feijó – AL 65, 83
Ana Martha Smith Corrêa Orlando – SP 203
Anco Márcio Valle – RJ 381, 391
André de Carvalho Ramos – SP 339
André Luis Alves de Melo – MG 637
André Luis Tabosa de Oliveira – PE 1
Andréa Fernandes Nunes Padilha – PE 529
Angela Balieiro – PA 121
Ângela Teresa Gondim Carneiro – CE 409
Antonio Winkert Souza – PR 195
Celso Jerônimo de Souza – AC 523, 587, 619, 647
Charles Emil Machado Martins – RS 157
Ciro Expedito Scheraiber – PR 317, 325
Cristiano Chaves de Farias – BA 595
Daisy Maria de Andrade Costa Pereira – PE 37
Dalva Vanderlei Tenório – AL 65, 83
Danni Sales Silva – TO 611
Denise Freitas Fabião Guasque – RJ 397
Duciran Van Marsen Farena – SP 353
Edison Miguel da Silva Júnior – GO 29
Eduardo Rinco – MG 555
Elaine Castelo Branco Souza – PA 111, 231
Eliana Figueira de Mello – SP 243
Epaminondas da Costa – MG 567
Evaldo França Martinelli – ES 479
Fernando Reverendo Vidal Akaoui – SP 243
Filippe Augusto Vieira de Andrade – SP 281
Galatéia Fridlund – PR 185
Getúlio Barbosa de Andrade – AC 173
Gilberto Valente Martins – PA 497
Gilka da Mata Dias – RN 269
Hortênsia Gomes Pinho – BA 263
Isaac Benchimol Ferreira – GO 61
Isaias Costa Dias – RO 115
Ivana Farina –GO 29
João Gaspar Rodrigues – AM 19, 493
João Zaions Júnior – PR 219
José Carlos de Oliveira Sampaio – SP 181
José Vladimir da Silva Acioli – PE 539
Juang Yuh Yu – SP 203
Judith Pinheiro Silveira Borba – PE 55, 75, 687
Karine Susan Oliveira Gomes – GO 161
Kátia Rejane Rodrigues Guimarães – AC 133

Laíse Tarcila Rosa de Queiroz – PE 167
Leonir Batisti – PR 421
Luis Roberto Proença – SP 445
Luiz Achylles Petiz Bardou – RS 559, 367, 665
Luiz Antonio Miguel Ferreira – SP 91
Luiz Gustavo Simões Valença de Melo – PE 671
Marcelo Barbosa de Castro Zenkner – ES 681
Marcelo Malvezzi – MT 253
Márcia Haydée Porto de Carvalho – SP 643
Marco Antônio Correa de Sá – PR 219
Maria Cristina Bittencourt Prata Magalhães – SP 203
Maria José Perillo Fleury – GO 403, 517
Marta Moriya Loyola – GO 653
Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini – PR 503
Mauro Sérgio Rocha – PR 371, 453
Murillo José Digiácomo – PR 139
Odair Tramontin – SC 513
Olympio de Sá Sotto Maior Neto – PR 127
Osvaldo Bianchini Veronez Filho – SP 463
Patrícia Teixeira Guimarães – GO 161
Paulo César Correa Borges – SP 573, 583, 627
Paulo Ricardo Gontijo Loyola – GO 653
Paulo Roberto Barbosa Ramos – SP 25
Regina Márcia Himenes dos Santos – GO 403
Ricardo de Oliveira Silva – RS 367, 559, 665
Ricardo Rangel de Andrade – GO 275
Roberto Durço – SP 99
Roberto Emerson Câmara Benjamin – PE 303
Robertson Alves de Mesquita – GO 659
Rodrigo Cançado Anaya Rojas – MG 547
Rodrigo Sousa de Albuquerque – MG 485
Ruth Duarte – GO 161
Sérgio Neves Coelho – SP 203, 579
Sérgio Roxo da Fonseca – SP 433
Simone Disconsi de Sá – GO 161
Sinara Lopes Lima – PA 121
Solon Ivo da Silva Filho – PE 311
Suzane Maria Carvalho do Prado Patrício – PR 149
Umberto Machado de Oliveira - GO 387
Vilanir de Alencar Camapum Júnior – GO 209

REALIZAÇÃO

conamp

AMPPE
Associação do Ministério Público de Pernambuco
Fundada em 17 de Junho de 1946

ORGANIZAÇÃO

PROMOVE

Rua Francisco Alves, 124 - 2º andar - Ilha do Leite
Recife-PE - CEP 50070-490 - Fax: (81) 3421.2165
Fones: (81) 3222.6581/3423.5245
promove.eventos@ig.com.br .

APOIO

Ministério Público de Pernambuco

GOVERNO DE PERNAMBUCO

PREFEITURA DO RECIFE

Prefeitura Municipal de Olinda
Secretaria de Planejamento, Transportes e Meio Ambiente

PATROCÍNIO

BANCO DO BRASIL

Bradesco Seguros

SESI
FIEPE

Hiper bompreço

Coca-Cola

BR
PETROBRAS

REALIZAÇÃO

conamp

AMPPE
Associação do Ministério Público de Pernambuco
Fundada em 17 de Junho de 1145

ORGANIZAÇÃO

PROMOVE

Rua Francisco Alves, 124 - 2º andar - Ilha do Leite
Recife-PE - CEP 50070-490 - Fax: (81) 3421.2165
Fones: (81) 3222.6581/3423.5245
promove.eventos@ig.com.br

APOIO

Ministério Público de Pernambuco

GOVERNO DE PERNAMBUCO

PREFEITURA DO RECIFE

Prefeitura Municipal de Olinda
Secretaria de Planejamento, Transportes e Meio Ambiente

PATROCÍNIO

BANCO DO BRASIL

Bradesco Seguros

SESI

FIEPE

Hiper bompreço

Coca-Cola

BR PETROBRAS