Tutela dos Interesses Difusos e Coletivos

Antônio Carlos Marcato



calibre 0.8.29

TUTELA DOS INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS

Interesses Metaindividuais

Inquérito Civil

Ação Civil Pública

1. INTERESSES METAINDIVIDUAIS OU TRANSINDIVIDUAIS

Usamos a denominação metaindividuais ou transindividuais como sinônimo para conceituar uma categoria intermediária de interesses, os quais se encontram entre o interesse particular e o interesse público. Transindividuais porque atingem grupos de pessoas que têm algo em comum, seja relação jurídica entre si ou com a parte contrária, seja mera circunstância ou situação fática.

Os interesses transindividuais constituem o gênero do qual os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos são espécies.

1.1. Interesses Difusos – Características

A definição legal de interesses difusos está prevista no artigo 81, parágrafo único, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90).

A norma que caracteriza interesse difuso é uma norma que, embora esteja no Código de Defesa do Consumidor, possui caráter geral.

Os titulares de interesses difusos são indetermináveis, ainda que possam ser estimados numericamente. A relação entre eles é oriunda de uma situação de fato, ou seja, não há relação jurídica que os una. O objeto da relação será sempre indivisível, igual para todos. Não é possível identificar os lesados e individualizar os prejuízos.

Exemplos: dano ao meio ambiente, propaganda enganosa etc.

Não é possível proceder a identificação de todos quantos possam ter sido expostos à divulgação enganosa da oferta de um produto ou serviço – veiculada, por exemplo, pela televisão. Todos que tenham sido expostos têm o mesmo direito e entre eles não há nenhuma relação jurídica, seja com a parte contrária ou entre si. Também é o que se passa com a proteção ao meio ambiente. Todos os moradores de um núcleo urbano são afetados por um dado dano ambiental, bem como os que eventualmente estejam no local 1

(visitantes, turistas). A união dos lesados na categoria de titulares do direito ao

meio ambiente sadio é dada em razão da simples circunstância de estarem no local, nele residirem etc. Evidentemente, todos também têm o mesmo direito, igual para todos.

Por isso tudo é que se afirma: os direitos difusos pertencem a todos, sem pertencer a ninguém em particular.

1.2. Interesses Coletivos – Características

A definição legal de interesses coletivos está prevista no artigo 81, parágrafo único, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor. No interesse coletivo a *relação jurídica* precisa ser resolvida de maneira uniforme para todos.

Os titulares dos interesses coletivos são determináveis ou determinados.

Normalmente formam grupos, classes ou categorias de pessoa.

Entre seus titulares ou, ainda, entre estes com a parte contrária, há uma relação jurídica, uma situação de direito.

Temos o interesse de todos dentro da coletividade, por isso seu objeto é indivisível. Como ocorre, por exemplo, em uma ação civil pública visando a nulificação de uma cláusula abusiva de um contrato de adesão; julgada procedente, a sentença não conferirá um bem divisível para os componentes do grupo lesado. O interesse em que se reconheça a ilegalidade da cláusula se relaciona a todos os componentes do grupo de forma não quantificável e, assim, indivisível. Esclarecendo: a ilegalidade da cláusula não será maior para quem tenha feito mais de um contrato com relação àquele que fez apenas um: a ilegalidade será igual para todos eles.

Os titulares estão unidos por uma situação jurídica, formando um grupo, classe ou categoria de pessoas, que deve ser resolvida de modo uniforme.

A co-relação entre os titulares é existente, por exemplo, no condomínio; ou ainda, com a parte contrária, na adesão a um consórcio (os consorciados). Em ambos casos há relação entre si, ou seja, os titulares de pretenso direito se interagem, se correlacionam por um mesmo ideal.

1.3. Interesses Individuais Homogêneos – Características A definição legal de

interesses individuais homogêneos está prevista no artigo 81, parágrafo único, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor.

São interesses que têm a mesma origem, a mesma causa; decorrem da mesma situação, ainda que sejam individuais. Por serem homogêneos, a lei admite proteção coletiva, uma única ação e uma única sentença para resolver um problema individual 2

que possui uma tutela coletiva. Encontramos titulares determináveis, que compartilham prejuízos divisíveis, oriundos da mesma circunstância de fato.

A adesão de pessoas a um contrato de financiamento da casa própria, por exemplo, torna o interesse de todos os integrantes daquele grupo (de mutuários) idêntico. Se há ilegalidade no aumento das prestações, a solução deverá ser a mesma para todos (a tutela será de um interesse coletivo), mas a exigência de devolução das parcelas já pagas necessitará da divisão do objeto em partes que não sejam iguais, ou seja, o interesse na repetição do indébito já não será coletivo, mas individual homogêneo.

Importante:

Existem algumas situações que podem atingir, concomitantemente, a esfera de mais de um interesse, ou seja, a lesão pode ocorrer, por exemplo, em face de interesse difuso e individual homogêneo.

Vejamos algumas situações:

1.º exemplo: A poluição em cursos de água. Que tipo de interesse foi atingido?

Em relação ao meio ambiente: interesse difuso.

Em relação aos pescadores: interesse individual homogêneo.

Em relação à cooperativa dos pescadores: interesse coletivo.

2.º exemplo: Incêndio de um centro comercial com vítimas entre os freqüentadores e os lojistas. Que tipo de interesse foi atingido?

Em relação aos consumidores: interesse difuso (havia necessidade de

segurança).

Em relação às pessoas atingidas: interesse individual homogêneo.

Em relação à associação de lojistas: interesse coletivo.

Abaixo, segue quadro sinóptico que destaca as principais distinções entre os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos: **INTERESSES**

GRUPO

DIVISIBILIDADE ORIGEM

Difusos

Indeterminável

indivisível

situação de fato

Coletivos

Determinável

indivisível

relação jurídica

Individuais

Determinável

divisível

origem comum

homogêneos

3

***** Todos os interesses apresentam um a relação jurídica e uma situação de fato subjacentes.

A obra doutrinária que apresenta o quadro sinóptico citado, e possui a característica de ser indispensável para o estudo e a compreensão da matéria, é a do Prof. HUGO NIGRO MAZZILLI – A Tutela dos Interesses Difusos em Juízo, editado pela Ed. Saraiva.

O estudo objetivo da matéria também pode ser obtido, dentre outros, pela apostila TUTELA DOS INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS, de autoria do Prof.

FERNANDO CAPEZ, editada pela Edições Paloma.

2. INQUÉRITO CIVIL

Trata-se de procedimento de caráter investigatório e administrativo, privativo do Ministério Público e destinado a colher elementos para propositura de eventual ação civil pública. Foi criado pela Lei Federal n. 7.347, de 24 de julho de 1985, Lei da Ação Civil Pública. Em 1988 foi consagrado na Constituição Federal, artigo 129, inciso III, como um dos instrumentos de atuação do Ministério Público.

A natureza jurídica do inquérito civil, a rigor, não é a de um processo administrativo, já que nele não se criam direitos nem são esses modificados.

Também não há julgamento de interesses. Nele não há uma acusação nem aplicação de sanções; nele não se decide nem são impostas limitações, restrições ou perda de direitos. É

procedimento, ou seja, é conjunto de atos destinados a apurar se houve uma hipótese fática. Serve para reunir peças de informação, indícios e mesmo provas da ocorrência de uma lesão a um interesse metaindividual.

Não é jurisdicional e nele não são praticados atos jurisdicionais, mas administrativos. O inquérito civil foi criado como instrumento de atuação funcional exclusiva do Ministério Público, embora o sistema adotado pela Lei da Ação Civil Pública seja de legitimação concorrente e disjuntiva para propositura da ação civil pública, com veremos a seguir. Os outros legitimados podem "investigar", mas jamais poderão instaurar ou presidir inquéritos civis.

O controle exercido pelo judiciário no inquérito civil é o controle de legalidade, que somente se realiza mediante provocação (mandado de segurança, *habeas corpus*).

O procedimento é inquisitivo; não há contraditório, tendo em vista ser um procedimento de cunho investigatório.

É prévio, preparatório da medida judicial a ser encetada. É instrumento para o Ministério Público viabilizar a defesa do interesse metaindividual lesado.

4

Seu objeto principal é a coleta de elementos de convicção para o Ministério Público embasar uma eventual ação civil pública; nele se apuram lesões a interesses transindividuais, averiguando a materialidade e a autoria.

O objeto da investigação é civil. Nele são investigados fatos, não podendo ocorrer a investigação de crimes. O inquérito civil não substitui o inquérito policial.

Quem preside o inquérito civil é o membro do Ministério Público (podendo ser promotor de justiça, procurador da república ou mesmo o chefe da instituição que tem atribuição no caso. O procurador-geral também poderá presidir inquérito civil, desde que seja o promotor natural (temos os casos originários de sua

atribuição estabelecidos por lei complementar,como determina o artigo 128, § 5º da Constituição Federal).

O inquérito civil, no entanto, não é obrigatório, tendo em vista que as provas poderão ser obtidas por outros meios, como sindicâncias, ação cautelar de produção de provas etc. O Ministério Público, então, poderá ingressar com ação civil pública independente de inquérito civil. Assim, o procedimento é dispensável, prévio, administrativo e privativo do Ministério Público.

2.1. Efeitos da instauração do inquérito civil

O inquérito civil, ao ser instaurado, gera alguns efeitos jurídico, a saber:

• publicidade – salvo sigilo legal ou por conveniência da instrução (prejuízo da investigação ou ao interesse da sociedade, por analogia ao artigo 20 do Código de Processo Penal);

• prática de atos administrativos executórios (notificações, requisições, condução coercitiva, instrução);

• óbice à decadência (Código de Defesa do Consumidor, artigo 26, § 2º, inciso III);

• eficácia relativa em juízo, pois é uma peça de valor indiciário;

• fins penais – em alguns casos o inquérito civil pode colher elementos que sirvam para investigação penal.

• necessidade de encerramento oficial; hoje, legalmente, não há imposição para o prazo do seu término;

Destacamos ainda os efeitos concernentes aos depoimentos das testemunhas. Se mentirem, ao testemunharem em procedimento de inquérito civil, praticam crime de falso testemunho previsto no artigo 342 do Código Penal?

5

Existem dois entendimentos: um, que prevalece em uma posição mais protecionista, dispondo que não é crime por causa da falta de tipicidade (o artigo

supracitado não menciona o inquérito civil, caso em que, reconhecer o crime de falso testemunho aqui, seria ferir o Princípio da Tipicidade); outro dispondo que a mentira caracterizaria o crime de falso testemunho, pois o inquérito civil é processo administrativo, e, assim, fica englobado no tipo. Esta é a posição majoritariamente adotada no Ministério Público.

Ao contrário do que ocorreu com o artigo 339 do Código Penal, que obteve alteração da redação do *caput*, dada pela Lei n. 10.028, de 19 de outubro de 2000, que inseriu o inquérito civil em seu dispositivo, não fazendo gerar discussão sobre o assunto.

2.2. Fases do inquérito civil

O inquérito civil apresenta três fases distintas:

1ª - instauração;

2ª - instrução;

3ª - conclusão ou encerramento.

2.2.1. Instauração

É instaurado, mediante portaria ou despacho ministerial a acolher requerimento ou representação. O promotor pode baixá-la de ofício ou mediante provocação de alguém, que represente ao Ministério Público pedindo instauração de inquérito civil.

Caso não haja portaria para instauração do inquérito civil, não haverá conseqüência grave, pois o inquérito civil é administrativo, não comporta o princípio do rigor das formas ou o princípio da legalidade restrita. Trata-se de mera irregularidade e não de nulidade capaz de inviabilizar o procedimento.

2.2.2. Instrução

Refere-se à coleta de provas, oitiva de testemunhas, juntada de documentos, realização de vistorias, exames, perícias, enfim, a qualquer elemento indiciário.

Existem dois instrumentos fundamentais para a instrução:

Notificação: trata-se de uma espécie de intimação. É uma ordem de comparecimento para oitiva. Qualquer pessoa (obedecidas as garantias e 6

prerrogativas) pode ser notificada para comparecimento em inquérito civil, sendo possível, inclusive, a condução coercitiva.

Requisição: é uma ordem legal de apresentação ou de realização de laudo pericial, de diligências, de documentos, de objetos, enfim daquilo que for necessário para a informação do feito. Qualquer pessoa está sujeita à requisição, respeitados, evidentemente, os sigilos legais e as garantias constitucionais.

***Assim*:** Notificação – pessoas; Requisição – documentos.

Observação:

Publicidade e Sigilo – O princípio da publicidade na Administração é a regra geral, mas devemos observar a exceção feita no que tange a matérias sigilosas.

Há discussão sobre a quebra do sigilo bancário. Para a doutrina não há óbice em quebra do sigilo bancário pelo Ministério Público, pois o sigilo seria defeso aos particulares e não ao Ministério Público.

No entanto, para a jurisprudência, amplamente majoritária, o Ministério Público não pode quebrar diretamente o sigilo bancário, uma vez que este só poderá ser quebrado por meio de requisição judicial. As decisões dos tribunais de São Paulo têm sido unânimes em exigir que a quebra do sigilo bancário seja feita pela via judicial. São decisões de natureza cautelar.

A jurisprudência tem entendido que o sigilo bancário é protegido constitucionalmente por pertencer ao direito de intimidade do indivíduo.

Por exceção, o Superior Tribunal de Justiça1 e o Supremo Tribunal Federal2

admitiram, a possibilidade de quebra do sigilo bancário pelo Ministério Público na hipótese de investigação de dano ao patrimônio público, sob o fundamento de

que não pode haver sigilo para patrimônio público, pois o dinheiro é público.

O sigilo fiscal não tem a mesma garantia do sigilo bancário, assim, o Ministério Público poderá quebrar o sigilo fiscal, por meio de requisição, em qualquer situação.

Se a pessoa se recusar a entregar o documento que foi requisitado pelo Ministério Público, a medida judicial cabível é a busca e apreensão, ou mandado de segurança no caso de recusa feita por autoridade pública.

1 Superior Tribunal de Justiça, 4.ª Câmara, HC 302.111 - 3/0, rel. Des. Passos de Freitas, j. 7.12.1999.

Superior Tribunal de Justiça, 1.ª Turma, ROMS 8.716/GO, rel. Min. Milton Luiz Pereira, j. 31.3.1998. Superior Tribunal de Justiça, 5.ª Turma, HC 5.287/DF, rel. Min. Edson Vidigal, j. 4.3.1997. Superior Tribunal de Justiça, 1.ª Turma, ROMS 12.131/RR, rel. Min. José Delgado, j. 21.6.2001.

2 Supremo Tribunal Federal, AgRg em Inq. 897-5-DF, T. Pleno, rel. Min. Francisco Rezek, j. 23.11.94, *DJU*

24.3.95, RT 715/ 547

7

Desobediência – recusa, retardamento ou omissão :

A recusa, o retardamento ou a omissão em atender a requisição do representante do Ministério Público pode caracterizar o crime específico de desobediência previsto na Lei n. 7347/85. A desobediência inviabiliza a ação civil pública. Assim, aquele que não atende à requisição do promotor, recusando-a, agindo de modo retardatário e, ainda, fazendo omissão de dados técnicos que sejam indispensáveis à propositura da ação, cometerá o crime descrito no artigo 10 da Lei n. 7347/85.

2.2.3. Conclusão ou encerramento

É o relatório final, uma forma imediata de encerramento do inquérito civil, com promoção tendente pelo arquivamento, ou, em caso contrário, com a própria

propositura da ação civil pública, embasada no inquérito civil.

Existe, ainda, a forma mediata de encerramento, que engloba a possibilidade de

“transação” no curso do inquérito civil. Ocorre da seguinte forma: primeiramente é feito o “Compromisso de Ajustamento e Conduta” no inquérito civil entre o promotor e o investigado, que deve ser encaminhado para o Conselho Superior do Ministério Público para homologação. Se houver homologação, o acordo está feito e o inquérito civil poderá ser arquivado. O promotor acompanhará apenas o cumprimento do acordo firmado. Se não cumprido, o promotor deverá executar o compromisso (que é título executivo extrajudicial). É uma forma de encerramento do inquérito civil também, mas nunca imediata.

Vale lembrar que o compromisso de ajustamento de conduta em matéria de danos a interesses transindividuais é uma espécie de transação que foi criada pelo Código de Defesa do Consumidor, cujo artigo 113 introduziu o parágrafo § 6º ao artigo 5º da Lei Ação Civil Pública, não obstante se trate de questão controvertida na jurisprudência e na doutrina em razão do veto ao § 3º do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor que previa o compromisso de ajustamento em matéria de interesses transindividuais de consumidores.

Em que pese argumentos contrários, o veto foi totalmente descabido de razão, pois como vimos, o artigo 113 do próprio Código de Defesa do Consumidor inseriu o §

6º no artigo 5º da Lei de Ação Civil Pública, prevendo o compromisso de ajustamento, antes vetado pelo artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor. Este parágrafo 6º tem aplicação subsidiária até mesmo em matéria de defesa do consumidor, com mais razão aplicá-lo aqui. Fortalecendo os argumentos: o artigo 113 do Código de Defesa do Consumidor não foi vetado.

Diversas leis subseqüentes também admitem a composição.

O compromisso de ajustamento é para a adequação da conduta aos rigores da lei, ou seja, nele não há disposição, renúncia de direitos. O autor da lesão reconhece

a sua conduta e assume o compromisso de adequá-la à lei.

Não há possibilidade legal de transação, acordo ou conciliação nas ações civis de improbidade administrativa, como ordena a Lei 8429/92.

2.3. Arquivamento do inquérito civil

O membro do Ministério Público não requer o arquivamento: ele ordena, promove o arquivamento, que ficará sujeito à revisão interna a ser realizada pelo Conselho Superior do Ministério Público.

Temos dois tipos de arquivamento do inquérito civil:

1º) arquivamento expresso – que é o que ocorre normalmente.

2º) arquivamento implícito (ou tácito) – é um erro técnico. Ocorre quando, por exemplo, se investiga três indiciados e há propositura da ação somente com relação a dois destes, deixando o promotor de se manifestar com relação ao terceiro.

O arquivamento do inquérito civil poderá ter vários motivos, tais como:

a transação cumprida, decorrente de satisfatório compromisso de ajustamento, deixando de existir o interesse de agir;

quando a investigação dos fatos demonstrar que não existem pressupostos fáticos ou jurídicos que sirvam de base ou justa causa para propositura da ação civil pública, etc.

A promoção de arquivamento deve ser remetida pelo promotor em três dias ao Conselho Superior do Ministério Público também para homologação.

Se o Conselho Superior do Ministério Público homologar a promoção de arquivamento, o inquérito civil estará arquivado. Caso decida por não homologá-lo e determinar que seja proposta ação civil pública, o Conselho designará

necessariamente outro membro do Ministério Público para ajuizá-la.

O membro do Ministério Público, como vimos, preside o inquérito civil, instaurando-o, ordenando diligências e, ao final, decidindo pelo arquivamento, compromisso de ajustamento ou ajuizamento da ação. Se concluir pelo arquivamento (não houve lesão, não foi apurada a autoria, não há provas etc), ordena o arquivamento, mas deve, sob pena de falta grave, remetê-lo ao Conselho Superior (prazo é de apenas 03 dias contados da decisão do presidente do inquérito civil). O Conselho realiza o controle interno da regularidade do inquérito e de seu arquivamento e, por isso, poderá: homologar o arquivamento; converter o julgamento em diligência (hipótese em que o 9

mesmo promotor ou outro deverá realizar a diligência faltante) ou ordenar o imediato ajuizamento da ação (outro promotor será designado).

O Conselho não pode ordenar que o mesmo promotor de justiça que tenha arquivado o expediente venha a ajuizar ou funcionar na ação, porque violaria o princípio da independência funcional, desafiando a liberdade de convicção do membro da Instituição. Na hipótese de conversão em diligência, o mesmo promotor de justiça poderá realizá-la, salvo se já tiver expressamente recusado a diligência quando da instrução ou do arquivamento.

3. AÇÃO CIVIL PÚBLICA (LEI N. 7.347/85)

Essa modalidade de ação tem por objeto a defesa dos interesses difusos, os interesses coletivos e os interesses individuais homogêneos. São ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais. (ver artigo 1º, Lei Ação Civil Pública).

O Código de Defesa do Consumidor a denominou de *ação coletiva* (artigo 91 do Código de Defesa do Consumidor- Lei 8.078/90).

Doutrinariamente, os autores chamam de ação civil pública a ação, proposta pelo Ministério Público, que verse sobre interesses transindividuais, e de ação coletiva a proposta pelos demais co-legitimados.

3.1. Legitimidade Ativa

A legitimidade ativa, para ingressar com a ação civil pública, decorre de toda norma jurídica que atribui a possibilidade de ajuizamento da ação, e não apenas da regra do artigo 5º da Lei 7347/85. Assim, a Constituição Federal atribui legitimidade, por exemplo, para as comunidades indígenas e para os sindicatos; a Lei 8429/92 (a que pune os atos de improbidade administrativa) para as pessoas jurídicas lesadas, dentre outras.

Mas, em especial, a legitimidade decorre do citado dispositivo e do Código de Defesa do Consumidor que, como vimos, é aplicável às ações civis públicas ou coletivas.

Diverge a doutrina quanto à natureza da legitimidade do Ministério Público, se é ordinária, extraordinária ou autônoma. A correntes doutrinárias são aceitas, mas prevalece o entendimento do Prof. Hugo Nigro Mazzilli, para quem a legitimidade é, 10

grosso modo, extraordinária, já que a Instituição comparece em juízo para defender interesse alheio e o faz em nome próprio.

Os legitimados3, para ingressar em juízo com uma ação civil pública, são: 1) Ministério Público;

2) Administração Direta, ou seja, União, Estados, Municípios e Distrito Federal (representados em juízo de acordo com o artigo 12, inciso I e II, do Código de Processo Civil);

3) Administração Indireta - autarquias, empresas públicas, fundações (públicas e privadas) e sociedades de economia mista;

4) Associações civis;

A esse rol, o Código de Defesa do Consumidor acrescentou:

Entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código (artigo 82, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor).

Quanto à legitimação das associações civis, para ingresso em juízo com uma ação civil pública, há exigência legal de preenchimento de dois requisitos: 1º)a associação deve encontrar-se em funcionamento há pelo menos um ano; 2º) que a defesa do interesse que será discutido em juízo seja compatível com o interesse institucional da associação ou do sindicato.

Esses dois requisitos são chamados pela doutrina de “pertinência temática e de representatividade adequada”. Admite-se apenas a defesa de interesse que constitua um dos fins institucionais e que a pessoa jurídica tenha regular constituição.

Se houver urgência ou necessidade, a lei permite que o juiz dispense o primeiro requisito - estar a associação formada há mais de um ano, desde que exista necessidade na proteção daquele interesse. A jurisprudência admite, excepcionalmente, que o juiz dispense o segundo requisito, desde que a associação tenha reconhecida atuação na área (casos de falha estatutária, falta de previsão de sua finalidade institucional).

Por analogia, devemos ainda estender o requisito temporal de pré-constituição de um ano às fundações privadas. Entendendo que o legislador quis excluir da limitação temporal de pré-constituição somente os legitimados públicos, ou seja, todos os órgãos públicos ou entidades da Administração direta ou indireta.

3 A legitimação aqui é concorrente, autônoma e disjuntiva. Cada um dos co-legitimados pode propor a ação quer litisconsorciando-se com outros, quer fazendo-o isoladamente.

11

A legitimidade do Ministério Público, para propositura de ação civil pública, é de natureza constitucional (artigo 129, inciso III, da Constituição Federal), contudo, a Lei de Ação Civil Pública fez previsão ratificando sua legitimidade, o que, a rigor, não seria necessário.

Artigo 129, inciso III:

“São funções institucionais do Ministério Público: promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.”

Por ser o Ministério Público o único legitimado sempre, já que a Constituição atribuiu à instituição essa “função institucional”, é certo dizer que o seu interesse de agir é presumido, devendo os demais demonstrá-lo em todos os casos.

Quanto à legitimidade do Ministério Público para defender interesses individuais homogêneos, temos três posições:

1ª) O Ministério Público não tem legitimidade para proteger interesses individuais homogêneos. Ao silenciar, a norma constitucional desprezou tal legitimidade, refererindo-se apenas à defesa de interesses difusos e coletivos.

Não deve prevalecer essa interpretação restrita da norma constitucional, porque o artigo129, inciso III, não é taxativo ou proibitivo, podendo a legislação infraconstitucional prever outros casos de legitimação do Ministério Público, desde que não haja incompatibilidade com a Constituição.

2ª) O Ministério Público sempre terá legitimidade para defesa de interesses individuais homogêneos. A norma constitucional não deve ser interpretada restritivamente. O artigo 129, inciso III , quando descreve “outros interesses...” também inclui os interesses individuais homogêneos, devendo ser interpretada ampliativamente.

3ª) Posição que prevalece: o Ministério Público é legitimado nos interesses individuais homogêneos, mas a legitimidade é restrita. Somente poderá ingressar com ação civil pública referente a interesses individuais homogêneos quando estes forem relevantes para a coletividade.

O Ministério Público protege interesse individual indisponível quando é relevante para a sociedade (artigo 127 da Constituição Federal). O mesmo raciocínio deve ser feito para os interesses individuais homogêneos.

A questão é importante para a compreensão da legitimidade do Ministério Público e da possibilidade de utilização das funções institucionais previstas no

artigo129 da Constituição Federal. A compreensão deve levar em conta todo o sistema constitucional e ser interpretada aquela norma em conformidade com o todo. Assim, pode o Ministério Público defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e 12

individuais indisponíveis. Para tanto, poderá buscar a defesa de interesses individuais homogêneos, além dos difusos e coletivos.

O problema é saber quando serão os interesses individuais relevantes e, por isso, capazes de legitimar a atuação do Ministério Público

Nesse sentido, a Súmula n.º 07 do Conselho Superior do Ministério Público de São Paulo (não é vinculante, é uma orientação interna) enuncia que o Ministério Público tem legitimidade quando houver interesse individual homogêneo com expressão sócia e jurídica, ou seja, como o Ministério Público atua, em primeiro plano, defendendo o interesse da coletividade, ao defender um interesse individual homogêneo, este deve ter um valor plausível pela sociedade, seja pelo seu caráter econômico, social, jurídico, etc.

Traz, ainda, hipóteses exemplificativas desses interesses:

quando o interesse individual homogêneo disser respeito à saúde e segurança das pessoas;

quando o interesse individual homogêneo disser respeito ao acesso de crianças e adolescentes à educação;

quando houver extraordinária dispersão dos lesados (exemplo: loteamentos clandestinos);

quando houver interesse da sociedade no zelo do funcionamento de um sistema

econômico, social ou jurídico.

A legitimidade para a ação civil de improbidade, no entanto, não segue a mesma regra. Dispõe a Lei n. 8.429/92 que apenas o Ministério Público e a pessoa jurídica lesada reúnem legitimidade ativa.

3.2. Legitimidade Passiva

Quem pode ser réu na ação civil pública?

Qualquer pessoa, física ou jurídica, pode figurar no pólo passivo de uma ação civil pública, desde que tenha provocado lesão ou causado ameaça de lesão aos interesses protegidos pela mesma.

3.3. Ônus de Sucumbência

Existe previsão de condenação em verbas honorárias de sucumbência em ação civil pública.

O Ministério Público pode ser condenado?

O Ministério Público *não poderá* ser condenado em face de sua falta de personalidade jurídica; se fosse condenado seria o Estado quem arcaria com o ônus de sucumbência (posição adotada no Ministério Público). Porém, a doutrina se divide. Parte dela concorda com a posição supracitada; outra parte entende que, se for comprovada a má-fé do representante do Ministério Público que ajuizou a ação civil pública, o Ministério Público poderá ser condenado (como ocorre com as associações). O sistema é diferente do Código de Processo Civil, pois a Lei da Ação Civil Pública vincula a verba honorária à má-fé da parte.

Uma outra visão minoritária é de que a Lei da Ação Civil Pública não criou esse sistema diferente para o Ministério Público e que devemos adotar o sistema do Código de Processo Civil; entendendo que a Lei da Ação Civil Pública apenas cria uma exceção referente às Associações; para elas, somente, deve-se vincular a verba honorária à má-fé da parte.

3.4. Litisconsórcio e Assistência Litisconsorcial

Na ação civil pública é possível que haja o litisconsórcio e a assistência litisconsorcial.

Existe, assim, possibilidade de litisconsórcio entre todos os legitimados, sendo tal legitimação denominada *concorrente* e *disjuntiva* (por causa da expressão "ou" no texto do rol do artigo 5º da Lei de Ação Civil Pública).

Em conseqüência dessa legitimação, admite-se litisconsórcio ativo inicial, pois um co-legitimado pode ingressar só em juízo, mas também em litisconsórcio, com um ou mais co-legitimados.

Pode haver litisconsórcio entre o Ministério Público Estadual e o Ministério Público Federal, o que permite mais eficácia na colaboração entre cada uma das instituições do Ministério Público, evitando, também, o problema de competência, que é muito divergente, principalmente entre a competência estadual e federal.

Caso um dos legitimados ingresse com a ação civil pública, os outros titulares não poderão ingressar com outra ação versando sobre o mesmo objeto e o mesmo pedido, em decorrência do fenômeno da substituição processual.

Se a ação civil pública tiver os mesmos titulares, mas se os objetos e pedidos forem diversos, haverá a possibilidade de ingresso em juízo com outra ação.

Ainda que exista uma ação popular, há a possibilidade de ingresso com ação civil pública versando sobre o mesmo objeto e pedido. Essa possibilidade decorre do fato de possuírem titulares distintos, ou seja, na ação popular o titular é qualquer cidadão e na ação civil pública existe um rol de legitimados.

O litisconsórcio passivo também é possível, uma vez que a ação deverá ser deduzida contra todos que tenham praticado a lesão ou que tenham, de qualquer modo, para ela, concorrido.

3.5. Intervenção do Ministério Público

O artigo 5º, § 1.º, da Lei de Ação Civil Pública dispõe sobre a obrigatoriedade da intervenção do Ministério Público, como *custos legis* (fiscal da lei), quando não for o autor da ação civil pública.

3.6. Desistência da ação

A possibilidade de desistência da ação intenta é tema de debate na doutrina e não há apenas uma posição acerca do tema.

A desistência, em tese, pode ocorrer, bastando que aquele que tenha promovido a ação venha dela desistir ou abandoná-la.

O artigo 5º, § 3º, da Lei n. 7.3347/85 dispõe que, se houver desistência infundada ou abandono da ação proposta por associação, o Ministério Público assumirá a titularidade ativa, silenciando quanto à possibilidade de desistência pelo Ministério Publico ou pelos demais legitimados.

Como resolver? Admite-se ou não a desistência ?

A desistência pode ser fundada ou infundada, ou seja, cabível em face das provas (improcedência manifesta, por exemplo) ou contrária às provas existentes. A desistência infundada e o abandono é que obrigam o Ministério Público a assumir a continuidade da ação (o pólo ativo). Assim, deverá o promotor de justiça verificar se a desistência desejada pela parte é ou não infundada, decidindo no segundo caso por assumir o pólo ativo. O promotor somente estará obrigado se a desistência for incabível, ou seja, infundada. Respeita-se, aqui, o princípio da Independência Funcional do membro do Ministério Público.

Se há desistência infundada e o Ministério Público verificar a possibilidade de continuidade da ação, assumirá apenas em caso da existência de interesse público a ser protegido, isto por conta do Princípio da Independência Funcional.

A regra legal, no entanto, não deve ser interpretada restritivamente. Ela também é aplicável aos demais legitimados, ainda que, expressamente, somente tenha se referido a ações promovidas por associações. Assim, todos podem desistir da ação e em todas as hipóteses poderá ou deverá o Ministério Público assumir a continuidade. O promotor deverá assumir a ação nas hipóteses de abandono e de desistência infundada.

15

O Ministério Público pode ou não desistir da ação civil pública ?

Há posições contraditórias: sim, porque há casos em que a ação se revela manifestamente improcedente; não, porque o promotor somente poderia pleitear

a improcedência ao final da ação.

A primeira posição é a mais aceita e também a correta. Não faz sentido exigir-se que o membro do Ministério Público dê continuidade a uma ação que já sabe ser manifestamente improcedente. Não se pode obrigá-lo a demandar sem sucesso, contrariando as provas e sua convicção. O promotor poderá desistir da ação sempre que a desistência for fundada. O que não é admitida é a desistência infundada ou o abandono da ação, hipóteses em que o membro do "Parquet" atuaria com absoluta falta de zelo.

Assim, apenas se FUNDADA a desistência será admitida. Como exemplos temos: erro na propositura da ação (ação promovida contra aquele que não deve ser o réu); inclusão de novo pedido (mais amplo e diverso do já deduzido), dentre outras.

A desistência é admitida, porém, com restrição: apenas se fundada em face do caso concreto.

Discute-se também se o membro do Ministério Público pode desistir sem antes colher do Conselho Superior a concordância, já que o Conselho é órgão revisor e controlador da atuação do Ministério Público nesta área. Há posicionamento doutrinário nesse sentido, ou seja, o Promotor somente poderá desistir se o Conselho, previamente ouvido, autorizar (v. Hugo Nigro Mazzilli na obra citada), mas prevalece o entendimento de que o controle da desistência é judicial, não incidindo o controle administrativo realizado pelo Conselho (tem sido a posição do Conselho do Ministério Público de São Paulo há vários anos).

3.7. Competência

A competência para propositura de ação civil pública é denominada de

"competência funcional absoluta". Não admite foro de eleição. Será competente para apreciação da ação proposta o *foro do local da ocorrência do dano.*

Caso o dano ocorra em duas ou mais comarcas, a ação civil pública poderá ser proposta em qualquer uma delas, podendo ser usado o critério da "prevenção". Caso o dano atinja uma região inteira de um Estado, a ação deverá ser proposta na Capital deste Estado (artigo 93, inciso II, do Código de Defesa do

Consumidor).

A Constituição Federal estabelece quais os interesses da União e dispõe que, havendo dano a qualquer um deles, a ação civil pública deverá ser proposta em uma das varas da Justiça Federal, com a competência ditada pelo critério territorial.

A Súmula n. 183 do Superior Tribunal de Justiça, revogada em novembro de 2000, dispunha que competia ao juiz estadual, nas comarcas que não eram sede da 16

Justiça Federal, processar e julgar a ação civil pública, ainda que a União figurasse no processo . Esta súmula sempre esteve errada:

“ STJ - SÚMULA Nº 183 - Compete ao Juiz Estadual, nas Comarcas que não sejam sede de vara da Justiça Federal, processar e julgar ação civil pública, ainda que a União figure no processo.”

A Lei n. 7.347/85 não diz que cabe à Justiça Estadual processar e julgar ações civis públicas, de interesse da União, nas comarcas que não sejam sede de varas federais

– como pretendia a Súmula n.183 do Superior Tribunal de Justiça; assegura apenas que a competência funcional será a do foro do local do dano. Isso significa que: se tratar de questão afeta à Justiça Estadual, conhecerá e julgará a causa o juiz estadual que tenha competência funcional sobre o local do dano; ou então, será o juiz federal que tiver competência funcional em relação ao local do dano.

Dirimindo a discussão, o plenário do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, cancelou, enfim, a Súmula n. 183 do Superior Tribunal de Justiça, e reconheceu a competência dos juízes federais que tenham jurisdição sobre a matéria de competência funcional em razão do local do dano, nas ações civis públicas em que seja interessada a União, entidade autárquica ou empresa pública federal.

O tema ainda é muito discutido. A competência, à luz da Lei n. 7.347/85, é absoluta (local do dano), mas o Código de Defesa do Consumidor disciplinou de

modo diverso no artigo 92:

dano local: local do dano;

dano regional: capital do Estado ou Distrito Federal

dano nacional: capital do Estado ou Distrito Federal.

O Supremo Tribunal Federal já entendeu que a competência é relativa e o autor tanto poderá promover a ação em se tratando de dano regional de âmbito nacional na Capital de Estado-membro ou no Distrito Federal. A regra do Código de Defesa do Consumidor é aplicável diretamente às ações que tutelam interesses individuais homogêneos, mas também deve ser aplicada para os difusos e coletivos.

Aqui também incide outro problema. É que a Lei n. 9.494/97 alterou o artigo 16

da Lei n. 7.347/85, impondo uma absurda limitação para os efeitos da coisa julgada (como adiante veremos). Diz o dispositivo que a sentença somente fará coisa julgada nos limites da competência territorial do órgão prolator (como se fosse produzir efeitos somente na circunscrição, na comarca etc). Assim, desejou o legislador que a sentença proferida em uma comarca não produzisse efeitos em outra. Apesar de absurda, a solução é inócua e não alterou absolutamente nada. É que a regra de competência a ser aplicada subsidiariamente é aquela do Código de Defesa do Consumidor, artigo 92, que considera o dano e a sua abrangência para determinar a competência, ou seja,deve-se verificar se o dano foi de âmbito nacional, regional ou local.

17

Deve-se aplicar subsidiariamente o Código de Defesa do Consumidor em todas as ações coletivas e a sentença produzirá efeitos em todos os locais que experimentaram dano.

Em se tratando de ação por improbidade, à luz da Lei n. 8.429/92, a competência sempre será a do local do dano que se confunde com a sede da pessoa jurídica lesada.

3.7. Provimentos jurisdicionais

A Lei n. 7.347/85, em seu artigo 3º, dispõe que “a ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”.

Outrossim, a mesma Lei, em seu artigo 19, prevê a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil. Assim, a ação poderá ser de conhecimento (meramente declaratória, constitutiva ou condenatória), executiva ou cautelar.

O instituto da tutela antecipada também é admitido nesse tipo de ação, uma vez preenchidos os requisitos legais.

Provimentos jurisdicionais são os pedidos que podem ser feitos na ação civil pública. A lei da ação civil pública menciona a possibilidade de provimento condenatório. Temos aqui, as multas, como sanções pecuniárias fixadas na sentença condenatória (*astreintes*)4, independente de requerimento do autor. Neste tipo de ação, a multa é denominada multa diária, são devidas em razão do atraso no descumprimento do preceito contido na sentença. Serão exigíveis em caso de execução, devendo o juiz especificar a data a partir de quando devam incidir. Além dessa, há possibilidade de imposição, também, de multa liminar (em decisão liminar- *initio litis*).

Ambas as multas serão cobradas após o trânsito em julgado da sentença; no entanto, a multa liminar será devida desde o descumprimento da ordem liminar. A decisão que concede a liminar pode incluir a fixação da multa. A sentença de procedência pode, a despeito de pedido do autor, incluir a multa diária. Evidentemente, tanto a multa fixada na liminar como a fixada na sentença dependem do trânsito em julgado da sentença, não podendo ser exigidas antes. O produto arrecadado pelo pagamento das multas irá para um fundo especial, criado para a tutela de interesses metaindividuais.

Nada impede que haja na ação civil pública um provimento declaratório. Não há incompatibilidade teórica; pode não haver utilidade, mas é perfeitamente possível.

Também há possibilidade de provimentos cautelares, de execução e incidentais.

4 Astreintes é palavra francesa que significa penalidade especial infligida ao devedor de uma obrigação com o propósito de estimulá-lo a sua execução espontânea, e cujo montante se eleva proporcional ou progressivamente em razão do atraso no cumprimento da obrigação, esclarece o Prof. Hugo Nigro Mazzilli.

3.8. Coisa Julgada

A coisa julgada na ação civil pública tem estrutura diferente que a coisa julgada no processo civil. Coisa julgada é imutabilidade dos efeitos da sentença, adquirida com o trânsito em julgado. A lei mitiga a coisa julgada nas ações civis públicas ou coletivas de acordo com o resultado do processo *(secundum eventum litis).*

Vimos que a Lei n.º 9.494 de 10 de dezembro de 1997, alterou a Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985 (Lei da Ação Civil Pública), na redação do seu artigo 16, no tocante a saber: "A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se da nova prova" (grifo nosso). A lei limitou a coisa julgada à competência territorial, desestruturando a lei da ação civil pública. Como essa construção contraria o sistema, a doutrina é amplamente majoritária, e entende pela inaplicabilidade dessa limitação, sendo o dispositivo ineficaz. Há autores, como Nelson Nery Junior, que o interpretam inconstitucional.

A jurisprudência está desprezando a limitação prevista no artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública.

Devido à inaplicabilidade deste dispositivo, os juristas têm subsidiariamente usado o artigo 103 do Código Defesa do Consumidor, que disciplina adequadamente a coisa julgada na tutela coletiva. Seu sistema foi mantido e alcança inteiramente toda e qualquer defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Disciplinou a coisa julgada de acordo com a natureza do interesse objetivado:

• *Interesses difusos:* a sentença transitada em julgado produzirá efeitos *erga omnes*. Exceção: se a improcedência decorrer de falta de provas, porque nesse caso, outra ação poderá ser proposta com nova prova.

• *Interesses coletivos:* a sentença transitada em julgado produzirá efeitos *ultra partes*, limitadamente, pois somente atingirá o grupo, categoria ou classe

envolvida na ação. Apresenta a mesma exceção: se a improcedência decorrer de falta de provas. Porque nesse caso, outra ação poderá ser proposta com nova prova.

• Interesses individuais homogêneos: a sentença transitada em julgado produzirá efeitos *erga omnes* apenas no caso de procedência da ação, beneficiando as vítimas e os sucessores.

A improcedência, por qualquer fundamento não prejudicará as ações individuais, exceto quanto aos interessados que já tiverem intervindo como assistentes litisconsorciais na ação coletiva (artigo 103, §2º, do Código de Defesa do Consumidor).

O § 1º do artigo 103, do Código Defesa do Consumidor, estabelece que a coisa julgada da ação coletiva, que verse sobre interesses difusos e coletivos, não prejudica 19

interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade do grupo, classe ou categoria, ou seja, se a ação civil pública for improcedente, o indivíduo também poderá propor sua ação individual.

A coisa julgada *erga omnes* (contra todos) quis a imutabilidade da decisão em todo grupo social, conglobando toda coletividade, diferentemente da ação com coisa julgada *ultra partes* (além das partes), que quis alcançar mais do que as partes envolvidas na ação, mas menos que toda coletividade, pois limitou a imutabilidade ao grupo, categoria ou classe de pessoas atingidas.

Novamente, a obra doutrinária do Prof. Hugo Nigro Mazzili (A tutela dos interesses difusos em juízo) adequadamente complementa o estudo.

Em resumo,5 considerando os efeitos da sentença em relação a terceiros e a imutabilidade da coisa julgada, temos:

SEGUNDO A NATUREZA DO INTERESSE

Sentença de

sempre tem eficácia *erga omnes*

Procedência

por falta de provas sem eficácia *erga*

Difusos

omnes

Sentença de

Improcedência

por outro motivo

com eficácia *erga*

omnes

Sentença de

tem

eficácia

ultra

partes,

limitadamente ao grupo, classe ou

procedência

categoria

Coletivos

por falta de provas sem eficácia *ultra*

Sentença de

partes

Improcedência

por outro motivo

com eficácia *ultra*

partes

5 Quadros sinópticos constantes do livro “A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo” – Hugo Nigro Mazzilli, 13ª

edição, 2001 – editora saraiva, p.399.

20

Sentença de

com

eficácia

erga

omnes

para

procedência

beneficiar vítimas e sucessores

Individuais

com

eficácia

erga

omnes

para

Homogêneos

Sentença de

beneficiar vítimas e sucessores

Improcedência

não tem eficácia *erga omnes*

SEGUNDO O RESULTADO DO PROCESSO

Beneficia a todos os lesados, observado o artigo 104 do Sentença de

Código de Defesa do Consumidor; tratando-se de

procedência

interesses coletivos, seus efeitos limitam-se ao grupo, categoria ou classe de pessoas atingidas.

Por falta de provas

não prejudica lesados

Sentença de

Prejudica os lesados, exceto em

Improcedência

matéria de interesses individuais

por outro motivo

homogêneos, observado o artigo 94

do

Código

de

Defesa

do

Consumidor.

3.9. Execução

O tipo de execução na ação civil pública será aquela determinada pelo Código de Processo Civil, pois a Lei da Ação Civil Pública não tem disposição no tocante.

Qualquer dos legitimados ativos para a ação civil pública pode proceder à execução, não sendo necessário a correspondência com o efetivo autor da ação, uma vez que a legitimação nessa fase volta a ser concorrente. Trata-se de uma nova ação.

O Ministério Público tem o dever de propor a ação de execução na omissão dos demais legitimados, não existindo independência funcional, visto que o direito já foi reconhecido judicialmente (artigo 15 da Lei de Ação Civil Pública).

Quando a execução for referente à ação que tutelava interesse difuso ou coletivo, a indenização obtida será destinada a um Fundo de Recuperação de Interesses Metaindividuais Lesados (artigo 13 da Lei da Ação Civil Pública). Para o fundo também é revertido o produto das multas (liminar ou das *astreintes).*

Esse fundo tem administração própria, inclusive com a participação do Ministério Público. É estabelecida uma divisão entre Fundo Federal e Fundo Estadual; no entanto, não há subdivisões, como fundo ambiental, fundo do consumidor, etc.

Não existirá um fundo quando o interesse for individual homogêneo, porque a indenização é para o indivíduo e não para coletividade. A tutela é coletiva, mas o interesse é individual.

A ação de improbidade administrativa, apesar de muitas divergências, é uma ação civil pública, no entanto, o dinheiro voltará para o erário lesado, ou seja, para a Administração Municipal, por exemplo, os valores serão devolvidos ao erário Municipal.

Assim: Difusos e Coletivos – destinação da condenação ao Fundo Especial; Individuais Homogêneos – para os lesados; Improbidade Administrativa – para o patrimônio público lesado.

Estatuto da Criança e do Adolescente

(Lei n. 8.069/90)

1. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL

22

O sistema normativo pode deferir proteção a determinados interesses (como, por exemplo, o meio ambiente), mas também é orientado a tutelar pessoas, em face de uma condição peculiar e da presunção de que sejam suscetíveis a danos ou prejuízos. A proteção pode decorrer de uma situação especial em que eventualmente estiver a pessoa, como também pode ser presumida e aplicável a toda e qualquer situação.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, ao eleger a doutrina da proteção integral como o matiz de todo o sistema que ele institui, colocou sob proteção permanente e integral a criança e o adolescente, independentemente de qualquer situação externa.

Com isso, esteja ou não sob o risco de sofrer danos ou prejuízos (morais, materiais ou para o seu desenvolvimento), a criança e o adolescente estarão sempre sob proteção especial.

Não prevê, assim, que a tutela a que fazem jus somente lhes seja aplicada nas situações de perigo ou de risco, mas sempre que, por qualquer motivo, seus direitos puderem ser violados. A criança e o adolescente acham-se em situação de permanente proteção Estatal e qualquer violação ou ameaça de violação de seus direitos ensejará a aplicação de medidas legais próprias. A situação que enseja a proteção pode decorrer de ação ou omissão do Estado, da sociedade, da família ou mesmo em face de conduta do próprio adolescente ou da criança.

1.1. Artigo 1.º do Estatuto da Criança e do Adolescente

“Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.” O antigo Código de Menores, Lei 6.697, de 10 de outubro de 1979, protegia a criança e o adolescente somente quando se encontrassem em situação irregular; situações não irregulares deveriam ser tratadas pelo Código Civil.

O advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069 de 13 de julho de 1990, trouxe mudanças em relação ao antigo código de menores. Hoje, o Estatuto da Criança e do Adolescente tem a pretensão de proteger a criança e o adolescente em quaisquer circunstâncias: situações irregulares de fato, situações de mero risco, caracterizada pelo simples potencial lesivo aos menores, e até em situações nas quais os menores se encontram em boas condições e cuidados (é a doutrina da proteção integral).

Assim, o Estatuto da Criança e do Adolescente trata o menor como uma pessoa em desenvolvimento e, para assegurar o seu bom desenvolvimento físico, mental, 23

espiritual ou social, tutela todos direitos e interesses necessários para a formação da sua personalidade.

1.2.

Artigo 2.º do Estatuto da Criança e do Adolescente

"Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

Parágrafo Único. Nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade." O artigo 2º se refere à competência do Estatuto da Criança e do Adolescente em razão da pessoa; em princípio e em regra, atinge pessoas até os 18 anos incompletos.

O conceito de menor distingue a situação da "criança" e do "adolescente" pelo critério etário e entende ser, para os efeitos dessa lei: *Criança* → pessoa até 12 (doze) anos incompletos.

Adolescente → pessoa dos 12 (doze) aos 18 (dezoito) anos incompletos.

Essa é a regra, o Estatuto da Criança e do Adolescente, no entanto, por exceção, poderá proteger os maiores de 18 anos nas seguintes hipóteses: 1ª) Aplicação das medidas sócio-educativas previstas no artigo 104, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente, aos maiores de 18 anos, desde que tenham praticado a conduta *antes* de completarem os 18 anos. A idade máxima para essa aplicação é de até 21 anos.

Evidentemente, se aquele que está cumprindo medida sócio-educativa depois de 18 anos não mais responderá, por novas condutas, à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente, mas do Código Penal.

2ª) No caso de adoção, desde que o adotando já esteja anteriormente sob a proteção do Estatuto da Criança e do Adolescente (exemplo: se a pessoa que estava com a guarda do menor decide adotá-lo após ele completar 18 anos, essa adoção será feita sob os regulamentos do Estatuto da Criança e do Adolescente). Isso perderá o efeito prático com o advento do novo Código Civil (Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002), que entrará em vigor a partir de 11 de janeiro de 2003, pois as normas foram aproximadas. A adoção pelo novo Código Civil somente será conferida por procedimento judicial, assim como sempre foi no Estatuto da

Criança e do Adolescente.

24

Em resumo, temos que: o critério cronológico é absoluto (pouco importa se o adolescente é casado, solteiro ou viúvo, a ele será aplicável o Estatuto da Criança e do Adolescente, porque prevalece sempre a idade ao tempo da ação ou omissão).

1.3. Artigo 4.º do Estatuto da Criança e do Adolescente –"Garantia da Prioridade"

"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 a convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude."

O artigo 4º, *caput*, refere-se a entidades que são formas básicas de convivência para o menor. Como as crianças e os adolescentes são dependentes e vulneráveis a qualquer forma de violência, é coerente que toda a sociedade seja responsável por eles, minimizando a falta de apoio para que não gere discriminações e desajustes que levam o menor à prática de atos anti-sociais.

Na efetivação dos direitos deve ser dada prioridade para as crianças e os adolescentes. Essa garantia não é somente obrigação do Estado, mas sim obrigação de toda a sociedade, atingindo, inclusive, os particulares (pessoas físicas ou jurídicas).

Significa que a criança e o adolescente têm prioridade no atendimento, na destinação dos recursos públicos e na formulação de políticas públicas.

Trata-se de prioridade efetiva, não sendo simplesmente normativa. O cumprimento dessa garantia poderá ser exigido judicialmente.

2. REGRAS DE INTERPRETAÇÃO DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - ARTIGOS 5.º E 6.º DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO

ADOLESCENTE

25

“Art. 5º- Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

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, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.” Na interpretação do Estatuto da Criança e do Adolescente, deve-se levar sempre em consideração a peculiar condição da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento, prevalecendo seus interesses (Princípio da Prevalência dos Interesses do Menor).

Qualquer tipo de ação ou omissão que não atenda às necessidades básicas de alimentação, moradia, educação, saúde, lazer constitui descuido à criança e ao adolescente, portanto, negligência. Sofrem eles discriminação por atos de diferenciação que os banalizam; são explorados, no trabalho e na família com a intenção de lhes tirar proveito.

Em relação à violência temos qualquer forma de constrangimento físico ou moral.

No contexto, damos como exemplo a permissão que um juiz deu para que os adolescentes ajudassem no corte de cana-de-açúcar. Esse juiz, entretanto, não levou em conta a condição de pessoa em desenvolvimento, e sim, colocou os adolescentes em condição de adultos. Essa permissão foi revogada, tendo em vista que o adolescente, em desenvolvimento físico, poderá sofrer lesões graves em razão da atividade de corte de cana-de-açúcar (exemplo: pode ficar com um braço mais comprido do que o outro).

O artigo 6.º nos traz um dos chamados *sistemas interpretativos*. Quanto a esse aspecto da matéria devemos considerar as diversas orientações esboçadas pelos

juristas quanto ao uso e à importância atribuída à várias espécies de interpretação

3. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PREVISTOS NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – ARTIGOS 7.º AO 69 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Os direitos fundamentais são oponíveis *erga omnes*, ou seja, seus titulares podem opô-los contra todos; seja o Estado, seja pessoa física, jurídica, particular ou não.

Abaixo, relacionamos os mais importantes previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente.

3.1. Direito à Vida e à Saúde

A proteção à vida começa desde a concepção. O Estatuto da Criança e do Adolescente protege a criança desde a vida intra-uterina, ainda como feto, a partir da fecundação e não do nascimento.

O direito à suplementação alimentar da gestante e da nutriz (mulher que amamenta, ama-de-leite), além dos cuidados pré e perinatais (períodos imediatamente anteriores e posteriores ao parto), fortalecem a existência da ampla proteção à vida e à saúde que o Estatuto da Criança e do Adolescente prescreve.

A Consolidação das Leis do Trabalho, em seu artigo 396, protege o direito da mulher que trabalha, e a Constituição Federal, em seu artigo 5º, incisos XLIX e L, assegura aos presos o respeito à integridade física e moral, bem como o direito de a presidiária permanecer com o filho durante o período de amamentação; em qualquer circunstância a criança tem o direito ao aleitamento materno, quer em presídios, quer no trabalho.

Ainda, temos a proteção à maternidade de acordo com a Consolidação das Leis do Trabalho, artigo 392, que proíbe o trabalho da mulher grávida pelo prazo determinado de 120 dias (ver artigo 7, inciso XVIII, da Constituição Federal e artigo 71, da Lei 8.213/91 – Plano de Benefícios da Previdência Social).

Toda criança e adolescente têm direito a atendimento médico e odontológico

obrigatório pelo Sistema Único de Saúde (SUS).

A comunicação de maus tratos, tipificado como crime (artigo 136 do Código Penal), à criança e ao adolescente é obrigatória. Essa obrigação é das escolas, hospitais, creches, enfim, das pessoas da sociedade em geral. Tal comunicação deverá ser feita ao Conselho Tutelar ou, onde não houver, ao Ministério Público ou qualquer outra autoridade judicial.

3.2. Direito à Liberdade, ao Respeito e à Dignidade A criança e o adolescente não gozam da liberdade de locomoção em termos amplos, porque sua condição jurídica impõe limitações a essa sua liberdade. São ressalvadas as *restrições legais*, por exemplo: a criança e o adolescente só terão acesso às diversões públicas e espetáculos classificados como adequados à sua faixa etária, sendo que a criança só poderá ingressar e permanecer nos locais de apresentação e exibição quando acompanhada dos pais ou responsáveis (artigo 75 do Estatuto da Criança e do Adolescente); não podem entrar nem permanecer em locais que explorem jogos e apostas (artigo 80 do Estatuto da Criança e do Adolescente); a criança não pode 27

viajar para fora da comarca , onde reside, desacompanhada dos pais ou responsável, sem autorização judicial (artigo 83 do Estatuto da Criança e do Adolescente), dentre outros.

O direito de ir, vir e permanecer em logradouros públicos e espaços comunitários, como já dito, não é absoluto. Quando a criança ou o adolescente estiver em qualquer situação de risco, deverão ser retirados do local.

→ A criança e o adolescente podem ficar na rua?

Depende. Em uma situação de normalidade, sim. Em uma cidade do interior, geralmente, as crianças brincam na rua. Nas grandes cidades há presunção de elevado risco e algumas condutas são indicativas da inadequação da permanência (por exemplo, quando estão pedindo esmolas). Para ser retirada das ruas é necessária a presença de um assistente judicial e deve atuar o Conselho Tutelar.

O Estatuto da Criança e do Adolescente proíbe o transporte do menor em compartimento fechado de viatura policial. A criança, em hipótese alguma

poderá usar algemas, diferentemente do adolescente que, excepcionalmente, para garantia da ordem pública poderá usá-las, mas nunca em caráter de humilhação, vedação que ocorre da mesma forma para os adultos.

A criança e o adolescente têm a sua dignidade preservada por estarem em desenvolvimento. Toda vez que a exposição de criança ou adolescente ofender sua dignidade, deverá ser proibida. Determina-se, ainda, a preservação da imagem, da identidade, dos valores, dos espaços e de seus objetos pessoais.

3.3. Direito à Convivência Familiar e Comunitária

A regra é a permanência da criança e do adolescente com a sua família natural; eles têm direito de serem criados no seio de sua família (artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente).

A definição de família natural é estabelecida no artigo 25 do Estatuto da Criança e do Adolescente, é aquela formada pelos *ascendentes e descendentes.*

Retirar a criança ou o adolescente da família natural é medida de exceção, só podendo ser aplicada quando a lei determinar, casos em que os menores serão retirados da convivência familiar e colocados em família substituta.

3.3.1. Hipóteses de exceção

Excepcionalmente, a criança e o adolescente poderão ser retirados da família

natural e colocados em família substituta, especialmente se descumpridos os deveres

inerentes ao pátrio poder ou, de qualquer modo, colocada a criança ou o adolescente

em situação de risco.

São deveres inerentes ao pátrio poder (artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente): sustento, guarda, educação, obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

O pátrio poder é exercido em igualdade de condições entre a mãe e o pai e as pendências deverão ser resolvidas pelo juiz em cada caso concreto.

O artigo 20 do Estatuto da Criança e do Adolescente proíbe qualquer distinção entre os filhos naturais e adotivos.

De acordo com o artigo 23 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a falta ou a carência de recursos materiais não é motivo suficiente para a suspensão ou perda do pátrio poder. O artigo 23 combina-se com o artigo 129, parágrafo único, ambos do Estatuto da Criança e do Adolescente, que dispõem que a falta ou carência de recursos materiais não pode gerar a aplicação de qualquer medida em relação aos pais ou responsáveis. A pobreza ou miserabilidade não são hipóteses de exceção.

3.3.2. Regras gerais para formação de uma família substituta:

No Direito brasileiro, a família substituta é admitida por três formas: guarda, tutela e adoção.

As regras de formação da família substituta são:

1ª) Idoneidade para formar família substituta, o que para o Estatuto da Criança

e do Adolescente nada mais é que a compatibilidade com a natureza da medida -

formação da família.

2ª) Ambiente familiar adequado.

3ª) A aquisição ou perda da família substituta só ocorre por decisão judicial.

4ª) Termo de Compromisso – aplicável somente para guarda e tutela, exclui-se a

adoção porque nela o vínculo é permanente (filiação).

5ª) Família substituta estrangeira - a única forma é pela adoção, sendo vedada

nas formas de tutela ou guarda. Os estrangeiros residentes e domiciliados fora do país

formam família substituta estrangeira. O critério que o Estatuto da Criança e do

Adolescente adota é o da Territorialidade e não o da Nacionalidade. Assim, os

estrangeiros com residência no Brasil formam família substituta nacional.

29

Os brasileiros que residem no exterior devem receber o mesmo tratamento de família substituta estrangeira ao adotar. Isso porque o critério também é o da territorialidade.

O Brasil é signatário da Convenção sobre cooperação internacional e proteção de crianças e adolescentes em matéria de adoção internacional firmada em Haia em 20 de maio de 1993. O objetivo da convenção de Haia é exatamente este: no superior interesse da criança, buscar: a cooperação dos países, moralizar as adoções, sujeitando todas as ações e intervenções a uma ética comum (veja-se que o Conselho Superior da Magistratura de São Paulo baixou determinação para que os juízes cumpram o que foi determinado na convenção).

3.4. Direito à Educação, Cultura, Esporte e Lazer

A educação é um dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, devendo ser assegurado pelo Poder Público, encarregado de fornecer as condições necessárias para sua efetivação.

O artigo 54, § 1.º, do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é um Direito Público Subjetivo da criança e do adolescente.

É um direito que pode ser exigido judicialmente por ação civil pública ou por ação particular.

Dentro do Direito à Educação, a criança e o adolescente têm direito a escola próxima à residência, ou seja, a escola deve ser acessível. O Estado tem o dever

de assegurar o ensino fundamental (primeiro grau). O não oferecimento desse ensino acarreta a responsabilidade pessoal da autoridade competente (artigo 54, § 2.º).

O artigo 55 dispõe sobre a obrigação dos pais de matricularem os filhos no ensino fundamental. É também um direito que pode ser exigido judicialmente.

Os dirigentes dos estabelecimentos de ensino, além de comunicar maus-tratos envolvendo seus alunos, têm obrigação de comunicar ao Conselho Tutelar evasão escolar (saída injustificada da criança e do adolescente da escola), reiteração de faltas injustificadas e elevados níveis de repetência, para que este possa tomar as medidas cabíveis.

3.5. Direito à Profissionalização e Proteção no Trabalho Os artigos 60 a 69 do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõem sobre o direito à profissionalização e à proteção do trabalho. A Emenda Constitucional n. 20/98

modificou a Constituição Federal, alterando seu artigo 7.º, inciso XXXIII; inciso este, 30

que não recepciona as disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente no tocante à matéria, ou seja, com relação às idades limites para exercer o trabalho.

Contudo, a matéria agora é regulada pela Constituição Federal. Três regras ficaram constitucionalmente estabelecidas, a saber:

1ª) proibição de trabalho perigoso, noturno ou insalubre para menores de 18 anos; 2ª) proibição de qualquer trabalho para menores de 16 anos; 3ª) permissão da condição de aprendiz para os maiores de 14 anos.

Assim:

até os 14 anos a criança não pode exercer qualquer forma de trabalho;

dos 14 aos 16 anos não pode trabalhar, excepcionando-se na condição de

aprendiz;

dos 16 aos 18 anos poderá trabalhar desde que observada a exceção do trabalho noturno, insalubre ou perigoso.

O artigo 67 do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe sobre o trabalho de aprendiz, dizendo que o aprendiz não pode :

trabalhar durante a noite, estipulando ser trabalho noturno aquele realizado das 22 horas às 5 horas;

trabalhar em local insalubre ou penoso;

trabalhar em local impróprio para sua formação;

trabalhar em horários e locais que não permitam sua freqüência na escola.

O artigo 68 permite o chamado “trabalho educativo”, que é aquele realizado em programas sociais. É uma atividade de trabalho pedagógico. A finalidade desse trabalho educativo é preparar o adolescente para o mercado de trabalho.

O menor tem direito à profissionalização, desde que observados sempre o respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e a sua capacitação profissional adequada ao mercado de trabalho.

1. FAMÍLIA NATURAL

É a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes.

Ordena o artigo 25 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual se encontra em perfeita consonância com o artigo 226, §4º da Constituição Federal que dispõe o seguinte: “Entende-se também, como entidade familiar a comunidade

formada por qualquer dos pais e seus descendentes.”

O artigo 26 estabelece que os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais, desta forma também, não contrariando disposição constitucional, a saber:

“Artigo 226, §3º– Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”

Não importa a obediência às formalidades legais, porque, independente do vínculo matrimonial, os filhos fazem parte da família natural.

Para o Estatuto da Criança e do Adolescente, a família é compreendida, em primeiro plano, pelo casal e, depois, pelos filhos. “De início, encontram-se no seio da família duas entidades distintas: uma que detém a cultura, que vive em sociedade e procede de acordo com determinados padrões. Outra que é instintiva, não conhece leis.

É imatura e, em conseqüência, irresponsável.”6

Todos os filhos, enfim, desfrutam de igualdade de tratamento jurídico (filhos havidos ou não da relação do casamento, ou até mesmo por adoção). Terão os mesmos direitos e qualificações, vedadas quaisquer discriminações afetas à filiação.

(Constituição Federal, artigo 227, § 6º).

Disposto no artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o reconhecimento da filiação pode ser feito a qualquer tempo, no nascimento, por testamento, por escritura ou por qualquer outro instrumento público ou particular, sendo irrevogável.

6 Educadora - Ofélia B. Cardoso, Problemas da família, Melhoramentos, 1968, p.15.

O direito à filiação é personalíssimo, indisponível e imprescritível (incidirá

sempre o sigilo nos processos judiciais em que são discutidos).

Houve um avanço jurídico na proteção inconteste da filiação ao se reconhecer o estado de filiação como direito personalíssimo. O Estado quis proteger esse direito de tal forma que concede legitimidade ao Ministério Público para averiguar a paternidade (ver Lei n. 8.560/92), o que não retira o caráter personalíssimo da ação de investigação, pois aquela lei regula apenas procedimento administrativo.

2. FAMÍLIA SUBSTITUTA

A criança e o adolescente têm direito à convivência familiar. Sempre que possível deverão ser mantidos com a família natural, ou restituídos à convivência de seus ascendentes biológicos. No entanto, por vezes, crianças e adolescentes não podem – ou devem – ser restituídos à convivência familiar natural, decorrendo a necessidade de constituição de família substituta.

Ao desabrigo da convivência familiar – seja a natural ou a constituída, criança e adolescente não devem permanecer.

A necessidade de constituição de família substituta pode advir do desaparecimento – por qualquer motivo – dos pais biológicos ou de outras circunstâncias, e somente se detectada a impossibilidade de retorno à família natural.

Assim, a família que substitui alternativamente a família natural, recebe o nome jurídico de “família substituta”, constituída sempre por decisão judicial em decorrência do deferimento de guarda, tutela ou adoção.

São três, portanto, as formas de constituição:

a) guarda

b) tutela

c) adoção

Para a formação de família substituta o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece alguns requisitos, destacando-se um requisito genérico, que se não for

atendido atua como impedimento: a idoneidade. A idoneidade, é apurada a partir de dois critérios:

compatibilidade com a natureza da medida;

ambiente familiar adequado.

33

Atendidos os dois critérios, existirá a possibilidade de ser constituída a família substituta, porém, a falta de um deles que seja implica na impossibilidade de sua formação.

Outro requisito genérico, ainda, é a realização do estudo social de cada caso concreto.

Há, por fim, outra característica de relevo: a família substituta somente é constituída por decisão judicial, como já salientado.

2.1. Colocação em Família Substituta

Disposta nos artigos 165 a 170 do Estatuto da Criança e do Adolescente, é medida específica de proteção à criança e ao adolescente (Estatuto, artigo 101, inciso VIII).

O artigo 165 procura traçar os requisitos genéricos para a concessão de pedidos de colocação em família substituta.

Características gerais:

Como requisito da petição inicial, o Estatuto da Criança e do Adolescente exige a expressa anuência do cônjuge do adotante. A adoção, portanto, será em conjunto, ainda que materialmente não haja impedimentos.

O artigo 28, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente determina que o juiz

leve em consideração, além dos requisitos já observados, o parentesco.

Assim, um outro requisito da petição inicial é a indicação do grau de parentesco com o menor.

Deve-se juntar na petição inicial a indicação do Cartório do Registro de Nascimento do menor. Se o menor for recém-nascido exposto, não há necessidade dessa indicação, visto que ele não foi registrado. *Recém-nascido exposto* é aquele cujos pais não podem ser identificados (recém-nascido que foi abandonado pelos pais).

Deve-se, ainda, descrever na petição inicial os bens que o menor possui.

O artigo 166 traz uma disposição de pedido de adoção que visa facilitar a adoção do menor. O pedido será feito diretamente no cartório, em petição assinada diretamente pelos requerentes, desde que:

os pais do menor sejam falecidos;

os pais do menor tenham sido anteriormente destituídos ou suspensos do pátrio poder;

os pais do menor aderirem expressamente ao pedido de colocação em família substituta.

Para as hipóteses do artigo 166, o Estatuto da Criança e do Adolescente dispensa expressamente a presença de advogado, que somente é indispensável no caso de

existir necessidade de contraditório (nas hipóteses de destituição ou suspensão de pátrio poder).

Caso os pais do menor concordem com o pedido, haverá jurisdição voluntária, visto que o juiz apenas deverá fazer uma análise do pedido. Nesses casos, não há lide e por esse motivo não haverá a necessidade da presença de um advogado.

Mesmo na jurisdição voluntária, entretanto, é obrigatória a designação de audiência e a realização de um estudo social para verificar quais condições a criança vai encontrar na família substituta. Dar-se-á oportunidade de oitiva ao Ministério Público.

Caso, no curso desse procedimento, formar-se a lide, o juiz retornará ao procedimento contraditório (artigos 167, 168 e 169 do Estatuto da Criança e do Adolescente).

2.1.1. Guarda

Está regulada nos artigos 33 a 35 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

a) Conceito

É a mais simples das espécies de colocação em família substituta e tem como objetivo corrigir situação de fato, podendo ser deferida liminar ou incidentalmente - nos procedimentos de tutela e adoção, exceto nos de adoção por estrangeiro.

O exemplo comum de concessão da guarda é o caso da mãe solteira que mora, com sua filha, na casa de seus pais, dos quais é dependente. Os avós poderão obter a guarda da neta e até se oporem a terceiros, inclusive à mãe, para defendê-la.

A guarda não poderá ser deferida a *pessoa jurídica*. Porém, na hipótese em que entidade recebe, por exemplo, em regime de abrigo, o dirigente é equiparado ao guardião, para ele convergindo todos os deveres próprios.

A guarda só poderá ser concedida por decisão judicial, como já visto. É medida de proteção, ou seja, pode ser concedida tanto para a criança como para o adolescente (artigo 101 do Estatuto da Criança e do Adolescente). Podemos encontrar duas modalidades dessa concessão:

A guarda pode ser *provisória*, quando determinada precariamente para resolver a situação emergencial, como por exemplo, de alguma criança abandonada, e nos casos de separações de casais com filhos menores até que seja solucionada a situação - com decisão final; ressaltamos que nesses casos o julgamento estará afeto aos juízes das 35

varas de família, e não de menores.

A guarda pode ser *definitiva* quando for resultante de uma decisão que põe fim ao processo, determinando com quem deverá ficar o menor. Contudo, é verdade que essa decisão não é bem definitiva, pois poderá ser revista a qualquer tempo no interesse do menor, já que pode haver modificação na guarda, desde que

judicialmente. “A concessão da guarda, provisória ou definitiva, não faz coisa julgada podendo ser modificada no interesse exclusivo do menor e desde que não tenham sido cumpridas as obrigações pelo seu guardião.” 7

b) Características

A guarda pode ser:

autônoma: existe e pode permanecer sozinha, independente da adoção. A criança ou o adolescente podem ficar sob a guarda até a maioridade. Apesar de autônoma, a guarda pode ser utilizada num processo de adoção sendo uma medida incidental.

precária: o juiz poderá decidir retirar a guarda do detentor a qualquer momento, fundamentando sua decisão.

A guarda pode conferir o direito de representação para determinados atos, ou seja, o juiz poderá permitir que o guardião represente o menor em alguns atos da vida civil (diferentemente da tutela, que assegura a representação para todos os atos). Esta autorização para representação deve ser expressa.

c) Direitos e deveres conferidos pela guarda

O guardião está obrigado à prestação de assistência. O detentor da guarda assina o compromisso de prestar a devida assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente.

A criança e o adolescente passam a ser dependentes do guardião para todos os fins e efeitos de direitos, inclusive os previdenciários. *Observação:* Não se pode conceder a guarda exclusivamente para fins previdenciários.

O direito do guardião pode ser oposto a terceiros, inclusive aos pais, ou seja, nem mesmos os pais podem tirar os filhos do guardião sem autorização judicial. Então, quem tem a guarda só a perderá por decisão judicial, como anteriormente ressaltamos.

Não se aplicam, à guarda, como veremos, os limites de idade próprios da adoção.

O Estatuto da Criança e do Adolescente não proíbe que o guardião seja mais novo que o pupilo, porém, exige que aquele tenha capacidade civil.

7 RT, 637:52, 596:262.

36

Os pais biológicos têm o direito de visitar o filho posto sob guarda de outrem e o filho pode reivindicar alimentos contra os pais biológicos, mesmo estando sob guarda de terceiros.

Nunca devemos esquecer: a guarda cessa com a maioridade ou com a emancipação, e, ainda, quando a idoneidade do guardião, por qualquer que seja o motivo, não exista mais.

2.1.2.Tutela

A tutela está disposta nos artigos 36 a 38 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

a) Conceito

É a forma de colocação em família substituta, tendo por finalidade a administração da pessoa e dos bens do incapaz. É um instituto civil que confere a guarda e a representação, permitindo que o tutor administre os bens do pupilo. É mais complexa que a guarda, tendo em vista envolver administração de pessoa e bens.

A tutela dá uma proteção mais ampla, pois substitui o pátrio poder. Então, para que alguém seja posto sob tutela, é necessário que exista a suspensão ou a perda do pátrio poder.

É uma das hipóteses em que se aplica o Estatuto da Criança e do Adolescente a pessoa maior de 18 anos e menor de 21 anos (adulto), sendo de natureza civil e regida pelas disposições do Código Civil (ver artigos 406 a 445), do qual se extrai as seguintes espécies:

testamentária: o tutor é fixado no testamento (artigo 407 do Código Civil);

legítima: o tutor é definido numa ordem legítima fixada no artigo 409 do Código Civil;

dativa: quando não há nem a testamentária, nem a legítima, o juiz escolherá o tutor, pessoa capaz e de reputação ilibada (artigo 410 do Código Civil).

Quando a tutela for deferida pelo *juiz de família ou comum,* ela é naturalmente

temporária, pois os tutores são obrigados a servir por dois anos, conforme artigo 444 do Código Civil. Enquanto a tutela deferida pelo *Juiz da Vara de Infância e Juventude*, em casos de menor abandonado pode ser por prazo indeterminado, pois o Estatuto da Criança e do Adolescente não fixa prazo.

“O legislador de 1916 (Código Civil), ao cuidar da tutela, preocupou-se, principalmente, com o órfão rico, pois ao disciplinar o tema teve em vista, em primeiro 37

lugar, a preservação dos seus bens; aliás, dos quarenta artigos consagrados ao assunto, apenas um se refere a menores abandonados.”8

Em regra, o menor abandonado é aquele que deve ser colocado em família substituta, não possui bens e necessita de assistência, e a nomeação de tutor decorre justamente da suspensão ou destituição do pátrio poder. A tutela não tem sido muito usada quanto ao menor abandonado, pois usa-se mais a guarda provisória, passando-se depois para a adoção, que são as duas formas mais freqüentes de colocação do menor abandonado em família substituta.

b) Formas de aquisição da tutela

suspensão do pátrio poder.

perda do pátrio poder.

morte dos pais.

declaração de ausência dos pais.

De acordo com o Código Civil, artigos 434 a 441, o tutor se obriga a periódica prestação de contas. Há três situações em que a prestação de contas se demonstra

obrigatória:

1.ª. no período de, no mínimo, dois em dois anos;

2.ª. quando se findar a tutela;

3.ª. quando o juiz ordenar.

c) Especialização de hipoteca legal

Prevista no artigo 418 do Código Civil, é uma medida para assegurar os bens do incapaz. O Estatuto da Criança e do Adolescente permite a dispensa dessa especialização (é uma faculdade do juiz). Então, o juiz poderá dispensar a especialização da hipoteca legal nas seguintes hipóteses:

quando o menor não tiver bens;

quando os bens do menor tiverem rendimentos suficientes apenas para a manutenção do tutelado (bens de pequeno valor);

quando os bens do tutelado constarem de instrumento público devidamente registrado no Registro de Imóvel (se for o caso);

por qualquer outro motivo relevante (exemplo: o tutor é pessoa reconhecidamente idônea – a idoneidade é financeira).

8 Silvio Rodrigues, Direito Civil; direito de família, Saraiva, v.6, p.377

d) Destituição, extinção ou perda da tutela

A tutela só poderá ser extinta, também, por decisão judicial. O pupilo poderá permanecer sob tutela até os 21 anos.

Se a tutela substitui o pátrio poder, significa que o tutor não é pai, mas, no entanto, tem os mesmo direitos e deveres inerentes ao pátrio poder. A tutela pressupõe, portanto, a guarda e poderá ser revogada se não forem cumpridos os deveres inerentes ao pátrio poder. O tutor tem o dever de prestar contas ao juiz. Com isso, a tutela poderá ser extinta se o tutor estiver:

1.º. descumprindo seus deveres;

2.º. deixando de prestar contas;

3.º. se revelando negligente ou prevaricador.

Mesmo com a destituição da tutela, permanecerá sempre o vínculo da prestação de contas. Até que o juiz julgue as contas da tutela, a responsabilidade civil remanesce.

O tutor não pode transferir a tutela. Saliente-se que somente com autorização judicial é possível se efetuar a transferência.

Assim como na guarda, o juiz exigirá o compromisso de corretamente desempenhar o encargo. Também não pode ser conferida a estrangeiro não residente no país.

Salientamos que a destituição se difere da cessação da tutela, pois esta ocorre por causas naturais, como, por exemplo, a maioridade.

2.1.3. Adoção

Prevista nos artigos 39 a 52 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

a) Conceito

A adoção é forma definitiva de colocação de família substituta, e, em regra, deve ser precedida de estágio de convivência do adotando com os adotantes.

Até os 18 anos do adotando, a adoção é regulada pelo Estatuto da Criança e do

Adolescente, qualquer que seja a situação do menor (adoção estatutária ou adoção plena); após os 18 anos, a regra que deverá ser seguida é a do Código Civil (adoção civil ou adoção simples).

É possível, no entanto, excepcionalmente, que a adoção após os 18 anos do adotando seja regulada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Ocorre na hipótese em que o adotando já estava sob proteção regulada pelo Estatuto da Criança e do 39

Adolescente, ou sob guarda, ou sob tutela, e houver vontade do guardião ou tutor de adotar.

A adoção simples pode ser realizada por procuração e admite revogabilidade, enquanto a adoção plena depende sempre de sentença judicial e é irrevogável.

b) Natureza jurídica

A adoção é instituição jurídica de ordem pública, constituída por sentença judicial, de natureza constitutiva, porque cria uma nova situação jurídica, devendo ser inscrita no registro civil.

c) Requisitos

A adoção tem um requisito genérico que é a idoneidade, exigido para todas as situações de colocação em família substituta, e requisitos específicos que, estando preenchidos, autorizam qualquer pessoa a adotar, inclusive sozinha (a adoção independe do estado civil do adotante), a saber:

Idade do adotando: em regra, o adotando deverá ter até 18 anos, exceto quando estiver protegido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (casos de guarda ou tutela)

Idade do adotante: o adotante deve ser maior de 21 anos.

Diferença de Idade entre o adotante e o adotado: deve haver uma diferença de 16 anos. Se a adoção se fizer pelo casal (adoção plural), basta que um dos cônjuges preencha estes requisitos de idade (artigo 42, § 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente). Esta regra vale tanto para os casados quanto para os conviventes e concubinos. Existe assim, a possibilidade de um dos adotantes ter idade com diferença menor de 16 anos com o adotando.

Reais vantagens para o adotando: deve-se verificar, no caso concreto, que o adotando será quem terá vantagens com a adoção.

Motivos legítimos para a adoção: deve-se verificar, no caso concreto, se o motivo da adoção é a formação de uma família.

Consentimento dos pais ou do representante legal do adotando: desde que exista pátrio poder. O juiz não poderá suprir esse consentimento, ou seja, se os pais não consentirem, não haverá a adoção. No caso de pais desconhecidos não há necessidade do consentimento (artigo 45, § 1.º, do Estatuto da Criança e do Adolescente).

Consentimento do adotando se maior de 12 anos: neste caso, a jurisprudência permite que o juiz contrarie a vontade do menor. O menor será ouvido, no entanto, quem avaliará o que é melhor será o juiz.

Estágio de convivência: é o período de convívio entre o adotante e o adotando, destinado ao estabelecimento de um relacionamento de afetividade e intimidade. Este estágio de convivência também servirá para haver a avaliação da existência dos demais requisitos. Em regra, esse estágio de convivência é obrigatório,

entretanto o juiz poderá dispensá-lo em duas situações:

se o adotando não tiver mais de um ano de idade;

se o adotando já estiver na companhia do adotante por tempo que o juiz julgue suficiente, qualquer que seja a idade.

Para o estágio de convivência de adoção nacional não existe prazo previsto em lei, ficando à discricionariedade do juiz em cada caso concreto. Entretanto, costuma-se deixar em estágio de convivência durante um ano. Se a adoção é feita por estrangeiro, o estágio deve ser cumprido no Brasil, pelo prazo mínimo de 15 dias, para criança de até 2

anos de idade, e no mínimo 30 dias, se maior de 2 anos de idade.

d) Casos especiais de adoção

adoção por separados judicialmente ou divorciados: separados judicialmente ou divorciados podem adotar em conjunto?

A lei permite uma única hipótese (artigo 42, § 4.º, do Estatuto da Criança e do Adolescente). Podem adotar em conjunto desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância da sociedade conjugal e que o casal esteja de acordo em relação à guarda e visitas.

adoção póstuma ou adoção "post mortem": iniciado o processo de adoção, se o adotante falecer depois de ter manifestado sua vontade de forma inequívoca sobre a intenção de adotar, ainda poderá ser deferida.

É a chamada *adoção póstuma* (artigo 42, § 5º, do Estatuto da Criança e do Adolescente). A sentença deverá retroagir para a data da morte a fim de que haja os efeitos sucessórios.

e) Impedimentos específicos à adoção

O Estatuto da Criança e do Adolescente estipula alguns impedimentos especiais:

artigo 42, § 1º: não podem adotar os ascendentes e irmãos do adotando. O

Estatuto da Criança e do Adolescente não traz disposição com relação aos ascendentes, se são os da linha reta ou os da linha colateral. Para resolver o problema, qualquer que seja a ascendência (avós, bisavós, tios) do adotando, não poderão adotar. Esta proibição visa a proteção sucessória; 41

artigo 44: o tutor e o curador não podem adotar o tutelado e o curatelado enquanto não tiverem suas contas julgadas definitivamente pelo juiz. Visa evitar fraude.

f) Efeitos da adoção

A adoção começa a produzir seus efeitos a partir do trânsito em julgado da sentença.

Existe uma exceção a esse efeito a partir do trânsito em julgado da sentença no caso de adoção *post mortem*, na qual os efeitos retroagem à data do óbito, para que possam haver os direitos sucessórios. São os efeitos:

aquisitivo: a adoção traz vínculo de filiação e paternidade. Permanecem, entretanto, os impedimentos matrimoniais (artigo 183 do Código Civil) com os parentes anteriores;

extintivo: os vínculos anteriores à adoção se extinguem, visto que o adotado ganha vínculos novos. Os impedimentos matrimoniais, entretanto, permanecem;

sucessório: a adoção traz o direito sucessório recíproco. O filho herda do pai adotivo e vice-versa;

irrevogável: a adoção é irrevogável, ou seja, não se pode revogar os vínculos de filiação e paternidade.

A morte dos pais adotantes ou a perda do pátrio poder por eles não restabelece o pátrio poder dos pais naturais (artigo 49 do Estatuto da Criança e do Adolescente). Neste caso, os pais naturais, desde que preenchidos os requisitos da adoção, poderão adotar.

No caso de adoção internacional, a criança só poderá sair do país após o trânsito em julgado da sentença.

g) Constituição do vínculo da adoção

O vínculo está constituído a partir do trânsito em julgado da sentença. O juiz deve expedir um mandado para inscrever a sentença no registro civil e essa sentença substituirá os dados da certidão de nascimento anterior. Esses dados anteriores ficarão sob sigilo judicial, que só poderá ser quebrado por decisão judicial.

1. FAMÍLIA SUBSTITUTA ESTRANGEIRA

42

A única forma de se formar família substituta estrangeira é pela adoção - a chamada “adoção internacional”, sendo vedada nas formas de guarda e tutela (ver artigo 31 do Estatuto da Criança e do Adolescente)

Família substituta estrangeira é aquela formada por estrangeiros residentes e domiciliados fora do Brasil. Ressalte-se que não basta ser estrangeiro, é preciso também residir fora do Brasil (o casal de alemães *residentes no Brasil*, por exemplo, que adota uma criança brasileira, não é considerado família substituta estrangeira).

O critério adotado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente é o da

territorialidade e não o da nacionalidade.

O Brasil é signatário da Convenção relativa à proteção das crianças e à cooperação em matéria de adoção internacional, firmada em Haia em 20 de maio de 1993, como já visto em capítulo anterior.O conteúdo dessa convenção foi trazido para o direito interno. A convenção determina a aplicação do Princípio da Territorialidade.

Convém ressaltar que tanto a aquisição quanto a perda da família substituta só poderá ocorrer por decisão judicial (artigo 30 do Estatuto da Criança e do Adolescente).

Ela é constituída por sentença judicial (a que defere a adoção).

2. ADOÇÃO INTERNACIONAL

Adoção, de uma forma geral, é o instituto jurídico por meio do qual alguém estabelece com outrem laços recíprocos de parentesco em linha reta, por força de uma ficção advinda da lei. Disciplinada nos artigos 51 e 52 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a adoção internacional é medida de exceção, isto é, medida alternativa à adoção nacional, ou seja, o juiz deve dar preferência aos candidatos para adoção nacional e, somente em segundo plano, recorrer aos adotantes estrangeiros. Veja-se que, a constituição de família substituta é excepcional, somente viabilizada quando impossível a reconstituição da família natural. Assim, além de ser excepcional, a adoção internacional é a última providência a que se pode chegar para suprir a falta da família biológica.

Além dos requisitos gerais da adoção, como por exemplo, a idade dos adotantes e do adotado, a adoção internacional tem seus requisitos próprios e especiais, quais sejam:

O(s) candidato(s) deve(m) comprovar que está habilitado a adotar pelas normas do país de origem. Assim, o adotado não ficará em situação diferenciada no país estrangeiro e receberá o mesmo tratamento legal dos eventuais filhos biológicos do(s) adotante (s).

O(s) candidato(s) deve(m) trazer um estudo psicossocial elaborado por

agência especializada do país de origem. É a forma encontrada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente para que o juiz possa avaliar se estão presentes os demonstrativos de que, no ambiente familiar a ser constituído, terá o adotado efetivas condições de sadio desenvolvimento.

Os documentos em língua estrangeira deverão ser autenticados pela autoridade consular e traduzidos por tradutor público juramentado.

Análise prévia da Comissão Estadual Judiciária de Adoção de São Paulo, chamada CEJAI9. O Estatuto da Criança e do Adolescente recomenda a constituição da Comissão com o propósito de facilitar a apresentação da documentação exigida, já que a Comissão poderá emitir um certificado ou laudo atestando ao preenchimento dos requisitos. Veja-se, no entanto, que a expedição do certificado ou laudo (que dispensa por certo prazo a apresentação de novos documentos) não significa que o juízo estará vinculado.

O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê dois tipos de cadastro: o local (artigo 50) e o cadastro junto à Comissão, que é o cadastro para adoção internacional. No cadastro local não há a expedição de laudo ou certificado, a inscrição é feita a pedido do interessado e é realizado estudo psíquico-social, o representante do Ministério Público opina e o juiz defere ou não a inscrição.

Contra o indeferimento da inscrição cabe o recurso de *apelação* que deve ser interposto no prazo de 10 (dez) dias.

Nota: O juiz não está vinculado à ordem de inscrição para a escolha dos pretensos adotantes em determinado caso concreto, mesmo porque pode ele consultar cadastros de outras comarcas.

Estágio de convivência que traz, também, algumas regras específicas:

deve ser cumprido em território nacional;

terá, no mínimo, 15 dias na hipótese de criança de até 2 anos de idade, ou mínimo de 30 dias para criança acima de 2 anos de idade.

A criança somente sairá do Brasil após o trânsito em julgado da sentença.

Ressalte-se que em situações excepcionais, examinado cada caso, o juiz poderá,

cautelarmente, autorizar a saída da criança com os adotantes internacionais para o estrangeiro, antes mesmo do término do processo. Um exemplo que poderíamos citar é o caso da criança doente que somente encontra tratamento para sua doença no exterior; uma espera pelo trânsito em julgado poder-lhe-ia acarretar grandes prejuízos. Prevalece, 9 Esse requisito se verifica nos processos dentro do Estado de São Paulo. Há Estados que não possuem referida Comissão, mas nos Estados em que foram implantadas a análise prévia é obrigatória.

no entanto, a proibição. Antes do trânsito em julgado, o adotando não saíra do país na companhia dos adotantes.

O *"princípio da prioridade da própria família"* ou *"princípio da excepcionalidade da adoção internacional10"* não pode ser considerado absoluto e, em seu nome, não se pode impedir ou dificultar as adoções, impondo-lhe exigências rigorosas, tanto de fundo como de forma. Embora a falta ou carência de recursos materiais não seja motivo suficiente para a destituição do pátrio-poder (Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 23), não se pode admitir que uma criança permaneça no núcleo familiar de origem em situação de abandono psicológico ou desamparo físico e material. Não reunindo os pais condições pessoais mínimas de cumprir, satisfatoriamente, as funções que lhes são exigidas, ou seja, os deveres e obrigações de sustento, guarda, e educação, e uma vez exauridas as possibilidades de manutenção dos vínculos com a família natural, o caminho da colocação em família substituta deve ser aberto, sem restrições. Somente depois de buscada, infrutiferamente, a nova inserção em família substituta nacional, é que se considera a possibilidade da adoção internacional.

3. PERDA E SUSPENSÃO DO PÁTRIO PODER

A doutrina moderna enxerga o pátrio poder como um instituto protetivo do menor e da família.

A perda do pátrio poder, também chamada de destituição, inibição ou cassação do pátrio poder, é uma pena, uma sanção imposta aos pais que praticarem conduta violadora do dever de guarda, sustento e educação dos filhos menores.

Os artigos 24, 155 a 163 do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõem sobre a perda ou suspensão do pátrio poder que ocorrerão sempre com procedimento judicial assegurado o *contraditório*. A jurisprudência tem reconhecido ser inadmissível o procedimento de ofício pelo juiz para fins de perda ou suspensão do pátrio poder, como já decidiu a Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, por votação unânime, sob o argumento de ser imprescindível a figura do contraditório, nos termos dos artigos 24 e 155 do Estatuto da Criança e do Adolescente e 5º, inciso LV, da Constituição Federal11.

As causas de perda e suspensão do pátrio poder estão estabelecidas não só no Estatuto da Criança e do Adolescente, mas também no Código Civil.

10 acolhido no artigo 21-b da *Convenção dos Direitos da Criança das Nações Unidas***,** de l990, e no artigo 4-b da, de l993, é também consagrado no direito interno de um grande número de Estados, em especial nas legislações dos países tradicionalmente provedores de menores: Brasil, no artigo 31 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

11 RT, 728:219.

Para o Estatuto da Criança e do Adolescente a perda e a suspensão decorrerão do descumprimento dos deveres do artigo 22 desse diploma legal.

Qualquer falta nesta área, a não ser que seja justificada, pode levar à inibição do pátrio poder, seja pela sua suspensão ou perda. O preceito tem base no artigo 299

da Constituição Federal. Percebemos, com isso, que a destituição (perda) e a suspensão são uma pena imposta aos pais que deixarem de cumprir suas obrigações legais.

De acordo com o Código Civil brasileiro em seu artigo 395 temos três situações que geram a *perda do pátrio poder*. "Perderá por ato judicial o pátrio poder o pai, ou mãe:

I - que castigar imoderadamente o filho;

II - que o deixar em abandono;

III - que praticar de atos atentatórios à moral e aos bons costumes.

A perda do pátrio poder é a mais grave sanção imposta ao que é convencido de faltar aos seus deveres para com o filho, ou falhar em relação à sua condição paterna ou materna.

Dá-se a *suspensão do pátrio poder* por ato de autoridade, após a apuração devida, se o pai ou a mãe abusar de seu poder, faltando aos seus deveres ou arruinando os bens do filho. A imposição da pena de suspensão é deixada ao prudente arbítrio do juiz, que poderá deixar de aplicá-la se for prestada caução idônea de que o filho receberá do pai (ou da mãe) o tratamento conveniente. Fala-se em suspensão do pátrio poder *pro tempore*.

A lei não estatui o limite de tempo. Será sempre levado em consideração o interesse do menor, e terminado o prazo restaura-se aquele exercício, tal como antes. O

juiz deverá fixá-lo na sentença.

As causas de suspensão vêm dispostas genericamente no Código Civil em seu artigo 394, a saber:

1. o não cumprimento dos deveres pelos pais;

2. caso em que os pais arruinarem os bens dos filhos; O parágrafo único do mesmo artigo refere-se, ainda, à suspensão do pátrio poder se o pai ou a mãe forem condenados por sentença irrecorrível em crime cuja pena exceda de dois anos de prisão (principalmente quando a condenação for referente a crimes em que haja violência entre os membros da família ou relativos à assistência familiar).

A verificação de fatos ou omissões reveladores de deficiências incompatíveis com o exercício da autoridade paternal é imprescindível e de grande importância.

Encontramos exemplos de condutas que retratam possibilidades que implicam a suspensão (obviamente, o juiz deverá analisar cada caso concreto): a) deixar o filho em estado de vadiagem, mendicidade, libertinagem ou criminalidade;

b) excitar ou propiciar esses estados ou concorrer para perversão; infligir ao menor maus-tratos ou privá-lo de alimentos ou cuidados; c) empregar o filho em ocupação proibida, ou manifestamente contrária à moral ou aos bons costumes; pôr em risco a vida, a saúde ou a moralidade do mesmo; d) faltar aos deveres paternos por abuso de autoridade, negligência, incapacidade, impossibilidade de exercer o pátrio poder.

Suspenso o pátrio poder, perde o pai todos os direitos em relação ao filho, inclusive o usufruto de seus bens.

A competência para requerer a perda ou suspensão do pátrio poder é do Ministério Público ou de quem tenha legítimo interesse (familiares, representante legal etc.). A jurisprudência admite que alguém que queira ficar com a criança possua também legítimo interesse. Há necessidade da realização de um estudo social do caso. Esse estudo social funciona como um laudo pericial. O Estatuto da Criança e do Adolescente determina que esse estudo seja feito por um corpo interdisciplinar. Necessário verificar o ambiente em que o menor se encontra.

A perda ou suspensão do pátrio poder deverão ser averbadas no Registro Civil. Por defesa dos menores e seus interesses temos como justificável serem

***revogáveis* as medidas de suspensão ou perda do pátrio poder.**

O Estatuto da Criança e do Adolescente traz o *princípio da concentração de*

***atos em audiência*. Haverá debates e julgamento na mesma audiência. Se o juiz não o fizer, deverá designar uma data para a leitura da sentença (não há publicação da sentença).**

4. EXTINÇÃO DO PÁTRIO PODER

Os casos de extinção do pátrio poder se encontram arrolados no artigo 392 do Código Civil, que na realidade cogita cessação de pátrio poder.

O artigo 45 do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que "A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando".

47

No mesmo contexto, o parágrafo 1.º deste dispositivo legal dispõe que o consentimento será dispensado em relação à criança ou adolescente cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do pátrio poder. Será dispensada a anuência em uma outra hipótese, não arrolada no dispositivo em questão: as de extinção do pátrio poder.

São fatos que acarretam a *extinção do pátrio poder:*

A morte do filho ou dos pais. A morte do pai não faz cessar o pátrio poder, mas apenas se concentra na mãe, continuando com a mesma.

A emancipação do filho que importa em atribuir-lhe a plenitude dos direitos civis, sem dependência paterna. Exige-se que o menor tenha pelo menos dezoito anos completos, e seja feita por meio de escritura pública.

A maioridade faz cessar inteiramente a subordinação ao pai. Fixou-se o termo em 21 anos. Adquire-se com isso a capacidade civil.

A adoção, que retira o filho do poder do pai natural, mas submete-o ao do adotante.

Chegar à fase final do procedimento, com a sentença de adoção, quer nacional quer internacional, a conseqüência jurídica será a extinção do pátrio poder.

O deferimento da adoção conduzirá automaticamente à extinção do pátrio poder, já que os institutos do pátrio poder e da adoção não poderão existir simultaneamente, sendo um excludente do outro.

Medidas de Proteção da Criança e do Adolescente

1. DAS NORMAS DE PREVENÇÃO

O ECA traz algumas normas para prevenir a violação dos direitos da criança e do adolescente:

princípio da cooperação: é dever de todos prevenir a violação dos direitos da criança e do adolescente;

princípio da responsabilidade: todos aqueles que descumprirem as normas de proteção estarão sujeitos à responsabilidade civil, penal e administrativa, dependendo do caso concreto.

O ECA admite que o Poder Público regulamente as diversões e espetáculos públicos, informando a natureza, a faixa etária recomendada, os locais e horários adequados. O responsável pelo espetáculo ou pela diversão deve afixar em local visível e de fácil acesso aquelas especificações. Crianças menores de 10 anos somente poderão assistir a esses espetáculos acompanhadas dos pais ou responsáveis.

As publicações e revistas que contenham material impróprio à criança e ao adolescente serão comercializadas em embalagens lacradas, com advertência sobre seu conteúdo. As revista e publicações destinadas ao público infanto-juvenil não poderão conter material ou anúncio de bebidas alcoólicas, tabaco, armas e munições, e deverão respeitar os valores éticos e sociais da família e da sociedade.

O art. 81 do ECA traz um rol de produtos considerados nocivos e cuja venda é

proibida à criança e ao adolescente: armas, bebidas, fogos, revistas impróprias, bilhetes lotéricos e produtos que possam causar dependência (ex.: cigarro).

O ECA também prevê a proibição de hospedagem de criança e de adolescente, salvo quando acompanhados dos pais ou responsáveis ou autorizados por eles. Criança deve viajar acompanhada dos pais ou responsáveis. Desacompanhada destes, somente com autorização judicial, que será dispensada se a criança estiver acompanhada de parente até o 3.º grau ou pessoa autorizada expressamente pelos pais.

As normas de prevenção são destinadas a crianças e adolescentes em situação de risco. O antigo ECA usava a expressão “situação irregular”. Hoje, utiliza “situação de risco”. Existirá situação de risco quando a criança ou o adolescente estiverem privados de assistência. Essa assistência pode ser material (quando não se tem onde dormir, o que comer, vestir etc.), moral (quando a criança ou o adolescente permanece em local inadequado, como locais de prática de jogo, prostituição etc.) ou jurídica (quando não tem quem o represente).

O menor que pratica ato infracional está em situação de risco por estar privado de assistência moral. A situação de risco pode decorrer de ação ou omissão do Poder Público; ação ou omissão dos pais ou dos responsáveis; por conduta própria.

O art. 101 do ECA traz um rol das medidas protetivas diante da situação de risco.

Essas medidas poderão ser aplicadas tanto para a criança quanto para o adolescente. São elas:

encaminhamento da criança e do adolescente aos pais ou responsáveis, mediante termo ou responsabilidade;

orientação, apoio e acompanhamentos temporários por pessoa nomeada pelo

Juiz;

matrícula e freqüência obrigatória em estabelecimento oficial de ensino fundamental (o Juiz determina aos pais a obrigação);

inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente;

requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico em regime hospitalar (internação) ou ambulatorial (consultas periódicas);

abrigo em entidade (não se fala em orfanato). A doutrina chama de “Tutela de Estado” quando a criança está em abrigo sob a proteção do Estado;

colocação em família substituta (é utilizada somente em situações muito graves).

O Juiz pode aplicar essas medidas isolada ou cumulativamente. Pode, também, substituir uma medida pela outra a qualquer tempo (art. 99 do ECA). Antes de aplicar qualquer uma dessas medidas, o Juiz deverá ouvir os pais ou responsáveis, realizar estudo social do caso e ouvir o MP. Essa oitiva do MP é obrigatória, sob pena de nulidade (art. 204 do ECA). Esse rol do art. 101 é taxativo.

2. PRÁTICA DO ATO INFRACIONAL

2.1. Dos Direitos Individuais do Adolescente

O adolescente não é preso, é apreendido.

A internação é a medida mais gravosa para o adolescente. O ECA permite a internação provisória durante o processo. É fixado o prazo máximo de 45 dias. Os fundamentos para que o Juiz decrete essa internação provisória são: indícios suficientes de autoria e materialidade e necessidade da medida.

Esse prazo de internação provisória será descontado na internação definitiva. Em nenhuma hipótese a criança poderá ser internada.

2.2. Remissão

Tem por conceito o perdão, a indulgência ao menor. Podem conceder remissão tanto o MP quanto o Juiz. São hipóteses de natureza jurídica diferentes. A remissão judicial é forma de extinção ou de suspensão do processo (portanto, pressupõe o processo em curso). Já a remissão ministerial é forma de exclusão do processo (logo, deve ser concedida antes do processo - administrativamente). Quando a remissão é concedida pelo MP, segue-se o seguinte procedimento:

o menor é ouvido pelo Promotor que concederá a remissão;

o Promotor encaminha a remissão para homologação pelo Juiz;

se o Juiz não aceitar a remissão, deverá remeter para o Procurador de Justiça, que poderá insistir na remissão ou designar outro representante do MP para apresentar representação contra o menor. Essa remissão concedida pelo MP é causa de exclusão do processo, visto que, ao conceder a remissão, inexiste o processo.

Quando a remissão é concedida pelo Juiz, segue-se o seguinte procedimento:

o Promotor oferece a representação;

na audiência de apresentação, o menor será ouvido pelo Juiz, que poderá decidir pela remissão;

o representante do MP deverá, obrigatoriamente, ser ouvido sobre a possibilidade da remissão antes de ela ser aplicada. A remissão concedida pelo Juiz causa extinção do processo. Havendo discordância por parte do MP, este 51

deverá ingressar com uma apelação para reformar a decisão do Juiz.

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência admitem a cumulação da remissão com uma medida sócio-educativa que seja compatível (ex.: reparação do dano, advertência etc.). Neste caso, a remissão é causa de suspensão do processo.

O ECA traz quatro requisitos genéricos para a aplicação da remissão, devendo ficar a critério do membro do MP ou do Juiz a sua concessão. São eles:

circunstâncias e conseqüências do fato;

contexto social em que o fato foi praticado;

personalidade do agente;

maior ou menor participação no ato infracional.

A remissão, quer concedida pelo MP quer pelo Juiz, não implica confissão de culpa. Existe uma divergência na doutrina em considerar a remissão como um acordo ou não. A posição majoritária entende que a remissão não é um acordo, tendo em vista a lei falar em concessão e, ainda, pelo fato de não haver nenhum

prejuízo para o adolescente, não possuindo a remissão nenhum efeito, podendo ser concedida quantas vezes forem necessárias.

1. PRÁTICA DO ATO INFRACIONAL

1.1. Medidas Sócio-educativas

São as medidas que podem ser aplicadas ao adolescente. O rol dessas medidas está no art. 102 do ECA. São elas:

advertência;

reparação de danos;

prestação de serviços à comunidade;

liberdade assistida;

semi-liberdade;

internação;

medidas de proteção previstas no art. 101, I a VI, do ECA.

As medidas sócio-educativas dependem de um procedimento judicial, só podendo ser aplicadas pelo Juiz. O ECA apresenta dois critérios genéricos para a aplicação de medida sócio-educativa:

capacidade do adolescente para cumprir a medida;

circunstâncias e gravidade da infração.

A internação é uma exceção, existindo hipóteses legais para sua aplicação.

A medida de segurança não poderá ser aplicada ao adolescente, tendo em vista ser medida para maior de idade que apresenta periculosidade. No caso de adolescente doente mental, será aplicada medida de proteção, podendo ser requisitado tratamento médico.

O Juiz poderá cumular medidas sócio-educativas, desde que sejam compatíveis (ex.: prestação de serviço à comunidade cumulada com reparação de danos). Com exceção da internação, o Juiz poderá substituir as medidas sócio-educativas de acordo com o caso concreto, visto não haver taxatividade.

Se o Promotor discordar com a medida sócio-educativa aplicada, deverá entrar com recurso de apelação. Essa apelação do ECA possui juízo de retratação, ou seja, o Juiz pode voltar atrás na decisão. O Tribunal competente para julgar essa apelação é o TJ.

1.1.1. Advertência

Disposta no art. 115 do ECA, é uma medida sócio-educativa que consiste em uma admoestação verbal que é aplicada pelo Juiz ao adolescente e que é reduzida a termo. É

destinada a atos de menor gravidade.

Para a aplicação da advertência, o Juiz deve levar em consideração a prova da materialidade e indícios suficientes de autoria. É a única medida que o Juiz poderá aplicar fundamentando-se somente em indícios de autoria.

1.1.2. Reparação de Danos

Obrigação de reparar o dano (art. 116 do ECA). Há um pressuposto: o ato infracional deve ter causado um dano à vítima. Essa reparação é para a vítima que sofreu o dano. É uma medida voltada para o adolescente, então deve ser estabelecida de acordo com a possibilidade de cumprimento pelo adolescente (ex.: devolução da coisa furtada, pequenos serviços a título de reparação etc.).

A jurisprudência admite que essa reparação de dano pode ser aplicada à criança (ex.: devolução da coisa furtada).

1.1.3. Prestação de serviços à comunidade

Disposta no art. 117 do ECA, o adolescente será obrigado a prestar serviços em benefício da coletividade. São tarefas gratuitas de interesse geral junto a

entidades assistenciais, hospitais, escolas ou estabelecimentos congêneres.

Como a medida é mais gravosa, a lei fixa um prazo máximo de 6 meses para essa prestação e um máximo de 8 horas semanais. Essas 8 horas poderão ser estabelecidas discricionariamente, desde que não prejudiquem a freqüência ao trabalho e à escola.

Deverá ser levada em conta a aptidão do adolescente para a aplicação da medida.

1.1.4. Liberdade assistida

É a última medida em que o adolescente permanece com sua família. O Juiz irá determinar um acompanhamento permanente ao adolescente, designando, para isso, um orientador, que poderá ser substituído a qualquer tempo. A lei fixa um prazo mínimo de 6 meses para a duração dessa medida. O orientador terá as seguintes obrigações legais:

promover socialmente o adolescente, bem como a sua família, inserindo-os em programas sociais. Promover socialmente é fazer com que o adolescente realize atividades valorizadas socialmente (teatro, música etc.);

supervisionar a freqüência e o aproveitamento escolar do adolescente;

profissionalizar o adolescente (nos termos da EC n. 20);

apresentar relatório do caso ao Juiz.

1.1.5. Semi-liberdade

Disposta no art. 120 do ECA, é uma medida que importa em privação de liberdade ao adolescente que pratica um ato infracional mais grave. O adolescente é retirado de sua família e colocado em um estabelecimento apropriado de semi-liberdade, podendo 54

realizar atividades externas (estudar, trabalhar etc.) somente com autorização do diretor do estabelecimento, não havendo necessidade de autorização judicial. Pode ser usada tanto como medida principal quanto como medida progressiva ou regressiva.

A semi-liberdade não tem prazo fixado em lei, nem mínimo nem máximo. A doutrina e a jurisprudência determinam a aplicação da medida por analogia dos prazos da internação, tendo como prazo máximo 3 anos. Há a obrigatoriedade de escolarização e profissionalização na semi-liberdade.

2. INTERNAÇÃO

Disposta no art. 121 e seguintes do ECA, é a medida reservada para os atos infracionais de natureza grave. O ECA estabelece princípios específicos para a internação, pois é medida de privação de liberdade sempre excepcional.

A internação deve durar o menor tempo possível (princípio da brevidade), é uma medida de exceção que só deverá ser utilizada em último caso (princípio da excepcionalidade) e deve seguir o princípio do respeito à condição peculiar do adolescente como pessoa em desenvolvimento. Em nenhuma hipótese pode ser aplicada à criança.

O ECA estabelece hipóteses de internação para:

prática de ato infracional mediante grave ameaça ou violência à pessoa;

reiteração de infrações graves;

descumprimento reiterado e injustificado da medida anteriormente imposta (é uma hipótese de regressão). Neste caso, a internação não pode ultrapassar o prazo de 3 meses.

Nas duas primeiras hipóteses, o prazo máximo para internação é de 3 anos. Por força desse prazo, o ECA poderá atingir o maior de 18 anos. Em rigor, todas as medidas sócio-educativas poderão atingir o maior de 18 anos.

A medida só poderá ser aplicada com o devido processo legal e em nenhuma hipótese poderá ser aplicada à criança. Quando o adolescente completar 21 anos, a liberação será obrigatória. Caso o adolescente tenha passado por internação provisória, esses dias serão computados na internação (detração). A diferença entre semi-liberdade e internação é que, nesta, o adolescente depende de autorização expressa do juiz para praticar atividades externas, ou seja, o adolescente internado somente se ausentará do estabelecimento em que se achar se autorizado pelo juiz.

O art. 123 dispõe que o local para a internação deve ser distinto do abrigo, devendo-se obedecer a separação por idade, composição física (tamanho), sexo e gravidade do ato infracional. Há, também, a obrigatoriedade de realização de atividades pedagógicas.

O art. 124 dispõe sobre direitos específicos dos adolescentes:

entrevista pessoal com o representante do MP;

entrevista reservada com seu defensor, dentre outros.

As visitas podem ser suspensas pelo juiz, sob o fundamento de segurança e proteção do menor, entretanto, em nenhuma hipótese o menor poderá ficar incomunicável.

1. OS PROCEDIMENTOS DE ATOS INFRACIONAIS

1.1. Apuração de Ato Infracional Atribuído ao Adolescente O art. 172 dispõe sobre o flagrante de ato infracional. Apreendido em flagrante, o adolescente será encaminhado à Delegacia de Polícia para que a autoridade policial apure a infração. O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê uma Delegacia Especial para o encaminhamento de menores, delegacia essa que, entretanto, no Estado de São Paulo não existe.

O Delegado de Polícia deve fazer um auto de apreensão em flagrante. O Estatuto da Criança e do Adolescente permite a substituição do auto de apreensão em flagrante pelo boletim de ocorrência circunstanciado quando o ato infracional não foi cometido com violência ou grave ameaça.

Se uma criança for apreendida em flagrante de ato infracional, deverá ser encaminhada ao Conselho Tutelar e, na falta desse, ao Juízo da Infância e Juventude, sendo, quando possível, restituída aos pais ou responsáveis.

Além de preparar o auto, a autoridade policial deve determinar a realização das perícias necessárias. Feito o auto e determinada a realização das perícias necessárias, a autoridade tomará uma das duas providências a seguir:

se o ato infracional não for grave e comparecem os pais ou responsáveis, o adolescente será liberado, mediante termo de compromisso de apresentação ao 56

Ministério Público, no mesmo dia ou no dia útil seguinte. Liberado o menor, a autoridade encaminha ao Ministério Público o auto de apreensão em flagrante e todos os laudos que foram realizados;

se o ato infracional for grave, que tenha repercussão social ou, ainda, para a segurança do próprio adolescente ou da ordem pública, a autoridade policial não libera o adolescente, ainda que os pais compareçam. Nesse caso, a própria autoridade policial irá encaminhar o menor ao Ministério Público imediatamente, junto com as peças que tiver. Se não for possível a apresentação imediata ao Ministério Público, o menor deverá ser encaminhado a uma entidade de atendimento, que deverá apresentá-lo no prazo de 24h. Na falta de uma entidade de atendimento, o menor deve ficar numa dependência de uma Delegacia, separado dos maiores, pelo prazo máximo de 24h.

Pode acontecer de não haver a apreensão em flagrante. Sendo descoberto, por investigação, que o menor cometeu ato infracional, deverá o Juiz da Infância determinar a apreensão (apreensão judicial). Nesse caso, o menor deve ser apreendido e imediatamente apresentado ao juiz.

O menor, após apresentado ao juiz, deve ser encaminhado ao Ministério Público, que ouvirá o menor - oitiva informal -, apreciará as peças encaminhadas pela autoridade policial e iniciará a ação sócio-educativa por meio de representação.

Pode o próprio Ministério Público, ao oferecer a representação, requerer a apreensão judicial do menor.

O adolescente não pode ser conduzido no compartimento fechado do veículo policial, ou em condições atentatórias à sua dignidade, ou que impliquem risco à sua integridade física ou moral (art. 178 do ECA). O descumprimento dessa norma é abuso de autoridade.

O uso de algemas, em qualquer situação (tanto para o maior quanto para o menor), é regulado por um decreto estadual. É uso necessário para garantir a ordem pública; assim, no caso de existir essa necessidade, podemser utilizadas, em algumas hipóteses, em adolescentes. Criança não pode ser algemada em nenhuma hipótese.

2. PROCEDIMENTO JUDICIAL DA MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA

Ao receber a representação, o juiz deve designar a audiência de apresentação (essa audiência tem por fim a oitiva do menor e de seus representantes legais). O juiz notifica a esses o teor da representação e que eles devem comparecer à audiência de 57

apresentação acompanhados de advogado (é uma citação). Na audiência de apresentação (que deve acontecer sempre com advogado), o juiz ouvirá o menor e seus representantes legais e poderá decidir pela remissão (ouvido o Ministério Público).

Se o adolescente não for localizado, o juiz determinará busca e apreensão, e o processo ficará suspenso (não há processo à revelia). Se os pais não forem localizados, o juiz nomeará curador que poderá ser o próprio advogado.

Após a audiência de apresentação, o juiz designará uma segunda audiência, chamada de audiência de continuação, na qual determinará tudo que for necessário (prova, estudo social etc.); é a audiência de produção de provas, debates e julgamento.

Após essa segunda audiência, o juiz, se entender adequado, pode conceder a remissão (art. 188). Não sendo caso de remissão, o juiz dará a sentença (que não é condenatória nem absolutória) para a aplicação de medida sócio-educativa.

Em seguida, há a intimação da sentença, que pode se dar de duas formas:

se o juiz aplicar internação ou semi-liberdade, a intimação é feita ao adolescente e ao seu advogado; se o menor não for encontrado, a intimação é feita ao representante legal e ao seu advogado;

quando o juiz aplica qualquer outra medida, a intimação é feita somente ao defensor.

3. MEDIDAS PERTINENTES AOS PAIS OU RESPONSÁVEIS (ART. 129)

Encaminhamento a programa de apoio à família.

Tratamento psicológico ou psiquiátrico, se necessário.

Determinação de matrícula e freqüência obrigatória do menor no estabelecimento de ensino.

Obrigação de ser dado tratamento médico adequado ao menor.

Advertência.

Perda da guarda.

Destituição de tutela.

Suspensão ou destituição do Pátrio Poder.

O ECA também tem uma previsão de medida cautelar no art. 130: poderá o juiz determinar a retirada dos pais do lar desde que haja maus tratos, opressão ou

abuso sexual, ou seja, ao invés de encaminhar o menor ao abrigo, o juiz pode determinar que os pais se retirem da casa.

4. RECURSOS

O sistema de recursos utilizado é o do Código de Processo Civil. O prazo para interposição e resposta de qualquer recurso é de 10 dias, com exceção dos embargos de declaração e do agravo de instrumento, que têm o prazo de 5 dias. A competência para apreciar o recurso é do Tribunal de Justiça (Câmara Especial). O Ministério Público possui o prazo em dobro (art. 188, CPC).

A apelação também se diferencia em alguns pontos:

Há o juízo de retratação.

Tem efeito devolutivo, mas o juiz pode conceder o efeito suspensivo sempre que houver perigo de dano irreparável ou de difícil reparação. O efeito suspensivo é obrigatório para a apelação de sentença que defere a adoção internacional. Em se tratando de Ação Civil Pública (art. 225, ECA), permite-se a concessão de efeito suspensivo para evitar dano irreparável à parte.

1. CONSELHO TUTELAR

A previsão das disposições gerais, competência, escolha de seus membros e atribuições do Conselho Tutelar se encontra no Livro II, Título V, Capítulos I ao V, artigos 131 ao 140 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O Conselho Tutelar é um órgão permanente e autônomo, não jurisdicional, encarregado pela sociedade para zelar pela proteção dos direitos da criança e do adolescente. Cada Município deverá, obrigatoriamente, ter pelo menos um Conselho Tutelar, sendo facultativa a criação de mais de um Conselho Tutelar.

O artigo 139 do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que a escolha dos 59

membros do Conselho Tutelar deve ser estabelecida em lei municipal, permitindo que todos Municípios se organizem, implantando não só o Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, mas também organizando o Conselho Tutelar, para que passe a funcionar, visto ser ele “órgão permanente e autônomo, não jurisdicional, encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente” (artigo 131 do Estatuto da Criança e do Adolescente).

Temos municípios que para a escolha dos conselheiros optaram por eleição direta, por concurso, eleição indireta, dentre outras possibilidades.

Cada Conselho Tutelar é composto por cinco membros escolhidos pela comunidade local. Os membros do Conselho Tutelar devem ser remunerados ou não, conforme o que dispuser a lei municipal que criar o Conselho Tutelar, terão mandato certo de três anos e terão permitida apenas uma recondução.

Para ser escolhido como conselheiro, o candidato deve preencher os seguintes requisitos:

1º) ter reconhecida idoneidade moral;

2º) ter idade superior a 21 anos;

3º) residir no Município.

A forma de escolha, funcionamento, local para reuniões, dentre outras providências, também serão definidas pela Lei Municipal.

A municipalização do atendimento ao menor, constitui um grande progresso no atendimento à criança e ao adolescente, cujos problemas deverão ser resolvidos pela própria comunidade, que sente mais diretamente essa necessidade, assim como tem também mais interesse de resolvê-los.

2. ATRIBUIÇÕES DO CONSELHO TUTELAR

As atribuições do Conselho Tutelar estão previstas no artigo 136 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Exemplificando, abaixo relacionamos algumas delas:

realizar o atendimento da criança e do adolescente que estiverem em situação de risco ou que praticarem ato infracional;

aplicar medidas de proteção à criança e ao adolescente previstas no artigo 101, incisos I a VII, do Estatuto da Criança e do Adolescente, e ainda, providenciar a medida estabelecida pela autoridade judicial. Ressalte-se que o Conselho 60

Tutelar não pode colocar o menor em família substituta, pois esta medida especificamente depende de decisão judicial;

atendimento e aconselhamento dos pais ou responsáveis;

aplicar medidas para os pais ou responsáveis previstas no artigo 129, incisos I a VII, do Estatuto da Criança e do Adolescente. A respeito de pais ou responsáveis, o Conselho Tutelar não pode determinar perda da guarda,

destituição da tutela e suspensão ou destituição do pátrio poder, visto serem medidas de exclusiva aplicação judicial em procedimento contraditório;

requisitar serviços públicos para o cumprimento das suas deliberações (exemplos: serviço médico-hospitalar, transporte etc.);

representar ao Poder Judiciário no caso de descumprimento injustificado de suas deliberações;

encaminhar ao Ministério Público notícia de infração penal ou administrativa contra os direitos da criança ou do adolescente, para que se tomem as medidas cabíveis;

encaminhar à autoridade judiciária os casos de sua competência;

expedir notificações, requisitar certidões de nascimento e de óbito do menor; Pelas atribuições do Conselho Tutelar verifica-se o importante papel que tem na política de atendimento à criança e ao adolescente, pois será em razão da participação, eficiência e interesse de seus membros que poderemos ter ou não o funcionamento e aplicação dos programas previstos e das diretrizes estabelecidas pelo Estatuto.

2.1 Apuração de Ato Infracional Praticado por Adolescente Na prática de ato infracional por criança, caberá, conforme cada caso concreto, ao Conselho Tutelar aplicar a medida de proteção de sua incumbência (artigo 101, incisos I a VII, e artigo 136, inciso I, do Estatuto da Criança e do Adolescente), pois havendo a necessidade de outras medidas caberá ao juiz da Infância e Juventude aplicá-las.

Se a criança é surpreendida praticando ato infracional deve ser encaminhada ao Conselho Tutelar, se não existir Conselho Tutelar no Município, a criança deve ser encaminhada diretamente ao juízo da infância, não importando a hora.

Com relação à prática de ato infracional por adolescente, caberá ao Poder Judiciário, ou seja, à autoridade competente aplicar as medidas previstas no artigo 112, 61

nos incisos I a VII, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que são as chamadas

medidas sócio-educativas.

O adolescente surpreendido na prática de ato infracional deve ser apreendido e levado para delegacia de polícia. O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê uma delegacia de menores (já instalada em grandes municípios).

O adolescente não pode ser transportado em compartimento fechado da viatura policial e o uso da algema somente para manutenção da ordem pública.

Apresentado o adolescente autor do ato ao delegado, este deverá ordenar a lavratura do auto de apreensão em flagrante ou Boletim de Ocorrência (que pode ser nominado também de Termo Circunstanciado de Ocorrência).

O auto de apreensão é obrigatório quando o ato infracional for praticado com violência ou grave ameaça à pessoa.

Assim, o Delegado deverá liberar o adolescente aos pais ou responsáveis sempre que o ato não tiver sido praticado com violência ou grave ameaça à pessoa, lavrando apenas um boletim de ocorrência. Nos demais casos (ato praticado com violência ou ameaça) deverá permanecer apreendido o adolescente. Veja-se que, não raro, o ato praticado causa grande conturbação ou recebe elevada repercussão (e reprovação) social, constituindo a liberdade do adolescente em fator de risco a ele próprio. Nessa situação extrema (em que a liberdade constitui risco para o adolescente), ele deverá permanecer apreendido, mas a decisão quanto à liberdade ou não será de competência do juízo competente (o do lugar da infração).

O adolescente poderá:

a) se o ato praticado não é grave e compareceram os pais ou responsáveis, ser liberado pelo delegado sob o termo de compromisso dos pais ou responsáveis de apresentar o adolescente imediatamente, ou no seguinte dia útil ao representante do Ministério Público;

b) se o ato infracional for grave e de repercussão social, ou para assegurar a ordem pública, ou para assegurar o próprio adolescente, ser mantido apreendido pelo delegado que o encaminhará imediatamente ao representante do Ministério Público, que poderá arquivar o feito, conceder remissão ou ainda, oferecer representação contra o adolescente.

As decisões do Conselho Tutelar poderão ser revistas judicialmente, mas nunca de ofício, visto que o Conselho Tutelar não está subordinado ao Poder Judiciário, sendo um órgão autônomo. Sendo provocado por quem tenha legítimo interesse, o judiciário pode reavaliar a decisão do Conselho Tutelar, inclusive de mérito.

62

Têm legítimo interesse para provocar o Judiciário o menor, o representante legal do menor e o Ministério Público. Qualquer pessoa poderá provocar o Ministério Público, ou seja, um cidadão, não satisfeito com alguma medida tomada pelo Conselho Tutelar, pode provocar o Ministério Público para que este tome as medidas cabíveis.

Enquanto não forem instalados os *Conselhos Municipais* dos Direitos da Criança e do Adolescente, caberão à autoridade judiciária as atribuições conferidas aos Conselhos Tutelares (artigo 262 do Estatuto da Criança e do Adolescente).

3. CANDIDATOS IMPEDIDOS À COMPOSIÇÃO DO CONSELHO TUTELAR

Estão impedidos de participar do Conselho Tutelar o promotor de justiça e juiz que atuam na Vara da Infância e Juventude da Comarca, trata-se de proibição genérica (artigo 140, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente).

Não podem fazer parte do mesmo Conselho Tutelar, também estando impedidos para o exercício de conselheiro, marido e mulher, ascendente e descendente, sogro(a) e genro ou nora, irmãos, cunhados(as) durante o cunhadio, tio(a) e

sobrinho(a) e padrasto ou madrasta e enteado.

4. COMPETÊNCIA

As regras de competência estão previstas no artigo 138 do Estatuto da Criança e do Adolescente e descriminadas no artigo 147 do mesmo diploma legal.

4.1. Competência Territorial

A competência territorial é relativa. A regra geral é de que a competência seja determinada pelo domicílio dos pais ou responsável. Caso não existam ou não sejam encontrados os pais ou responsável, a competência será do juiz do local onde se encontre a criança ou o adolescente (Estatuto, artigo 147, incisos I e II). Nenhum juiz mais indicado para conhecer o fato do que o da localidade na qual ocorreu a infração (*forum delicti comissi*).

Estabelece, ainda, o artigo 147, § 1º, que em se tratando da prática de ato infracional, será competente a *autoridade do lugar da ação ou omissão***,** observadas as 63

regras de conexão, continência e prevenção, seguindo assim a regra geral estabelecida pelo Código de Processo Penal para as infrações comuns (artigo 70 do Código de Processo Penal). Alterando entendimento jurisprudencial anterior que entendia ser o local em que residia o menor e não o da prática do delito (RT, 384:96). Entendimento esse que somente será aceito caso não seja conhecido o lugar da infração, invocando-se as regras sobre competência do Código de Processo Penal, artigos 72 a 76.

Lembramos que a *conexão* é o fenômeno processual determinante da reunião de duas ou mais ações, para o julgamento em conjunto, afim de evitar a existência de sentenças conflitantes, ou seja, a junção de vários litígios num só (artigo 103 do Código de Processo Civil e artigo 76 do Código de Processo Penal).

A *continência* é uma espécie de conexão, com requisitos legais mais específicos.

Ocorre quando duas ou mais ações têm as mesmas partes (requisito ausente na conexão) e a mesma causa de pedir, mas o pedido de uma delas engloba o da outra, muito embora as duas ações não sejam idênticas. No crime se dá quando um só fato contém vários crimes (o artigo 77 do Código de Processo Penal prevê

as hipóteses de co-autoria, concurso formal e erro na execução).

Já a *prevenção* indica dentre os juízes possuidores de ações conexas ou continentes, qual irá proferir a sentença única – regras do artigo 106 e 219, ambos do Código de Processo Civil, e, ainda, artigo 83 do Código Processo Penal.

Temos presente a subsidiariedade dos Códigos de Processo Civil e Processo Penal (artigo 152 do Estatuto da Criança e do Adolescente). Lembre-se que o Código de Processo Penal é aplicável somente na primeira instância (artigo 198 do Estatuto da Criança e do Adolescente). Os apelos são sempre para as Câmaras Cíveis.

No caso de atos contra os direitos da criança e do adolescente praticados por rádio ou televisão por meio de transmissão simultânea, que atinja mais de uma comarca, a competência é da autoridade judiciária do local da sede estadual da emissora ou da rede, para aplicação da penalidade. A sentença terá eficácia para todas as transmissoras ou retransmissoras do respectivo Estado (artigo 147, §2.º, do Estatuto da Criança e Adolescente).

4.2. Competência Material

A competência material, também chamada de competência jurisdicional, é estabelecida no artigo 148 do Estatuto da Criança e do Adolescente; é competência absoluta São de competência exclusiva do Juízo da Infância e Juventude:

apuração de ato infracional;

concessão de remissão12;

decisões que dizem respeito à adoção;

julgar ações civis baseadas em interesses transindividuais afetas à criança e juventude, ressalvadas a competência da Justiça Federal e a competência originária dos Tribunais Superiores;

aplicação de penalidades administrativas no caso de infrações contra normas de proteção ao menor previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente;

casos encaminhados pelo Conselho Tutelar.

Temos também, casos em que haverá competência material da Vara de Infância e Juventude para as hipóteses em que a criança e o adolescente estiverem em situação de risco, ou seja, sempre que seus direitos forem ameaçados ou violados (artigo 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente), caberá a autoridade judicial:

concessão, perda ou modificação de pedidos de guarda e tutela;

destituição ou suspensão do pátrio poder;

suprimento de capacidade ou consentimento para o casamento13;

resolver discussão materna e paterna sobre o exercício do pátrio poder;

conceder emancipação14, nos termos da lei civil, quando faltarem os pais;

designação de curador especial em interesses que envolvam o menor;

ações de alimentos – ressalta-se que este dispositivo somente terá aplicação quando houver falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável, pois do contrário os alimentos serão também requeridos perante a justiça comum ou de família.

determinar o cancelamento, retificação e suprimento dos registros de nascimento e óbito.

4.3. Competência Disciplinar de Natureza Administrativa 12 A remissão ou perdão, para ser concedida, deve atender às circunstâncias e conseqüências de fato, ao contexto social, à personalidade do adolescente, bem como a sua maior ou menor participação no ato infracional, que são assim requisitos para a sua concessão. Essa é a concedida pelo juiz e importa na suspensão ou extinção do processo (artigos 126 a 128 do Estatuto da Criança e do Adolescente).

13 RT, 574:72.

14 RT, 567:247, 556:260, 555:253.

O artigo 149 do Estatuto da Criança e do Adolescente regulamenta que dispõe à autoridade judiciária disciplinar mediante portarias ou autorizar mediante alvarás algumas situações de interesse da infância e juventude.

Tendo em vista as peculiaridades de cada comarca, o estatuto evitou fixar idade mínima, deixando os juízes com grande liberdade de ação.

As portarias ou os alvarás podem dispor sobre, por exemplo, a entrada e

permanência de criança e adolescente desacompanhado dos pais em estádios, ginásios e campos desportivos, bailes, boates ou congêneres, diversões eletrônicas, cinema, teatro, rádio e televisão e, ainda, a participação de criança e adolescente em espetáculos públicos e certames de beleza, por exemplo, como um concurso de miss.

Esse rol do artigo 149 é taxativo. Dessas decisões do juiz da Vara da Infância e Juventude, tocantes a alvarás e portarias, caberá o recurso de *apelação* (expressamente previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 199).

Grande novidade que o Estatuto da Criança e do Adolescente traz é a possibilidade de juízo de retratação em recurso de apelação.

5. MINISTÉRIO PÚBLICO

No Estatuto da Criança e do Adolescente, o Ministério Público tem atribuição para proteger interesses difusos, coletivos e individuais (homogêneos ou não) de criança e adolescente. Se o Ministério Público não for o autor da ação, deverá atuar, obrigatoriamente, como *custus legis*, sob pena de nulidade.

O Ministério Público desempenha o papel de curador de menores, tendo uma função eminentemente assistencial e fiscalizatória, embora muitas vezes se manifeste, por exemplo, pela internação do adolescente em algum estabelecimento pela prática de ato infracional grave ou porque se revela perigoso. Isto é justificável, pois entre o interesse social e o individual, no caso, mesmo sendo um menor, deverá sempre prevalecer o interesse da coletividade.

As atribuições do Ministério Público no Estatuto da Criança e do Adolescente estão previstas no artigo 201. Dentre elas estão:

conceder remissão15;

promover e acompanhar os procedimentos relativos às infrações atribuídas aos adolescentes (atribuição exclusiva do Ministério Público); 15 Remissão

ministerial, que é concedida pelo representante do Ministério Público antes de iniciado o procedimento judicial para a apuração de ato infracional, como forma de exclusão do processo.

66

promover e acompanhar as ações de alimentos;

promover e acompanhar a suspensão e destituição do pátrio poder;

remoção e nomeação de tutor, curador e guardiães. Também tem atribuição para promover a prestação de contas destes, bem como a especificação de hipotecas legais nos casos de situação de risco;

promover inquérito civil e ação civil pública, inclusive para proteção de interesses individuais, além dos interesses transindividuais relativos à criança e ao adolescente;

instaurar outros procedimentos administrativos, requisitando o que necessitar de instituições públicas ou privadas;

impetrar mandado de segurança, mandado de injunção ou *habeas corpus* na defesa de criança e adolescente, dentre outros.

Código de Defesa do Consumidor

1. CONCEITO DE CONSUMIDOR

O art. 2.º do Código de Defesa do Consumidor dispõe o conceito de consumidor: *consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produtos ou serviços como destinatário final*. O consumidor é o fim da cadeia econômica, é aquele que tem necessidade do produto ou do serviço, que o adquire para seu uso.

O sistema de proteção leva em conta a vulnerabilidade e a hipossuficiência do consumidor, conforme arts. 4.º, inc. I e 6.º, inc. VIII, respectivamente. O consumidor vulnerável é aquele que não controla a linha de produção do que consome, e o hipossuficiente é aquele que reúne condições econômicas desfavoráveis. Os arts. 4.º e 6.º completam o art. 2.º em uma interpretação sistemática, visto que leva em conta o sistema todo do Código.

O par. ún. do art. 2.º equipara a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, ao consumidor, desde que haja intervisto em uma relação de consumo.

Então, a relação jurídica de consumo protegida pelo CDC pode ser individual, coletiva ou até difusa, caso sejam pessoas indetermináveis.

Para se utilizar o Código de Defesa do Consumidor, há necessidade de um consumidor que adquira produto de um fornecedor.

2. CONCEITO DE FORNECEDOR

O art. 3.º do CDC traz o conceito de fornecedor: *pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem*

as

atividades

de

produção,

montagem,

criação,

construção,

transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. Quem exerce essas atividades, habitualmente, é considerado fornecedor.

3. PRODUTOS

Art. 3.º, § 1.º, do Código de Defesa do Consumidor.

Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial, objeto de uma relação de consumo. O produto é objeto da relação de consumo quando destinado à satisfação da necessidade do consumidor e quando tiver valor econômico (puder ser apropriado pelo consumidor).

Amostra Grátis poderá ser considerada produto para fins de utilização do CDC, visto que possui um valor e pode ser apropriada.

4. SERVIÇOS

Art. 3.º, § 2.º, do Código de Defesa do Consumidor.

Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista. O serviço que não for remunerado (serviço gratuito), não poderá fazer parte de uma relação de consumo. Se houver remuneração, ainda que indireta, haverá relação de consumo.

O conceito inclui o serviço público. A relação que o contribuinte tem com o Estado é de cidadania e não de consumo, portanto, quem paga tributo não é consumidor.

Tratando-se, porém, de serviço público individual e facultativo, remunerado por tarifa 68

ou preço público, a relação passa a ser de consumo, aplicando-se o Código de Defesa do Consumidor.

Além desse conceito genérico, a Lei dispõe “inclusive as de natureza bancária (...)”, escolhendo como técnica uma exemplificação de atividades. Após as inclusões, faz uma exclusão: “salvo as atividades de natureza trabalhista”. Aquele que for contratado como empregado presta um serviço com base na CLT

e não com base no CDC, visto que a relação jurídica é diversa.

No caso de profissional liberal que presta serviços, há uma relação de consumo.

(ex.: advogados, médicos, dentistas etc.).

O Código de Defesa do Consumidor estabelece como regra a responsabilidade objetiva; entretanto, no caso de profissional liberal, a responsabilidade é subjetiva -

estando tal exceção prevista pelo próprio CDC - devendo-se provar a culpa (art. 14, §

4.º, CDC).

Empreiteiro de mão-de-obra pode ser profissional liberal ou empregado.

Normalmente, a figura do empreiteiro está ligada a uma relação de consumo (somente terá relação trabalhista se o empreiteiro for contatado como empregado de alguma empresa).

A atividade dos investidores do mercado mobiliário (compra e venda de ações na bolsa de valores) não é uma relação de consumo, tendo em vista haver lei especial que regula o assunto (Lei n. 7.913/89).

5.

PRINCÍPIOS

CONSTITUCIONAIS

APLICÁVEIS

À

DEFESA

DO

CONSUMIDOR

5.1. Princípio da Vulnerabilidade

O art. 5.º, inc. XXXII, da Constituição Federal traz como um dos direitos e garantias fundamentais a defesa do consumidor. A CF reconhece o consumidor como vulnerável, um ente que necessita de proteção.

5.2. Princípio Geral da Atividade Econômica

A defesa do consumidor é um dos princípios gerais da atividade econômica, prevista no art. 170, inc. V, da Constituição Federal.

5.3. Proteção contra a Propaganda e a Publicidade

69

O art. 37, § 1.º, da Constituição Federal estabelece que os órgãos públicos devem dar caráter informativo e educativo à sua publicidade. O art. 220, § 3.º, inc. II, da Carta Constitucional estabelece a proteção contra a propaganda de produtos, serviços e atividade que possam ser prejudiciais à saúde. Por fim, o art. 220, § 4.º, determina que a propaganda comercial de tabaco, bebidas alcóolicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias devem conter advertências sobre os malefícios do seu uso.

5.4. Princípio da Informação

O art. 5.º , inc. XXXIII, da Constituição traz o dever dos órgãos públicos de informar ao cidadão sobre os assuntos do seu interesse.

6. DIREITOS BÁSICOS DO CONSUMIDOR (ARTS. 6.º ao 10.°)

6.1. Proteção à Vida, Saúde e Segurança do Consumidor O consumidor deve ser informado pelo fornecedor sobre os riscos do produto ou do serviço. O produto perigoso – exceto se a periculosidade for excessiva – poderá ser vendido

no mercado, , desde que o consumidor seja informado do perigo. Se o produto foi colocado sem risco no mercado, entretanto, posteriormente percebe-se sua periculosidade, continuará existindo o dever de informação e o produto deverá ser retirado do mercado. O produto pode ser retirado pelo próprio fornecedor (*recall*) ou pelo Estado, pela sua força coercitiva.

6.2. Princípio da Educação e da Informação

A informação, aqui, está em sentido estrito, ou seja, informação quanto ao funcionamento do produto. É a informação-educação trazida pelos manuais de instrução.

O manual de instrução deve ser em português, visto que informação em língua estrangeira não é informação.

6.3. Proteção contra Práticas Abusivas

Prática abusiva é aquela condição de negociação anormal que causa um prejuízo indevido ao consumidor. Protege-se, aqui, o efeito vinculante da oferta (art. 30, CDC), ou seja, se ofereceu, estará obrigado a cumprir. Proteção contra as cláusulas contratuais abusivas: as cláusulas abusivas no contrato de consumo são nulas (art. 51 do CDC) .

70

6.4. Inversão do Ônus da Prova

O que tem prevalecido, hoje, é que a inversão do ônus da prova não é uma regra obrigatória, ou seja, é faculdade do juiz. O juiz poderá inverter o ônus da prova, no caso concreto, diante de duas circunstâncias:

Verossimilhança ou plausibilidade: credibilidade que tem a alegação do consumidor, o conteúdo de verdade na alegação do consumidor;

Hipossuficiência.

6.4.1. Momento da inversão do ônus da prova

O momento da inversão do ônus da prova é tema polêmico ainda não pacificado: uma corrente entende que a inversão deve ocorrer na sentença, sendo uma regra de decisão e não de procedimento; outra posição entende que é uma regra de procedimento, portanto, o juiz deve decidir a inversão até o despacho saneador. Na jurisprudência, há decisões nos dois sentidos, não havendo uma posição majoritária.

6.5. Liberdade de Escolha

O consumidor tem o direito de escolher livremente.. É o que enseja a livre concorrência. O monopólio atinge o direito da liberdade de escolha.

6.6. Igualdade nas Contratações

O consumidor tem direito de tratamento igualitário (princípio da isonomia), que não poderá ser preterido. Evidentemente essa igualdade não atinge os desiguais.

6.7. Solidariedade em Relação aos Danos

Aqueles que forem responsáveis pelos danos são solidariamente responsáveis.

7. RESPONSABILIDADE PELO FATO DO PRODUTO OU DO SERVIÇO

O disposto no art. 12 do CDC, trata dos danos, acidentes decorrentes da relação de 71

consumo. A natureza da responsabilidade pelo fato é objetiva, ou seja, responsabilidade sem discussão de culpa.

Para que exista essa responsabilidade objetiva, é necessário alguns requisitos.

7.1. Requisitos da Responsabilidade Objetiva

7.1.1. Dano

Esse dano deve ser causado pelo produto ou pelo serviço.

7.1.2. Defeito do produto ou do serviço

É a falta de correspondência do produto ou do serviço com a expectativa legítima do consumidor. A expectativa é legítima quando decorre da informação obtida acerca do produto ou do serviço.

7.1.3. Nexo causal entre o defeito e o dano

Essa responsabilidade objetiva é relativa, visto que a lei traz excludentes que afastam tal responsabilidade.

7.2. Excludentes da Responsabilidade Objetiva

Culpa exclusiva do consumidor ou de terceiros.

Inexistência de defeito: *dano causado por outro motivo*.

Não colocação do produto ou do serviço no mercado de consumo: *por exemplo, casos de falsificação, furto etc. do produto ou do serviço.*

Existe, ainda, uma quarta hipótese de excludente reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência: caso fortuito ou força maior. Exclui a responsabilidade, visto que rompe o nexo causal entre o dano e o defeito. Exclui a responsabilidade, entretanto, quando o caso fortuito ou força maior ocorrer após a colocação do produto ou serviço no mercado de consumo.

8.PERICULOSIDADE DOS PRODUTOS OU SERVIÇOS

72

Um produto pode ter a chamada “periculosidade inerente”, que decorre de sua natureza. Essa periculosidade inerente não dá causa à responsabilidade pelo fato (exemplo: inseticida).

A segunda espécie de periculosidade é a “periculosidade adquirida”, aquela que decorre do defeito. Essa periculosidade dá causa à responsabilidade pelo fato, visto que o consumidor não a esperava.

Há, ainda, a “periculosidade exagerada” (ex.: produtos radioativos etc.). Esses produtos não poderão ser levados ao mercado de consumo (produtos de circulação restrita). Quem fornecer um produto de periculosidade exagerada terá responsabilidade objetiva.

8.1. Riscos de Desenvolvimento

Haverá a responsabilidade objetiva quando o produto ou o serviço for colocado no mercado, em princípio, sem defeito; posteriormente, devido a uma nova técnica, descobre-se que há defeito causador de dano ao consumidor. Ocorre a responsabilidade, visto que quem lucra com o produto ou serviço deve se responsabilizar pelo mesmo.

Diferente do que acontece com a melhora tecnológica do produto – um risco de desenvolvimento –, que não vai gerar responsabilidade, visto que a melhoria do produto não gera defeito no produto anterior.

8.2. Defeitos no Produto

8.2.1. Classificação doutrinária dos defeitos

Classificam-se os defeitos em três espécies:

Defeito de criação: é o defeito que ocorre na fórmula, no projeto, ou seja, na criação do produto. A conseqüência é que todos os produtos conterão defeito.

Defeito de produção: é o defeito que ocorre na linha de produção, na montagem, na fabricação do produto. A conseqüência é que somente os produtos daquela série ou lote terão defeito (somente um número limitado de produtos terá defeito).

Defeito de informação: é o defeito da propaganda, da publicidade, da informação que o consumidor recebe. Atinge todos os produtos enquanto durar a informação defeituosa.

8.3. Responsáveis pelo Fato do Produto ou do Serviço O art. 12 do Código de Defesa do Consumidor enumera os fornecedores que são responsáveis:

o fabricante;

o produtor;

o construtor;

o importador.

Esse rol é taxativo. Esses quatro fornecedores são solidariamente responsáveis.

Classificam-se em:

real: fabricante, produtor, construtor;

presumido: é o importador;

aparente: é a “marca” que se mostra ao consumidor, e esse fornecedor é solidariamente responsável com o detentor da marca; aparece nos contratos de franquia.

O art. 13 dispõe que a responsabilidade do comerciante é subsidiária. O

comerciante responde quando um dos quatro responsáveis principais não forem identificados pelo consumidor; responde ainda pela má conservação de produtos perecíveis e pela venda fora do prazo de validade.

8.4. Direito de Regresso

Pode haver a hipótese de mais de um responsável (solidariedade). Quando um deles indenizar, haverá o direito de regresso em face do outro. O direito de regresso, entretanto, só poderá ser exercido após a indenização ao consumidor (art. 13, par. ún., do CDC).

Questão**:** É possível a denunciação da lide por responsabilização pelo fato do produto e do serviço?

Resposta**:** Tendo em vista que o CDC exige a indenização para o direito de regresso, não haverá a possibilidade de denunciação da lide (art. 88 do CDC).

8.5. Defeitos do Serviço

As regras são as mesmas do defeito de produto. O serviço público está incluído. O

serviço do profissional liberal, por expressa disposição do CDC, está excluído da hipótese de responsabilidade objetiva, tendo em vista sua responsabilidade ser subjetiva (art. 14, § 4.º).

8.6. Equiparação do Conceito de Consumidor

O art. 17 do Código de Defesa do Consumidor equipara aos consumidores todas as vítimas do evento para fins de indenização.

9. RESPONSABILIDADE PELO VÍCIO DO PRODUTO OU SERVIÇO

É a responsabilidade pelo defeito do produto ou do serviço. Continua sendo uma responsabilidade objetiva em que todos os fornecedores, inclusive o comerciante, são solidariamente responsáveis.

9.1. Vícios do Produto

9.1.1. Classificação

Há dois tipos de vício:

a) Vício de qualidade

É aquele capaz de tornar o produto impróprio ou inadequado para o consumo ou, ainda, capaz de reduzir o seu valor. O vício de qualidade pode ser aparente ou oculto, não havendo diferença no CDC. É possível, entretanto, ser efetuada uma venda de produto com defeito, desde que o consumidor seja avisado do mesmo e que ocorra um abatimento proporcional do preço. Descartando-se essa hipótese, o fornecedor que efetuar uma venda de produto com vício de qualidade deverá reparar o produto, trocar as partes viciadas ou consertá-las, no prazo de 30 dias (art. 18, *caput*, do CDC). Passado esse período, o consumidor poderá exigir, alternativamente e à sua escolha, que o fornecedor:

substitua o produto por outro da mesma espécie;

devolva o valor pago pelo produto, devidamente atualizado;

abata proporcionalmente o preço.

No caso de produtos essenciais, o § 3.º excepciona a regra do art. 18, § 1.º, do Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista não poder o consumidor aguardar os trinta dias para reparo (ex: alimentos, vestuário, medicamentos e outros).

b) Vício de quantidade

É aquela desproporção do constante no rótulo da embalagem e o efetivo conteúdo do produto. As sanções impostas ao fornecedor são de escolha do consumidor:

abatimento proporcional do preço;

complementação do peso ou da medida;

substituição do produto por outro;

restituição imediata das quantias pagas e devidamente atualizadas.

9.2. Vícios do Serviço

Tambémquanto aos vícios de serviço, as sanções impostas ao fornecedor são escolhidas pelo consumidor (art. 20, CDC):

reexecução do serviço sem custo adicional;

restituição imediata da quantia paga, devidamente atualizada;

abatimento proporcional do preço.

1. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO

A decadência consiste na extinção de direitos subjetivos que deixaram de ser constituídos pela inércia dos titulares em determinado período do tempo.

A prescrição, por sua vez, é a extinção do direito subjetivo já constituído, por não ser exigido pelo titular em determinado período de tempo.

1.1. Prazos (Arts. 26 e 27 do Código de Defesa do Consumidor) Os prazos decadenciais são:

30 dias: tratando-se de fornecimento de serviços ou produtos não duráveis;

90 dias: tratando-se de fornecimento de serviços ou produtos duráveis.

O termo inicial dá-se da seguinte forma:

se o vício for aparente, o prazo inicial começa a partir da entrega do produto ou serviço;

se o vício for oculto, o prazo inicial começa no momento em que ficar evidenciado o defeito.

O prazo prescricional, no caso de responsabilidade por danos em acidentes causados por defeitos dos produtos ou serviços, é de cinco anos, contados a partir do conhecimento por parte do consumidor do dano e sua autoria.

1.2. Causas Suspensivas da Decadência

São causas suspensivas da decadência:

a reclamação comprovadamente feita pelo consumidor até a resposta negativa do fornecedor;

a instauração de inquérito civil pelo Ministério Público, até seu encerramento.

2. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA (ART. 28 DO

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR)

O Código de Defesa do Consumidor acolhe a teoria da desconsideração da personalidade jurídica como uma faculdade do juiz, no caso concreto, nas seguintes hipóteses:

abuso de direito;

excesso de poder;

infração da lei;

violação de estatutos ou controle social;

falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica, provocados por má administração;

sempre que a personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados ao consumidor.

Se presente o requisito de existência do prejuízo ao consumidor, o juiz deverá

desconsiderar a personalidade jurídica, fazendo com que a responsabilidade recaia sobre o controlador, o administrador, o proprietário etc.

3. PRÁTICAS ABUSIVAS

São as condições irregulares de negociações nas relações de consumo que ferem a boa-fé, os bons costumes, a ordem pública e a ordem jurídica. Devem estar ligadas ao bem-estar do consumidor final.

O rol do art. 39 do Código de Defesa do Consumidor é meramente exemplificativo.

3.1. Classificação das Práticas Abusivas

3.1.1. Quanto ao momento em que se manifestam no processo

Práticas abusivas produtivas: ocorrem no momento da produção.

Práticas abusivas comerciais: dão-se após a produção, para garantir a circulação dos produtos e serviços até o destinatário final.

3.1.2. Quanto ao aspecto jurídico contratual

Práticas abusivas contratuais: no interior do próprio contrato.

Práticas abusivas pré-contratuais: surgem antes da contratação.

3.2. Hipóteses Legais (Art. 39 do Código de Defesa do Consumidor)

Condicionamento do fornecimento: o Código de Defesa do Consumidor proíbe a venda casada, na qual o fornecedor se nega a vender um produto ou serviço sem que o consumidor adquira também outro produto ou serviço.

Proíbe também a venda quantitativa, pela qual o consumidor seria obrigado a adquirir quantidade maior ou menor do que a pretendida. Trata-se de proibição relativa, como

bem

observa

ANTÔNIO

HERMAN

DE

VASCONCELLOS

E

BENJAMIN16

: “O limite

quantitativo é admissível desde que haja *justa causa* para sua imposição. Por exemplo, quando o estoque do fornecedor for limitado. A prova da excludente,

evidentemente, compete ao fornecedor. A justa causa, porém, só tem aplicação aos limites quantitativos que sejam inferiores à quantidade desejada pelo consumidor.

Ou seja, o fornecedor não pode obrigar o consumidor a adquirir quantidade maior que as suas necessidades”. O

desconto associado à compra de vários produtos deve ser aplicado em um só produto.

Recusa de atendimento: o fornecedor não pode recusar-se a atender ou a fornecer, desde que o produto esteja disponível. Ex.: taxista que se recusa a transportar passageiro por ser pequena a distância da corrida.

Aproveitamento da hipossuficiência: alguns consumidores, em razão da idade, da condição econômica, da saúde ou do pouco conhecimento, gozam de proteção especial porque são ainda mais vulneráveis.

Fornecimento não solicitado: a regra é que o consumidor só receberá produtos que tenha expressamente solicitado; produtos que sejam fornecidos sem prévia solicitação não precisam ser pagos, porque são tidos como amostra grátis.

Exigência da vantagem excessiva: basta a exigência da vantagem excessiva, não depende de recebimento. O

Código de Defesa do Consumidor considera nula de pleno direito a cláusula contratual que confere ao fornecedor vantagem exagerada, excessiva.

16 *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998

Serviços sem orçamento: entregar orçamento é um dever do fornecedor e ter acesso ao orçamento é um direito do consumidor. O orçamento é válido por 10 dias, salvo estipulação em contrário, e não é lícita a cobrança para feitura de orçamento exclusivamente. O fornecedor está obrigado a entregar ao consumidor orçamento prévio com as datas de início e término dos serviços. O valor orçado terá validade de 10 dias, contados do recebimento pelo consumidor (salvo estipulação em contrário). Depois de aprovado, o orçamento obriga os

contratantes e só poderá ser modificado mediante livre negociação das partes. O

consumidor não responde por quaisquer ônus ou

acréscimos decorrentes da contratação de serviços de terceiros não previstos no orçamento prévio.

Inexistência de prazo (entrega ou conclusão): o fornecedor deve estipular o prazo de entrega do produto ou de conclusão do serviço, além do preço e forma de pagamento.

Divulgação de informações negativas a respeito do consumidor: repassar informação depreciativa referente a ato praticado pelo consumidor no exercício de seus direitos.

Exigência de intermediários: obrigar o consumidor a contratar por interposta pessoa, terceiro, corretor, despachante, salvo nas hipóteses legais.

4. PUBLICIDADE

O princípio da vinculação contratual estabelece a necessidade de o contrato acompanhar a informação divulgada, obrigando o fornecedor em seus termos (arts. 30 e 35 do Código de Defesa do Consumidor).

O princípio da identificação dispõe que a publicidade não pode ser dissimulada (art. 36, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor).

O princípio da veracidade observa que a mensagem há de conter elementos verídicos e que o fornecedor se obriga a apresentar dados fáticos técnicos que confirmem o divulgado (art. 37, § 1.º, do Código de Defesa do Consumidor).

O princípio da não abusividade estabelece que a publicidade não pode levar a erro ou explorar consciência religiosa, superstição ou crendice popular. O abuso pode decorrer de ação ou omissão, conforme a publicidade afirme algo inexistente ou deixe de divulgar informação relevante (art. 37, § 2.º, do Código de Defesa do Consumidor).

5. DA PROTEÇÃO CONTRATUAL

A finalidade do Código de Defesa do Consumidor é o suprimento da necessidade do consumidor como destinatário final.

Vigora o princípio da conservação do contrato (art. 6.º, inc. V), ou seja, o Código de Defesa do Consumidor admite mudanças no contrato para que este seja mantido.

Vige também o princípio da boa-fé (arts. 4.º, inc. III, e 51, inc. IV, do Código de Defesa do Consumidor).

O princípio da vinculação à oferta (dever de prestar) também vigora no Código de Defesa do Consumidor (art. 30).

A resolução em perdas e danos é opção do consumidor, já que este pode preferir

a execução específica do contrato (princípio da execução específica – arts. 35 e 84, § 1.º , do Código de Defesa do Consumidor).

5.1. Disposições Gerais

Os contratos devem regular a relação de consumo.

Há necessidade do conhecimento prévio do consumidor sobre o conteúdo do contrato, sob pena de este não obrigar o consumidor. Não basta a mera leitura, é preciso o efetivo conhecimento por parte do consumidor.

O contrato deve conter redação clara e compreensível para que a obrigação assumida pelo consumidor seja exigível.

As cláusulas contratuais serão interpretadas da maneira mais favorável ao consumidor. Não fere o princípio da isonomia, porque esse princípio deve ser entendido como igualmente substancial, ou seja, deve tratar desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade.

As declarações de vontade vinculam o fornecedor, ensejando inclusive a execução específica.

5.1.1. Direito de arrependimento

O Código de Defesa do Consumidor dispõe sobre a denúncia vazia do contrato de consumo ou direito de arrependimento. O consumidor pode voltar atrás em sua declaração de vontade de celebrar a relação de consumo. Não precisa justificar.

O direito de arrependimento serve apenas para o contrato realizado fora do estabelecimento comercial. Isso devido à falta de contato com o produto.

A lei fixa o prazo de sete dias para o consumidor refletir sobre a necessidade do produto, ou seja, para devolver o produto sem ônus. O prazo é contado a partir do recebimento do produto.

Exceções ao direito de arrependimento:

Quando for da essência do contrato ser realizado fora do estabelecimento comercial. Ex: compra de imóvel.

O costume: se o comerciante sempre comprou daquela forma determinado produto.

O Código de Defesa do Consumidor dispõe sobre a garantia contratual. É um *plus* oferecido pelo fornecedor ao consumidor. Será fixada livremente. Não pode ser dada verbalmente.

6. CLÁUSULAS ABUSIVAS

São aquelas notoriamente desfavoráveis ao consumidor.

As cláusulas abusivas são nulas de pleno direito (art. 51 do Código de Defesa do Consumidor). A nulidade deve ser reconhecida judicialmente. A sentença que reconhece a nulidade tem natureza constitutiva negativa e opera efeito *ex tunc*.

Por ser matéria de ordem pública, a nulidade de pleno direito não é atingida pela preclusão.

A ação para pleitear o reconhecimento da nulidade é imprescritível.

O rol do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor é meramente exemplificativo. Ele traz as espécies de cláusulas abusivas: 82

Cláusula de não indenizar: exime o fornecedor da responsabilidade.

Cláusula de renúncia ou disposição de direitos: não tem validade porque quebra o equilíbrio contratual.

Cláusula

de

limitação

da

indenização

com

consumidor/pessoa jurídica: a lei permite a estipulação de limite da indenização, mas não a exoneração, desde que a situação seja justificável.

Cláusula que impeça o reembolso da quantia paga pelo consumidor.

Transferência de responsabilidade a terceiros: as partes devem suportar os ônus e as obrigações decorrentes da relação de consumo. Obs.: o contrato de seguro não é transferência de responsabilidade. O fornecedor apenas garante essa responsabilidade.

Colaboração do consumidor em desvantagem exagerada.

Cláusula incompatível com a boa-fé e a eqüidade.

Inversão prejudicial do ônus da prova.

Arbitragem compulsória: não se admite a cláusula que obriga a arbitragem. As partes *podem* contratar a arbitragem para solucionar conflitos decorrentes da relação de consumo.

Representante imposto para concluir outro negócio jurídico pelo consumidor.

Opção exclusiva do fornecedor para concluir o contrato.

Alteração unilateral do preço.

Cancelamento unilateral do contrato por parte do fornecedor.

Ressarcimento unilateral dos custos de cobrança.

Modificação unilateral do contrato.

Meio Ambiente – Lei n. 6.938/81

83

1. INTRODUÇÃO

O art. 3.º da Lei conceitua meio ambiente como o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química ou biológica, que permitem, abrigam e regem a vida em todas as suas formas.

A doutrina faz distinção entre meio ambiente natural, meio ambiente artificial e meio ambiente do trabalho:

Meio ambiente natural: é o que existe independentemente da atuação do homem (flora, fauna).

Meio ambiente artificial: é a interação do homem com o meio ambiente natural. Alguns autores chamam de meio ambiente cultural ou patrimônio cultural (urbanismo, paisagismo, zoneamento, meio ambiente do trabalho, patrimônio histórico).

Meio ambiente do trabalho: existe uma dificuldade para saber se envolve relação contratual de trabalho ou não. Tem competência para resolver esta questão a Justiça do Trabalho (trabalho insalubre, p. ex.). Mas se há , por hipótese, uma caldeira com perigo de explosão, colocando em risco grande número de pessoas, tem competência a Justiça Estadual (decisão do STJ). Se o meio ambiente do trabalho se relaciona com contrato de trabalho, relação trabalhista, tem

competência a Justiça Trabalhista. Caso se relacione à saúde, à segurança, tem competência a Justiça Estadual. No campo do MP Estadual, atua a Promotoria de Acidentes do Trabalho. Havia discussão se a competência era da Vara Comum ou da de Acidentes do Trabalho. Hoje é pacífico, a competência é da Vara de Acidente do Trabalho.

Com relação ao patrimônio histórico, questiona-se qual é o caminho para a proteção, se via administrativa ou via judicial.

Pela via administrativa temos o tombamento –(procedimento administrativo destinado à proteção do bem, que não poderá mais ter suas características modificadas).

Um bem que não está tombado pode ter proteção judicial, pois o esgotamento da via administrativa não é condição para o requerimento de proteção judicial. Não há vinculação. Pode-se propor ação civil pública para obter decisão judicial de proteção do patrimônio histórico.

O dano ao meio ambiente é matéria de interesse difuso, mas é possível que um terceiro sofra particularmente um dano, tornando individual o interesse (da vítima) –

sem que o prejuízo ao meio ambiente perca sua característica de difuso.

P: Qual princípio trata da responsabilidade pelo dano ao meio ambiente?

R: São dois os princípios. O princípio da responsabilidade objetiva, que significa que independe de culpa do causador do dano, sendo necessário apenas a prova deste da atividade e do nexo causal; e o princípio da responsabilidade solidária, em que todo causador do dano (partícipe) responde por ele solidariamente – após, é possível a discussão de responsabilidade individual em ação regressiva.

1.1. Medidas Protetivas do Meio Ambiente

1.1.1. Medidas protetivas administrativas

Inquérito Civil: exclusivamente do MP.

EIA (Estudo de Impacto Ambiental): é procedimento administrativo destinado à prevenção e monitoramento dos danos ambientais. É um estudo das possíveis modificações que a atividade pode causar ao meio ambiente. Deve ser feito obrigatoriamente antes de qualquer atividade que possa causar dano ao meio ambiente e publicado no Diário Oficial. Se não for realizado, é possível sua imposição por decisão em ação civil pública. Todo EIA tem uma RIMA (Relatório de Impacto Ambiental).

A autoridade que faz o EIA é designada pela Secretaria do Meio Ambiente (área federal e estadual). Nada impede que empresa privada o forneça.

1.1.2. Medidas protetivas judiciais

Ação Popular.

Ação Civil Pública: MP, União, Estados, Municípios, autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista e associações (art. 5.º da Lei n. 7.347/85).

Deve figurar no pólo passivo das ações todo aquele que, por ação ou omissão, direta ou indiretamente, causar dano ou ameaça de dano ao meio ambiente, inclusive o próprio Poder Público, desde que atue diretamente.

A omissão do Estado em fiscalizar, prevenir o dano ambiental acarreta sua responsabilidade subjetiva, dependendo da demonstração de culpa; mas, quando pratica uma conduta comissiva, sua responsabilidade passa a ser objetiva.

As indenizações referentes às ações ambientais são destinadas a um fundo específico para o meio ambiente.

P: Ação ambiental prescreve?

R: Não, pois o objeto de sua proteção é imprescritível.

1.2. Responsabilidade pelo Dano Ambiental

A responsabilidade de natureza objetiva tem fundamento legal no art. 14, §

1.º, da Lei n. 6.938/81 – o poluidor é obrigado, independentemente da existência de culpa, a reparar o dano causado ao meio ambiente e o dano causado a terceiro em razão da atividade.

A responsabilidade solidária entre todos os causadores do dano ambiental significa que a ação pode ser proposta contra qualquer um dos responsáveis (que primeiro deve reparar o dano e depois terá o direito de regresso em face dos demais causadores do prejuízo, mesmo princípio do Código do Consumidor).

1.3. Conceitos de Direito Ambiental

Degradação da atividade ambiental é toda alteração adversa das características do meio ambiente, alteração contrária ao meio ambiente;

Poluição é a degradação da atividade ambiental, mas a lei distingue a atividade ambiental da poluição.

Para a Lei, *poluição* é a degradação da atividade ambiental que:

resulte direta ou indiretamente prejuízo para a saúde, segurança e bem estar do cidadão;

resulte direta ou indiretamente condições adversas às atividades sociais e econômicas;

afete de maneira desfavorável à biota (conjunto de seres animais e vegetais de uma região);

afete as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;

gere lançamento de matéria ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos.

Poluidor: é a pessoa física ou jurídica de direito público ou privado, responsável direta ou indiretamente por atividade causadora de poluição, de degradação ambiental.

Recursos ambientais: são constituídos pela atmosfera, pelas águas, sejam superficiais ou subterrâneas, pelos estuários (nascentes de água), pelo mar territorial, solo, subsolo, elementos da biosfera (onde encontramos seres vivos, fauna e flora).

86

1.4. Princípios de Direito Ambiental

1.4.1. Princípio da obrigatoriedade da intervenção estatal

Art. 225, *caput*, CF e art. 2.º da Lei n. 6.938/81: O Poder Público tem o dever de defender e preservar o meio ambiente, assegurando a sua efetividade. A ação governamental deve ser dirigida para o equilíbrio ecológico.

1.4.2. Princípio da prevenção e da precaução

Art. 225, *caput*, art. 225, § 1.º, inc. IV, da CF e art. 2.º da Lei n. 6.938/81: Deve ser dada prioridade às medidas que evitem os danos ao meio ambiente. Impõe a obrigatoriedade de estudo prévio de impacto ambiental (EIA); publicidade a esse estudo, proteção de áreas ameaçadas de degradação (proteção do ecossistema).

1.4.3. Princípio da educação ambiental, também chamado de princípio da informação

Art. 225, *caput*,§ 1.º, inc. VI e art. 2.º, inc. IX, da Lei n. 6.938/81: O Poder Público deverá promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e deve promover a conscientização pública da necessidade de preservação do meio ambiente. A comunidade deve estar capacitada para participar da defesa do meio ambiente.

1.4.4. Princípio da cooperação ou da participação.

Art. 225, *caput* e art. 2.º, inc. X, da Lei n. 6.938/81: O Estado e a coletividade devem atuar conjuntamente na prevenção e na preservação do meio ambiente (cooperação entre Estado e a sociedade e participação efetiva da sociedade na proteção do meio ambiente).

1.4.5. Princípio do poluidor pagador, também chamado de princípio da responsabilização

Art. 225, § 3.º, da CF e art. 4.º da Lei n. 6.938/81: O poluidor é obrigado a corrigir, a recuperar o meio ambiente, além de ser obrigado a cessar a atividade nociva.

A recuperação ambiental pode ocorrer por indenização para a coletividade, não para o Estado, que vai para um fundo com gerência específica. A responsabilidade é objetiva e abrange aspectos civis, penais e administrativos.

87

1.4.6. Princípio da política demográfica adequada

Está dentro do princípio da intervenção estatal. Obriga o Estado a estabelecer política demográfica.

1.4.7. Princípio do desenvolvimento sustentável

Desenvolvimento econômico compatível com as condições ambientais.

1.5. Estado como Responsável pelo Dano Ambiental

O Estado pode atuar de duas formas:

pode ser autor da atividade danosa, p. ex., empresa estatal que polui um rio;

pode agir por omissão, não exercendo seu poder de polícia.

P: A responsabilidade do Estado é a mesma?

R: O entendimento predominante é que não. Os graus de responsabilidade são diferenciados:

Se o Estado for autor direto do dano: responsabilidade objetiva.

Se o Estado agir por omissão: responsabilidade subjetiva, ou seja, dependente de culpa.

A forma de o Estado atuar de maneira omissiva pode ser, p. ex., autorizando o funcionamento de uma empresa sem a devida regulamentação da atividade.

Se o dano foi causado diretamente pela autorização – era inerente da atividade causar dano ambiental – trata-se de responsabilidade objetiva, porque o dano foi causado de forma direta pelo Estado.

Se o Estado regulamentar as atividades e o particular causar dano ambiental, voluntariamente, aquele (Estado) só será responsável se houver omissão por parte dos agentes que deveriam impedir o dano. A responsabilidade é subjetiva, dependendo da demonstração de culpa no caso concreto. Deve-se comprovar a omissão do agente estatal.

A responsabilidade do Estado por fato da natureza possui uma regra básica de que o Estado não responde pelos acontecimentos da natureza. Há hipóteses, porém, em que há concorrência de fatores, p. ex., inundação, porque a prefeitura 88

não limpa os bueiros. É possível responsabilizar o Estado, de forma subjetiva, desde que o fato da natureza seja previsível.

1.6.Questões Processuais - Direito Processual Ambiental

1.6.1. Intervenção de terceiro

P: A responsabilidade ambiental, sendo objetiva, é compatível com intervenção de terceiros?

R: A responsabilidade objetiva é incompatível com intervenção de terceiros, porque esta admite apenas a discussão sobre a exclusão ou não da

responsabilidade. Não admite a discussão sobre responsabilidade parcial, sobre quem é responsável. O dano deve ser indenizado para depois se discutir a responsabilidade.

1.6.2.Competência

Para ação civil pública, é aquela onde ocorreu ou deveria ocorrer o dano. É

competência funcional absoluta. Se o dano ambiental atingiu mais de uma Comarca, resolve-se pelo critério da prevenção. Se o dano atingir mais de um Estado, a competência é deslocada para área federal.

1.6.3. Litispendência

É possível o trâmite conjunto entre a ação para defesa do meio ambiente e ações com efeitos análogos. Não se reconhece, todavia, litispendência:

entre ação coletiva e individual (entre ação civil pública e individual);

entre ação civil pública para tutela de direitos difusos e ação civil pública para tutelar direitos coletivos;

ação coletiva para defender direitos homogêneos e ação individual para proteger o mesmo interesse;

ação civil pública para defender interesses difusos e ação civil pública para defender interesse individuais homogêneos.

P: Qual a hipótese em que é reconhecida litispendência?

R: Ação popular e ação civil pública com finalidade de defesa do meio ambiente, pois, em ambos os casos, o titular do interesse é a coletividade.

Improbidade Administrativa – Lei n. 8.429/92

1. NOÇÕES GERAIS

A LIA (Lei de Improbidade Administrativa) veio aperfeiçoar o controle administrativo, na medida em que possibilita ao MP e à pessoa jurídica lesada a impetração de ação civil referente à improbidade administrativa e à defesa do patrimônio público. Também permite o aperfeiçoamento do controle interno, na medida em que possibilita a qualquer cidadão o requerimento para instauração de procedimento administrativo que apure improbidade (art. 14). Permite também que o MP requisite à autoridade administrativa a instauração do procedimento administrativo.

O art. 37, § 4.º, da CF estabelece que os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas na lei.

A LIA regulamenta o art. 37, § 4.º, da CF.

Até 1988, o objeto tutelado era tão só o enriquecimento ilícito do agente público (as Constituições de 1946 e 1967 só se preocupavam em reprimir o enriquecimento ilícito do agente público). Depois de 1988, passou a ser a probidade administrativa.

O ato de improbidade quase sempre decorre de ato discricionário que pode ser analisado pelo Poder Judiciário (art. 5.º, inc. XXXV, da CF).

1.1. Controle Administrativo (Tutela ou Autotutela)

É a possibilidade de invalidez pela própria Administração dos atos administrativos. Súmula n. 473 do STF: "A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial". Anula-se o ato por ilegalidade. Revoga-se por

conveniência e oportunidade.

90

É o superior hierárquico quem revê o ato praticado pelo subordinado.

2. SUJEITO PASSIVO

Pode ser sujeito passivo qualquer pessoa jurídica da Administração Pública direta ou indireta, ou de direito privado de que participe o Poder Público em seu patrimônio ou receita anual.

Assim dispõe o art. 1.º da LIA – pessoas jurídicas que podem ser lesadas:

órgãos da administração direta;

órgãos da administração indireta ou fundacional;

empresa incorporada ao patrimônio público;

empresa ou entidade para cuja criação ou custeio o Estado concorreu ou concorra com mais de 50% do patrimônio ou da receita anual;

empresa ou entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo fiscal ou creditício de órgão público;

empresa ou entidade para cuja criação ou custeio o erário concorreu ou concorra com menos de 50%. (O limite de indenização, neste caso, é o montante com que concorre o erário público).

3. ATOS DE IMPROBIDADE

3.1. Enriquecimento Ilícito - Art. 9.º

Arrola doze hipóteses exemplificativas de ato de improbidade, sete importam o enriquecimento ilícito.

Enriquecimento ilícito é a percepção de vantagem indireta para si ou para outrem, em razão de cargo, emprego ou função pública.

As hipóteses de improbidade por enriquecimento ilícito consumam-se independentemente de dano material, independem de prejuízo para a Administração Pública.

91

Em síntese, tem-se a improbidade por enriquecimento ilícito em razão da obtenção de vantagem patrimonial e desde que essa vantagem resulte de causa ilícita não autorizada em lei e que haja um aumento ou acréscimo patrimonial do agente público ou de terceiros.

A jurisprudência já tem entendimento pacífico de que, se o agente recebe presentes de valor insignificante, não caracteriza o enriquecimento ilícito – princípio da razoabilidade (princípio do direito administrativo que vem sendo aplicado na improbidade).

Os núcleos verbais do art. 9.º, I são:

I - receber;

II- perceber;

III- aceitar;

IV- utilizar;

V- usar;

VI- adquirir;

VII- incorporar

Alguns são bilaterais e outros não.

Todas as hipóteses também ensejam ação penal, ou seja, dão ensejo ao ilícito penal (concussão, corrupção passiva, peculato e crime de responsabilidade fiscal, às vezes).

Hipóteses que causam enriquecimento ilícito:

Receber comissão, gratificação ou presente de quem tenha interesse direto ou indireto, possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público. Basta a existência do interesse, prescinde do atendimento do interesse.

Perceber vantagem econômica, direta ou indireta para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel ou a contratação de serviços por preços superiores ao valor de mercado. Nessa hipótese há enriquecimento ilícito do particular, necessariamente, e dano ao erário.

Perceber vantagem econômica para facilitar a alienação por preço inferior ao valor de mercado.

Utilizar bem da Administração ou trabalho de servidor público para fins pessoais.

Adquirir bem de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou da renda do agente.

Existem duas correntes a respeito:

1.ª corrente: depende da possibilidade do ajuizamento da ação com a inversão do ônus da prova, bastando que o MP ou a pessoa jurídica lesada demonstrem a incompatibilidade da receita com os bens adquiridos. (Defendido por um grande número de promotores: Antonio Augusto de Melo Camargo, Wallace Martins, Fernando Capez);

2.ª corrente: defende a inexistência da inversão do ônus da prova, devendo o MP ou a pessoa jurídica demonstrar a existência de nexo entre o auto indireto do patrimônio e o exercício de cargo, emprego ou função.

O MP entende que não há inversão do ônus da prova devido ao *caput* dispor "em razão do exercício do cargo, emprego ou função".

3.2. Lesão ao Erário – Art. 10

A lei se refere ao erário e não ao patrimônio público. Erário – tem aspecto econômico, está relacionado ao tesouro, ao fisco, cofres públicos. Patrimônio Público –

corresponde ao conjunto de bens de valor econômico, artístico, turístico, estético e histórico de qualquer das entidades que compõem a Administração Pública.

A lei se refere ao erário quando deveria tratar do patrimônio público.

Chega-se ao conceito de patrimônio público pela junção do art. 1.º, § 1.º, da Lei n.

4.717/65 (Lei de Ação Popular) e ainda, art. 1.º, par. ún., da Lei n. 8.429/92.

A lesão ao erário, por si só, já é ato de improbidade. Não precisa,

necessariamente, que o agente obtenha vantagem (enriquecimento ilícito). Logo, pode haver lesão ao erário sem enriquecimento ilícito.

Atos de improbidade que importam dano: decorrem de condutas ilegais do agente público dolosas ou culposas, que tenham repercussão lesiva ao erário ou ao patrimônio público; decorrem sempre de condutas ilegais sob o aspecto administrativo, que podem não ensejar o cometimento do crime.

Na lesão culposa, temos que aplicar o princípio da razoabilidade. Ex.: motorista bate carro oficial. Há lesão ao erário, mas não há ato de improbidade.

Os incs. do art. 10 são exemplificativos:

I – facilitar, concorrer para que um particular se aproprie do que é bem público; 93

II – permitir que um particular use bem público;

III – doação de bens públicos em desacordo com as formalidades legais (a doação é possível, porém, deve atender às formalidades legais); IV – subfaturamento;

V – superfaturamento;

VI – realizar operação financeira em desacordo com as normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea; VIII – frustrar a licitude do procedimento licitatório ou dispensá-lo indevidamente. Respondem, nesse caso, o agente público (comissão de licitação) e o particular contratado com a dispensa indevida.

Para a Administração Pública direta ou indireta, há o chamado dever de licitar. A Lei n. 8.666/93 estabelece as normas gerais de licitude aos contratos da Administração, aplicáveis aos Estados e Municípios. O art. 24 traz as hipóteses de dispensa que quase sempre decorrem de situação de fato (pequeno valor, situação emergencial). As hipóteses de inexigibilidade (art. 25) decorrem quase sempre de situação jurídica (inviabilidade de licitação). As hipóteses de dispensa estão taxativamente previstas na lei. As hipóteses de inexigibilidade estão exemplificativamente dispostas na lei.

Obs.: A Lei Municipal ou Estadual podem suprimir as hipóteses de dispensa, o que não podem é ampliar o rol.

3.3. Atos Contrários aos Princípios – Art. 11

São os atos que contrariam os princípios da Administração Pública.

A violação dos deveres e dos princípios da Administração Pública leva à caracterização da improbidade administrativa (dispositivo da reserva).

O art. 4.º da LIA estabelece a obrigatoriedade de observância, por qualquer agente público, dos princípios da Administração Pública.

Os incs. do art. 11 são exemplificativos:

I – Praticar ato visando fim proibido em lei (desvio de finalidade). O ato em si não é ilegal, a finalidade é. O princípio da razoabilidade deve ser sempre observado;

II – Retardar ou deixar de praticar indevidamente ato de ofício (prevaricação); III – Quebra de sigilo profissional. Revelar fato ou circunstância que deva manter em segredo. A pessoa deve ter sabido do fato em razão da função. A regra é a 94

publicidade, os atos são públicos. O sigilo é possível, mas é exceção. *Obs.:* A promotoria é obrigada a fornecer certidões, quando não forem sigilosas; IV – Negar publicidade aos atos oficiais;

V – Frustrar licitude de concurso público. Ocorre quando há contratação sem concurso para o exercício de cargo, emprego ou função, com desobediência da norma expressa no art. 37, inc. II, da CF. Ocorre também quando há fraude em concurso, seja pela publicação de editais que estabeleça favoritismo, pela violação do princípio da impessoalidade ou, ainda, pela revelação do conteúdo do exame; VII – Revelar medidas de política econômica capaz de alterar preços de produtos e serviços antes de divulgação oficial (informação privilegiada).

4. PERSECUÇÃO JUDICIAL E SANÇÕES

O art. 37, § 4.º, da CF trata das sanções aplicáveis aos agentes por ato de

improbidade:

suspensão dos direitos políticos (natureza política);

perda da função pública (natureza administrativa ou política);

indisponibilidade dos bens (natureza civil);

ressarcimento ao erário (natureza civil).

O art. 12 estabelece sanções aplicáveis de acordo com o ato praticado:

perda dos bens;

multa civil;

proibição de contratar (interdição de direitos).

Qualquer ato enseja a suspensão dos direitos políticos, a perda da função, a multa civil ou a proibição de contratar e receber benefícios A sanção de ressarcimento é aplicável nas hipóteses do art. 10 e a perda de bens nas hipóteses do art. 9.º, ambos da LIA. A suspensão dos direitos públicos e o valor da multa variam de acordo com a gravidade do ato.

As sanções da LIA têm a natureza civil e decorrem de ação civil (não penal), mas sem prejuízo da sanção penal cabível.

O STJ já decidiu que as sanções têm natureza penal (posição minoritária), mas há várias decisões do STJ em sentido contrário.

Todos os agentes públicos e particulares que concorram para a prática do ato estão sujeitos a essas sanções.

O Presidente da República, os Senadores e os Deputados têm um regime especial.

O Presidente da República não pode ser punido com suspensão dos direitos políticos e perda da função pública (a cassação está prevista na CF nos arts. 85 e 86 e pode decorrer de crime de responsabilidade e não da prática do ato de improbidade). Senadores e Deputados não estão sujeitos à perda da função pública. A perda do mandato está regulada no art. 55 da CF e pode se determinar por força do art. 15, inc. V, da CF.

P.: As sanções são cumulativas ou alternativas?

R.: São alternativas (posição majoritária) e não cumulativas. O Juiz pode aplicar uma em detrimento da outra. Na fixação de pena, o Juiz leva em conta a extensão do dano e o proveito material do agente.

4.1. Suspensão dos Direitos Políticos

O prazo de suspensão dos direitos políticos varia:

art. 9.º: de 8 a 10 anos;

art. 10: de 5 a 8 anos;

art. 11: de 3 a 5 anos.

4.2. Multa

O valor da multa variará:

art. 9.º: até três vezes o valor do acréscimo patrimonial;

art. 10: até duas vezes o valor do dano;

art. 11: até cem vezes o valor da remuneração.

4.3. Interdição de Direitos (Proibição de Contratar) O prazo de interdição poderá ser:

art. 9.º : de até 10 anos;

art. 10 : de até 05 anos;

art. 11: de até 03 anos.

5. LEGITIMADOS

Art. 17 da LIA estabelece os legitimados para a ação:

MP;

pessoa jurídica lesada.

O art. 129, incs. II e III, da CF concede ao MP a legitimidade do IC e da ACP.

O patrimônio público é uma espécie de interesse difuso. O MP postula em juízo por meio de ACP (Lei n. 7.347/85). A LIA tem natureza material e de direito processual.

Diz a lei que quando o ato causar lesão ou quando importar enriquecimento ilícito, caberá à autoridade administrativa representar ao MP para decretação da indisponibilidade dos bens (art. 7.º).

A indisponibilidade tem caráter de sanção, mas não é definitiva. A procedência da ACP leva à incorporação em favor dos fundos do lesado (art. 13 da Lei n. 7.437/85).

O requerimento de indisponibilidade de bens é possível quando:

ato que importar enriquecimento;

ato que importar lesão.

O MP ou a pessoa jurídica lesada tem legitimidade para requerer seqüestro dos bens do agente ou, ainda, o bloqueio e exame de contas.

O MP, ao tomar conhecimento do ato de improbidade, pode:

instaurar o IC ou procedimento preparatório do IC;

requisitar a instauração de IP quando a hipótese enseja crime;

instauração de processo administrativo.

6. OBSERVAÇÕES

97

A prescrição do ato de improbidade se opera em 5 anos contados do término do mandato, ou no prazo da prescrição da infração disciplinar se ela for punida com a demissão do servidor público.

A obrigação de reparar o dano é imprescritível.

Competência: local do dano, ou seja, a sede da pessoa jurídica.

Nas ACPs e no IC não se admite a transação.

A apresentação periódica da declaração de bens e rendimentos do servidor é condição para a investidura e para o exercício (art. 13 da LIA). A recusa do

servidor na apresentação leva a demissão do serviço público.

Em matéria de recursos, aplica-se o CPC e a Lei n. 7.347/85.