ISSN 1413-3873

REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Órgão Cultural do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Repositório autorizado de jurisprudência
dos Egrégios SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
e
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Rev. Minist. Público	Rio de Janeiro	n. 14	jul./dez.2001

ISSN 1413-3873

REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Repositório autorizado de jurisprudência
do Egrégio SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
Registro nº. 25/99, de 22/04/1999
D.J.U. nº. 72, de 16.04.1999, p. 1

Repositório autorizado de jurisprudência
do Egrégio SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Registro nº. 37
Portaria nº. 1, de 26/10/1998
D.J.U. de 05/11/1998, p. 137

CIRCULAÇÃO NACIONAL

Os acórdãos estampados reproduzem integralmente o material coligido na REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL e na REVISTA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tiragem: 3.000 exemplares

Revista do Ministério Público. – , n. 14 (jul./dez.2001)- . –
Rio de Janeiro : Ministério Público, 1995-
v. ; 22 cm.

Semestral.
ISSN 1413-3873

1. Direito-Periódicos. I. Rio de Janeiro (*Estado*). *Ministério Público.*

CDU. 34(051)
CDD. 340.05

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ISSN 1413-3873

REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

(Instituída pela Resolução GPGJ nº 698, de 24 de abril de 1996)

Rev. Minist. Público	Rio de Janeiro	n. 14	jul./dez. 2001

REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Fundador

HAMILTON CARVALHIDO

Procurador-Geral de Justiça

JOSÉ MUIÑOS PIÑEIRO FILHO

Diretor da Revista do Ministério Público
SERGIO DEMORO HAMILTON

Chefe da Seção de Publicação e Distribuição
(Cargo vago a partir de 10.07.1997)

Secretário I
Sérgio Maugé Aragão

Editoração Eletrônica
Sérgio Maugé Aragão
Secretário I

A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente de seus autores.

Pede-se permuta
On demande l'échange
We ask for exchange

REDAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO

Avenida Marechal Câmara, 370/6° andar, CEP 20020-080, Centro, Rio de Janeiro, RJ, telefone (0xx21)2550-9061/Fax (0xx21)2550-9062, ***para onde deve ser dirigida toda correspondência.***

ENDEREÇO NA INTERNET:
http://www.pgj.rj.gov.br

E-MAIL:
revista@mp.rj.gov.br

PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

(Em 31.12.2001)

PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
JOSÉ MUIÑOS PIÑEIRO FILHO

1° Subprocurador-Geral de Justiça
HUGO JERKE

2° Subprocurador-Geral de Justiça
ELIO GITELMAN FISCHBERG

3° Subprocurador-Geral de Justiça
VERA DE SOUZA LEITE

Corregedora-Geral do Ministério Público
DALVA PIERI NUNES

Chefe de Gabinete do Procurador-Geral de Justiça
JOSÉ AVELINO ATALLA

Secretário-Geral de Administração
MARCOS DA MÓTTA

Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça
(Em 31.12.2001)

JOSÉ MUIÑOS PIÑEIRO FILHO
Presidente

DALVA PIERI NUNES
Corregedora-Geral

Titulares Natos

Sergio Demoro Hamilton
Antonio Vicente da Costa Junior
Luiz Sergio Wigderowitz
Virgílio Augusto da Costa Val
Cezar Romero de Oliveira Soares
Celso Fernando de Barros
Carlos Antonio da Silva Navega
Marija Yrneh Rodrigues de Moura
João Baptista Lopes de Assis Filho
Márcia Paiva Arellano

Titulares Eleitos

Adolfo Borges Filho
Pedro Moreira Alves de Brito
Ertulei Laureano Matos
Maria Cristina P. dos Anjos Tellechea
Sérgio Bastos Viana de Souza
Regina Lúcia Natal de Carvalho
Sonia Simões Corrêa Fortes
Francisco Antonio Souto e Faria
Vitória Abi Rihan
José Maria Leone Lopes de Oliveira

Conselho Superior do Ministério Público
(Em 31.12.2001)

JOSÉ MUIÑOS PIÑEIRO FILHO
Presidente

DALVA PIERI NUNES
Corregedora-Geral

Titulares Eleitos

Pelos Procuradores de Justiça

Leonardo de Souza Chaves
Elaine Costa da Silva
Maria Cristina Menezes de Azevedo

Pelos Promotores de Justiça

Heloísa Maria Daltro Leite
Lígia Portes Santos
Paolina Leone Candia Hryniewicz

ASSOCIAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Dr. *Marfan Martins Vieira*
Presidente

CAIXA DE ASSISTÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Dr. *Arthur Pontes Teixeira*
Diretor-Presidente

FUNDAÇÃO ESCOLA DO MINISTÉRIO PÚBLICO
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Dr. *Maurício Assayag*
Diretor-Executivo

CENTRO DOS PROCURADORES DE JUSTIÇA
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Dr. *Francisco Habib Otoch*
Presidente

Composição das entidades em 31.12.2001.

SUMÁRIO

DOUTRINA

Arnoldo Wald – Um novo direito para a nova economia: a evolução dos contratos e o Código Civil 23

Carlos David Santos Aarão Reis – A "legalização" do aborto e a "civilização cansada" 41

Damásio Evangelista de Jesus – O juiz pode, recebida a denúncia, alterar o despacho, rejeitando-a, ainda que em parte? 53

Eduardo Roberto Alcântara Del-Campo – A necessária e urgente redução da idade penal 57

José Carlos Barbosa Moreira – Antecipação da tutela: algumas questões controvertidas 71

José dos Santos Carvalho Filho – A responsabilidade fiscal por despesas com pessoal 81

Luiz Otávio de Freitas – Fundamentos da criação da Curadoria de Concessões e Privatizações 109

Marcellus Polastri Lima – Considerações sobre a admissibilidade da prova vedada no processo penal brasileiro 129

Oswaldo Henrique Duek Marques – A autoria no Código Penal e a Teoria do Domínio do Fato 151

Paulo Rangel – O garantismo penal e o aditamento à denúncia 161

Rodrigo Terra – Breves apontamentos sobre a Lei da Tortura - Lei n° 9.455/97 191

Sergio Demoro Hamilton – A dúvida de atribuição e o princípio da autonomia funcional 201

PARECERES E RAZÕES

— Agravo de Instrumento impugnando decisão que negou o recebimento de apelo ministerial, sob o fundamento de inexistência de sentença ou, sequer, de processo judicial. Inegável a natureza jurídica de sentença homologatória de que se reveste a decisão que chancelou guarda e ali-

mentos, embora nula, face à ausência de intimação do *Parquet*, bem como pela ausência da assistência dos pais do "alimentante", sendo este menor púbere. Injustificável o não recebimento do apelo **(Átila Pereira de Souza)** 209

— Retificação de registro de nascimento – Adoção – Escritura pública – Averbação dos nomes dos pais dos adotantes – Indeferimento **(Carlos Domingues da Venda)** 213

— Representação de inconstitucionalidade contra dispositivo da Lei Estadual nº 3.459/2000 que tratou da implantação do ensino religioso nas escolas públicas do Rio de Janeiro. Procedência parcial **(Celso Fernando de Barros)** 217

— Policiais civis acusados da prática de crimes de tortura. Afastamento **judicial** provisório do exercício da atividade policial, através de medida cautelar inominada requerida pelo *Parquet* **(Cláudio Calo Sousa)** 221

— Autorização para interrupção de gravidez — Gestante menor impúbere – Feto portador de anencefalia – Medida cautelar criminal – Cabimento – *Periculum in mora* – Atuação do Ministério Público **(Cristhiane Barradas Zeitone e David Francisco de Faria)** 229

— Dúvida de atribuição. Ato de improbidade praticado em detrimento de sociedade de economia mista. Atribuição do Ministério Público Estadual. A presença de interesse jurídico da União será valorada por esta após cientificada do ajuizamento da ação **(Emerson Garcia)** 235

— Recurso do Ministério Público. Ação de Reparação de Danos. Autores menores. Acordo extrajudicial. Inexistência quanto aos menores púberes que não participaram do acordo **(Lucia Maria Teixeira Ferreira)** 241

— Execução penal – Fuga de sentenciado – Falta grave (art. 50, II, da LEP) – Possibilidade de o juiz da VEC proceder à regressão cautelar no regime de cumprimento de pena do condenado (Artigo 118, I, da LEP) **(Luiz Brandão Gatti)** 249

— Ação civil pública proposta com a finalidade de condenar o Estado do Rio de Janeiro a efetuar as obras necessárias no sentido de garantir aos presos da carceragem situada na Comarca de Campos dos Goytacazes condições de higiene, aeração, saúde e segurança, nos termos da Constituição Federal e da LEP **(Luiz Cláudio Carvalho de Almeida)** 257

— Concordata – Renúncia à garantia real por credor privilegiado – Impossibilidade de habilitação após o depósito das duas parcelas da moratória legal – Configuração do abuso de direito, repelido pela doutrina pátria e estrangeira **(Mario Moraes Marques Junior)** 267

— Ação civil pública. Contratos bancários de crédito rotativo, de cartões de crédito, de investimento e de financiamento. Prática de anatocismo. A natureza consumerista nas relações de natureza privada entre bancos e correntistas. Competência da Justiça Estadual (art. 93 do CDC). A interpretação do art. 3°, § 2°, do CDC. A diferenciação entre serviços de natureza cambial e serviços bancários que encerram relações de consumo. O consumidor de serviços bancários como consumidor final. O dinheiro e o crédito, bens juridicamente consumíveis, à luz do art. 51 do CDC. Consumidor: aquele que adquire ou utiliza o produto ou serviço (art. 2°) e aquele exposto às práticas previstas no CDC (art. 29). A inversão do ônus da prova, diante de alegação verossímil e da hipossuficiência do consumidor. As regras ordinárias da experiência. O princípio da boa-fé e da transparência. A responsabilidade civil da instituição bancária, como fornecedor de serviços. Capitalização de juros: vedação incidente também sobre as instituições financeiras. A prevalência da Súmula 121 do STF em face da Súmula 596 do STF **(Paolina Leone Candia Hryniewicz)** 273

JURISPRUDÊNCIA

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Jurisprudência Criminal

— *Habeas Corpus. **Nulidade absoluta da denúncia por ilegitimidade de parte. Denúncia oferecida por promotor da comarca contra ex-prefeito e ratificada pelo Procurador-Geral de Justiça. Alegação improcedente. Expedição de carta precatória. Ausência de intimação ao advogado e ao acusado para a inquirição de testemunha de defesa. Cerceamento de defesa. Nulidade relativa. Vício inexistente por ausência de prejuízo para a defesa. Interposição de recurso extraordinário e especial. Efeito suspensivo do decreto condenatório e da prisão: inexistência.** Habeas Corpus **indeferido.***

1. Ratificação da denúncia apresentada por autoridade ministerial incompetente. Não há necessidade de oferecimento de nova inicial, se a denúncia do Promotor foi ratificada pelo Procurador-Geral de Justiça. A ratificação da denúncia, validamente recebida pelo pleno do Tribunal de Justiça, é suficiente para afastar a alegação de ilegitimidade da parte.

2. Expedição da carta precatória. Nulidade. Ausência de intimação ao advogado e ao acusado para a inquirição de testemunha de defesa. A nulidade decorrente da falta de intimação do réu e do seu advogado da expedição da carta precatória ou para comparecerem à audiência realizada fora do distrito da culpa é meramente relativa, cujo reconhecimento depende da demonstração inequívoca de prejuízo para a defesa.

3. Decreto condenatório e de prisão. Interposição de recurso especial e extraordinário. Efeito suspensivo inexistente. A prisão do condenado por decisão sujeita apenas a recurso extraordinário ou especial é imperativa, independentemente de sua necessidade cautelar.

4. *Habeas corpus* indeferido (*Habeas Corpus* **n° 72.904-PB, Segunda Turma)** 309

— EMENTA: Regular participação do órgão do Ministério Público em fase investigatória e falta de oportuna argüição de suposta suspeição do magistrado.
Pedido indeferido (*Habeas Corpus* nº 75.769-3 – Minas Gerais, Primeira Turma) 315

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Jurisprudência Criminal

— EMENTA: *Habeas Corpus – Pena-base e regime prisional.*
1. A quantificação da pena-base no mínimo legal não impõe necessariamente o regime prisional mais brando, apesar da identidade de critérios legais de aplicação daquela e fixação deste (Código Penal, arts. 33, § 2º, 59 e 68).
2. A gravidade do crime e a periculosidade do agente são circunstâncias aptas a autorizar a preterição de um regime mais brando (semi-aberto) para o mais rigoroso (fechado), máxime em se tratando de acusado contumaz na prática do crime contra o patrimônio.
3. Precedentes do STF – HC n. 75.508-SP e 70.557-SP.
4. Ordem denegada. (*Habeas Corpus* n. 9.782–SP, Registro n. 99.0050281-7, Sexta Turma, de 2.5.2000) 323

—EMENTA: *Penal – Processual – Tráfico de entorpecentes – Tese defensiva não apreciada – Habeas corpus.*
1. Não há constrangimento ilegal quando o julgador, muito embora não se refira expressamente à tese defensiva, fundamenta a decisão de forma suficiente à condenação.
2. *Habeas corpus* conhecido; pedido indeferido. (*Habeas Corpus* n. 10.295-SP, Registro n. 99.0068461-3, Quinta Turma, *DJ* de 08.03.2000) 327

— EMENTA: *Processual Penal – Acórdão de Turma Recursal de Juizado Especial – Ameaça ao direito de locomoção – Inexistência – Habeas Corpus – Não conhecimento.*
– As decisões proferidas pelos Juizados Especiais Criminais bem como os acórdãos oriundos das respectivas Turmas Recursais são insusceptíveis de repercutir no direito de locomoção, em razão da impossibilidade de imposição de pena privativa de liberdade, o que afasta o uso do *habeas corpus* perante esta Corte Superior.
– *Habeas corpus* não conhecido. (*Habeas Corpus* n. 10.644-RJ, Registro n. 99.0081232-8, Sexta Turma, *DJ* de 08.03.2000) 329

— EMENTA: *Penal e Processual Penal – Habeas Corpus – Acórdão – Linguagem – Tentativa de homicídio – Júri.*
A forma lacônica, e acentuadamente comedida, exigida na fundamentação da decisão de pronúncia não pode ser imposta aos tribunais de segundo grau por ocasião do julgamento de apelação fulcrada no permissivo da alínea **d** (art. 593, inciso III, do CPP). Não se deve confundir a análise do juízo de admissibilidade da acusação (*iudicium accusationis*) com a

excepcional apreciação no controle do *iudicium causae* ("decisão manifestamente contrária à prova dos autos"). A fundamentação (art. 93, inciso IX, 2ª parte, da Carta Magna), nesta última hipótese, para levar o réu a novo julgamento, deve estar adequada à exigência legal. Só o excesso, inocorrente no caso, não é permitido.
Writ indeferido. (*Habeas Corpus* **n. 11.090–MG, Registro n. 99.0097461-1, Quinta Turma,** *DJ* **de 14.02.2000)** 331

— EMENTA: ***Habeas corpus – Processual Penal – Réu que empreendeu fuga no curso da instrução criminal – Condenação – Negativa do direito de apelar em liberdade – Necessidade do recolhimento à prisão para apelar, sob pena de não conhecimento do apelo – Art. 594 do CPP.***
"A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência". Súmula n. 9 do STJ.
Acusado que empreendeu fuga no curso da instrução criminal e que não se recolheu à prisão para apelar, como determinado na sentença condenatória. Não conhecimento do recurso por não satisfeito aquele pressuposto de admissibilidade. Inteligência do art. 594 do CPP. Inexistência de constrangimento ilegal.
Ordem denegada. (*Habeas Corpus* **n. 11.363–SP, Registro n. 99.0108849-6, Quinta Turma,** *DJ* **de 5.6.2000)** 335

— EMENTA: ***Penal – Processual – Réu que muda de endereço e deixa de notificar o juízo – Prisão preventiva – Conveniência da instrução criminal – Aplicação da lei penal –*** *Habeas corpus.*
1. É dever do réu informar ao Juízo eventual mudança de endereço. Prisão preventiva corretamente decretada, com fundamento na conveniência da instrução criminal e garantia da aplicação da lei penal.
2. *Habeas corpus* conhecido; pedido indeferido. (*Habeas Corpus* **n. 11.889–GO, Registro n. 2000.0002823-1, Quinta Turma,** *DJ* **de 02.05.2000)** 338

— EMENTA: ***Penal – Processual – Receptação e quadrilha – Número de agentes – Exame de provas – Extensão de decisão proferida em apelação (CPP, art. 580) –*** *Habeas corpus.*
1. O número de agentes necessário à configuração do crime de quadrilha (CP, art. 288) deve ser considerado no momento em que consumado o delito. Eventual extinção de punibilidade de um dos co-réus não exclui o crime. Precedentes.
2. As provas, em *habeas corpus*, devem ser incontroversas, e os fatos, convergentes.
3. Divergentes as situações objetivas e pessoais de cada co-réu, não se concede a extensão de que trata o CPP, art. 580.
4. *Habeas corpus* conhecido; pedido indeferido. (*Habeas Corpus* **n. 12.498-SP, Registro n. 2000.0021215-6, Quinta Turma,** *DJ* **de 12.6.2000)** 340

— EMENTA: *Processual Penal – Impedimento – Ministério Público e Juiz de Direito.*
I – A atuação do promotor na fase investigatória – pré-processual – não o incompatibiliza para o exercício da correspondente ação penal.

II – As causas de suspeição e impedimento são exclusivamente aquelas elencadas *expressis verbis* nos artigos 252 e 254 do CPP. O rol é taxativo, não pode ser ampliado.
III – Despiciendas as alegações de impedimento da Promotoria de Justiça e do Juiz de Direito, eis que não se enquadram nas previsões legais.
IV – Prejuízo indemonstrado.
V – Recurso improvido. (*Recurso em Habeas Corpus* **n. 4.074-2-PR, Registro nº 94.0033349-8, Sexta Turma,** *DJ* **de 20.02.1995)** 343

— EMENTA: ***Penal – Pena – Fixação.***
No Direito brasileiro não se admite a redução da pena abaixo do mínimo legal, por incidência de mera circunstância atenuante.
Recurso conhecido e provido. (*Recurso Especial* **n. 49.500-8-SP, Registro nº 94.0016622-2, Quinta Turma,** *DJ* **de 15.08.1994)** 348

— EMENTA: ***Penal e Processual Penal – Recurso especial – Lei n. 9.099/1995 – Suspensão condicional do processo – Majorante (crime continuado).***
Para a verificação dos requisitos da suspensão condicional do processo (art. 89), a majorante do *crime continuado* deve ser computada. (*Precedentes do STJ e do STF*).
Recurso provido. (*Recurso Especial* **n. 205.738-SP, Registro nº 99.0018212-0, Quinta Turma,** *DJ* **de 14.8.2000)** 351

Jurisprudência Cível

— EMENTA: ***Prescrição – Ação declaratória de nulidade de casamento – Bigamia.***
– A ação proposta com a finalidade de declarar-se a nulidade absoluta do casamento, por bigamia, é imprescritível.
– Recurso especial não conhecido. **(Recurso Especial nº 85.794-SP, Registro nº 96.0001873-1, Quarta Turma,** *DJ* **de 17.12.1999)** 357

— EMENTA: ***Ministério Público – Ação civil – Reparação de dano decorrente de crime.***
O artigo 68 do Código de Processo Penal não foi derrogado pelas Leis n. 4.215/1963 e 8.906/1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil). Razão de decidir de natureza infraconstitucional que se afasta, restando o fundamento constitucional, objeto de recurso extraordinário. **(Recurso Especial n. 115.923-SP, Registro n. 96.0077483-8, Terceira Turma,** *DJ* **de 28.8.2000)** 361

— EMENTA: ***Processual – Ação civil pública – Improbidade administrativa (Lei n. 8.429/1992) – Arresto de bens – Medida cautelar – Adoção nos autos do processo principal – Lei n. 7.347/1985, art. 12.***
1. O Ministério Público tem legitimidade para o exercício de ação civil pública (Lei n. 7.347/1985), visando reparação de danos ao Erário causados por atos de improbidade administrativa tipificados na Lei n. 8.429/1992.

2. A teor da Lei n. 7.347/1985 (art. 12), o arresto de bens pertencentes a pessoas acusadas de improbidade pode ser ordenado nos autos do processo principal. **(Recurso Especial n. 199.478-MG, Registro n. 98.0097989-1, Primeira Turma,** *DJ* **de 8.5.2000)** 365

— EMENTA: ***Mandado de segurança – Ensino público – Criança – Direito à educação - Ministério Público – Competência – Substituição processual – Lei n. 8.069/1990, art. 201, IX.***
– A teor do Código da Criança e do Adolescente, o Ministério Público não apenas está legitimado, mas "é competente". Vale dizer: tem o encargo legal de defender, em substituição processual, os interesses sociais da criança. **(Recurso Especial n. 212.961-MG, Registro n. 99.0039817-3, Primeira Turma,** *DJ* **de 18.9.2000)** 367

— EMENTA: ***Ação civil pública – Defesa do patrimônio público – Legitimidade do Ministério Público – Indisponibilidade de bens.***
I – "O Ministério Público possui legitimidade ativa para propor ação civil pública visando ao ressarcimento de danos causados ao patrimônio público por prefeito municipal." (REsp n. 159.231/**Humberto**).
II – A indisponibilidade patrimonial, na ação civil pública para ressarcimento de dano ao Erário, deve atingir bens na medida em que bastam à garantia da indenização. **(Recurso Especial n. 226.863-GO, Registro n. 99.0072899-8, Primeira Turma,** *DJ* **de 04.09.2000)** 369

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

— Legalidade da medida de indisponibilidade dos bens adquiridos antes da vigência da Lei nº 8.492/92, visando à garantia do ressarcimento dos danos causados ao Erário **(Emerson Garcia)** 379

NOTICIÁRIO

— CONAMP comemora 30 anos 391
— Falecimento do Procurador de Justiça, Dr. *Simão Isaac Benjó* 397
— Novas instalações para o Ministério Público 398
— OECPJ homenageia os novos Procuradores de Justiça 399
— XXIV Concurso para ingresso na classe inicial da carreira do Ministério Público 407
— Eleição para o OECPJ 410
— III Congresso Nacional dos Promotores do Júri 411
— Cerimônia de posse dos novos Promotores de Justiça (XXIV Concurso) 417
— Eleição na CAMPERJ 432
— AMPERJ homenageia os novos Promotores de Justiça 432
— Posse dos membros eleitos do OECPJ 441
— CAMPERJ completa 20 anos 447
— Auditório Procurador de Justiça *Simão Isaac Benjó* 448
— Novas instalações da Procuradoria-Geral de Justiça 450
— Homenagem ao Procurador-Geral de Justiça 451
— Estágio Forense do Ministério Público 452
— Homenagem aos novos Procuradores de Justiça 456

— Prêmio *Luiz Carlos Cáffaro* 459
— Quinto Constitucional 460
— Dia Nacional do Ministério Público 460
— Centro de Memória do Ministério Público 468
— AMPERJ comemora o Dia Nacional do Ministério Público 468
— Cooperativa de Crédito criada pela AMPERJ 469
— Nova Direção do CEPROJUS 470
— Novos Procuradores de Justiça (Período 1°/jul. a 31.dez.2001) 471
— Vitaliciamentos (Período 1°./ jul. a 31.dez.2001) 471
— Aposentadorias (Período 1°./jul. a 31.dez.2001) 472
— Falecimentos (Período 1°./ jul. a 31.dez.2001) 472
— Exonerações (Período 1°./ jul. a 31.dez.2001) 472

— Lista de Antigüidade dos Membros do Ministério Público/RJ (Em 31/12/2001) 475

— Lista de Membros Inativos do Ministério Público/RJ (Em 31/12/2001) 487

— Integrante do Superior Tribunal de Justiça oriundo do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (Em 31/12/2001) 491

— Integrantes do Tribunal de Justiça oriundos do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (Em 31/12/2001) 491

Agradecimento

A Direção da *Revista do Ministério Público* do Estado do Rio de Janeiro vem registrar os seus agradecimentos ao Promotor de Justiça

Daniel Lima Ribeiro

e aos Advogados

Glaucia de Souza Carneiro e *Samir José Caetano Martins*

pela inestimável e sempre generosa ajuda nos trabalhos de revisão nos textos deste exemplar.

DOUTRINA

Um novo direito para a nova economia: a evolução dos contratos e o Código Civil

ARNOLDO WALD (*)

"O nosso direito atual é uma curiosa mistura de instituições do antigo direito e daquelas que são exigidas por um novo regime. É uma obra de conciliação."
GEORGES RIPERT

"É útil conservar tudo que não é necessário destruir."
JEAN PORTALIS

ÍNDICE

I. *O sentido da nova economia*

II. *Um novo direito*

III. *A evolução do contrato*

IV. *Conclusões*

I. *O sentido da nova economia*

1. A grande ruptura do terceiro milênio consiste na criação, no reconhecimento e na generalização, no mundo inteiro, da nova economia, baseada no desenvolvimento tecnológico e na competição, mas também na globalização e na desmaterialização parcial da riqueza, com reflexos em todos os aspectos da sociedade e, inclusive, no direito.

2. Em primeiro lugar, a revolução no campo das telecomunicações e da informática permitiu uma aceleração da produção industrial e do comércio

interno e internacional, que jamais poderia ser concebida nos meados do século XIX. Passamos, em todos os campos de atividade, das progressões aritméticas para as progressões geométricas da ciência e da tecnologia, exigindo do indivíduo uma formação contínua e um poder de tomar decisões rápidas, que nem sempre se impunham no passado. Podemos, assim, definir a nossa era como sendo não somente a da "incerteza", à qual se referia GALBRAITH [1], ou da "descontinuidade", como a caracterizava PETER DRÜCKER [2], mas a da extrema velocidade e do desaparecimento das distâncias e das fronteiras.[3]

3. Essa transformação radical determinou também uma mudança da estrutura econômica, substituindo, algumas vezes, e, em geral, complementando os importantes fatores de produção do passado – matéria-prima, mão-de-obra barata e capital - por outro - o saber. É a razão pela qual, já nas últimas décadas do século XX, impunha-se a chamada "economia do saber" [4], que substituiu a esteira de produção em massa, baseada no trabalho repetitivo e mecânico de um grande número de operários, pelos *robots*, controlados por empregados qualificados, quiçá por engenheiros. Em vez de um sistema de regras rígidas aplicadas numa empresa de tipo piramidal e de inspiração quase militar, como o que foi concebido pelo fordismo e pelo sistema de divisão do trabalho e de administração científica das empresas defendido por TAYLOR, foi preciso admitir uma liberdade e uma criatividade mais ampla por parte de todos os que participam das redes de produção ou comercialização, ensejando a necessidade de fazer prevalecer a "empresa flexível", à qual alude ALVIN TOFFLER. [5]

4. Por outro lado, a globalização e a competição fizeram desaparecer os mercados fechados e cativos, que se mantinham com base na tradição ou, até, numa espécie de direito adquirido, com o monopólio de abastecer o consumo local, que existia em nosso país até 1990. A abertura comercial imposta pelas circunstâncias, a desregulamentação progressiva e a redução da intervenção do Estado burocrático e até do *Welfare State* fizeram com que viessem a prevalecer as regras do mercado. Neste sentido, a evolução econômica ensejou a modificação das políticas protecionistas de outrora e, finalmente, a criação de instituições internacionais e os tratados bilaterais e regionais reduziram as barreiras alfandegárias.

5. A luta contra a inflação e os orçamentos relativamente equilibrados, que a maioria dos países foi alcançando, assim como determinados tratados internacionais, também limitaram o poder do Estado de interferir na economia mediante subsídios ou até financiamentos de longo prazo a juros reduzidos. Quer tais modificações tenham ocorrido em virtude da formação de grupos regionais, como ocorreu na Europa, quer tenham sido adotadas para garantir a

---

[1] JOHN KENNETH GALBRAITH, *A era da incerteza*, São Paulo, Pioneira, 1982.

[2] PETER DRÜCKER, *The age of discontinuity: guidelines to our changing society*, New York, Harper e Row, 1968.

[3] FRANCES CAIRNCROSS, *The death of distance*, Boston, Harvard Business School Press, 1997, p. 303.

[4] PETER DRÜCKER, *Post-capitalist society*, New York, Harper Business, 1993, p. 232.

[5] ALVIN TOFFLER, *A empresa flexível*, São Paulo, Record, 1985.

estabilidade econômica e monetária, como foi o caso do Brasil e da Argentina, o resultado foi o mesmo, com dificuldades no curto prazo e a esperança de um maior desenvolvimento no médio e longo prazos.

6. Em todos os países, mesmo naqueles cujos governos têm formação socialista ou trabalhista, afirma-se que é preciso adotar uma economia de mercado, sem implantar uma sociedade dominada exclusivamente pelas leis do mercado. [6]

7. A nova economia prevê a possibilidade de cortar custos substanciais e aumentar conseqüentemente os lucros empresariais, multiplicando rapidamente a velocidade da comercialização dos produtos e dando uma nova escala à atividade negocial, pela possibilidade de alcançar um número ilimitado de clientes ou de fornecedores pela utilização da Internet.

8. Ao contrário da evolução de outras tecnologias, que se realizou gradual e progressivamente, a da Internet ensejou uma verdadeira ruptura com o passado, caracterizando o que alguns economistas denominaram a "destruição criadora" [7], pois a nova técnica tornou-se, no mundo hodierno, "tão vital quanto a respiração".

9. É interessante notar que a utilização da Internet e a conseqüente generalização dos contratos eletrônicos não se limitou a uma área geográfica determinada, embora a sua importância seja maior nos Estados Unidos. Na realidade, a Europa tem reagido rapidamente e, já agora, desde a China até os países da América Latina, a nova economia está presente, para se desenvolver e apresentar boas oportunidades, inclusive em setores cuja atividade, no passado, era considerada como necessariamente artesanal, como a educação, a saúde e até a prestação de serviços jurídicos.

10. A nova economia pode até modificar o equilíbrio das forças mundiais, permitindo a alguns países menos desenvolvidos que recuperem o seu atraso, pulando determinadas etapas e utilizando mais adequada e generalizadamente as novas tecnologias.

11. Examinando a matéria, RUDIGER DORNBUSCH chegou a escrever que:

> *"Apesar das quedas no mercado acionário, a nova economia alcançou a maioridade. Ela não oferece uma*

---

[6] Convergem neste sentido posições de políticos de esquerda e de pensadores independentes. O *slogan* do *Premier* francês LIONEL JOSPIN é o seguinte: "A favor da economia de mercado, não à sociedade de mercado." Por sua vez, TONY BLAIR se coloca a favor de uma parceria entre a eficiência econômica e a justiça social, pretendendo reconciliar a esquerda com o capitalismo (*Les Échos*, 8.11.1999, pp. 2-3). A chamada "terceira via" procura construir um liberalismo social, ou seja, uma democracia social modernizada, ou ainda uma solução "social-liberal", à qual se refere MIGUEL REALE (*Estado de São Paulo* de 17.4.1999), em seu artigo intitulado "O capitalismo na encruzilhada".

[7] A expressão é de JOSEPH SCHUMPETER, que a considera como elemento fundamental da mudança nas economias capitalistas, em decorrência do deslocamento de um produto ou de um processo tecnológico, em virtude da atuação de um empresário que, assim, substitui aquele que dominava uma certa área do mercado. A ela se refere ROBERT HEILBRONER (*Twenty-first century capitalism*, UCL Press, 1992, p. 38).

fórmula mágica de enriquecer; não dobra a taxa de crescimento; não se dá pelo simples fato de respirarmos o ar. A nova economia significa trabalho duro; seus milagres são limitados, porém reais. Em vários lugares, ela vira o mundo de cabeça para baixo: a Finlândia como um centro de alta tecnologia, a Alemanha ficando para trás porque a mudança é vista com maus olhos, a decadente economia japonesa resgatada pelo seu formidável potencial tecnológico."[8]

12. Por sua vez, o historiador ERIC HOBSBAWN concluiu, em recente entrevista, que:

> "A força intelectual e de informação está muito concentrada. É possível superar isso; o Japão conseguiu e, provavelmente, a China conseguirá. Na minha visão, a Índia também tem boas chances de êxito em certas áreas porque é um país com uma grande tradição intelectual na área do pensamento abstrato." [9]

13. É ainda preciso ponderar que um dos efeitos da nova economia tem sido a multiplicação das parcerias, sob todas as suas formas, abrangendo desde as fusões e incorporações até os vários tipos de *joint-ventures* e as aquisições de controle consensuais ou litigiosas. De um lado, podemos afirmar que os grupos societários substituíram a sociedade anônima e que, seja pela sua natureza, seja pela sua atividade, as empresas tiveram de deixar de ser locais, para se tornarem nacionais, binacionais ou multinacionais. De outro lado, competidores e concorrentes se uniram, muitas vezes, para fins específicos, substituindo a anterior luta pela conquista do mercado alheio por uma colaboração em determinadas atividades de pesquisa ou comercialização, ou ainda para atuarem conjuntamente em certos países ou regiões. O espírito da parceria modificou profundamente as relações entre as partes, multiplicando-se o mesmo entre o Estado e as empresas privadas, entre fornecedores, uns com os outros ou com consumidores, entre empresas de países distintos, entre distribuidores de mercadorias, entre instituições de fim lucrativo e outras sem essa finalidade. [10]

---

[8] RUDIGER DORNBUSCH, "Não dê a nova economia como morta", in *Folha de São Paulo* de 11.6.2000, p. A3.

[9] ERIC HOBSBAWN, entrevista intitulada "Sociedade de incertezas", in *Folha de São Paulo* de 11.6.2000.

[10] ARNOLDO WALD, ALEXANDRE DE M. WALD e LUIZA RANGEL DE MORAES, *O direito de parceria e a nova lei de concessões*, com prefácio do Presidente FERNANDO HENRIQUE CARDOSO, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996.

14. Outro efeito relevante das recentes transformações econômicas foi uma verdadeira revolução cultural, em virtude do abandono do texto escrito como sendo o único documento vinculatório do ponto de vista jurídico. Efetivamente, a idéia do texto escrito está ligada à origem da história da humanidade que conhecemos, pois até os Dez Mandamentos pressupunham um texto escrito. Quer a inscrição se fizesse na pedra, no papiro ou no papel, à mão ou utilizando a impressão, o documento escrito era condição básica de qualquer pacto, compromisso ou contrato que se revestisse de importância e seriedade. Por mais relevantes que pudessem ser as palavras rituais, que eram exigidas, em numerosos casos, no direito antigo e atualmente só são imperativos em casos excepcionais (como o do art. 194 do Código Civil, que se refere ao casamento), o documento escrito passou a ser, há longos séculos, a principal forma de manifestação da vontade das partes. Assim, o ato de declaração de vontade de contratantes constava sempre de um documento por eles subscrito. A nova economia, admitindo a assinatura eletrônica, constitui, pois, uma modificação cultural da maior importância e que deve refletir-se na própria formação e educação das novas gerações, além de exigir profunda alteração legislativa.

15. Finalmente, é preciso salientar que não há antagonismo, mas simples complementação entre a nova e a velha economia. É o que se evidencia pela utilização de instrumentos da nova economia por empresas tradicionais e, por outro lado, pela fusão ou incorporação, especialmente no campo da informação e do lazer, de entidades pertencentes cada uma a um dos dois grupos. Pode-se afirmar, assim, que existe uma ponte, cada vez mais ampla, entre as duas economias, pois numa - a velha - se dá maior ênfase ao passado da empresa, aos bens materiais e às suas possibilidades atuais, enquanto na outra - a nova - se valoriza basicamente a porção do mercado que ocupa e a sua criatividade, ou seja, em grande parte, bens imateriais e perspectivas futuras.

16. Na realidade, a prevalência dos bens imateriais, abrangendo *know how* e novas tecnologias, e a experiência de uma equipe fazem avaliar as empresas pelo seu futuro, ou seja, pela sua capacidade de gerar lucros, envolvendo uma verdadeira revolução para economistas, auditores e juristas.

17. Num processo dialético, podemos até conceber a velha economia como sendo a tese, a nova, a antítese, e a simbiose de ambas, a síntese que já está ocorrendo e deverá consolidar-se no futuro. Trata-se, agora, de compatibilizar os instrumentos jurídicos de ambas, para que a inovação não signifique um risco incomensurável, mas para que este possa ser limitado por técnicas jurídicas adequadas, sejam elas já existentes e tradicionais ou ainda não concebidas e devendo ser construídas pelos juristas, dentro de uma revisão da dogmática jurídica.

II. *Um novo direito*

> "É mais fácil substituir, nas usinas, material envelhecido por máquinas novas do que substituir

uma aparelhagem jurídica tradicional pela nova ordem jurídica."

GEORGES RIPERT [11]

18. No momento em que o Brasil ingressa no terceiro milênio, comemorando quinhentos anos do seu descobrimento, os meios jurídicos e a opinião pública reconhecem a necessidade de uma grande reforma no plano do direito. Após ter restaurado o regime democrático e conquistado, nos últimos cinco anos, a estabilidade monetária, abrindo a sua economia, o país precisa agora alcançar a estabilidade jurídica que dê ao cidadão um mínimo de garantias quanto ao seu presente e seu futuro, permitindo o planejamento empresarial a curto, médio e longo prazos, que caracteriza o Estado de Direito no mundo hodierno.

19. Por outro lado, a renovação do direito se impõe, com as grandes reformas nos planos tributário, previdenciário, administrativo e judiciário, a fim de modernizar as suas instituições e compatibilizá-las com uma economia dinâmica, que possa competir com a das outras nações, assegurando, assim, a todos os cidadãos um nível digno de vida.

20. Revendo a nossa história, verificamos que a República ensejou a elaboração da Constituição de 1891 e do Código Civil, cujo projeto data do fim do século passado, refletindo a sociedade rural da época, ainda dominada pelo chamado "privatismo doméstico", e que ORLANDO GOMES considerou atingido de "uma senilidade precoce" [12]. Meio século depois, os anos quarenta permitiram a implantação do direito do trabalho, a renovação do processo e do direito penal, a modernização do direito societário e falimentar, retratando a fase inicial do nosso capitalismo industrial. Em seguida, nas décadas de sessenta e setenta, a reforma bancária de 1964 e a nova lei societária de 1976 indicavam os novos rumos do país, que pretendia alcançar o nível de potência econômica mundial.

21. Atualmente, a ruptura tecnológica e as transformações características de um mundo que foi considerado como sendo o da mudança constante [13] e da imprevisibilidade ensejaram, com a revolução tecnológica nas comunicações e a Internet, a nova economia, que, como vimos, subsiste ao lado da velha e, muitas vezes, com ela se funde ou a complementa. Essa terceira revolução industrial [14] modifica tanto a estrutura social e a própria concepção do trabalho quanto o fez a do século passado. O papel da informática como catalisadora das mudanças estruturais no mundo de hoje é tão ou mais importante quanto foi o da eletricidade e da máquina a vapor no século passado. E do mesmo modo que já se disse que a sociedade anônima foi o grande instrumento jurídico dos progressos realizados no passado [15], os grupos societários e as novas técnicas jurídicas, concebidas

---

[11] GEORGES RIPERT, *Aspectos jurídicos do capitalismo moderno*, tradução brasileira, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1947, p. 56.

[12] ORLANDO GOMES, *A crise do direito*, São Paulo, Max Limonad, 1953, p. 286.

[13] CHARLES HANDY, *Tempo de mudanças: a descontinuidade administrativa num mercado competitivo*, tradução de RICARDO GOUVEIA, São Paulo, Saraiva, 1996, p. 206.

[14] BRUNO LUSSATO, *La troisième révolution*, Paris, Plon, 1999.

[15] GEORGES RIPERT, *Aspectos jurídicos do capitalismo moderno*, já citado, p. 59.

tanto pelo legislador como pela jurisprudência e pela prática, apresentam-se, atualmente, como os instrumentos necessários para alcançar o desenvolvimento sustentado. [16]

22. Novas formulações jurídicas hão de ser criadas, outros equilíbrios devem ser encontrados, no plano dos contratos, da família, da sociedade e do próprio Estado, para que o direito não seja uma espécie de camisa-de-força que impeça a boa utilização das novas tecnologias e da própria globalização, criando-se, ao contrário, um clima de cooperação entre homens e países, dominado pela ética.

23. Se desapareceu o mundo da segurança que alguns autores acreditavam que ainda existia no fim do século XIX [17], no momento em que foi concebido o nosso Código Civil, uma adaptação deve ser feita, mantendo aquilo que pode ser duradouro e permanecer, abandonando o que se tornou obsoleto e criando as novas estruturas jurídicas que a sociedade exige.

24. Se a revolução econômica e tecnológica é inegável, cabe ao jurista acompanhá-la, revendo até as premissas da dogmática jurídica, reconhecendo as mudanças que estão ocorrendo e adotando as novas medidas que se impõem num mundo no qual muitas das situações conflitantes do passado, entre nações, empresas e indivíduos, estão sendo substituídas por parcerias por eles realizadas no interesse comum.

25. No campo profissional, as universidades se unem às empresas e magistrados e advogados se encontram com professores e congressistas para tentar, mediante soluções consensuais, encontrar os novos caminhos que, também no plano do direito, o Brasil precisa trilhar, com urgência e coragem, para deixar de ser o país do futuro [18] e das esperanças, para ser o das realizações. [19]

26. Do mesmo modo que se tem caracterizado o novo capitalismo pela existência de uma "destruição criadora", pode-se pensar na caracterização do novo direito como uma verdadeira criação ou construção interpretativa que, conforme o caso, complemente ou até substitua as normas vigentes ou a interpretação que a doutrina e a jurisprudência lhes davam ou ainda lhes dão. [20]

27. Há, evidentemente, em nosso país, um contraste flagrante entre o acelerado desenvolvimento econômico e tecnológico e, de outro lado, a lentidão das reformas políticas e jurídicas. Alguns sociólogos opõem "os dois Brasis" [21], o Brasil moderno e o Brasil arcaico, com base no desenvolvimento regional,

---

[16] ARNOLDO WALD, "O direito do desenvolvimento", in *Revista Forense*, vol. 220, p. 421 e seg. e "Algumas considerações sobre as sociedades coligadas e os grupos de sociedades", in *A nova lei das sociedades anônimas*, publicação da Secretaria da Fazenda de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1977, p. 123 e seg.

[17] STEFAN ZWEIG, *O mundo que eu vi*, Rio de Janeiro, Guanabara, 1942, p. 15 e seg.

[18] STEFAN ZWEIG, *Brasil, país do futuro*, tradução de ODILON GALLOTTI, Rio de Janeiro, Guanabara, 1941, p. 323.

[19] IVAN PEDRO DE MARTINS, *O amanhã é hoje*, Rio de Janeiro, Record, p. 197.

[20] ARNOLDO WALD, "A revolução e os juristas", in *Digesto Econômico*, nº 181, pp. 119-121, e *O direito da crise*, in *Revista de Informação Legislativa*, nº 82, pp. 83-86.

[21] JACQUES LAMBERT, *Os dois Brasis*, 12ª ed., São Paulo, Nacional, 1984.

chegando outros a comparar o nosso país com uma simbiose da Índia e Bélgica, em virtude da diferença do PIB *per capita* no Norte/Nordeste e no Centro/Sul. Do mesmo modo, caberia distinguir o Brasil moderno do mundo industrial e financeiro e o Brasil arcaico da política que, algumas vezes, ainda está inspirada nas capitanias hereditárias e no coronelismo. O nosso direito revela essas duas faces – a obsoleta e a moderna – cabendo ao jurista conciliá-las e ser um catalisador da verdadeira revolução cultural que está ocorrendo.

28. Assim, o Brasil sofre simultaneamente duas grandes transformações, a decorrente da globalização, que ensejou a nova economia, e a que é conseqüência da integração nacional das várias regiões do país com as suas peculiaridades.

29. Finalmente, o direito deve servir de ponte entre a economia moderna e a política arcaica, pois abrange regras tradicionais e outras inovadoras, que devem formar um sistema único, racional e coerente, não podendo subsistir sob a forma de uma colcha de retalhos.

30. Por outro lado, na medida em que a evolução das atividades econômicas contribui para tornar mais complexas as regras jurídicas, a criatividade jurídica do advogado tornou-se, no mundo hodierno, uma verdadeira vantagem competitiva, que tem inclusive justificado a preferência pela utilização, em todos os países, de sistemas jurídicos mais flexíveis e adaptados à mudança. [22]

31. Dentro desse contexto, o direito privado se torna uma verdadeira força que assegura a melhor *performance* da empresa, considerada como centro da economia contemporânea [23], a possibilidade de atrair capitais nacionais e estrangeiros e, conseqüentemente, a riqueza das nações e o aprimoramento das condições de vida na sociedade. E o direito público passa a ser um instrumento da reforma do Estado e da nova estruturação dos serviços públicos, que deve prestar de modo eficiente, para cumprir a sua função constitucional em todos os campos de atividade, assegurando a todos os cidadãos uma vida digna num clima de segurança.

32. Do mesmo modo que nas fases da Independência, da Proclamação da República e, mais recentemente, por ocasião do papel social que o Estado passou a ter na fase do Estado Novo, implantou-se uma nova legislação, cabe hoje uma revisão do sistema jurídico aplicável à nova sociedade na qual passamos a viver. Podemos até afirmar que a abertura da economia e a volta ao regime democrático significaram para o Brasil senão uma revolução, ao menos um "*New Deal*" entre o Estado e a sociedade, com sentido diferente mas com a mesma importância histórica que teve, nos Estados Unidos, o implantado por ROOSEVELT, na década de 1930. A nova sociedade exige, pois, um novo direito, uma nova dogmática jurídica.

---

[22] É um dos motivos que explica que a globalização ensejou a aplicação generalizada do direito anglo-americano nos contratos internacionais. Em seminário realizado em Paris e organizado pelo Senado francês no início do corrente ano, foi salientado que o direito passou a ser um fator de competitividade econômica (*Les Echos*, 7.3.2000).

[23] ARNOLDO WALD, "Novas perspectivas da empresa", in *Digesto Econômico*, fevereiro 1995, p. 2 e seg.

33. Assim, tanto quanto ou ainda mais do que na segunda metade do século XX, quando foram proferidas, são da maior atualidade as palavras de SAN TIAGO DANTAS, quando pregava a construção de uma nova dogmática jurídica, nos termos seguintes:

> *"Não haveria, talvez, exagêro em dizer que a obra fundamental reservada ao pensamento jurídico dos nossos dias é, pois, a renovação da antiga Dogmática. No Brasil, como em todos os países, vivemos um momento de dualidade teórica que urge ultrapassar. A visão do Direito objetivo que muitos juristas conservam e defendem é a de um sistema harmônico de normas de Direito comum, em tôrno do qual cresce a congérie das normas de Direito especial, caprichosas, contraditórias e efêmeras. A doutrina abona e explica as primeiras; para as segundas, temos de cair numa positividade estreita, pois, não se reconhece estrutura doutrinária capaz de lhes dar continuidade e coerência.*
>
> *É essa visão que precisa ser substituída, nos livros de doutrina, no ensino universitário, no fôro, nos trabalhos legislativos, por uma outra capaz de se adaptar à renovação do Direito positivo, e de buscar, por igual, nos Códigos e nas leis especiais, os elementos com que se retificarão os conceitos técnicos e o próprio sistema, e numa palavra, a nova Dogmática Jurídica."* [24]

34. Depois de analisar os traços básicos da nova economia e a função do direito como catalisador do desenvolvimento, cabe examinar a evolução do contrato, o seu passado, o seu presente e o seu futuro.

III. *A evolução do contrato*

35. Poucos institutos sobreviveram, por tanto tempo, e se desenvolveram sob formas tão diversas quanto o contrato, que se adaptou a sociedades com estruturas e escalas de valores tão distintas quanto as que existiam na Antigüidade, na Idade Média, no mundo capitalista e no próprio regime comunista. [25]

36. Para os juristas, magistrados e advogados brasileiros, ainda acostumados aos princípios do Código Civil vigente, mesmo quando flexibilizados pelas

---

[24] F. C. DE SAN TIAGO DANTAS, *Nova dogmática jurídica*, Revista Forense, nº 98, p. 293.

[25] F. C. DE SAN TIAGO DANTAS, "Evolução contemporânea do direito contratual", *Revista Forense*, nº 139, pp. 5-13; e RENÉ DAVID, *Traité élémentaire de droit comparé*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1950, p. 328.

chamadas leis extravagantes, o atual projeto de Código Civil apresenta um contrato sob novas vestimentas, com finalidades e regime jurídico que se afastam do nosso direito clássico, justificando uma reflexão sobre a matéria.

37. Na realidade, o contrato nasceu formalista e típico no direito romano, para transformar-se num instrumento válido pelo fato de ser uma manifestação de vontade do indivíduo e, em conseqüência, um instrumento vinculatório, que fazia o papel da lei entre as partes, na concepção dos enciclopedistas que inspiraram a Revolução Francesa e o Código Civil.

38. Por longo tempo, entendeu-se que os pactos deviam ser respeitados (*pacta sunt servanda*), pois refletiam um ato de liberdade individual. O contrato, pela sua própria natureza, por decorrer de um acordo de vontades, devia ser considerado justo e, conseqüentemente, era intangível, devendo ser executado, custasse o que custasse, de acordo com a intenção das partes, ressalvados, tão-somente, os casos excepcionais da força maior e do caso fortuito.

39. Podendo transferir a propriedade no sistema franco-italiano, ou não podendo fazê-lo no direito alemão e na legislação brasileira, o contrato foi, certamente, o grande instrumento jurídico do capitalismo incipiente que dominou o mundo até o fim da Primeira Guerra Mundial.

40. Com o advento do comunismo na Rússia e da Constituição de Weimar na Alemanha, o sopro do socialismo, sob as suas diversas formas e com densidades distintas, abalou, em parte, a mística contratual sedimentada pelo Código Napoleão, sem que, todavia, o contrato perdesse a sua função e utilidade.

41. Surgiram, aos poucos, as limitações tanto à liberdade de contratar, ou de não contratar, quanto à liberdade contratual, ou seja, à fixação do conteúdo do contrato. Embora se mantivesse, como regra geral, a onipotência da vontade individual, com a possibilidade de criação dos mais variados contratos inominados, atípicos e mistos, o legislador, ampliando a área da ordem pública econômica, foi restringindo o conteúdo da autonomia da vontade.

42. A liberdade, no plano contratual, tem sofrido amplas restrições, especialmente no tocante à faculdade de fixar o conteúdo do contrato (liberdade contratual), pois muitos contratos são, hoje, verdadeiros contratos de adesão, cujo texto depende de aprovação prévia de organismos governamentais, ou nos quais, tratando-se de contratos de massa, o aderente não tem condições de discutir as cláusulas. Quanto à liberdade de contratar, tem sido mantida em termos gerais, embora, em determinados casos, possa constituir infração à lei o fato de deixar de vender determinado artigo, por considerar o sistema legislativo vigente tais omissões como contrárias à ordem econômica estabelecida.

43. Em tese, a liberdade contratual só sofre restrições em virtude da ordem pública, que representa a projeção do interesse social nas relações interindividuais. O *ius cogens*, o direito imperativo, defende os bons costumes e a estrutura social, econômica e política da comunidade. Em determinada fase, a ingerência da ordem pública em relação aos contratos se fazia sentir tão-somente ou principalmente pelo combate à usura, proibindo as leis medievais as diversas formas de agiotagem. Quanto aos outros contratos, poucas eram as limitações, até o século XIX.

44. As idéias solidaristas e socialistas e a hipertrofia do Estado levaram, todavia, o direito ao dirigismo contratual, expandindo-se a área das normas de ordem pública destinadas a proteger os elementos economicamente fracos, favorecendo o empregado, pela criação do direito do trabalho, o inquilino, com a legislação sobre locações, e o consumidor, por uma legislação específica em seu favor. Por outro lado, o *dirigismo contratual* restringiu a autonomia da vontade, em virtude da elaboração de uma série de normas legislativas, fixando princípios mínimos que os contratos não podem afastar (salário mínimo, tabelamento de gêneros alimentícios, fixação de juros).

45. O contrato passou, assim, em certos casos, a ter um conteúdo de ordem pública, decorrente da lei, podendo alcançar até pessoas que nele não foram partes, como ocorre na convenção coletiva de trabalho. Temos, então, uma *convenção-lei*, definida como "um ato legislativo, elaborado por via convencional".

46. A obrigatoriedade dos contratos constitui, por sua vez, uma projeção, no tempo, da liberdade contratual, pois as partes são obrigadas a realizar as prestações futuras decorrentes do contrato. O direito contemporâneo limitou, todavia, também tal obrigatoriedade, interpretando-a de acordo com a cláusula implícita *rebus sic stantibus*, ou seja, enquanto as situações das partes não sofrerem modificações substanciais, e permitindo, no caso de haver tais transformações imprevisíveis, uma revisão ou a resolução do contrato.

47. Durante muito tempo, considerou-se que o contrato normalmente compunha interesses divergentes, que nele encontravam uma forma de solução, como acontece nos casos da compra e venda, da locação, da empreitada *etc.* Os contratos que constituem liberalidades são relativamente menos importantes e só recentemente é que a doutrina foi admitindo a importância crescente dos chamados contratos de colaboração, que existem tanto no direito privado quanto no direito público.

48. Nos últimos anos, deixou-se, no entanto, de conceber o contrato como necessariamente decorrente ou representativo de interesses antagônicos, chegando os autores e a própria jurisprudência a admitir, inicialmente nos contratos de longo prazo mas, em seguida, em todos eles, a existência de uma *affectio* - a *affectio contractus*, com alguma semelhança com outras formas de colaboração como a *affectio societatis* ou o próprio vínculo conjugal.

49. Em vez de adversários, os contratantes passaram, num número cada vez maior de contratos, a ser caracterizados como parceiros, que pretendem ter, um com o outro, uma relação equilibrada e eqüitativa, considerando os ideais de fraternidade e justiça. Já no início do século, alguns autores, como RENÉ DEMOGUE, referiam-se ao contrato como sendo "uma união de interesses equilibrados, um instrumento de cooperação leal, uma obra de confiança mútua" [26]. Mais recentemente, outros autores franceses desenvolveram a tese

---

[26] RENÉ DEMOGUE chega a caracterizar a relação entre o credor e o devedor como sendo um verdadeiro microcosmo, uma sociedade na qual ambas as partes devem trabalhar para atingir um fim comum, surgindo entre eles um dever de colaboração (RENÉ DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1931, t. VI, nº 3, p. 9).

da equação contratual, inspirada no direito administrativo, para vislumbrar no contrato um ponto de equilíbrio necessário, ou seja, um instrumento de colaboração, entre os contratantes, no interesse de ambos e da própria sociedade.

50. Há, pois, uma evolução na qual, após termos abandonado a caracterização do contrato como manifestação ilimitada da liberdade individual, demos a ele uma nova conceituação em que prepondera, ou deve preponderar, sobre a intenção e a vontade individual de cada um dos contratantes o consenso que entre eles se formou, sem que seja lícito, a qualquer um deles, tirar uma vantagem maior do que a racionalmente aceitável, no momento tanto da celebração do contrato como em todo o período da sua execução, quando se trata de convenções com efeitos duradouros ou diferidos.

51. No passado, o contrato permitia às partes evitar todos os riscos futuros, garantindo-lhes a imutabilidade das prestações convencionadas e a sobrevivência da convenção diante de fatos imprevistos, mesmo quando alteravam substancialmente a equação contratual. Hoje, o contrato perdeu essa perenidade, mas ganhou em flexibilidade, sacrificando-se alguns benefícios eventuais ao interesse comum das partes e ao interesse social.

52. Em recente estudo, pretendeu-se que o contrato, no passado, era uma espécie de bolha ou uma ilha, independente, alheia aos acontecimentos e prevalecendo sobre as eventuais modificações fáticas e legislativas. Atualmente, o contrato se transformou num bloco de direitos e obrigações de ambas as partes, que devem manter o seu equilíbrio inicial, e num vínculo ou até numa entidade.[27] Vínculo entre as partes, por ser obra comum das mesmas, e entidade, constituída por um conjunto dinâmico de direitos, faculdades, obrigações e eventuais outros deveres, que evolui como a vida, de acordo com as circunstâncias que condicionam a atividade dos contratantes.

53. Assim, em vez do contrato irrevogável, fixo, cristalizado de ontem, conhecemos um contrato dinâmico e flexível, que as partes devem adaptar para que ele possa sobreviver, superando, pelo eventual sacrifício de alguns dos interesses das partes, as dificuldades encontradas no decorrer da sua existência. A plasticidade do contrato transforma a sua própria natureza, fazendo com que os interesses divergentes do passado sejam agora convertidos numa verdadeira parceria, na qual todos os esforços são válidos e necessários para fazer subsistir o vínculo entre os contratantes, respeitados, evidentemente, os direitos individuais.

54. Dentro desse conceito de parceria, admite-se a anulação do contrato por lesão, a sua resolução ou a sua revisão em virtude da excessiva onerosidade, a cessão do contrato e a assunção da posição contratual, a oponibilidade das cláusulas contratuais a terceiros não contratantes, a relação de dependência que se estabelece entre contratos conexos e subordinados uns aos outros[28], inclusive com a eventual substituição de cláusulas e a mitigação das sanções.

---

[27] J. Mestre, "L'évolution du contrat em droit privé français", in *L'évolution contemporaine des contrats, Journées Savatier*, 1985, Paris, Presses Universitaires de France, 1986, p. 45 e seg.

[28] Bernard Teyssié, *Les groupes de contrats*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1975, *passim*, e Georges Virassamy, *Les contrats de dépendance*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1986, *passim*.

55. Trata-se de uma verdadeira nova concepção do contrato, já agora como ente vivo, como vínculo que pode ter um conteúdo variável, complementado pelas partes, por árbitros ou até pelo Poder Judiciário, e no qual, ao contrário do que acontecia no passado, a eventual nulidade ou substituição de uma cláusula não põe necessariamente em perigo toda a estrutura da relação jurídica. Estas modificações surgiram tanto na jurisprudência quanto em virtude do trabalho doutrinário realizado pela extensão que se deu do conceito de boa-fé [29] e pelas obrigações implícitas de leal execução do contrato, significando um dever, imposto às partes, de encontrar uma solução para os eventuais impasses que possam surgir. Por outro lado, também exerceram importante influência sobre a nova conceituação do contrato as normas extravagantes e as chamadas leis de emergência, assim como de certos ramos mais recentes da ciência jurídica, como o direito do consumidor e o desenvolvimento que passou a ter a equação contratual no direito administrativo. [30]

56. Num mundo em que nada mais é absoluto, o contrato, para subsistir, aderiu ao relativismo, que se tornou condição *sine qua non* da sua sobrevivência no tempo, em virtude da incerteza generalizada, da globalização da economia e da imprevisão institucionalizada. A indeterminação das prestações contratuais, que era inconcebível no passado, também está vinculada à inflação, à oscilação do câmbio e às rápidas mudanças tecnológicas, fazendo com que as partes adotem determinados critérios para definir os seus direitos, aceitando prestações indeterminadas no momento da celebração do contrato, mas determináveis no momento de sua execução.

57. Por outro lado, a eventual necessidade de substituir certas cláusulas contratuais, sem afetar as bases da equação contratual, obrigou os contratantes e os juristas a realizarem uma verdadeira sintonia fina para distinguir as cláusulas principais ou essenciais das demais, destacando aquelas sem a presença das quais o contrato não teria sido assinado das que foram consideradas inicialmente como meramente complementares ou acessórias. Por outro lado, cabe-lhes verificar se as eventuais mutações sofridas pelas cláusulas principais permitem manter a equação contratual inicial ou se, ao contrário, as modificações surgidas no contexto tornam imperativa a resolução do mesmo.

58. O contrato, realidade viva, forma de parceria, com direitos e obrigações relativas, constitui uma verdadeira novidade para os juristas clássicos, mas decorre de um imperativo categórico do mundo de hoje que é, como vimos, caracterizado como sendo o da descontinuidade, da incerteza e da mudança. Assim, autores recentes puderam afirmar que as regras do direito dos contratos

---

[29] Judith Martins - Costa, *A boa-fé no direito privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, e Arnoldo Wald, "La bonne foi: dans l'exécution du contrat, rapport brésilien", in *Travaux de L'Association Henri Capitant, XLIII, La bonne foi (journées louisianaises)*, Paris, Litec, 1994, pp. 252-264.

[30] Arnoldo Wald, "O equilíbrio econômico e financeiro no direito brasileiro: a contribuição do professor Caio Tácito", in Carlos Alberto Menezes Direito (org.), *Estudos em homenagem ao prof. Caio Tácito*, Rio de Janeiro, Renovar, 1997, pp. 75-97.

se tornaram relativas, pois "o contrato é mais ou menos obrigatório, mais ou menos oponível, mais ou menos sinalagmático ou mais ou menos aleatório e uma nulidade ou uma resolução é mais ou menos extensa". [31]

59. Por longo tempo, manteve-se a estrutura tradicional do contrato, considerando como exceções as regras que, aos poucos, estavam alterando a escala de valores em que se fundamentou. A generalização das exceções está agora exigindo uma reformulação do regime jurídico do contrato, pois não houve tão-somente modificações técnicas, mas uma verdadeira mudança de concepção, que exige uma reformulação dogmática. Trata-se de passar do absoluto para o relativo, sem perder um mínimo de segurança, que é indispensável ao desenvolvimento da sociedade, e respeitando os princípios éticos.

60. Se, há meio século, uma parte dessa evolução já tinha ocorrido, os juristas da época ainda podiam admitir que os remendos necessários eram de pequena monta, admitindo soluções cosméticas.

61. Já no início do terceiro milênio, é preciso reconhecer que o contrato, para sobreviver, exige o reconhecimento de uma nova estrutura. Efetivamente, o número de exceções à aplicação dos princípios gerais do contrato clássico já alcança um nível que não mais permite fazer com que prevaleçam as regras gerais, sob pena de ensejar o predomínio da ficção sobre a realidade.

62. Em certo sentido, foi essa revolução dogmática que encontramos em vários dos artigos do Projeto do Código Civil, já aprovado pelo Senado e em fase de votação na Câmara dos Deputados. Assim, por exemplo, o legislador, inspirado no texto constitucional, atribui expressamente ao contrato uma função social, limitando a liberdade de contratar em razão da mesma, ao mesmo tempo em que considera a lesão como causa de anulação dos negócios jurídicos e admite a resolução ou a revisão do contrato por excessiva onerosidade, seguindo o exemplo do *Codice Civile* italiano.

63. Quanto à função social do contrato, por si mesma, em nada altera o respectivo regime jurídico, que já repelia o abuso de direito, com base no próprio Código Civil e em virtude de construção jurisprudencial e da norma constitucional de 1988. Efetivamente, a partir do momento em que o direito constitucional brasileiro considerou que a propriedade tinha uma função social (art. 5°, XXIII), tendo a palavra propriedade uma conceituação ampla, o mesmo princípio haveria de ser aplicado aos direitos de créditos, ou seja, às obrigações e, conseqüentemente, aos contratos. Assim, à primeira vista, em termos gerais, pode-se considerar que o Projeto se limitou a explicitar uma norma constitucional e a ratificar tanto a legislação anterior quanto a construção jurisprudencial.

64. Deve-se, entretanto, ponderar que a função sócial do contrato não deve afastar a sua função individual, cabendo conciliar os interesses das partes e da sociedade. Assim, os direitos contratuais, embora exercendo uma função social, constituem direitos adquiridos (art. 5°, XXXVI) e gozam, nos termos da

---

[31] P. Malaurie e L. Aynes, referidos por Cathérine Ghibierge-Guelfucci, no seu excelente artigo intitulado "Libres propos sur la transformation du droit des contrats", publicado na *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, abril-junho 1997, n° 2 (do ano), p. 363, nota 45.

Constituição, da proteção do devido processo legal substantivo (art. 5°, LIV), em virtude do qual ninguém pode ser privado dos seus bens - e dos seus direitos que também se incluem entre os bens - sem o devido processo legal. Com essa interpretação, que é a única aceitável em nosso regime constitucional, a inovação do Projeto não põe em risco a sobrevivência do contrato, como manifestação da vontade individual e acordo entre partes interessadas para alcançar um determinado objetivo, por elas definido em todos os seus aspectos.

65. Por outro lado, a lesão já foi reconhecida no direito brasileiro anterior ao Código Civil e a ela se refere a legislação de economia popular. Trata-se, agora, no Projeto, de caracterizá-la como um dos vícios da vontade que enseja a anulação dos atos jurídicos em geral e dos contratos em particular. É matéria que mereceria ser definida com maior precisão, tanto mais que, anteriormente, havia referência aos diversos tipos de lesão, como, por exemplo, a lesão enorme ou até enormíssima.

66. Finalmente, o dinamismo dos contratos fez com que o legislador admitisse a resolução dos mesmos por excessiva onerosidade e a revisão dos contratos unilaterais pelo mesmo motivo. É preciso lembrar que, seguindo o modelo italiano, o Projeto considera que só se justifica a resolução por onerosidade excessiva, que incide sobre um dos contratantes, quando também ocorre uma extrema vantagem para o outro. O Projeto admite que haja revisão do contrato se o réu, na ação de resolução, modificar eqüitativamente as condições do contrato. Talvez, aliás, o legislador pudesse ser mais explícito no caso, subordinando a possibilidade de revisão ao enriquecimento indevido ou excessivo do outro contratante.

67. Nos contratos nos quais as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá a mesma pleitear a redução de sua prestação ou a alteração do modo de execução, a fim de evitar a onerosidade excessiva. Nesta última disposição, não há referência à extrema vantagem do outro contratante, cabendo, todavia, ao intérprete considerar que é uma condição necessária da revisão, pois os dois artigos que tratam da matéria devem ser interpretados construtiva e sistematicamente.

68. Na realidade, diante de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, melhor seria admitir simplesmente que se mantivesse a equação contratual, ou seja, a relação inicialmente estabelecida entre as partes, permitindo, outrossim, que, especialmente nos contratos aleatórios, se pudesse convencionar o afastamento da teoria da imprevisão, pela própria natureza e finalidade do negócio jurídico.

69. Também em relação à imprevisão, o Projeto não chega a inovar radicalmente, por já existir a revisão legalmente prevista em determinados contratos, como os de locação comercial, e ter sido a mesma generalizada pela jurisprudência no tocante ao contrato de empreitada, tanto no campo do direito privado como na área do direito administrativo. Houve, no caso, a transformação de uma norma, que já foi considerada excepcional, em verdadeiro princípio geral do direito, que, no fundo, deflui da própria vedação do enriquecimento sem causa.

70. Sintetizando a posição do Projeto, na sua última fase de revisão pelo Senado Federal, esclarece o Professor JOSAPHAT MARINHO que:

> *"Repele o Projeto, pois, a majestade do contrato, da velha cláusula pacta sunt servanda, para imprimir às obrigações assumidas caráter compatível com o alcance social do direito. Adota o espírito de justiça, que desenvolveu* DUGUIT *já em 1911, na Faculdade de Direito de Buenos Aires, e se alargou, pelo tempo afora, com* RIPERT, SAVATIER *e tantos outros mestres. Mas transmitindo flexibilidade às relações jurídicas, o Projeto não as desguarnece de segurança."* [32]

71. Verificamos que a transformação do contrato se realiza nos seus mais diversos aspectos, quer em relação às suas categorias básicas, quer no tocante ao seu conteúdo, quer no tocante à sua forma, seu suporte e suas dimensões.

72. Efetivamente, enquanto se falava, há algum tempo, da publicização do contrato de direito privado [33], já se admite hoje um movimento pela privatização do contrato de direito administrativo, despojando-se, em certos casos, o Poder Público da sua soberania para atuar como se fosse um particular [34]. Um autor português escreveu interessante obra intitulada *Requiem pelo contrato administrativo* [35], mas, não chegando a este extremo, a doutrina mais recente admite a importância crescente de alguns princípios de direito privado, que se aplicam aos contratos públicos, nas várias formas de parceria, que se multiplicam no plano interno [36] e internacional. [37]

73. Cabe salientar que, nas relações internacionais, a liberdade contratual está sendo ampliada e a *Lex Mercatoria* nos indica a presença de um contrato no qual as partes escolhem a lei aplicável e o foro competente, eventualmente substituído pelo juízo arbitral, reduzindo-se, cada vez mais, o âmbito de aplicação

---

[32] JOSAPHAT MARINHO, "O Projeto do novo Código Civil", in *Revista de Informação Legislativa*, nº 146, p. 8.

[33] LOUIS JOSSERAND, "Apercu général des tendances actuelles de la théorie des contrats", *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1937, p. 1. No mesmo sentido, ARNOLDO WALD, "A evolução do direito", in *Revista do Serviço Público*, dezembro 1951, com separata publicada pelo DASP em 1953, p. 21, e *Obrigações e contratos*, 14ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, nº 64, p. 189.

[34] ARNOLDO WALD, "Dos contratos privados firmados pela Administração Pública", in *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, nº 40, pp. 13-22.

[35] MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Requiem pelo contrato administrativo*, Coimbra, Almedina, 1990.

[36] ALICE GONZALEZ BORGES, "O contrato administrativo repensado", in *Revista da Academia de Letras Jurídicas da Bahia*, nº 3, 1999, p. 13.

[37] ARNOLDO WALD, "O direito internacional de parceria", in LUIZ OLAVO BAPTISTA e outro, *O direito internacional no terceiro milênio (Estudos em homenagem do Professor Vicente Marotta Rangel)*, São Paulo, Ltr, 1998, p. 887.

da ordem pública internacional [38]. A aplicação do direito uniforme, por sua vez, tem ensejado grandes transformações que mereceriam ser analisadas em profundidade. [39]

74. A importância crescente dos contratos eletrônicos, nos quais se abandona o suporte de papel que, durante tantos anos, caracterizou a estrutura contratual, também modifica alguns dos aspectos da manifestação de vontade das partes, provocando novas regras de interpretação que decorrem das peculiaridades dos novos meios de transmissão.

75. Diante de todas essas modificações, alguns autores chegam a reconhecer a morte do contrato [40] ou, ao menos, o fim da liberdade contratual [41], do mesmo modo que, há cerca de meio século, alguns eminentes juristas diagnosticavam "o declínio do direito". [42]

76. É, todavia, interessante que mesmo aqueles que dão ao contrato o atestado de óbito, reconhecem que poderá ressuscitar das suas próprias cinzas. [43]

77. Mais adequado nos parece admitir, como o fazia René Savatier, logo após a Segunda Guerra Mundial, que o conceito tradicional de contrato tenha estourado ou explodido, adquirindo novas dimensões e referindo-se ao *éclatement* do contrato a justificar a elaboração de uma nova estrutura que a dogmática teria que lhe dar. [44]

78. A polivalência do contrato e a sua vinculação à importância que a civilização ocidental reconhece à palavra dada e ao consenso ao qual chegaram as partes justificam tanto a sobrevivência quanto a adaptação ao contexto existente no terceiro milênio desse instrumento tão rico e flexível, que tem permitido o desenvolvimento racional e pacífico das relações entre os homens.

IV. *Conclusões*

79. Na realidade, temos modificado substancialmente o contrato, dando-lhe conteúdo e efeitos que não tinha no passado, e introduzido, no secular direito civil, com as necessárias cautelas, alguns dos princípios do direito do consumidor e do direito administrativo. Embora seja uma evolução necessária e justa, ela deve ser temperada pelo atendimento dos direitos dos contratantes e da segurança jurídica.

---

[38] Arnoldo Wald, "Algumas aplicações da *Lex Mercatoria* aos contratos internacionais", in Luiz Olavo Baptista e outros, *Direito e comércio internacional: tendências e perspectivas (Estudos em homenagem a Irineu Strenger)*, São Paulo, Ltr, 1994, p. 306.

[39] A. V. M. Struycke, "La *Lex Mercatoria* dans les contrats internacionaux", in *L'évolution contemporaine du droit des contrats (Journées René Savatier de 1985)*, Paris, Presses Universitaires de France, 1986, p. 207.

[40] Grant Gilmore, *The death of contract*, 2ª ed., Columbus, Ohio State University, 1995.

[41] P. S. Atiyah, *The rise and fall of freedom of contract*, Oxford, Clarendon Press, 1979.

[42] Georges Ripert, *Le déclin du droit*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1949.

[43] Grant Gilmore, ob. cit., p. 112.

[44] René Savatier, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, 2ª ed., Paris, Dalloz, 1952, p. 19 e seg.

80. De um lado, já não bastam os retoques incidentais para manter um instituto que, tendo sofrido grandes transformações, exige o reconhecimento das respectivas conseqüências pela dogmática jurídica, a fim de evitar que os conceitos se afastem da realidade. Trata-se, pois, de repensar os institutos, redefinindo as suas características, não bastando manter o nome, ou a forma, para que uma técnica jurídica se mantenha com o mesmo conteúdo.

81. Por outro lado, se o Direito tem a dupla finalidade de garantir tanto a justiça quanto a segurança, é preciso encontrar o justo equilíbrio entre as duas aspirações, sob pena de criar um mundo justo, mas inviável, ou uma sociedade eficiente, mas injusta, quando é preciso conciliar a justiça e a eficiência.

82. Não devem prevalecer nem o excesso de conservadorismo, que impede o desenvolvimento da sociedade, nem o radicalismo destruidor, que não assegura a continuidade das instituições. O momento é de reflexão e construção para o jurista que, abandonando o absolutismo passado, deve relativizar as soluções, tendo em conta tanto os valores éticos quanto as realidades econômicas e sociais. Entre princípios antagônicos, num mundo dominado pela teoria da relatividade, cabe adotar, também no campo do direito [45], o que alguns juristas passaram a chamar os princípios de geometria variável, ou seja, o equilíbrio entre justiça e segurança, com a prevalência da ética, mas sem desconhecer a economia e os seus imperativos.

83. Surge, assim, um novo contrato, tão afastado daquele que foi concebido pelo Código Napoleão quanto o da lei francesa estava distante do contrato romano. A força das palavras e das instituições e, algumas vezes, a denominação dos institutos jurídicos se mantêm no tempo, mesmo quando sofrem mutações radicais em virtude das quais se poderia considerar que o seu conteúdo foi esvaziado ou até desapareceu. Cabe, todavia, aos juristas, especialmente na fase de transição que atravessamos, adaptar os conceitos e institutos à evolução constante do mundo e da tecnologia, para evitar a revolta dos fatos contra o direito, à qual aludia, há longos anos, GASTON MORIN. [46]

SP, 25.09.2000.

---

[45] GUSTAV RADBRUCH, *Relativismo y derecho*, Bogotá, Temis, 1999, p. 74.

[46] GASTON MORIN, *La revolte du droit contre le code*, Paris, Recueil Sirey, 1945, p. 119.

(*) ARNOLDO WALD é Advogado, Professor Catedrático de Direito Civil da Faculdade de Direito da U.E.R.J., Doutor *honoris causa* da Faculdade de Direito da Universidade de Paris e Presidente da Academia Internacional de Direito e Economia.

A "legalização" do aborto e a "civilização cansada"

CARLOS DAVID S. AARÃO REIS (*)

"Voando em círculos cada vez mais abertos
O falcão não pode ouvir o falcoeiro;
As coisas se desintegram; o centro não se mantém
A pura anarquia está solta no mundo,
Cresce a maré obscurecida pelo sangue, e em toda a parte
A cerimônia da inocência é afogada;
O melhor perde toda a convicção, enquanto o pior
Está repleto de intensidade apaixonada
Certamente alguma revelação está próxima
Certamente o Segundo Advento está perto".

W. B. YEATS [1]

I. INTRODUÇÃO

Durante o interrogatório de Jesus Cristo por Pôncio Pilatos, este indaga: "Logo tu és rei?" E obtém a resposta impressionante em sua simplicidade lapidar: "Tu o dizes, sou rei. Nasci, e vim ao mundo para dar testemunho da verdade; todo o que está pela verdade, ouve a minha voz". Mesmo assim retruca o romano: "O que é a verdade?" (Evangelho segundo São João, XVIII, 37-38) [2].

---

[1] *"Turning and turning in the widening gyre*
The falcon cannot hear the falconer;
Things fall apart; the centre cannot hold;
Mere anarchy is loosed upon the world,
The blood-dimmed tide is loosed, and everywhere
The ceremony of innocence is drowned;
The best lack all conviction, while the worst
Are full of passionate intensity.
Surely some revelation is at hand;
Surely the Second Coming is at hand."
(The Collected Poems of W. B. Yeats, **New York, Macmillan, 1948, p. 215).**

[2] Não ficou registrada pelo evangelista a resposta do Salvador a esta última pergunta. No entanto, anteriormente, diante da indagação de São Tomé ("Senhor, nós não sabemos para onde Tu vais; e como podemos nós saber o caminho?"), Jesus Cristo esclarece: "Eu sou o caminho, a Verdade e a Vida; ninguém vai ao Pai senão por mim" (Evangelho segundo São João, XIV, 5-6). Também

Comentando a passagem do Novo Testamento, KELSEN denomina Pilatos "representante de uma civilização antiga, cansada" [3]. O mestre de Viena referia-se à civilização romana, mas sua expressão serve bem para designar a da época atual. Cansada, ela se serve de vários expedientes para contornar problemas graves, deixando de realmente resolvê-los. Um deles consiste em uma das fórmulas mais em voga na sociedade contemporânea, a da "legalização". Campeia desenfreada a jogatina, com a omissão da polícia em reprimi-la? Propõe-se "legalizar" o jogo em todas as suas modalidades perniciosas. Aumenta o consumo de estupefacientes e o tráfico de entorpecentes, na ausência de uma vigorosa decisão social de extirpá-los? Exige-se "legalizar" a utilização de drogas "leves" (e não só delas), postulando-se até o auxílio do Estado no envenenamento dos indivíduos.

Nenhuma destas propostas contém uma solução verdadeira. Resultam apenas do desespero de uma "civilização cansada", impotente para combater males sociais, alguns criados, outros agravados por ela própria. Ilude-se com a "legalização", que apenas reflete o cansaço coletivo em lidar com questões decisivas, enfrentando-as corajosamente.

Nesta mesma linha, com os mais variados pretextos e as mais disparatadas alegações, defende-se de uma maneira simplista a "legalização" do aborto.

II. Em Defesa da Vida: A Igreja Católica e a Sociedade Pluralista

No entanto, lastimavelmente, os sequazes da "cultura da morte" [4] têm revelado uma atitude ditatorial, encontrando nos meios de comunicação uma acolhida desproporcional ao seu ponto de vista, pretendendo impedir que a Igreja Católica resguarde e divulgue sua doutrina. Afirmando ser a sociedade atual pluralista, insistindo na ausência de uma religião oficial, não desejam somente alterar a legislação relativa ao aborto, querem também silenciar os defensores da vida.

Ora, internamente fundada por Jesus Cristo, portadora do Evangelho, boa e feliz notícia do domínio de Deus sobre o mundo [5], depositária da Revelação, a Igreja Católica tem o **dever** de esclarecer seus fiéis e orientá-los no caminho da doutrina segura, mesmo contra os desatinos seculares. *"L'important n'est pas pour l'Eglise de se mettre à la mode du siècle, mais de convertir le siècle à l'invariable*

---

a Marta, irmã de Lázaro, disse Nosso Senhor: "Eu sou a ressurreição e a vida; o que crê em mim, ainda que esteja morto, viverá; e todo o que vive e crê em mim, não morrerá eternamente" (Evangelho segundo São João, XI, 25-26). Pilatos teve a oportunidade de conhecer a Verdade, mesmo assim não quis vê-la, daí o silêncio eloqüente de Jesus.

[3] KELSEN, Hans. *La Democratie* – sa nature – sa valeur. Trad. Charles Eisenmann. Paris, Sirey, 1932, p. 115.

[4] Papa João Paulo II, Carta Encíclica *Evangelium Vitae*. Trad. port. 2. ed. São Paulo, Paulinas, 1995, p. 57, I, 28 e *passim*. O documento pontifício será citado, nas notas seguintes, apenas como *Evangelium Vitae*.

[5] *Evangelium Vitae*, p. 97 e 104, II, 50 e III, 52.

Eglise", escreveu o grande estadista francês GEORGES BIDAULT [6]. Caso se omitisse, estaria traindo sua missão.

Por outro lado, o externo, exatamente porque se vive em uma sociedade pluralista, a qual admite as mais variadas concepções do mundo, a Igreja Católica, como instituição humana, como realidade social, tem o **direito** de preservar e difundir a sua [7]. Impedi-la seria uma intolerável violação da liberdade de manifestação do pensamento, constitucionalmente assegurada (art. 5°, IV, Constituição). Ainda mais, organizando-se o Brasil como Estado democrático de Direito (art. 1°, Constituição), proclamando-se a todo momento as vantagens da democracia, sendo a maioria da população de fé católica, ou logrando a Igreja persuadi-la da justeza de sua doutrina, seria antidemocrático criar obstáculos à sua propagação.

Além disso, como afirmou S.S. o Papa João Paulo II, "*a defesa e a promoção da vida não são monopólio de ninguém, mas tarefa e responsabilidade de todos*", "*o Evangelho da vida* não é exclusivamente para os crentes: *destina-se a todos*" [8]. Basta lembrar a reprovação do aborto por outras religiões e por legislações nos mais diferentes lugares e épocas, demonstrando sua universalidade.

Na atualidade, o "bom combate" [9] é travado pela Igreja Católica, "que deve, com igual coragem, dar voz a quem não a tem" [10], ocupando heroicamente a primeira posição de resistência às tentativas de introduzir o assassinato "legalizado" – e talvez precisamente por isto sofra tantas agressões, arrostando a incompreensão do mundo.

III. A FALÁCIA DOS ARGUMENTOS UTILITARISTAS

1. *Os abortos clandestinos e a supressão do Código Penal*

Voltando agora aos pretextos e alegações referidos inicialmente, o mais das vezes se revestem de um caráter puramente utilitarista. Afirma-se, por exemplo,

---

[6] BIDAULT, Georges. *D'une resistance a l'autre*. Paris, Les Presses du Siècle, 1965, p. 312 e também à p. 259: "non de se convertir au siècle, mais de convertir le siècle".

[7] "Nascida desta ação missionária, a Igreja ouve ressoar em si mesma todos os dias aquela palavra de incitamento apostólico: "Ai de mim, se não evangelizar! " (1 Cor 9, 16). "Evangelizar – como escrevia Paulo VI – constitui, de fato, **a graça e a vocação própria da Igreja, a sua mais profunda identidade**. Ela existe para evangelizar", ***Evangelium Vitae***, p. 157, IV, 78, grifos do original.

[8] *Evangelium Vitae*, p. 182 (IV, 91) e p. 200 (IV, 101), grifos do original, e continuando: "A questão da vida e da sua defesa e promoção não é prerrogativa unicamente dos cristãos. Mesmo se recebe uma luz e força extraordinária da fé, aquela pertence a cada consciência humana que aspira pela verdade e vive atenta e apreensiva pela sorte da humanidade. Na vida, existe seguramente um valor sagrado e religioso, mas de modo algum este interpela apenas os crentes: trata-se, com efeito, de um valor que todo ser humano pode enxergar, mesmo com a luz da razão, e, por isso, diz necessariamente respeito a todos".

[9] SÃO PAULO, II Epístola a Timóteo, IV, 7.

[10] Papa João Paulo II, Carta a todos os Irmãos no Episcopado sobre "o Evangelho da Vida", **apud** *Evangelium Vitae*, p. 13, Introdução, 5.

que os milhares de abortos clandestinos ou o nascimento de milhões de "excluídos" justificariam a sua "legalização".

Admitindo-se a verdade desta assertiva, se diariamente realizam-se assassinatos de nascituros inocentes e inermes, também são praticados os mais diversos delitos: homicídios, lesões corporais, estupros, seqüestros, estelionatos, falsificações. Se constitui uma impossibilidade evitar totalmente os primeiros, também não se pode impedir completamente os demais – nenhuma sociedade jamais conseguiu erradicar a criminalidade, apesar dos esforços nesta direção. Seguindo o mesmo raciocínio, aplicado ao aborto, dever-se-ia portanto "legalizar" os demais crimes, chegando-se ao ponto de abolir o Código Penal. Por absurdo, dificilmente alguém ousaria adotar tal ponto de vista. Como escreveu recentemente o Cardeal-arcebispo do Rio de Janeiro, "a argumentação fundamentada na sobrevivência a todas as tentativas de erradicação é falsa. A ser verdadeira, todo o Código Penal deveria ser suprimido, pois os cárceres estão cheios dos que o infringem"[11].

2. A Ilusão dos Abortos "Seguros"

Dir-se-ia que, "legalizado" tal crime contra a vida, o aborto deixaria de ser oculto, até realizado com segurança e higiene, nos hospitais públicos.

Não há, entretanto, qualquer dado objetivo, no Brasil, a corroborar uma eventual queda do número de abortos clandestinos. A prova só poderia ser produzida pela própria "legalização", ou seja, autorizar a morte para verificar se as mortes diminuem ou não – um disparate. Além disso, a alegação está eivada de falsidade. Como lembra Alberto Rodriguez Varela, professor de Direito Político de Universidade Católica argentina, "a legislação do aborto gera um impressionante aumento de sua prática e incrementa sua execução clandestina. Sobre o ponto, o ilustre ginecologista Fermín R. Merchante, de acordo com o critério do dr. Tremblay, sustenta enfaticamente que o permissivismo legal constitui um estímulo para o aborto clandestino: "posto que o ato está admitido com a legalização, o delito já não é o ato mesmo, mas sim o fato de não declará-lo ou praticá-lo em outras condições, diferentes das admitidas. Em resumo, o delito se reduz à não declaração de um ato admitido, ou a sua execução fora de certas condições, o que o reduz a uma simples infração administrativa e constitui um estímulo evidente" [12].

---

[11] Sales, D. Eugenio de Araujo. "A Expansão do Mal". Rio de Janeiro, *Jornal do Brasil*, edição de 20 de janeiro de 1996. S. Eminência referia-se especificamente aos esforços para "legalização" do jogo, mas o argumento também pode ser aplicado relativamente ao aborto. No mesmo sentido, Hungria, Nelson. ***Comentários ao Código Penal.*** 5. ed. Rio de Janeiro, Forense, v. 5, p. 281, nº 61.

[12] Varela, Alberto Rodriguez. "Fundamentos del derecho a nacer". In Uriburu, Oscar Alvarado *et al. El Derecho a nacer.* Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, p. 20. A "legalização" do aborto na defunta União Soviética, em certa época, não evitou a sua clandestinidade. "Frustou-se a esperança que tínhamos de lutar facilmente contra o aborto criminoso e clandestino; a custosa experiência que fizemos resultou inútil", lamentou-se um especialista (*Apud* Hungria, Nelson, *op. cit.*, p. 283).

De qualquer modo, nenhuma segurança há no aborto. Como assinala o constitucionalista CELSO BASTOS, "cientificamente, ficou comprovado que o risco do malogro que a mãe corre é maior na extirpação violenta. Há mais problemas médicos. Assim, a desculpa da segurança não existe. O chamado risco da gravidez é sempre menor que o do aborto" [13].

Por outro lado, os serviços relacionados com a saúde pública, no Brasil, não só os mantidos pelo Estado, mas também os particulares, atravessam uma crise de enormes proporções. Os abortos implicariam uma insuportável sobrecarga para eles, sem qualquer garantia das tais higiene e segurança, dado que seu padrão de qualidade deixa muito a desejar. Se feitos exclusivamente na rede hospitalar pública, sem ônus, resultariam em prejuízo dos doentes verdadeiros, afetando os esforços na luta contra as moléstias, atingindo sobretudo as camadas mais pobres da população. Não seria justo nem razoável desviar os já escassos recursos da saúde pública para atender mulheres sadias.

3. A POBREZA E O ABORTO

A alegação da necessidade do aborto para evitar o nascimento de um número ainda maior de pobres, de pessoas sem acesso aos bens mais elementares da civilização, a rigor, sequer deveria ser examinada pela sua monstruosidade.

A ninguém foi conferido o poder de decidir a respeito da vida de seus semelhantes. Arrogar-se a tal é assumir uma atitude desenganadamente ditatorial, usurpando o direito à vida de outras pessoas. Se esta autorização existisse no momento da concepção de seus defensores, quem garante estariam eles, hoje, vivos? O nascituro tem direito à vida, terceiros não são titulares de direito **sobre** a vida de outrem. "Os pobres enquanto estão vivendo, preferem viver. Preferem ser pobres a serem fuzilados. Da mesma forma, os nascituros, se pudessem opinar, prefeririam nascer sem dispor do número de calorias estipulado pela ONU, a serem abortados", notou CELSO BASTOS [14].

De qualquer maneira, se é lícito, algumas vezes, tolerar o mal menor para evitar um mal maior, ou para promover um bem superior, como proclamou S.S. o Papa Pio XII, nunca é lícito, nem sequer por razões gravíssimas, fazer o mal, para que daí provenha o bem, nas palavras de SÃO PAULO [15].

IV. A IMPOSSIBILIDADE LEGISLATIVA DE CONVERSÃO DO MAL EM BEM

Todavia, as questões não se resolvem unicamente com alegações utilitaristas. Há outros aspectos a considerar, até mais importantes. Um deles diz respeito

---

[13] Aborto – agressão covarde, assassinato sem escusa. Entrevista a *Catolicismo*, S. Paulo, Ed. Padre Belchior de Pontes, nº 525, setembro 1994, Ano XLIV, p. 17.

[14] BASTOS, Celso, *op. cit.*, p. 19.

[15] *Apud* PAULO VI, *Encíclica Humanae Vitae* e outros documentos sobre regulação da natalidade. Petrópolis, Vozes, 1968, p. 27, nº 14.

aos limites da atividade legiferante estatal.

Ao exercê-la, na época contemporânea, certamente o Estado pode muito, mas não pode tudo. Ao contrário do que supõe o positivismo legal – apenas uma das modalidades de positivismo [16] –, há limites para a legislação, mesmo não inscritos constitucionalmente.

Deve o legislador se mover, em primeiro lugar, dentro das fronteiras do fisicamente possível. A ele é impossível transformar mulheres em homens e homens em mulheres, segundo frase famosa e proverbial do francês DE LOLME sobre o Parlamento britânico [17]. Não pode determinar em 6 meses o período de gravidez, nem proibir, a um aviador que se precipita ao solo, não ultrapassar a velocidade de 30 km horários [18]. Muito menos prescrever aos juízes realizarem audiências na Lua, conhecida afirmação, salvo engano, de PONTES DE MIRANDA.

Em segundo lugar, o legislador está limitado pela matéria social a regular, devendo respeitá-la, ele "não é um deus, cuja palavra crie o mundo do nada", na observação de ALF ROSS [19]. Não lhe é lícito ignorar os costumes e tradições sociais, sob pena de realizar obra vã e fracassada. Diversos fatores formam um conjunto de estruturas normativas, um "material", que, se não determinam, pré-estruturam a "nova" decisão [20].

Finalmente, também há uma trama de princípios formais subjacente, que se impõe ao legislador, queira ele ou não. Nas palavras de WELZEL, as "estruturas lógico-objetivas atravessam integralmente a matéria jurídica", ela está permeada por estas como "por um tecido" [21].

---

[16] A respeito das espécies de positivismo, v. o meu "Fidelidade à Lei e ao Direito", *IMB – Notícias* – órgão oficial do Instituto dos Magistrados do Brasil, Rio de Janeiro, Ano X, março de 1990, nº 21, pp. 5-8, com bibliografia, WIEACKER, Franz. *Von römischen Recht – Wirklichkeit und Überlieferung*. Leipzig, Koehler und Amelang, 1944, p. 277 e seg., do mesmo autor, *Privatrechtsigeschichte der Neuzeit* unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung. Göttingen. Vandenhoeck und Ruprecht, 1952, p. 253 e seg. (há trad. portuguesa da 2ª. ed. alemã por A.M. Botelho Hespanha, com o título ***História do Direito Privado Moderno***, Lisboa, Gulbekian, 1980) e OTT, Walter. Kann man heute noch Rechtspositivist sein? *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, Basel und Stuttgart. Bd. 96, 1 Halbbd., H 5 (Neue Folge), Bd. 118 der gesamten Folge, 1977, p. 441 e seg. A confusão das diferentes modalidades, como feita freqüentemente nos dias de hoje, produz equívocos lastimáveis.

[17] *Apud* DICEY, A.V. *Introduction to the study of the Law of the Constitution*. 9. ed. with introduction und appendix by E.G.S. Wade. London, Macmillan, 1950, p. 43.

[18] Exemplos de WELZEL, Hans, respectivamente em Derecho Natural y Positivismo Jurídico. In _____ *Mas alla del Derecho Natural y del Positivismo Jurídico*. Traq. Ernesto Garzón Valdés. Cordoba, Universidad Nacional de Cordoba [Argentina], 1962, p. 35 e *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit. 4. neubearbeitete und erweiterte Afl.* Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht, 1962, p. 244.

[19] ROSS, Alf. *Diritto e Giustizia*. 3. ed. [do original inglês *On Law and Justice*], introduzione e trad. Giacomo Gavazzi. Torino, Einaudi, 1965, p. 334, § 83.

[20] HÄBERLE, Peter. "Verfassungsinterpretation und Verfassungsgebung". *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, Basel und Stuttgart, Bd. 97, I Halbbd., H 1 (Neue Folge), Bd. 119 der gesamten Folge, 1978, p. 29, referindo-se à revisão constitucional, argumento igualmente aplicável ao trabalho legislativo ordinário, com maior razão.

[21] WELZEL, Hans, *op. cit.* (*Mas alla ...*), pp. 35 e 38 e *op. cit.* (*Naturrecht ...*), p. 244, nota 12, "*sachlogischen Strukturen*".

Da mesma maneira, não pode o legislador converter o mal em bem pela legalização do primeiro, ele permanece sendo mal a despeito de seus eventuais esforços. Portanto, "legalizar" o aborto significaria apenas que não mais constituiria um tipo penal, acarretaria até o dever do Estado em cooperar na prática deste ato: apesar da decisão legislativa, sempre continuará a consistir em mal social [22].

Ainda que "legalizado" por uma maioria, o aborto permaneceria maléfico. O número jamais foi critério de verdade, a decisão por maioria não é necessariamente correta ou melhor, resoluções majoritárias não representam qualquer maravilha, muito menos panacéia social. Pois "não seguirás a multidão para fazer o mal, nem em juízo te unirás ao parecer do maior número, para te desviares da verdade" [23].

Diante de uma certa confusão nos espíritos, própria da época contemporânea, acentue-se ser a liberdade o valor fundamental para o homem, não a democracia – podendo esta consistir também em fonte de tirania e opressão. Evite-se transformá-la em fetiche, na observação de HAYECK [24]. Não se pode mitificá-la até fazer dela o substituto da moralidade ou a panacéia da imoralidade [25].

Maiorias transitórias, por vezes apaixonadas e pouco esclarecidas, não raro resultam da influência das forças econômicas, da manipulação pelo poder político e da falta de conhecimento ou deformação preconceituosa dos meios de comunicação.

"Quando uma maioria parlamentar ou social decreta a legitimidade da eliminação, mesmo sob certas condições, da vida humana não nascida, porventura não assume uma decisão "tirânica" contra o ser humano mais fraco e indefeso? Justamente reage a consciência universal diante dos crimes contra a humanidade, de que o nosso século viveu tão tristes experiências. Porventura deixariam de ser crimes se, em vez de terem sido cometidos por tiranos sem escrúpulos, fossem legitimados por consenso popular?" [26].

O bem e o mal não ficam ao alvedrio dos homens, já se encontram objetivamente fixados, como ensina PEDRO JUAN VILADRICH: "Que mais ou menos

---

[22] "Ai de vós os que ao mal chamais bem, e ao bem mal, que tomais as trevas por luz, e a luz por trevas, que tendes o amargo por doce, e o doce por amargo!", ISAÍAS, V, 20, também *Evangelium Vitae*, p. 50 e 116, respectivamente, I, 24 e III, 58.

[23] Êxodo, XXIII, 2. "Je suis seul contre trente mille? Point. Gardez, vous la cour, vous l'imposture; moi la vérité: c'est toute ma force; si je la perds, je suis perdu. Je ne manquerai pas d'accusations et de persécutions. Mais j'ai la vérité, et nous verrons qui l'emportera", PASCAL, *Pensées*, Paris, Garnier, 1925, p. 337, nº 921, *in fine*.

[24] HAYECK, Friedrich A., *Camino de servidumbre*. Trad. José Vergara. Madrid, Alianza, 1978 (reimpressão corrigida da 1. ed), p. 101, acrescentando: "A democracia é essencialmente um meio, um expediente utilitário para salvaguardar a paz interna e a liberdade individual. Como tal, não é de modo algum infalível ou certa" (p. 101). Já fizera eu tais observações em meu *Família e Igualdade* – a chefia da sociedade conjugal em face da nova Constituição. Rio de Janeiro, Renovar, 1992, p. 79/80.

[25] *Evangelium Vitae*, p. 142, III, 70.

[26] *Evangelium Vitae*, p. 141/142, III, 70.

gente se comporte de um determinado modo, não converte esta conduta em correta e boa. O mal não é o minoritário e o bem o majoritário ou o contrário. O bem e o mal não são frutos da quantidade, não são fatos sociológicos, mas sim a adequação e alheamento das condutas com respeito ao dever ser. E o dever ser não o inventam nem as massas, nem o poder econômico ou político. "Matar ao próximo inocente" é um mal e uma injustiça em qualquer tempo e em qualquer lugar da peregrinação histórica da humanidade. Porque se trata de um mal e de uma injustiça objetiva que contraria um dever moral e de justiça imutável: o direito à vida e o dever de protegê-la. Que em um determinado momento da História, a lei dos homens legalize o homicídio, a eutanásia ou o aborto, não é mais que um novo exemplo de como o homem pode degradar-se singular e coletivamente [..... o] abortismo legal **legaliza** uma prática clandestina, mas não a **legitima** no sentido verdadeiro da palavra" [27].

V. O Interesse Paterno na Oposição ao Aborto

Um outro aspecto deste tema tem sido negligenciado. Cuida-se, em geral, do interesse da mãe, mas raramente se cogita no do pai. Mesmo assim, algumas menções a este podem ser encontradas.

Por exemplo, embora com uma disciplina muito deficiente em defesa da vida, neste ponto específico o Direito Romano contemplou o interesse paterno. A punibilidade do aborto, instituída por Sétimo Severo, por volta de 200 d.C., tinha como fundamento a frustração da paternidade do marido. O ato privava o pai de sua descendência [28]. Com ele, observava Cícero, se "tinha destruído a esperança de um pai, a memória de um nome, a garantia de uma raça, o herdeiro de uma família, e um cidadão destinado ao Estado" [29].

Recentemente, em uma decisão sobre o assunto, a Corte Suprema americana reconheceu a igualdade dos interesses do homem e da mulher na vida de seus filhos [30].

---

[27] *Apud* Varela, Alberto Rodriguez, *op. cit.*, pp. 21/22, grifos do original.

[28] Mezger, Edmund. *Strafrecht*. II. Besonderer Teil – ein Studienbuch. *3. ergänzte Afl.* München und Berlin, C.H. Beck, 1952, p. 28, § 10, I e Maurach, Reinhart. *Deutsches Strafrecht* – besonderer Teil – ein Lehrbuch. *4. erweiterte und bearbeitete Afl.* Karlsruhe, C.F. Müller, 1964, p. 53, § 5, I, 2.

[29] *Apud* Hungria, Nelson, *op. cit.*, p. 271, nº 59.

[30] *Apud* Aldermann, Ellen e Kennedy, Caroline. *The Right to Privacy*. New York, Knopf, 1995, p. 64. Nos Estados Unidos, a Corte Suprema reputou inconstitucionais leis do Texas, que penalizavam o aborto, em **Roe vs. Wade**, no ano de 1973. Roe era pseudônimo de Norma McCorvey, cuja gravidez não chegou ao final por causas naturais. Recentemente, ela abandonou sua posição abortista para juntar-se, publicamente, a um dos mais poderosos grupos "pró-vida" americanos. Uma exposição detalhada e uma crítica percuciente daquele acórdão, qualificado pela Conferência Episcopal dos Estados Unidos, muito justamente, como "licença para matar" (*apud* Varela, Alberto Rodriguez, *op. cit.*, p. 25), encontra-se em Barra, Rodolfo Carlos. *La Proteccion Constitucional del derecho a la vida*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, p. 88-101. A decisão foi tomada por maioria, atualmente, entre os nove juízes daquele tribunal, dependente de apenas um voto, v. Aldermann, Ellen e Kennedy, Caroline, *op. cit.*, p. 65/66.

Na literatura jurídica nacional, SILVIO RODRIGUES escreve que "não se pode negar ao marido (digamos, até mesmo ao pai) o direito de reclamar ressarcimento, se não se provar sua cumplicidade no ato criminoso [o aborto]" [31], reconhecendo assim implicitamente o direito paterno de a ele se opor.

Como a geração dos filhos não se faz exclusivamente pela mulher – ainda não se inventou qualquer meio para substituir a natureza, dispensando a intervenção do homem –, precisa-se considerar igualmente o ponto de vista paterno. "A negar-se qualquer autonomia ao produto da concepção, ter-se-ia que reconhecer que ele não é apenas *pars mulieris*, senão também *pars patris*, isto é, também um depósito da vida paterna. O direito ao aborto livre, por parte da mãe, colidiria com o inegável direito à prole por parte do pai", notava NELSON HUNGRIA [32].

Se, muitas vezes, o aborto decorre do capricho masculino, como evasão da responsabilidade [33], isto nem sempre ocorre, nem pode ser presumido.

Portanto, atender somente o interesse feminino criaria uma desigualdade, vedada constitucionalmente, aliás muito combatida pelas próprias mulheres.

No entanto, apesar daquela admissão mencionada, a mesma Corte Suprema entendeu ocorrer um impacto maior na liberdade e integridade física da mulher que nas do homem, antes do nascimento de uma criança, mediante qualquer regulamentação do Estado. Assim, a mulher deveria ter a autoridade de tomar a decisão final [34].

Também aqui, mais uma vez, manifesta-se uma "lógica proporcionalista e de puro cálculo", ao confrontar e ponderar a vida daquele que ainda não nasceu com outros bens [35]. Ora, a oposição estabelecida por aquela Corte repousa num equívoco [36]. Os interesses em discussão consistem no paterno na vida do embrião, de um lado, no pretenso bem estar materno, de outro, e a vida não pode ser sacrificada para atender a este último.

"Na realidade, unicamente é possível contrapor em nosso sistema jurídico o direito à vida do concebido com o direito da mulher em decidir não ser mãe. Mas esta hipótese também deve ser descartada. Não se podem comparar direitos de tão distinta hierarquia, em especial quando a mulher teve a oportunidade de exercer seu direito a não ser mãe – ou o direito a seu corpo, ou à sua sexualidade,

---

[31] RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil* – Parte Geral. 16. ed. revista e atualizada. São Paulo, Saraiva, 1986, v. 1, p. 95, nº 30-E, *in fine*.

[32] HUNGRIA, Nelson, *op. cit.*, p. 277, nº 61.

[33] "A decidirem a morte da criança ainda não nascida, a par da mãe, aparecem, com freqüência, outras pessoas. Antes de mais, culpado pode ser o pai da criança, não apenas quando claramente constringe a mulher ao aborto, mas também quando favorece indiretamente tal decisão, ao deixá-la sozinha com os problemas de uma gravidez", *Evangelium Vitae*, p. 117, III, 59.

[34] *Apud* ALDERMANN, Ellen e KENNEDY, Caroline, *op. cit.*, p. 64.

[35] *Evangelium Vitae*, p. 138, III, 68.

[36] O erro deriva de um outro: a Corte Suprema recusou-se a discutir a questão do início da vida e este é precisamente o ponto central de todo o debate. Quando se escolhe o caminho falso, forçosamente os equívocos se sucedem.

ou à sua autonomia reprodutiva, como a queiramos chamar – antes da gravidez", escreve RODOLFO CARLOS BARRA [37].

Conciliam-se interesses do mesmo grau, eventualmente um deles adquirindo prevalência sobre outro, mas os inferiores não podem preferir os superiores. "Não pode ser comparado o direito à decisão reprodutiva da mãe com o direito à vida dos filhos, quando se trata, obviamente, de bens de hierarquia essencialmente diferente [.....] simplesmente, em caso de colisão, deve-se proteger o direito de maior hierarquia", acrescenta o jurista argentino [38].

Conseqüentemente, **porque fundado na vida do filho**, o interesse paterno contrário ao aborto prefere o da mulher.

VI. A PERSPECTIVA JURÍDICO-PENAL

1. A impossibilidade de defesa da vítima

O Concílio Vaticano II define o aborto, juntamente com o infanticídio, "crime abominável" [39]. Com efeito, a vítima, o ser humano em botão, é inocente, frágil e, sobretudo, completamente inerme.

"A pessoa eliminada é um ser humano que começa a desabrochar para a vida, isto é, o que de mais **inocente**, em absoluto, se possa imaginar: nunca poderia ser considerado um agressor, menos ainda um injusto agressor. *É frágil, indefeso, e numa medida tal que o deixa privado inclusive daquela forma mínima de defesa constituída pela força suplicante dos gemidos e do choro do recém-nascido*" [40].

Ora, do ponto de vista jurídico-penal, a norma jurídica sanciona mais severamente o crime cometido de modo a impossibilitar a resistência da vítima. Assim, o homicídio, praticado mediante "recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido", considera-se qualificado, acarretando um aumento da pena (Código Penal, art. 121, § 2°, IV). Seria uma contradição eliminar o tipo penal, incriminando o aborto, no qual o "conteúdo de desvalor" [41] adquire maior densidade, dada a covardia do agressor e a absoluta ausência de meios de defesa da vítima, e, no entanto, manter aquela qualificadora do

---

[37] BARRA, Rodolfo Carlos, *op. cit.*, p. 101.

[38] BARRA, Rodolfo Carlos, *op. cit.*, p. 99. "Em matéria constitucional, quando se opera semelhante colisão, a interpretação deve tender a harmonizar ambas as liberdades mediante uma recíproca relativização que permita a subsistência de todas elas, anulando suas manifestações naqueles espaços onde se produz o conflito. Mas, no caso que analisamos, resulta impossível lograr semelhante harmonia, sem desconhecer ou desnaturar alguma dessas liberdades. Concretamente, se trata de um conflito inconciliável, na medida em que a liberdade de abortar conduz, necessariamente, à destruição de uma vida humana", BADENI, Gregorio. El derecho constitucional a la vida. In URIBURU, Oscar Alvarado *et al*, *El Derecho a nacer*, cit., p. 33.

[39] *Apud Evangelium Vitae*, p. 115, III, 58.

[40] *Evangelium Vitae*, p. 116, III, 58, primeiro e segundo grifos do original, restantes meus. "Não farás morrer o inocente, nem o justo", já consta do *Êxodo*, XXIII, 7.

[41] *Unwertgehalt*, WELZEL, Hans. *Das Deutsche Strafrecht. 10. Afl.* Berlin, Walter de Gruyter, 1967, p. 266, § 37.

homicídio. Nenhum sistema legislativo pode abrigar tal incoerência.

2. *Os efeitos da proibição do aborto*

Acena-se, com freqüência, com uma deficiente efetividade da proteção jurídico-penal da vida do nascituro, a justificar a "legalização" do aborto.

Por um lado, se isto realmente acontece, a solução está em melhorar a repressão ao crime: o erro não deixa de sê-lo apenas porque se repete.

Por outro lado, faz-se necessário inverter os termos do problema. Se a penalização não impede o aborto, quantas vidas não foram salvas exatamente em virtude dela?

E, se aquela tiver sido bastante para assegurar o direito à vida de um só feto, desestimulando o ato criminoso, já alcançou a sua finalidade. Como escreve Norbert Hoerster, "nada demonstra e, além disso, é muito improvável, que o efeito de uma penalização do aborto seja **nulo** com respeito à vida não nascida. Mas se o feto, por ser um indivíduo humano, possui um direito à vida e merece proteção, então a salvação de um só deles é um objetivo que pode fundamentar a penalização do aborto" [42].

Bastaria isto para justificar a manutenção da disciplina legal vigente, proscrevendo o aborto, defendendo-se a vida humana e evitando uma desastrosa "legalização".

VII. Conclusão

Exausta e envenenada por teorias e ideologias geradas por ela própria, a sociedade contemporânea está dilacerada por contradições e incongruências, que não procura resolver adequadamente.

Exalta os direitos humanos, mas não protege o primeiro deles, sem o qual os demais sequer existem: o direito de nascer.

Rejeita a pena de morte, por vezes talvez necessária diante da criminalidade e do terrorismo crescentes, mas tolera o extermínio em massa de inocentes indefesos.

Proclama o respeito aos menores, tratando-os como se tivessem vontade madura para o exercício de direitos, mas não para a atribuição de responsabilidades e, todavia, olvida os nascituros, futuras crianças e adolescentes.

---

[42] Hoerster, Norbert. "La prohibicion del aborto: presupuestos religiosos y consecuencias juridico-politicas." In _____ *En defensa del positivismo legal*. Trad. Jorge M. Sena. Barcelona, Gedisa, 1992, p. 228, grifo do original.

Preocupa-se com o meio ambiente, nem sempre de maneira pacífica e equilibrada, empenha-se em salvar baleias, lobos selvagens e águias em extinção, mas, simultaneamente, facilita o homicídio dos que se encontram no seio materno, incoerência já apontada pelo Presidente Ronald Reagan [43].

Muito ganharia a sociedade se ao menos meditasse a respeito da terrível advertência de médico argentino: "a geração que hoje mata seus filhos se arrisca a ser vítima da eutanásia, quando os irmãos vivos das crianças abortadas forem adultos" [44].

[43] *Apud* Varela, Alberto Rodriguez, *op. cit.*, p. 25/26.

[44] Ray, Carlos Abel. "Aborto, toxicos y adolescencia". In Uriburu, Oscar Alvarado *et al*, *El Derecho a nacer*, *cit.*, p. 54.

[*] Carlos David Santos Aarão Reis é juiz federal aposentado.

O juiz pode, recebida a denúncia, alterar o despacho, rejeitando-a, ainda que em parte? (*)

DAMÁSIO E. DE JESUS

Recebida a denúncia, o Juiz não a pode rejeitar, ainda que parcialmente. É um princípio histórico e basilar de processo penal. Caso contrário, poder-se-ia alterar a imputação segundo os rumos do julgador, com sério dano à segurança jurídica das partes.

Nesse sentido, a jurisprudência é antiga, tranqüila e farta:

> "O despacho de recebimento da denúncia importa juízo de admissibilidade da acusação,"..."e, sendo irrecorrível, não pode ser reconsiderado" (STF, HC n. 38.396, Plenário, Rel. Min. **Pedro Chaves**, j. 17.5.1961, *RTJ*, 18/176).

> "É fora de dúvida que o Dr. Juiz de Direito não podia rejeitar uma denúncia que já estava recebida. Isso importa tumultuar o processo e conceder recurso não previsto na lei ao despacho de recebimento" (*RT*, 230/146; *RTJ*, 69/368).

> "O despacho de recebimento da denúncia traduz juízo sobre a admissibilidade da acusação. E, como o processo encerra uma série de atos formais, coordenados progressivamente, tendo-se em vista a finalidade a que se destina, daí se segue que, salvo nos casos em que a lei o permite, *não pode o juiz*, sem tumulto no procedimento, *reformar decisões proferidas*, retrocedendo na marcha processual. E é por isso que *não se considera legítimo possa o juiz* (*ad quem*, na ocasião de receber ou rejeitar a denúncia, se abre a oportunidade de apreciar se é admissível a acusação ou o pedido de decisão final sobre a *notitia criminis*)

(*) Fevereiro/2001.

reformar, ulteriormente, o despacho que recebeu a denúncia e contra o qual não se proporciona recurso. O impedimento à reforma, pelo seu prolator, do despacho que recebeu a denúncia, decorre, assim, da *exaustão* de seu poder decisório e não há mister de texto de lei que expressamente o afirme" (STF, RHC n. 51.423, Plenário, Rel. Min. **Rodrigues Alckmin**, *RTJ*, 69/367).

"Recebida a queixa e instaurada, portanto, a ação penal, *não pode* o magistrado, que já exercitara a faculdade processual desejada, *reconsiderar* o seu despacho por já ter *ocorrido a preclusão*. Admitir-se de modo contrário seria trazer para o procedimento uma *instabilidade incompatível* com o objetivo do processo, que é a prestação jurisdicional a ser alcançada através de uma seqüência ordenada de atos" (*RT*, 453/362).

"A manifestação do Juiz que recebe a denúncia é interlocutória, possuindo, portanto, cunho decisório. Dessa forma, não sendo um despacho de mero expediente, *não pode ser alterada ou modificada*, sob pena de possibilitar a ocorrência de nulidade absoluta. A referida preclusão *pro judicato* assemelha-se à coisa julgada formal, existindo entre elas apenas uma distinção quanto ao grau de intensidade" (TACrimSP, Correição Parcial n. 1.013.253, 12.ª Câm., Rel. Juiz **Junqueira Sangirardi**, *RT*, 732/652).

"Uma vez recebida a denúncia, não pode mais ser rejeitada, modificada ou anulada, em primeira instância. Qualquer equívoco cometido com seu recebimento somente poderá ser corrigido pela instância superior" (*RT*, 561/372).

"Despacho interlocutório misto que o é, uma vez proferido, não pode mais o juiz reformá-lo, ainda que se pudesse, por hipótese, questionar acerca da tipicidade ou não da conduta que se pretende apurar, por ter-se operado a preclusão. O *remedium juris*, o mais à mão, será o *habeas corpus*, com o fim de trancar a ação penal já iniciada, no 2.º grau de jurisdição" (TACrimSP, RCrim n. 395.469, 5.ª Câm., Rel. Juiz **Edmeu Carmesini**, *RT*, 605/318).

"Denúncia. Recebimento. Reconsideração posterior pelo Juiz, ordenando o arquivamento do feito. Inadmissibilidade. Despacho contra o qual não se proporciona recurso. Impedimento à reforma que decorre da exaustão do poder decisório" (*RT*, 639/281).

No mesmo sentido: TACrimSP, ACrim. n. 208.629, 7.ª Câm., Rel. o então Juiz **Denser de Sá**, *RT*, 551/372; TACrimSP, ACrim. n. 891.095, 11.ª Câm., Rel. Juiz **Renato Nalini**, *RT*, 713/376; TJSP, RCrim. n. 66.003, 6.ª Câm. Crim., Rel. Des. **Djalma Lofrano**, *RJTJESP*, 117/430 e *RT*, 639/281.

O processo desempenha objetivo que transcende às partes envolvidas no litígio, abarcando o Estado e a sociedade. "Sua missão *jurídica* é a de servir de instrumento para a realização do direito no caso litigioso; sua missão *política* é a de garantir as liberdades; e sua missão *social* é a de contribuir para a pacífica convivência dos que vivem em determinado Estado e para equilibrar as forças que se batem pela obtenção de justiça" (ALCALÁ-ZAMORA. *Proceso, Autocomposición y Autodefensa*. 2.ª ed. México: UNAN, 1970, p. 233).

É da cláusula do devido processo legal que decorre a impossibilidade de condução dos atos e termos à revelia da lei, mas ao talante das partes ou do julgador. O princípio da legalidade informa o devido processo, impondo ao Juiz que dirija a relação instaurada na forma da lei, realizando atos por concessão legislativa, única fonte legitimadora dos atos processuais. Nesse ponto, assumem o princípio da legalidade e a cláusula do devido processo legal a natureza de fontes de valores éticos, segundo os quais o processo somente se realiza validamente por meio de procedimentos impostos de forma genérica e abstrata. O sistema constitucional não contempla, pois, os improvisos processuais, as armadilhas, as inovações, a insegurança jurídica.

Inovar na relação processual corresponde à negativa da natureza jurídica do processo, que não pode ser entendido como mero procedimento ou rito. Mais do que isso: há nele o reconhecimento de relação jurídico-processual, com nítido caráter protetor de liberdades e direitos. "É lícito dizer, pois, que o processo é o procedimento realizado mediante o desenvolvimento da relação entre seus sujeitos, presente o contraditório. Ao garantir a observância do contraditório a todos os *litigantes em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral*, está a Constituição (art. 5.°, LV) formulando a solene exigência política de que a preparação de sentenças e demais provimentos estatais se faça mediante o desenvolvimento da relação jurídica processual" (ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 16.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 283).

O juiz que inova na relação processual, rejeitando ainda que em parte denúncia antes recebida, revê despacho que não comporta reexame. O processo pressupõe, em seu *iter*, a seqüencial marcha de atos e de termos, operando-se a todo o tempo a preclusão dos antecedentes. E é a preclusão de uns que viabiliza a realização de outros atos.

Pronta para a defesa, cientificada da tênue imputação, não pode a parte ser "intimada" de que a acusação não será mais aquela que se lhe atribuíam: o processo não se desenvolveria validamente se a qualquer momento pudessem as partes, ou o Juiz, rever o que foi realizado e sob o qual já se operou a preclusão.

Não há *habeas corpus* contra ato próprio. Pesa a imutabilidade, geradora da segurança jurídica necessária ao desenvolvimento regular do processo. A possibilidade de alteração, no curso do processo, das imputações, gera, ao contrário, insegurança capaz de comprometer a ampla defesa.

A necessária e urgente redução da idade penal

EDUARDO ROBERTO ALCÂNTARA DEL-CAMPO (*)

> ***"Sabei, cristãos, sabei, príncipes, sabei, ministros, que se vos há de pedir estreita conta do que fizestes; mas muito mais estreita do que deixastes de fazer. Pelo que fizeram, se hão de condenar muitos, pelo que não fizeram, todos." (Padre Antonio Vieira – Sermão da primeira dominga do Advento).***

Antecedentes para comparação

Na terceira semana de novembro de 2000, os principais jornais brasileiros publicaram, em tom crítico e jocoso, notas sobre uma menininha de 12 anos, norte-americana, presa em *Washington* sob a acusação de *"comer batatas fritas em uma estação do metrô"*, conduta proibida pelas leis locais. (1)

Mostravam as reportagens o *absurdo* e a incongruência de ter ela sido *"algemada"*, ter *"os cadarços de seus sapatos retirados"*, sido *"interrogada, identificada pela retirada de impressões digitais"* e, ao final, recebido medida de prestação de serviços à comunidade.

No Brasil, na mesma semana, foram levados a julgamento, pela Vara da Infância e da Juventude de São Paulo (SP), os adolescentes de 17 (dezessete) anos que incendiaram uma família de coreanos durante um assalto, matando um pai de família de 42 anos e causando lesões gravíssimas, físicas e psicológicas, em outras três pessoas; e que, ainda, depois de tal barbarismo, entraram em uma segunda residência para, por mais de hora e meia, aterrorizar todos os ocupantes, ameaçando-os de *"fazer a mesma coisa que haviam feito aos japoneses"*. (*sic*)

Constatou-se, para maior horror, que os "pequenos infratores" eram "multi-reincidentes" (2) e registravam inúmeras passagens anteriores por fatos graves.

---

(1) *"Menina é presa no metrô por comer batatas fritas"*. O Estado de São Paulo. 17/11/2000. Cidades.

(2) Fala-se, aqui, em reincidência de fato e não o conceito técnico-penal, inaplicável em se tratando de Justiça da Infância e da Juventude.

O primeiro, **COA**, apenas de 1998 para cá [3], registrava:

Mês	Natureza da ocorrência	Solução
04/1999	Porte de arma	Remitido (perdoado)
2/1999	Roubo	Liberdade assistida
12/1999	Roubo	Internação por prazo indeterminado
03/2000	Invasão de domicílio	Remitido (perdoado)
06/2000	Outros feitos	Remitido (perdoado)
08/2000	Furto	Remitido (perdoado)
09/2000	Porte de arma	Remitido (perdoado)

O segundo, **PFS**, no mesmo período apresentava:

Mês	Natureza da ocorrência	Solução
09/1998	Roubo	Internação
01/2000	Furto	Liberdade assistida
03/2000	Ameaça	Remitido (perdoado)
05/2000	Roubo	Internação por prazo indeterminado
10/2000	Roubo	Pendente

Como se observa facilmente, a orientação extremamente liberal que a Justiça menorista vem adotando, fez com que o primeiro facínora fosse "perdoado" (*sic*) por cinco vezes e fez com que a única internação que recebeu, em dezembro de 1999, findasse no primeiro relatório favorável (o que é a regra), seis meses depois.

O segundo marginal não teve sorte pior, internado por duas vezes, às escâncaras de uma sociedade aterrorizada pelo crime e sem que os responsáveis pela sua avaliação ponderassem sobre a violência que colocavam de volta às ruas, recebeu dois relatórios favoráveis e, por duas vezes, foi liberado para retornar à sociedade como um *James Bond* às avessas: *"licence to kill"*.

Tivessem sido presos, como seriam em qualquer sociedade decente, ao menos essas duas famílias não teriam sido barbarizadas como foram e um pai de família estaria vivo.

---

[3] Nas Varas da Infância e Juventude da Capital de São Paulo existe um registro de antecedentes atualizado apenas de 1998 para cá. Os dados anteriores vão sendo gradativamente inseridos no sistema, mas ainda não estão disponíveis para uma consulta rápida.

Pedimos, entretanto, perdão pela falha técnica. São "*meninos*" e, aos olhos da lei pátria, não podem e não devem ser tratados como criminosos reincidentes.

Esses "*pobres meninos*", cuja absurda e incompreensível violência, por vezes turbinada à cocaína, não é exceção e sim regra, fato que pode atestar qualquer pessoa que já tenha sido assaltada por um adolescente, eram tão "*crianças carentes*" que a genitora da família vítima do segundo assalto, ao visualizar o rosto dos seus algozes, pela sala de reconhecimento, desmaiou e só não caiu ao chão, sem poder balbuciar uma palavra sequer, porque amparada pelo Magistrado que acompanhava o reconhecimento. Não pôde ser ouvida, tal seu estado emocional.

Finda a tormentosa instrução, depois de serem tratados cordialmente, durante a audiência, por "**filhos**" (*sic*), esses *monstros* travestidos de adolescentes foram sentenciados, **por todos os fatos**, ao *máximo* que o malfadado Estatuto da Criança e do Adolescente permite: cumprir, mais uma vez, "*internação por prazo indeterminado na FEBEM com relatórios semestrais*".

Para os que não estão acostumados com as peculiaridades da lei menorista, isto significa que, se não fugirem antes, pelas portas escancaradas da FEBEM, em pouco mais de 6 (seis) meses estarão legalmente de volta às ruas, com sua dívida paga à sociedade, limpos e alvos como se os barbarismos que cometeram não passassem de pimpadas juvenis.

Pior ainda, retornarão à sociedade sem que sequer possam ser divulgados os seus nomes, conhecidos apenas por intermédio de suas iniciais.

Entre essas duas realidades, a primeira, norte-americana, *talvez* por demais severa e a outra, brasileira, certamente absurdamente liberal, deve haver um ponto de bom senso e equilíbrio a que se possa chegar.

Digo que a lei americana seja "*talvez*" muito severa, porque o que os repórteres brasileiros se esqueceram é que o importante aos cidadãos do maior país do planeta é o cumprimento restrito à lei e não o fato em si. O que interessa é mostrar a todos que a lei, seja ela rigorosa ou não, por dever cívico, deve ser obedecida, podendo a população inconformada pleitear, pela via legislativa correspondente, a sua modificação.

Entre os dois sistemas, prefiro o primeiro. Certamente, a menina de 12 anos sofreu um certo constrangimento, mas aprendeu a lição de que deve obedecer as normas legais impostas pelo seu País. O resultado brasileiro será a breve liberação de dois assassinos cruéis e sanguinários, que não têm qualquer possibilidade de recuperação, para que matem impunemente novamente e novamente até que, pela mão graciosa do destino, batam de frente com a polícia ou outros marginais e venham a ser presos ou mortos.

A situação caótica

Apenas a título de argumentação, no ano retrasado, fugiram da FEBEM cerca de 2000 (dois mil) adolescentes. Destes, aproximadamente 1.500 (mil e quinhentos) retornaram apreendidos em flagrante pela prática de novos crimes

cometidos *com violência contra a pessoa*, eufemisticamente denominados de atos infracionais.

Se o Estado tivesse cumprido somente sua função mínima de manter contidos os infratores, teriam ocorrido *menos mil e quinhentos crimes violentos* apenas na cidade de São Paulo. Entre eles, *vários latrocínios*.

Estatísticas do final do mesmo ano indicavam que, dos aproximadamente 4000 (quatro mil) internos da FEBEM, apenas 28 (vinte e oito) ali estavam há mais de um ano.

Esse descompasso mostra claramente a tendência em favorecer a inércia do Estado. Os laudos psicológicos recomendam, com intrigante freqüência, a adoção de medidas em meio aberto, sem levar em conta a gravidade do ato cometido. Medidas que, sabemos, não dão qualquer resultado prático, até porque, colocados na poética *liberdade assistida*, boa parcela dos infratores encontra a morte nas mãos do crime organizado. [4]

Como resultado dessa política inconseqüente, temos o total sentimento de impunidade dos mais perigosos, irrecuperáveis e pérfidos facínoras, que voltam às ruas para impor sua liderança aos demais adolescentes ainda não corrompidos e levá-los à seara do crime.

Artigo divulgado pelo Diário do Congresso Nacional [5] dá conta que as cidades do Rio de Janeiro e São Paulo, em estudo elaborado por uma das maiores empresas em consultoria de risco do mundo, a inglesa "*Control Risks*", por conta da criminalidade são tão perigosas quanto *Cali* e *Medellín*, na Colômbia, onde há virtualmente uma guerra contra o tráfico de entorpecentes e *Luanda*, capital de Angola, em guerra civil há 25 anos.

Todas essas cidades, conforme o estudo, obtiveram nota 5 (cinco) em uma escala de 1 (um), a menos violenta, a 7 (sete), a mais violenta, o que significa que "o crime é uma ameaça constante em toda a cidade e que muitas áreas da cidade devem ser terminantemente evitadas".

Significante parcela dessa violência é representada pelos crimes atribuídos aos adolescentes e esse número vem crescendo em uma progressão geométrica. O quadro a seguir dá uma idéia dos números da violência [6]:

	Homicídios	Tráfico	Roubos
1997	1176	1186	1277
1999	3214	5229	5081

---

[4] Dados recentes colhidos pela Promotoria da Infância e Juventude da Capital de São Paulo, dão conta de que, em média, é assassinado um adolescente por dia, dentre os colocados em liberdade assistida.

[5] "*Violência em São Paulo e Rio se equivale à de Cali, diz estudo*". CNOL Notícias. 1/12/2000.

[6] "*Bandidos Mirins*". Revista Veja, 16/08/2000, p. 62.

O tráfico de entorpecentes, que, no Brasil, já domina as prisões, elege parlamentares e controla totalmente as grandes cidades, assume papel importantíssimo no aliciamento de menores e na produção de perigosos celerados, a ponto dos Estados Unidos temerem a transferência dos cartéis colombianos para o Brasil "quando a Colômbia desenvolver métodos mais efetivos de combate ao comércio ilícito de entorpecentes". [7]

Em busca de alternativas

Embora o panorama seja caótico, a solução pode ser bem simples e passa por uma reformulação dos sistemas menorista e penal, que, baseados em falaciosos argumentos e absolutamente na contramão do que deseja a população, por razões inconfessáveis, vêm se tornando cada vez mais brandos.

Dentre as medidas possíveis, a mais simples e necessária é a *imediata redução da idade penal*. Se não ao patamar pretendido inicialmente pelo Deputado Alberto Fraga (PMDB-DF) que, em seu parecer sobre as modificações no setor da segurança pública, sugeriu o limite de 11 (onze) anos, ao menos para os 16 (dezesseis) anos, sendo 14 (quatorze) anos a redução ideal, pelas razões que vamos expor.

Não se trata de nenhuma pretensão absurda ou dissociada da realidade jurídica, pois a maior parte dos países desenvolvidos admite a possibilidade de julgamento dos criminosos em idade penal menor que a brasileira:

México	6 anos
Estados Unidos [8]	7 anos
África do Sul	7 anos
Escócia	8 anos
Inglaterra	10 anos
França [9]	13 anos
Itália	14 anos
Japão	14 anos
Alemanha	14 anos
Egito	15 anos
Argentina	16 anos

---

[7] *"EUA temem 'migração' de cartéis colombianos"*. O Estado de São Paulo. 29/11/2000. Internacional. A17.

[8] Nos Estados Unidos o adolescente, dependendo da gravidade do delito, pode ser julgado e condenado como adulto, inclusive à pena de morte. A idade a partir da qual o menor pode ser levado a julgamento varia de Estado para Estado. Em Nova York, o limite é de 7 anos, subindo para 12 anos no Colorado e 14 anos nos Estados do Taxas, Califórnia e Havaí.

[9] Na França a maioridade penal ocorre aos 18 anos, mas o menor entre 13 e 18 anos pode ser condenado como adulto na dependência das circunstâncias do delito e da personalidade do adolescente.

Portugal	16 anos
Colômbia	18 anos
Brasil	18 anos

Mesmo o Brasil já conheceu legislação mais severa:

Ordenações Filipinas: Vedava apenas a pena de morte aos menores de 17 (dezessete) anos, ficando ao arbítrio do julgador a aplicação de penalidade mais branda.

Código Criminal do Império (1830): 14 (quatorze) anos para responsabilidade plena. Entre os 7 (sete) e os 14 (quatorze), os menores podiam ser recolhidos a casas de correção até os 17 anos, desde que demonstrado seu discernimento.

Código da República – Decreto n.º 847, de 11 de outubro de 1890: 14 (quatorze) anos para responsabilidade plena. Entre os 9 (nove) e os 14 (quatorze), a responsabilização penal dependia da demonstração de discernimento.

Lei n.º 4.242, de 05 de janeiro de 1941: Excluiu a imputabilidade do menor de 14 (quatorze) anos, adotando critério puramente biológico.

Consolidação das Leis Penais de Vicente Piragibe: Adotou o limite de 14 (quatorze) anos para a imputabilidade penal, prevendo, ainda, a possibilidade de internação em estabelecimento correcional por período de 3 (três) a 7 (sete) anos.

Código de Menores – Decreto n.º 17.943-A, de 12 de outubro de 1927: Manteve a imputabilidade penal aos 14 (quatorze) anos.

Projeto Galdino Siqueira: 14 (quatorze) anos.

Projeto Sá Pereira: Elevou para16 (dezesseis) anos a idade de responsabilidade penal.

Projeto Alcântara Machado: Elevou para 18 (dezoito) anos a idade de responsabilidade penal.

Código Penal de 1940 – Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940: Influenciado pelo Projeto Alcântara Machado, elevou a idade penal para 18 (dezoito) anos.

Projeto Nelson Hungria: Manteve o limite de 18 (dezoito) anos.

Código Penal de 1969 – Decreto-Lei n.º 1.004, de 21 de outubro de 1969 (Nunca entrou em vigor): Manteve o limite de 18 (dezoito) anos, mas, excepcionalmente, se o menor revelasse desenvolvimento psíquico suficiente, poderia ser declarado imputável a partir dos 16 (dezesseis) anos.

Código Penal Militar – Decreto-Lei n.º 1.001, de 21 de outubro de 1969: Adotou a imputabilidade aos 16 (dezesseis) anos, mas foi derrogado pela reforma de 1984.

Reforma da Parte Geral – Lei n.º 7.209, de 11 de julho de 1984: Manteve a imputabilidade penal aos 18 anos.

Constituição de 1988: Manteve a maioridade penal aos 18 anos.

Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990: Seguiu o dispositivo constitucional.

Como se observa, foi apenas a partir de 1940, quando a realidade do País era completamente diferente da atual, que se estabeleceu o critério biológico dos 18 (dezoito) anos para a imputabilidade penal.

Note-se, entretanto, que não há nenhuma razão bio-pisicológica específica para tal patamar, senão mera questão de "*política criminal*", fato que é admitido expressamente na própria Exposição de Motivos da Nova Parte Geral: "*Manteve o Projeto a inimputabilidade penal ao menor de 18 (dezoito) anos. **Trata-se de opção apoiada em critérios de Política Criminal.***" (grifo nosso)

Ao contrário, estudos demonstram que a tendência à criminalidade violenta está intimamente ligada aos impulsos da juventude, com a participação, inclusive, de alguns mediadores químicos presentes em maior quantidade nas pessoas com menos de 25 anos de idade.

Isso significa que adolescentes violentos, contidos precocemente e liberados do sistema carcerário somente com mais idade, terão muito menor tendência à

recidiva, especialmente em relação a crimes cometidos com violência contra a pessoa ou grande arrojo.

A redução permitiria, ao menos, que, à prática do primeiro crime grave, o autor fosse encarcerado e retirado por mais tempo das ruas, evitando novas vítimas inocentes.

Não se vislumbra qualquer outra razão, repetimos, senão pura política criminal, para que não seja reduzida a idade penal. O incompreensível é que tal orientação é contrária aos anseios da maioria da população, já que recente pesquisa levada a efeito pelo "Vox Populi", entre duas mil pessoas escolhidas ao acaso, apontou que 84% (oitenta e quatro por cento) dos entrevistados manifestou concordância e desejo de redução da idade penal. [10]

Isso se torna tão mais evidente quando verificamos que o Estado, surpreendentemente, não possui estudo sobre o número de presos do *sistema penitenciário* que registram passagens anteriores pela FEBEM.

Podemos afirmar, sem qualquer margem de erro, que a esmagadora maioria dos detentos ostenta também invejável ficha como infrator. Os criminosos de hoje foram os infratores de ontem e os adolescentes infratores de hoje serão os criminosos de amanhã.

Acontecimento que demonstrou a incongruência do sistema foi a morte do traficante *Thiago Teles Vasco Aranha*, vulgo *Buiú*, de 19 (dezenove) anos, cujo sepultamento determinou toque de recolher no bairro do Capão Redondo, na zona sul de São Paulo. *Buiú* era egresso da FEBEM e havia fugido em 25 de setembro de 1999, pasmem, porque levado pelos monitores a um passeio "sócio-educativo" pelo Parque do Ibirapuera [11].

Episódio mais recente foi a fuga, em 04 de dezembro de 2000, do conhecido e perigoso *Batoré* [12], marginal a quem foi atribuída a prática de mais de 15 (quinze) homicídios, libertado por apenas dois comparsas armados quando era transferido de *Kombi*, sem qualquer escolta, de Franco da Rocha para o Fórum da Infância e Juventude no Brás, onde responderia por porte de arma e onde, provavelmente, receberia mais uma *remissão* (perdão) por algum homicídio praticado, sob o argumento de que "*estando internado outra internação seria inócua*" (*sic*).

Perfil etário dos infratores

Estatísticas [13] mostram que a tendência à criminalidade inicia-se aos 14 (quatorze) anos, acentuando-se bastante após os 16 (dezesseis). Além disso, a criminalidade violenta, principalmente roubo, homicídio e latrocínio, é quase que exclusivamente praticada por menores acima dos 15 (quinze) anos de idade.

---

[10] "*Bandidos Mirins*". Revista Veja, 16/08/2000, p. 63.
[11] "*Tráfico decreta toque de recolher na zona sul*". O Estado de São Paulo. 22/11/2000. Cidades, C1.
[12] "*Batoré fugiu. São Paulo está mais perigoso*". O Estado de São Paulo. 5/12/2000. Cidades. C1.
[13] Dados fornecidos pela Promotoria de Justiça da Infância e da Juventude de São Paulo, capital.

Idade	12 anos	13 anos	14 anos	15 anos	16 anos	17 anos
Percentual	2,73 %	5 %	10,57 %	17,76 %	28, 87 %	35,05 %

A simples medida de redução da idade penal para 16 (dezesseis) anos atingiria aproximadamente 64% (sessenta e quatro por cento) dos atos infracionais no geral e mais de 90% (noventa por cento) dos atos infracionais cometidos com violência contra a pessoa.

Se a redução fosse para os 14 (quatorze) anos, 92 % (noventa e dois por cento) de todos os atos infracionais seriam englobados e praticamente todos aqueles cometidos com violência contra a pessoa.

Como a reincidência entre os infratores que cometem crimes com violência contra a pessoa é altíssima, a sua prisão, apenas um pouco mais precoce, coibiria, em muito, a criminalidade urbana.

A tabela abaixo mostra a distribuição de alguns dos atos infracionais por idade no período compreendido entre junho de 1999 e junho de 2000:

	10	**12**	**16**	**121**	**129**	**155**	**157**	**213**	**214**	**P**
12 anos	14	6	8	2	60	72	62	0	8	4
13 anos	25	11	30	2	93	132	160	1	12	23
14 anos	80	35	63	7	168	246	395	4	10	37
15 anos	165	97	116	22	238	355	800	7	8	65
16 anos	336	155	253	35	298	443	1134	3	11	58
17 anos	476	191	356	49	375	548	1690	5	8	52
	1.096	**495**	**826**	**117**	**1.232**	**1.796**	**4.221**	**20**	**57**	**239**

Total dos dados tabulados: 8.303

Número total de atos infracionais praticados no período na Capital: 13.278

Os números demonstram claramente o incremento da violência a partir, principalmente, dos 15 anos e um dos fatores dessa violência é exatamente a *impunidade real*, preconizada pelo Estatuto nubívago aos atos infracionais cometidos pelos adolescentes.

Não é necessário grande esforço para perceber que os índices continuarão subindo na mesma proporção após os 18 anos, até que o ex-infrator e agora criminoso seja preso ou morto. Se a prisão ocorresse antes, um número muito grande de delitos seria, certamente, evitado.

Gênese dos argumentos contrários à redução

O curioso é que, mesmo à evidência gritante dos dados, toda a vez que se fala em penas mais severas e redução da idade penal, surgem hordas de defensores de marginais, estranhamente muito bem organizados na defesa do indefensável e na justificativa da total inércia do Estado em prover um sistema penal adequado.

Curioso, porque estas mesmas entidades não gastam um minuto sequer de seu tempo em defesa das creches, onde crianças não infratoras são abandonadas à própria sorte, e ali sofrem toda espécie de sevícias, às escâncaras de uma sociedade conivente; curioso, porque não praticam um ato religioso sequer, ao menos de contrição, pelos homens e mulheres honestos e decentes que tombam na guerrilha imunda e sem defesa da violência urbana; curioso, porque não levantam sua voz em favor dos valetudinários impotentes, que literalmente apodrecem nos corredores de asilos superlotados; curioso, porque não denunciam as condições subumanas dos hospícios e sanatórios.

Estes, crianças e adolescentes não infratores, velhos e loucos de todo gênero, porque não são criminosos, ao que parece, não merecem atenção, não dão voto, não pertencem ao gênero humano e não sofrem injustiças sociais.

A discrepância é tão grande, que não é absurdo vislumbrar, por detrás da hipócrita bandeira da defesa dos direitos humanos, a mão do crime organizado sustentando ONGS e entidades de finalidades e lideranças questionáveis, para que façam, às claras, o desmantelamento do sistema penal do País.

A discordância é tamanha, que fica evidente o uso descabido da bandeira humanista por instituições parasitas do Estado, lutando pela própria subsistência na perpetuação de um sistema falido que chega a pagar, em alguns casos, mais de R$ 1.000,00 (mil reais) por infrator custodiado em conveniadas.

É triste constatar que aos mal-intencionados juntam-se outros, movidos por bons desígnios, que, acreditando na recuperação do ser humano, relutam em aceitar que existem os incorrigíveis e que estes, sejam quais forem os motivos que os levaram ao crime, têm de ser excluídos da sociedade.

Inocentes que dão legitimidade a uma política claramente abolicionista e irresponsável, que favorece o crime organizado e tráfico de entorpecentes, que vem minando nossa juventude e lançando nossas cidades à barbárie.

Há, inclusive, pasmem, um manifesto subscrito por inúmeras entidades ligadas à área de menores infratores, rotulado: *"Querem prender a juventude do Brasil" (sic)*, título que chega a ser ofensivo, porque nivela os milhões de jovens honestos de nossa Nação com uma minoria delinqüente, que precisa urgentemente de contenção. Não se deseja "prender a juventude do Brasil", o que se deseja é prender aqueles incorrigíveis, criminosos perigosos que contaminam a juventude sadia do País.

Outro manifesto [14], na mesma linha, pondera que a redução da idade penal procura eleger os adolescentes como "bode expiatório responsável pelo clima de violência e insegurança social", como se os menores não fossem efetivamente autores de roubos, latrocínios, seqüestros, estupros e homicídios e a eles fosse indigitada uma estatística irreal não condizente com a realidade.

Os adolescentes infratores são seguramente responsáveis por significativa parcela da criminalidade urbana e o grau de violência dos atos por eles praticados, por vezes, não encontra paralelo em crimes cometidos por delinqüentes adultos. Basta acompanhar as atrocidades praticadas durante as rebeliões da FEBEM, pelos internos contra monitores e contra seus próprios companheiros, para verificar do que são capazes esses "pequenos cidadãos em descompasso com a lei".

Interessante ainda notar que os defensores do Estatuto da Criança e do Adolescente, diploma nefelibata que completou 10 anos de estímulo à impunidade, afirmam que o ECA não falhou, mas não foi devidamente implementado e, antes de ser derrogado ou ab-rogado, deve ser efetivamente aplicado.

O que causa espanto é que estes mesmos interlocutores costumam também apontar a falência da pena de prisão, em raciocínio jurídico absolutamente inverso, porque a Lei de Execução Penal também nunca foi implementada de modo correto no Brasil.

Para afirmar que a pena de prisão está falida, antes seria necessário, da mesma forma, exigir a completa aplicação da Lei de Execução Penal, forçando o Executivo a construir prisões suficientes, contratar pessoal e individualizar a pena.

Quando se defende a redução da idade penal, o que se procura não é criar um instituto gerido por um Herodes moderno a entregar crianças nas mãos de uma cabra-cabriola, monstro mitológico devorador de crianças injustiçadas e travessas.

O que se deseja é um equilíbrio, um aparato legal e fático que permita a separação do joio do trigo. Há um preço social que as desigualdades sociais da Nação nos obrigam a pagar, mas há um custo social inaceitável, porque implica na destruição da própria sociedade, que não é razoável exigir da população.

Se é bem verdade que a miséria e a desigualdade são fatores criminógenos, dizer que o crime é exclusivamente fruto da pobreza é, no mínimo, uma ofensa aos milhões de necessitados da nação tupiniquim que lutam com dificuldade e que nunca enveredaram pelo caminho tortuoso da criminalidade.

Reduzir a idade penal não é lançar no cárcere imundo crianças desamparadas e pequenos furtadores, mesmo porque, como é sabido, ninguém, há muito, é preso no Brasil por delitos menos graves, já que penas de até 4 (quatro) anos

---

[14] "Manifesto contra a redução da idade penal". *Juízes para a democracia*. n.º 23, jan/mar 2001, p. 1.

podem ser substituídas por restritivas de direitos e os benefícios penais e processuais penais apenas têm se multiplicado nos últimos anos.

Mesmo assim, ainda que não se concorde com a redução, é preciso reconhecer que a impunidade preconizada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente não pode continuar e encontrar um meio de afastar do convívio social, definitivamente, aqueles criminosos que colocam em risco a própria estrutura democrática, tenham eles a idade que tiverem.

O sistema português

Uma solução intermediária, que nos parece bastante razoável, e que poderia ser adotada no Brasil, é o *sistema português*. Nele, jovens entre 16 e 21 anos são separados pela natureza das infrações cometidas. Para os fatos cometidos sem violência contra a pessoa, o tratamento é similar àquele previsto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, ou seja, medidas sócio-educativas que vão desde a advertência até eventual internação pela múltipla reiteração. Estes menores, não violentos, representariam aquele custo social que estamos obrigados a suportar pelas gritantes diferenças sociais.

Para os fatos graves, cometidos com violência contra a pessoa, ou crimes que, pela sua natureza e reflexo social, não podem ficar impunes, como, por exemplo, o *tráfico de entorpecentes*, receberiam pena, de qualquer forma um pouco atenuada e cumprida em estabelecimento prisional especial até a maioridade, ocasião em que seriam transferidos para estabelecimento penal comum. Estes jovens representariam aquela parcela de custo social inaceitável, que representa risco à coletividade e que necessita ser segregada por tempo mais prolongado.

Pelas peculiaridades da nossa população, e tendo em vista o avanço dos meios de comunicação, que faz com que os adolescentes amadureçam mais rapidamente, o sistema poderia ser aplicado a partir dos 14 (quatorze) anos e até os 21 (vinte e um).

Note-se que a proposta *eleva a maioridade penal plena* aos 21 (vinte e um) anos, indo ao encontro, inclusive, da parcela de penalistas que luta contra a redução e por um Direito Penal mínimo, mas a sociedade teria instrumentos para coibir crimes violentos e mecanismos efetivos de ressocialização, porque as frutas contaminadas jamais seriam colocadas em um mesmo cesto. Ao contrário, à prática do primeiro crime cometido com violência contra a pessoa, o infrator seria conduzido à prisão e retirado do cumprimento de medida sócio-educativa, qualquer que fosse, deixando os recursos estatais para os recuperáveis.

Também deveria ser providenciado estabelecimento de ensino especial para os infratores. Hoje, o adolescente que nunca infracionou tem dificuldade em conseguir vaga em uma escola pública, enquanto os infratores são ali colocados, *manu militari*, encaminhados com ofício do Juízo determinando *"obrigação de estudar"*.

Quem milita na área da infância e juventude sabe o problema que esses egressos do sistema trazem às escolas e professores, constituindo verdadeiro foco desagregador dentro das salas de aula, impedindo o desenvolvimento das atividades escolares e arrastando para a iniqüidade e para o vício os demais estudantes.

Conclusão

A discussão faz lembrar um antigo filme, "Anjos de Cara Suja", em que um padre, interpretado por *Humphrey Bogart*, dedicado à causa social e à recuperação dos adolescentes, pede a um ex-amigo de infância, *gangster* condenado à morte, interpretado por *James Cagney*, que antes de ser executado na cadeira elétrica pedisse por sua vida, para que os adolescentes percebessem que o crime não compensa e não seguissem seu mau exemplo.

Embora negando peremptoriamente o favor ao amigo, no momento da execução, o criminoso chora copiosamente e clama por sua miserável existência. O filme deixa no ar se o executado pediu pela sua vida porque teve medo de fato ou porque, na hora da morte, acedeu aos apelos do velho companheiro para dar exemplo positivo às gerações futuras.

No Brasil, o final seria bem diferente. O facínora teria rapidamente voltado às ruas, aliciado menores para o crime e vivido até idade avançada, de forma abastada, com o dinheiro ganho nas atividades ilícitas. Talvez até se tornasse um mecenas das artes ou, mesmo, dono de alguma entidade de ensino superior. Com um pouco de sorte, poderia candidatar-se a um cargo eletivo e defender, no Congresso Nacional, a manutenção da idade penal aos 18 anos, o Direito Penal mínimo, a liberação da droga, a descriminalização e a revogação da Lei dos Crimes Hediondos.

Bibliografia

Livros

ABREU, Waldyr de. *A corrupção Penal Infanto Juvenil.* Rio de Janeiro: Forense, 1995.

ELIAS, Roberto João. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente.* São Paulo:Saraiva, 1994.

MARÇURA, Jurandir Roberto; CURY, Munir & PAULA, Paulo Afonso Garrido. *Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado.* 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2000.

NOGUEIRA Filho, Paulo Lúcio. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado.* 4. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

PIERANGELLI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil: Evolução Histórica*. Bauru:Jotalovi, 1980.

Jornais e revistas

BANDIDOS Mirins. Revista *Veja*, São Paulo, 16 ago. 2000, pp. 62-63.

BATORÉ fugiu. São Paulo está mais perigoso. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 5. dez. 2000. Cidades. p. C1.

EUA temem 'migração' de cartéis colombianos. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 29 nov. 2000. Internacional. p. A17.

FEBEM vai reforçar carros de escolta. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 12 dez. 2000. Cidades. p. C9.

MENINA é presa no metrô por comer batatas fritas. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 17. nov. 2000. Cidades.

MANIFESTO contra a redução da idade penal. *Juízes para a democracia*, São Paulo, nº 23, jan/mar 2001, p. 1.

TRÁFICO decreta toque de recolher na zona sul. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 22. nov. 2000. Cidades. p. C1.

VIOLÊNCIA em São Paulo e Rio se equivale à de Cali, diz estudo. *CNOL Notícias*, Brasília, 1. dez. 2000. p. 1.

Fontes de informação

CADASTRO Estatístico da Promotoria de Justiça da Infância e da Juventude da Capital.

(*) EDUARDO ROBERTO ALCÂNTARA DEL-CAMPO é Promotor de Justiça da Infância e da Juventude do Estado de São Paulo, atuando na Promotoria de Justiça da Infância e da Juventude da Capital.

Antecipação da tutela: algumas questões controvertidas (*)

José Carlos Barbosa Moreira (**)

Introdução

Dos institutos recentemente introduzidos em nosso processo civil, ao longo das sucessivas reformas que tem sofrido nos últimos anos, ocupa lugar de relevo a antecipação da tutela, quer pela densidade das questões teóricas que suscita, quer pela importância prática que assume na vida forense. A interpretação do art. 273 do Código de Processo Civil, tal como redigido pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994, vem merecendo especial atenção e, conforme facilmente se compreende, tem dado azo a controvérsias e divergências no plano doutrinário e no jurisprudencial.

No espaço de uma palestra, que não pretende abusar da paciência dos ouvintes, seria impossível passar em revista toda a problemática da matéria. Foi mister proceder a uma seleção; e, como toda escolha, esta não podia deixar de ter algo de subjetivo. Parece-nos, contudo, que dificilmente se negará a relevância dos tópicos escolhidos.

1. *A questão terminológica.*

Permitam-me começar por uma observação de índole terminológica. Não é raro encontrar, até em escritos de alto nível científico, a expressão "tutela antecipatória". Ela não é abonada nem pela linguagem da lei, nem pela lógica gramatical. O texto vigente do art. 273 do Código de Processo Civil, na redação atual, alude a "antecipação da tutela" nos §§ 2º e 5º, e a "tutela antecipada" nos §§ 3º e 4º. Diz também, no *caput*, que "o juiz poderá (...) antecipar os efeitos da tutela"; e impõe a indicação clara e precisa das razões "na decisão que antecipar a tutela" (§ 1º). Em lugar algum se depara a locução "tutela antecipatória".

Andou bem o legislador em se expressar como se expressou. Se por "tutela" se entende a proteção dispensada ao litigante, é intuitivo que ela não pode

(*) Texto de conferência. Acrescentaram-se as notas.

constituir o *sujeito*, mas apenas o *objeto* da antecipação. A tutela não antecipa seja o que for: pode, isso sim, ser antecipada pelo juiz, ou por decisão que este profira. Falar-se-á com propriedade, portanto, em "decisão antecipatória" ou em "providência antecipatória", no sentido de decisão ou de providência *que antecipa a tutela*. Quanto a esta última, ou será *antecipada* ou não o será: *antecipatória* é que jamais se concebe que seja.

2. *O conceito de "prova inequívoca" no art. 273, caput, do CPC.*

O art. 273, *caput*, do Código de Processo Civil, na redação dada pela Lei nº 8.952, estabelece os pressupostos essenciais da antecipação, no todo ou em parte, dos efeitos da tutela pleiteada no pedido inicial. Terá cabimento a antecipação "desde que, existindo prova inequívoca", o juiz "se convença da verossimilhança da alegação" do requerente — e além disso, é claro, ocorra alguma das situações previstas nos incisos I e II, que não precisamos examinar aqui.

Não se tem mostrado inteiramente pacífica, para dizer o menos, a convivência entre os dois pressupostos: o da "prova inequívoca" e o da "verossimilhança da alegação". Doutrina e jurisprudência enleiam-se em dificuldades quando tratam de explicar essa conjugação. Deixa certo a lei que, para a concessão do provimento antecipatório, basta a convicção de ser "verossímil" a alegação do requerente, isto é, não se exige a certeza de que ela seja veraz. Como entender, então, a referência a "prova inequívoca" — expressão que, à primeira vista, aponta no sentido da formação de convencimento certo ?[1] É sensível o desconforto que assalta os expositores do instituto e os julgadores que têm de aplicá-lo, quando se esforçam por juntar as duas pontas do fio. É igualmente sensível o artificialismo, para não dizer a precariedade, do nó com que costumam atá-las.

A raiz dessas dificuldades parece consistir na premissa comum que se adota, a saber, a de que o art. 273, quando fala de "prova inequívoca", está qualificando a prova do ponto de vista de sua força persuasiva, de sua capacidade para determinar o convencimento do órgão judicial [2]. Há quem pretenda, por

---

[1] Candido Dinamarco, *A reforma do Código de Processo Civil*, 3ª ed., S. Paulo, 1996, p. 145, tacha de "formalmente contraditórias" as duas locuções contidas no art. 273. Também a Ernane Fidelis dos Santos, *Novíssimos perfis do processo civil brasileiro*, Belo Horizonte, 1999, p. 36, "quanto ao aspecto lógico, parece haver contradição". No mesmo sentido, Luiz Fux, *Curso de Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro, 2001, p. 63.

[2] Em acórdão de 7.4.1997, R. Esp. nº 113.368, in *D.J.* de 19.5.1997, p. 20.593, afirmou o STJ: "Prova inequívoca é aquela a respeito da qual não mais se admite qualquer discussão" — conceito que, a rigor, tornaria supérflua toda atividade de instrução posterior à medida antecipatória. Expressivo, por outro lado, o passo de Athos Gusmão Carneiro, *Da antecipação da tutela no processo civil*, 2ª ed., Rio de Janeiro, 1999, p. 21: "A rigor, em si mesma, prova alguma será inequívoca, **no sentido de absolutamente incontestável**" (grifado pelo autor). Mas há outros sentidos possíveis! Percebeu-o Araken de Assis, "Antecipação da tutela", no vol. col. *Aspectos polêmicos da antecipação da tutela*, coord. por Teresa Arruda Alvim Wambier, S. Paulo, 1997, pp. 23/4, ao registrar a diferença de acepção entre "prova inequívoca" no art. 273 do Código e "prova inequívoca" no art. 3º, párágrafo único, da Lei nº 6.830, de 22.9.1980.

exemplo, que só será bastante para justificar a antecipação a prova que o seria para fundamentar o julgamento do mérito a favor do autor [3] — o que equivale a apagar, na substância, a diferença entre o provimento antecipatório e a sentença de procedência do pedido. Às vezes se procura a chave exegética numa comparação com o *fumus boni iuris*, tradicionalmente apontado como um dos pressupostos das medidas cautelares: sustenta-se que, para a antecipação da tutela, seria exigível prova capaz de produzir no espírito do juiz grau mais intenso de convicção [4]. Com certa freqüência, cai-se na tautologia, quando se dá à expressão "prova inequívoca", pura e simplesmente, o sentido de prova bastante para convencer o órgão judicial da verossimilhança da alegação do requerente. [5]

Ao nosso ver, falsa é a premissa de que se parte. A força persuasiva da prova, a sua capacidade para persuadir o juiz, está suficientemente assinalada no texto legal pela oração "desde que (...) se convença da verossimilhança da alegação". Se é indispensável que o juiz se convença, e se o convencimento do juiz não se pode basear senão em alguma prova, dizer que essa prova tem de ser convincente é dizer o mesmo que está dito alhures acerca do juiz. Gira-se num círculo vicioso: o juiz deve convencer-se da verossimilhança da alegação, e a prova deve ser tal que disso o convença. Em semelhante perspectiva, sugerir, como há quem sugira, que se traduza "verossimilhança" por "probabilidade" [6] desloca o problema, sem resolvê-lo: continuará a ser inevitável a redundância. Claro está, com efeito, que, se o juiz se convenceu de ser provável a alegação, é sinal de que a prova teve por força a virtude de convencê-lo dessa probabilidade. Em quaisquer interpretações desse gênero, imputa-se à lei o defeito de expressar duas vezes a mesma idéia, ou melhor, de formular duas vezes o mesmo pressuposto da antecipação: uma ao qualificar de "inequívoca" a prova, outra ao exigir que à vista dela o juiz "se convença".

---

[3] Assim, Calmon de Passos, *Inovações no Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, 1995, p. 13, *verbis* "A antecipação pede a mesma prova inequívoca que pede a decisão definitiva". Cf. p. 11: "A prova para antecipação é uma prova menos robusta ou menos inequívoca que a exigida para a decisão de mérito? Minha resposta é negativa. Para melhor compreender esses trechos, cumpre ter em vista o próprio conceito de antecipação da tutela adotado pelo autor, que a restringe à exclusão do efeito suspensivo do recurso cabível contra a sentença, tornada, "de logo, provisoriamente exeqüível" (*ibid.*). Não se trataria, em suma, de um adiantamento *da decisão*, mas apenas de um adiantamento *da execução*.

[4] Consoante sustentam Cândido Dinamarco, ob. e lug. cit. (nota 1), Teori Albino Zavascki, *Antecipação da tutela*, S. Paulo, 1997, p. 76, e Sergio Sahione Fadel, *Antecipação da tutela no processo civil*, S. Paulo, 1998, p. 29.

[5] Salvo engano, é o que faz Luiz Guilherme Marinoni, *A antecipação da tutela*, 3ª ed., S. Paulo, 1997, p. 155: "A denominada "prova inequívoca", capaz de convencer o juiz da "verossimilhança da alegação", somente pode ser entendida como a "prova suficiente" para o surgimento do verossímil".

[6] Nesse sentido, Cândido Dinamarco, ob. e lug. cit. (nota 1). Nada muda, em substância, com o acréscimo de um adjetivo, como alvitra Ernane Fidelis dos Santos, ob. cit. (nota 1), pp. 37/8, que fala em "probabilidade *máxima*".

Gostaríamos de propor uma alternativa, com apoio em premissa diversa. Se a força persuasiva da prova está suficientemente indicada na oração "desde que (...) se convença", e não se presume na lei a existência de palavras inúteis, outro deve ser o significado do adjetivo na locução "prova inequívoca". Raciocinemos, pois, a partir daí. "Inequívoca" é o antônimo de "equívoca". Consoante ensinam os dicionários, "equívoco" significa aquilo "que tem mais de um sentido ou se presta a mais de uma interpretação". Um sinônimo de "equívoco" seria "ambíguo", e o antônimo perfeito "unívoco", definido como "palavra, conceito ou atributo que se aplica a sujeitos diversos de maneira absolutamente idêntica" [7]. Nessa óptica, será equívoca a prova a que se possa atribuir mais de um sentido; inequívoca, aquela que só num sentido seja possível entender — independentemente, note-se, de sua maior ou menor força persuasiva.

Para esclarecer melhor, vamos a exemplo, tirado da prova documental, sem dúvida a mais importante nesta matéria. Um documento pode ser unívoco ou equívoco, segundo os seus dizeres comportem, respectivamente, um único ou mais de um entendimento. Ora, a univocidade ou equivocidade não guarda relação necessária com a força persuasiva do documento como prova. Pode acontecer que, apesar de unívoco, o documento não seja suficiente para convencer o órgão judicial. Por hipótese, só um entendimento ele comporta, mas, com esse entendimento, não se revela convincente quanto à veracidade da alegação.

O que se acaba de dizer acerca do documento também se dirá de qualquer outra prova. Perfeitamente se concebe, *v.g.*, que o depoimento de uma testemunha sofra de ambigüidade, isto é, seja equívoco, assim como igualmente se concebe o contrário: que seja unívoco (ou inequívoco), embora nem por isso forçosamente bastante para persuadir o juiz de que são verazes as declarações da testemunha.

Se nos colocamos no ponto de vista acima indicado, cessa toda e qualquer dificuldade para compatibilizar, na interpretação do art. 273, a qualidade de "inequívoca", exigível na prova, e o patamar de simples "verossimilhança" — ou de "probabilidade", se se preferir — que a alegação precisa alcançar, na mente do juiz, para justificar a antecipação da tutela. Em duas etapas se desdobrará a perquirição do magistrado, diante da prova produzida. Primeira: é ela "inequívoca", no sentido de que só comporta um entendimento? Segunda: com esse entendimento, tem ela suficiente força persuasiva para fazer verossímil (ou provável) a alegação do requerente? Quer-nos parecer que a solução aqui proposta elimina os rangidos que inevitavelmente se ouvem na articulação, tal como habitualmente feita, das duas peças do art. 273, *caput*. Cada uma delas concerne a um aspecto do problema, e ambas se conjugam em perfeita harmonia na armação do mecanismo legal.

3. *A irreversibilidade como pressuposto da antecipação.*

Outro pressuposto da antecipação da tutela vem expresso, em forma negativa,

---

[7] *Vide* os verbetes respectivos no dicionário *Novo Aurélio*, 3ª ed., Rio de Janeiro, 1999.

no § 2° do art. 273. Esse dispositivo exclui o cabimento da antecipação "quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado". Melhor seria dizer, aí, "provimento antecipatório": à tutela, vale repetir, é que calha o rótulo de "antecipada".

Desde logo, acode uma pergunta: a que alude o texto quando fala em irreversibilidade? Literalmente, para excluir a possibilidade da antecipação, o perigo deveria consistir na irreversibilidade *do provimento mesmo*; e assim têm entendido alguns [8]. Mas a exegese não parece sustentável. O provimento antecipatório, em si, é sempre essencialmente reversível, conforme ressalta do disposto no § 4°, que autoriza o juiz a revogar ou modificar a medida, a qualquer tempo.

Argumenta-se que o que a lei quis evitar foi a concessão da tutela antecipada em certas ações declaratórias e constitutivas; e dá-se como exemplo a desconstituição de um casamento, cuja decretação seria irreversível [9]. O argumento é inconvincente. Antes de mais nada, o texto nenhum elemento contém que aponte em tal direção; e não teria sido difícil expressar com palavras claras, de modo direto, a proibição de que se cogita. Além disso, o exemplo lembrado não ajuda o raciocínio: a desconstituição de um casamento, em si, nada tem de irreversível. Mesmo a abstrair-se do fato de que os ex-cônjuges podem restabelecer, a qualquer tempo, a união conjugal, mediante novo casamento, é bem de ver que a sentença que anule o primeiro (ou o declare nulo), ainda que transite em julgado, não fica imune a eventual rescisão, por alguma das causas arroladas no art. 485 do Código; e ocioso frisar que, na hipótese de procedência da rescisória, a situação das partes reverte ao estado anterior.

Bem anda, pois, a doutrina predominante em relacionar a irreversibilidade *com os efeitos do provimento antecipatório*. A eles é que se refere, com técnica defeituosa, o § 2° do art. 273. Não se antecipará a tutela quando houver perigo de que a concessão gere *efeitos irreversíveis*. [10]

Importa observar que, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, se manifesta forte propensão a abrandar o aparente rigor da norma [11]. Em alguns casos, realmente, a antecipação afigura-se imprescindível para salvaguardar o direito em jogo, e não deve bastar para excluir-lhe a possibilidade a circunstância de serem irreversíveis os respectivos efeitos. Vejamos dois exemplos. Há necessidade urgente de submeter menor a uma transfusão de sangue, para salvar-

---

[8] *V.g.*, Luiz Guilherme Marinoni, ob. cit. (nota 5), p. 164 e segs.

[9] Luiz Guilherme Marinoni, ob. cit. (nota 5), p. 167.

[10] Assim, por exemplo, Cândido Dinamarco, ob. cit. (nota 1), p. 148; Athos Gusmão Carneiro, ob. cit. (nota 2), pp. 61/2; Teori Albino Zavascki, ob. cit. (nota 4), p. 97; e os outros autores arrolados por Luiz Fernando Bellinetti, "Irreversibilidade do provimento antecipado", no vol. col. cit. em a nota 2, p. 247. Sergio Bermudes, *A reforma do Código de Processo Civil*, 2ª ed., S. Paulo, 1996, p. 29, fala em "resultados irreversíveis", expressão onde "resultados" equivale manifestamente a "efeitos".

[11] "A exigência da irreversibilidade inserta no § 2° do art. 273 do CPC" — assentou o STJ, 6.10.1997, R. Esp. n° 144.656, in *D.J.* de 27.10.1997, p. 54.778 — "não pode ser levada ao extremo, sob pena de o novel instituto da tutela antecipatória não cumprir a excelsa missão a que se destina."

lhe a vida, mas um dos pais opõe-se ao ato, por motivo religioso, e faz-se necessário requerer ao juiz o suprimento da autorização: se não for obtido incontinenti, o provimento já não será útil. O ofendido em sua honra requer a apreensão do jornal que contém a matéria injuriosa: a não ser que se antecipe a tutela, os exemplares já terão circulado e causado no seio da comunidade a repercussão nociva à reputação do lesado. Nessas hipóteses, e em várias outras, a antecipação produzirá efeitos irreversíveis: não se poderá restituir à fonte o sangue transfundido; o jornal apreendido não mais circulará utilmente.

Os autores que se têm ocupado da questão sublinham que, em casos assim, a proibição de antecipar a tutela, se tomada ao pé da letra, poderia surtir, por sua vez, efeitos igualmente irreversíveis. Sem a oportuna transfusão de sangue, o menor provavelmente morreria; não haveria como recolher os exemplares vendidos do jornal e, muito menos, como apagar da mente dos leitores a impressão já produzida. Efeitos irreversíveis podem surgir, portanto, quer no caso de conceder-se, quer no de negar-se a antecipação. É mister encontrar uma saída para esse beco. E a atitude mais razoável consistirá em proceder a uma valoração comparativa dos riscos; em outras palavras, balancear os dois males, para escolher o menor. [12]

Nos trabalhos preparatórios dos novos projetos de reforma do Código, havia-se cogitado de abrir, em mais um parágrafo ao art. 273, exceção expressa à proibição de antecipar a tutela em razão da irreversibilidade. O veto ficaria afastado, justamente, se da denegação pudesse decorrer, para o autor, prejuízo por seu turno irreversível e maior que o benefício resultante para o réu. No texto enviado ao Congresso Nacional, suprimiu-se essa proposta. Entretanto, é pouco provável que isso influa na orientação, já adotada pelos tribunais, de interpretar e aplicar o § 2° à luz moderadora do critério da proporcionalidade.

4. *Eficácia do provimento antecipatório no tempo.*

Bem pesadas as coisas, as considerações que se acabam de fazer refletem uma idéia básica. Na antecipação da tutela, como em todo assunto relativo ao processo, é mister levar em conta a bilateralidade que informa o fenômeno processual. Ora, essa idéia deve inspirar-nos a preocupação de evitar que, no funcionamento de qualquer mecanismo, uma das partes recolha sozinha as vantagens, enquanto se deixa a outra a gemer sob o peso dos inconvenientes.

Como é óbvio, no instituto sob exame, o benefício destina-se primariamente ao autor [13]. Quer-se, acima de tudo, remediar a injustiça consistente em fazê-lo

[12] Nesse sentido, *v.g.*, Athos Gusmão Carneiro, ob. cit. (nota 2), p. 66. Na p. 67, lê-se o texto (depois suprimido) a que aludimos no parágrafo subseqüente.

[13] Sublinhando que a antecipação da tutela foi "concebida unilateralmente", Moniz de Aragão, "Alterações no Código de Processo Civil: tutela antecipada, perícia", no vol. col. *Reforma do Código de Processo Civil*, coord. por Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo, 1996, p. 237, chega a opinar que, em face do princípio de isonomia, o instituto "sob esse ângulo padece de inconstitucionalidade" — mácula que, ao ver do autor, precisa ser sanada mediante "interpretação construtiva da lei, que estenda o benefício também ao réu, quando è se for o caso".

suportar as conseqüências danosas da passagem do tempo indispensável à conclusão do processo, quando as cores da paisagem sugerem que do seu lado é que está a razão. Semelhante raciocínio, fundamentalmente correto, gera, porém, se nos limitarmos a olhar para uma única margem da estrada, o risco de perpetrarmos outra injustiça, de sinal contrário, mas não menor gravidade.

É perfeitamente concebível que, com a progressão do feito, e sobretudo com o desenvolvimento da atividade instrutória, venha a mudar de aspecto o panorama. Os elementos que pareciam justificar a impressão de uma vitória provável do autor vão cedendo o passo a outros, que invertem no espírito do juiz a inclinação inicial. E, por hipótese, chegado o momento de decidir, verifica o órgão judicial que agora prevalecem de modo nítido os dados favoráveis ao réu. A sentença, então, julga improcedente o pedido.

O senso comum induz-nos a pensar que a mudança da situação há de repercutir na respectiva disciplina. Afinal, desapareceu um dos pressupostos essenciais da concessão do benefício de que vinha gozando o autor. Havia-se afigurado *verossímil* a sua alegação; eis que, sob o impacto das provas produzidas, se desvanece a verossimilhança, e a versão do réu passa a impor-se à preferência do juiz. O que se presume é que esse novo e diferente entendimento tenha base mais sólida que o anterior. Soa até contraditório, em tal perspectiva, sustentar que deva subsistir ao desaparecimento do pressuposto o efeito do provimento que dele extraía sua razão de ser. Assim, pelo menos em linha de princípio, com o julgamento desfavorável de mérito, já não se afigura razoável que o autor continue a desfrutar do benefício proporcionado pela antecipação da tutela, a qual deve ter-se por automaticamente revogada [14], embora convenha, para evitar dúvidas, que o juiz a revogue de modo expresso na sentença.

Dir-se-á que o eventual recurso pode ser capaz de produzir nova reviravolta: a decisão de segundo grau talvez conclua em sentido oposto ao da proferida pelo juízo *a quo* e, no entanto, se terá privado o autor, nesse ínterim, do benefício. É verdade, mas isso não modifica os termos da equação. Nem sempre se há de considerar, retrospectivamente, que o autor vitorioso deveria ter-se beneficiado da antecipação da tutela. Os pressupostos desta e os da vitória final não coincidem necessariamente; o máximo que cabe dizer é que seria bom que coincidissem, e a lei vê como *provável* tal coincidência, sem, todavia, poder assegurar que ela ocorra em todos os casos. Não é inconcebível, nem será com certeza tão raro, que um pedido venha a ser julgado procedente apesar de não se haver concedido a quem o formulou tutela antecipada. Não há censurar o juiz que a denegou só porque depois se revelou fundado o pedido: a decisão sobre o requerimento de

---

[14] Cf., por exemplo, ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, ob. cit., (nota 2), p. 85; TEORI ALBINO ZAVASCKI, ob. cit. (nota 4), p. 114; SERGIO SAHIONE FADEL, ob. cit. (nota 4), p. 62 e segs., espec. 65/7; ERNANE FIDELIS DOS SANTOS, ob. cit. (nota 1), p. 41; EDUARDO TALAMINI, *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*, S. Paulo, 2001, p. 360. Para LUIZ FUX, ob. cit., p. 66, "a sentença final que dispõe sobre o litígio deve cassar a tutela antecipada, prevalecendo sobre esta". *Aliter*, LUIZ GUILHERME MARINONI, ob. cit. (nota 5), pp. 163/4.

antecipação fora tomada à luz dos elementos de que então se dispunha, e é bem possível que eles não bastassem para imprimir verossimilhança à alegação do autor; se a imagem do pleito mudou após a instrução probatória, nada de estranhar em que se dê ganho de causa àquele mesmo litigante a quem se recusara (ou até se revogara) a antecipação. *A fortiori*, se o órgão julgador agora é outro.

De qualquer maneira, cessado com a sentença o benefício da antecipação, não fica o autor impedido de requerê-lo outra vez, perante o tribunal. É óbvio que precisará valer-se de elementos capazes de justificar nova e diferente convicção.

Importa lembrar que o argumento concernente aos prejuízos que resultam do decurso do tempo deve ser encarado sob prisma duplo. Antes da concessão da tutela antecipada, o tempo militava contra o autor; concedida que seja ela, entretanto, passa a militar contra o réu. Sobre este, daí em diante, é que recai o peso da sujeição à pretensão do adversário. Nem é desprezível a possibilidade de que o autor, colocado em posição de vantagem, não só se desinteresse de colaborar para o prosseguimento normal do feito, mas até venha a atuar no sentido de lhe protelar o desfecho. Fenômeno desse tipo ocorreu, em certa época, com o mandado de segurança: uma vez obtida a liminar, o que menos queria o impetrante era o julgamento do pleito, e foi mister que a lei fixasse prazo à vigência da liminar [15], para desestimular a "sabotagem" de impetrantes menos escrupulosos.

É necessário muito cuidado para não exagerar na dose, quando se cuida de instituir medidas tendentes à satisfação rápida (ainda que provisória) daquele que tomou a iniciativa de ir a juízo. Tem-se, às vezes, a impressão de que um zelo desmedido pode acabar por construir um "processo civil do autor", como já se está construindo, com zelo igual e simétrico, um "processo penal do réu".

5. *Significação social da antecipação da tutela?*

A Justiça brasileira não tem grande amor por estatísticas. As que existem, ainda quando confiáveis, não se vêem divulgadas como seria de desejar. Isso torna muito difícil a valoração de qualquer mudança legislativa. É certo que a numerosos observadores nenhuma inibição lhes ocorre, mesmo sem dados objetivos, de pronunciar-se num sentido ou noutro, e em tom freqüentemente categórico. Peço vênia para tachar de anticientífica essa atitude: não se faz ciência com opiniões desprovidas de base em elementos concretos.

O caso da antecipação da tutela nada tem aqui de original. Desconhece-se a existência de estatísticas que revelem com segurança a sorte das modificações operadas em nosso processo civil. No caso, por exemplo, ninguém sabe ao certo sequer a percentagem de processos em que se requereu a medida e, desses, em quantos foi ela concedida, em quantos denegada. Conhecer tais números seria o

---

[15] Lei nº 4.348, de 26.6.1964, art. 1º, **b** (*vide* também o art. 2º).

mínimo indispensável para fundar sobre a inovação um juízo de valor que aspire à seriedade.

Mas esse juízo ainda estaria longe de ser completo. A significação social de um instituto não se deixa apreender numa simples tabela de dados numéricos. Ao vetor quantitativo, precisaríamos agregar um vetor qualitativo. A pergunta fundamental seria aqui: para que tem servido, na prática judicial, a antecipação da tutela? A que espécies de interesses tem ela proporcionado satisfação? Que tipos de litigantes vêm sendo por ela predominantemente favorecidos?

Pesquisa desse gênero poderia concluir, digamos, que, no comum dos casos, o objeto da tutela antecipada tem sido uma pretensão de natureza pecuniária; ou, em vez disso, que o direito antecipadamente tutelado é, com maior freqüência, de índole personalíssima, insuscetível de ser substituído de maneira plenamente satisfatória por seu suposto equivalente em moeda — *v.g.*, a honra, a imagem, a intimidade, a liberdade religiosa. É manifesto que a nossa valoração não haveria de ser igual em ambas as hipóteses. Na primeira, com efeito, a lei nada mais teria criado, em substância, que uma agência de cobrança de dívidas mais eficiente; não se trataria de conquista desprezível, mas sua importância, para a sociedade, seria, com certeza, menor que na outra hipótese. É inaceitável, realmente, pôr em pé de igualdade o interesse social na satisfação dos credores de dinheiro e o interesse social em ver eficazmente protegidos valores morais e espirituais — pelo menos no âmbito de um ordenamento como o nosso, em que semelhantes valores, por força de disposições expressas, gozam de especial proteção em nível constitucional (*v.g.*, art. 5°, incisos VI e X), sem falar na circunstância de que a respectiva preservação, em regra, ou opera incontinenti, ou já não terá eficácia prática.

A esta altura, vem-me à lembrança o começo de um poema que teve sua época de fama: "Ora (direis) ouvir estrelas? Certo perdeste o senso!" [16]. Substituam o "ouvir estrelas" por "desejar pesquisas", e não me admirarei se, aplicando o verso às presentes elucubrações, começarem a suspeitar de que quem vai perdendo o senso é o autor desta palestra. Estamos no Brasil, país onde um cronista igualmente famoso em seu tempo se comprazia em xingar de "idiotas da objetividade" todos aqueles que se atreviam a pôr em dúvida a capacidade de arroubos emocionais para refletir com justeza a realidade; país onde uma exclamação lançada com suficiente força pulmonar vale mais que mil demonstrações geométricas. Nossas convicções alimentam-se de impressões, não de argumentos; e, se os fatos não as confirmam, pior para os fatos...

Não sei se vale a pena alertar mais uma vez para a gravidade desse erro. Farei nova tentativa, assumindo o risco de tornar-me insuportavelmente maçante para quem já me haja ouvido noutras ocasiões. É necessário denunciar a funesta tendência a enxergar na entrada em vigor de uma norma o ponto final de sua história. Ao contrário, nesse momento é que ela começa verdadeiramente a viver;

---

[16] A citação — se há necessidade de dizê-lo — é de soneto de Olavo Bilac, in *Poesias*, 23ª ed., Rio de Janeiro - S. Paulo - Belo Horizonte, 1949, p. 55.

e é a partir daí que ela passa a merecer a nossa particular atenção. Já pouco interessam, agora, as intenções, por mais altas que fossem, do legislador e as expectativas que ele acalentava. Interessa, sim, o que estará acontecendo no dia-a-dia forense; e é forçoso que mantenhamos o espírito aberto aos ensinamentos que a experiência nos possa dar. Se eles vierem a coroar nossas esperanças, tanto melhor; no caso contrário, renunciemos às ilusões e tenhamos a coragem de rever o que foi feito e até de desfazê-lo, se preciso for.

Em matéria processual, como a de que estamos cuidando, o primeiro passo consistirá necessariamente na observação escrupulosa do que sucede no foro, com a utilização das técnicas próprias. Colhidos os resultados, cumpre examiná-los atentamente e sem idéias preconcebidas, para concluir com segurança. Isso é o que se deveria fazer — estar fazendo — em relação às inovações introduzidas em nosso sistema processual, desde o instante em que cada uma principiou a viger. Tudo indica que já se perdeu bastante tempo: mas nunca é tarde demais para começar. Estarei regiamente pago do esforço se lograr convencer os ouvintes da necessidade de pôr mãos à obra em matéria de antecipação da tutela e em qualquer outra análoga.

(**) José Carlos Barbosa Moreira é Professor da Faculdade de Direito da UERJ e Desembargador (aposentado) do TJRJ.

A responsabilidade fiscal por despesas com pessoal (*)

JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO (**)

SUMÁRIO: 1) Introdução; 2) Destinatários diretos; 3) Pressupostos das despesas públicas; 4) As despesas com pessoal; 5) Limites de despesas com pessoal; 6) Receita corrente líquida; 7) Despesas não computadas; 8) Limites internos; 9) Período de ajustamento; 10) Repasse de recursos; 11) Controle de despesas; 12) Nulidade de atos; 13) Vedações; 14) Despesas excedentes dos limites e prazos de adequação; 15) Redução de cargos, funções e pessoal; 16) Providências restritivas; 17) Sanções; 18) Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

O art. 163 da Constituição Federal, que dá início ao Capítulo II, do Título VI, regulador das finanças públicas, estabeleceu que lei complementar deveria ser editada para dispor sobre finanças públicas - esta a matéria básica - e sobre outros assuntos específicos que, indiscutivelmente, guardam correlação com o tema de finanças. Estão nesse caso os temas sobre dívida pública externa e interna, concessão de garantias por entidades públicas, emissão e resgate de títulos da dívida pública, fiscalização de instituições financeiras, operações de câmbio realizadas por órgãos públicos e adequação das funções das instituições oficiais de crédito da União.

Por outro lado, o art. 165, § 9°, da CF, também prevê lei complementar para dispor sobre o plano plurianual, a lei de diretrizes orçamentárias e a lei orçamentária anual. Por fim, o art. 169 estabelece que lei complementar disciplinaria a matéria pertinente a despesas com pessoal ativo e inativo das entidades federativas.

Regulamentando os dispositivos, foi editada a Lei Complementar n° 101, de 04.05.2000, que revogou a Lei Complementar n° 96, de 31.05.99, conforme consta no art. 75 daquele diploma.

(*) Fevereiro/2001.

A nova lei dispõe realmente sobre vários aspectos das finanças públicas, dizendo sua ementa que o diploma *"estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências"*, e seu art. 1° faz referência, de fato, ao Capítulo II do Título VI da Constituição, no qual se apresenta o quadro básico regulador da matéria.

Dispõe a LC 101 sobre planejamento, incluindo-se, aí, regras sobre a lei orçamentária e a lei de diretrizes orçamentárias e, ainda, sobre receita e despesa pública, transferências de recursos, dívida e endividamento, gestão patrimonial e transparência, controle e fiscalização na atividade geral relativa ao sistema de execução e controle das finanças públicas.

O foco destes comentários, porém, cingir-se-á à despesa pública na parte em que a lei alinha as normas sobre *despesas com pessoal* (Capítulo IV, Seção II, Subseções I e II).

Trata-se de matéria extremamente delicada e relevante para o setor público, porque tenta pôr fim aos descalabros que alguns administradores inescrupulosos cometeram nos cofres públicos e, por conseguinte, resguardar o erário público para o fim de ser devidamente utilizado em objetivos verdadeiramente sociais, atendendo aos diversos vetores do interesse público geral, e não para fins pessoais, com ofensa inaceitável aos princípios da moralidade, da impessoalidade, da legalidade, da razoabilidade e, enfim, a qualquer princípio norteador da função administrativa.

Na verdade, se houvesse consciência pública, política e administrativa, de certos administradores, sequer haveria necessidade de quadro regulador tão detalhado. Bastaria a consciência : os princípios morais antecederiam os princípios jurídicos.

2. Destinatários Diretos

A lei tem caráter geral e se destina a toda a Administração Pública, direta e indireta. No que concerne à administração direta, são destinatários os entes federativos – União, Estados, Distrito Federal e Municípios – materializados por todos os órgãos básicos que lhes compõem a estrutura. Assim, devem obediência à LC 101 os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, os Tribunais de Contas e o Ministério Público.

Quanto aos Tribunais de Contas, a lei os incluiu a todos, fazendo menção ao Tribunal de Contas da União, aos Tribunais de Contas dos Estados e, onde houver, aos Tribunais de Contas dos Municípios e Tribunal de Contas do Município (art. 1°, § 3°, III).

Fora da administração direta, foram referidos fundos, autarquias, fundações e empresas estatais dependentes.

Os *fundos*, como se sabe, não são dotados de personalidade jurídica e constituem conglomerados jurídicos e financeiros que recebem valores caracterizados como dinheiro público. Mas a crescente instituição desses

conglomerados, que têm a seu cargo, freqüentemente, recursos de elevado vulto e visam ao atendimento de relevantes finalidades públicas, provocou sua inserção ao lado de pessoas jurídicas vinculadas à Administração. Idêntica situação encontra-se no art. 1°, parágrafo único, da Lei n° 8.666/93 – o Estatuto de Contratos e Licitações – no qual a regra empregou a expressão *fundos especiais*. Parece-nos melhor o emprego apenas do termo *"fundos"*, porque inexiste parâmetro para identificar se um fundo é especial ou não. O certo é que, embora despersonalizados, sujeitam-se às regras traçadas na lei, já que ressaltam, na sua atividade, inúmeras funções atinentes às finanças públicas.

Todas as fundações governamentais submetem-se ao regime financeiro da lei. Como esta se limitou a referir-se às *fundações* (art. 1°, § 3°, I, "b"), é de considerar-se que se incluem as fundações governamentais de direito público e as de direito privado. A lei distinguiu, como se verá, empresas dependentes e empresas controladas, mas empregou a expressão *empresas estatais*, locução na qual não se pode considerar, tecnicamente, as fundações. Parece-nos, todavia, que se a fundação governamental é de direito privado e não recebe subvenção pública deve receber a incidência de outro tipo de normas, pois que a atividade financeira não será a mesma executada por fundações de direito público, de natureza autárquica.

A lei incluiu como destinatárias as *empresas estatais dependentes*, definindo-as como aquelas entidades controladas que recebem da pessoa controladora recursos financeiros para pagamento de despesas com pessoal ou de custeio em geral ou de capital (art. 2°, III). Em palavras diversas, a incidência normativa abrange as empresas que não têm capacidade de auto-subsistência, necessitando de recursos do ente a que estejam vinculadas para fazer frente a gastos com pessoal ou com as rubricas gerais de custeio ou de capital. No caso de despesas de capital, porém, não são consideradas dependentes empresas aquelas cujos recursos, oriundos do ente controlador, se destinem ao aumento de participação acionária.

No atual sistema da administração indireta, além das autarquias e das fundações governamentais, já mencionadas, só estão incluídas as sociedades de economia mista e as empresas públicas. Resulta daquela norma, portanto, que se empresa pública ou sociedade de economia mista for auto-suficiente – o que decerto só ocorrerá quando executar atividade de natureza econômica empresarial – não estará ela submetida ao regramento da lei de responsabilidade fiscal. Embora também esteja sob controle do ente federativo ou de outra pessoa administrativa, os elementos relativos à gestão dos recursos sofrerão controle de natureza diversa, inclusive com atenção às regras de seu estatuto ou contrato social.

Os requisitos para a qualificação de empresa estatal dependente são *alternativos*: basta que a subvenção se dirija a um dos setores causadores de dispêndio para se admitir a qualificação. Assim, se o ente controlador aloca recursos, por exemplo, apenas para pagamento de pessoal, já se afigurará como dependente para os fins da lei. O mesmo se dará em relação ao custeio em geral: ainda que a empresa seja auto-suficiente quanto ao pagamento de seu pessoal,

mas precise de subsídio para outras rubricas de custeio em geral, será qualificada como *empresa estatal dependente*. Contudo, recursos vertidos para aumento de participação acionária do ente controlador não caracterizam dependência, isso, é óbvio, se outros recursos não forem alocados para fins diversos.

3. Pressupostos das Despesas Públicas

As despesas públicas podem ser *legítimas* ou *ilegítimas*. Seja para deflagar ação governamental, seja para expandi-la ou aperfeiçoá-la, a despesa, para configurar-se legítima, deve atender a três pressupostos: 1º) a fixação do impacto orçamentário-financeiro; 2º) a adequação à lei orçamentária; e 3º) a compatibilidade com projetos de longa duração.

No que tange ao primeiro, é necessário que a autoridade responsável proceda à estimativa do *impacto da despesa*, considerando as rubricas orçamentárias respectivas, tanto em relação ao exercício em que vai ser efetuada a despesa (que não precisa ser o exercício vigente), como aos dois exercícios subseqüentes (art. 16, I). Indispensável para alcançar o objetivo legal será o emprego, pela autoridade competente, de método administrativo de planejamento e projeção da execução orçamentária, eis que a estimativa do impacto não se limita ao exercício financeiro da despesa em si, o que seria menos complexo, mas sim a dois exercícios seguintes. E, aqui, deverá o órgão atuar com extrema cautela, tendo em vista que, em certas situações, o impacto no orçamento presente pode ser menor do que nos exercícios futuros. Por isso, exige a lei a fixação das premissas da estimativa e a metodologia de cálculo adotada pelo agente estatal (art. 16, § 2º).

A *adequação orçamentária* importa a correlação de congruência entre a despesa e o orçamento. A despesa deverá ser objeto de dotação específica, porque prevista para ela, e suficiente, para o fim de comportá-la. Poderá, ainda, estar inserida em crédito genérico, mas, neste caso, a despesa deve ser considerada em face de outras da mesma espécie, realizadas ou a realizar, previstas no programa de ação governamental, não podendo ultrapassar os limites fixados para o exercício (art. 16, § 1º, I).

Finalmente, quanto à *compatibilidade com projetos de longa duração*, dispõe a LC 101 que a despesa deve ser compatível com as diretrizes, objetivos, prioridades e metas previstos no plano plurianual e na lei de diretrizes orçamentárias. Alguns administradores, para alcançar objetivos pessoais, efetuam despesas públicas com total desprezo pelos projetos de longa duração, como os que constam de planos plurianuais e leis de diretrizes orçamentárias. Em se tratando de projetos definidos em instrumento legal, deve o administrador levá-los em conta para criar ou aumentar outras despesas.

Tanto na hipótese de adequação da despesa à lei orçamentária, como na de compatibilidade com os instrumentos que formalizam projetos de longa duração, o administrador, com a função de ordenador de despesa, deverá emitir declaração

formal com tal demonstração (art. 16, II). Não o fazendo, ou emitindo declaração em desconformidade com a exigência legal, será o agente responsabilizado funcionalmente e, conforme a hipótese, também civil e criminalmente. Trata-se, como se vê, de *ato vinculado*, cujos elementos de composição já se encontram previamente delineados na lei.

As exigências acima, entretanto, não se aplicam à *despesa considerada irrelevante*, como autoriza o art. 16, § 3° da lei. Como esta repassa à lei de diretrizes orçamentárias a definição do que se considera como despesa irrelevante, deve anotar-se que, somente quando for editado este último diploma, é que se tornará eficaz a norma da LC 101. Seu revestimento momentâneo, assim, é de norma vigente, mas ainda ineficaz.

4. As Despesas de Pessoal

A despesa com pessoal pode caracterizar-se como *parcial* ou *total*. Para ser apurada a despesa total, considera-se a ocorrida em determinado mês com a efetivada nos onze meses imediatamente anteriores. O parâmetro, pois, da despesa total é o período de doze meses (art. 18, § 2°). Em conseqüência, será parcial a despesa que abranger determinado mês ou periodicidade inferior a um ano, como, por exemplo, o montante de despesas relativo ao período de seis meses.

Os gastos de pessoal direcionam-se a três categorias de beneficiários: 1°) os agentes em atividade; 2°) os inativos; e 3°) os pensionistas. Os primeiros são os que estão no regular exercício de suas funções e que, por isso mesmo, mobilizam toda a máquina de atividades públicas. Para tal configuração, não importa a função que exerçam nem o Poder a que pertençam. Administradores, magistrados e parlamentares, em sua totalidade, estão incluídos entre os agentes ativos, desde que, logicamente, estejam executando a competência de poder que lhes é destinada.

A expressão *agentes em atividade* tem sentido amplo, de maior extensão do que *servidores públicos*, uma das categorias daquele gênero, e guarda maior propriedade quando se refere aos agentes que se vinculam ao Estado por uma relação permanente de trabalho, seja qual for o seu regime jurídico. Os parlamentares e outros agentes, como os Chefes de Executivo, Ministros e Secretários de Estado, não são propriamente servidores, mas agentes políticos, normalmente eleitos para mandato certo, e a quem incumbe a direção das estratégias a serem adotadas pelo Estado. São os verdadeiros donos do poder.

Os inativos são os agentes que, tendo preenchido os requisitos estabelecidos na respectiva legislação, deixam de exercer suas funções e passam a perceber na inatividade forma de remuneração denominada de *proventos*. Além deles, geram despesas com pessoal os pensionistas, ou seja, os familiares de agente público falecido que, também por força de lei, passam a fazer jus a remuneração de caráter social nominada de *pensão*.

Veja-se, portanto, que não é pequeno o universo de pessoas que acarretam despesas de pessoal para o Estado.

Apesar da extensão desse universo, a lei consignou que os valores de contratos de terceirização de mão-de-obra, firmados para substituição de servidores públicos, devem ser contabilizados como *"Outras Despesas de Pessoal"* (art. 18,§ 1°). Aqui valem dois pequenos comentários. O primeiro é o de que a LC 101 admitiu expressamente a terceirização de mão-de-obra, matéria que tem provocado grande polêmica quanto à sua legitimidade jurídica. Não obstante, e este é o segundo comentário, não será qualquer terceirização que deverá ser tida como lícita, mas somente aquela que se destinar à substituição de cargos e empregos permanentes na Administração. Acrescente-se, ainda, que se faz necessário que a substituição obedeça a critérios administrativos definidos em prévio planejamento e, o que é mais importante, visando à redução da despesa pública ou à maior eficiência dos serviços administrativos. Assim, não só será ilegítima a terceirização que, sem razão plausível, elevar as despesas, como também não o será aquela que tiver o propósito de substituir apenas por substituir, isto é, sem qualquer projeto administrativo para tal fim.

Seja como for, é curioso que tais despesas sejam consideradas como de pessoal. Na verdade, a terceirização implica contrato de prestação de serviços firmado entre o locatário da atividade, que no caso é o Poder Público, e o locador, no caso a empresa de intermediação de mão-de-obra. Ora, tal ajuste se qualifica como contrato administrativo, regulado pela Lei n° 8.666/93, sob a natureza de contrato de serviço, de modo que o pagamento efetuado pelo locatário da atividade é direcionado à empresa prestadora do serviço, e não aos empregados desta. Estes são remunerados normalmente através de salário pago diretamente por seu empregador, com regular observância da legislação trabalhista. Não há, pois, despesa *com pessoal*, mas sim com a contratação de empresa para fim de ser prestado determinado serviço. Bem diferente é o gasto do Estado com aqueles agentes que, a ele vinculados, dele percebem diretamente a sua remuneração.

Todas as parcelas retributivas integram o conceito de despesa total com pessoal. Vencimentos e vantagens pecuniárias, proventos e pensões são incluídos no conceito de despesa total com pessoal (art. 18). Outros aspectos mencionados na lei são meramente complementares. Por exemplo, a lei alude aos subsídios, que nada mais são do que a terminologia adotada para a remuneração de certos agentes públicos. Segundo o art. 39, § 4°, da Const. Federal, com a redação da E.C. 19/98 , percebem subsídios o membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais. Membros de Poder, para o fim remuneratório constitucional, são os parlamentares, os Chefes do Executivo, os magistrados, os membros do Ministério Público (art. 128, § 5°, I, "c", CF), os integrantes da Defensoria Pública e da Advocacia Pública (art. 135, CF), e os servidores das carreiras policiais (art. 144, § 9°, CF).

Além das retribuições básicas – vencimentos, subsídios, proventos de aposentadoria e de reformas (de militares) e pensões – integram o montante de despesas com pessoal as parcelas adicionais, constitutivas de vantagens

pecuniárias. Estão nesse grupo os adicionais, as gratificações, as horas extras, os abonos, os auxílios e qualquer outro tipo de vantagem pessoal.

Por último, consideram-se despesas com pessoal as relativas a encargos sociais e contribuições recolhidas pelo ente federativo às entidades de previdência (art. 18). Nesta hipótese, conquanto tais despesas não correspondam efetivamente às efetuadas com pagamento retributivo por atividade ou inatividade, o certo é que decorrem delas, constituindo, de fato, acréscimo cujo adimplemento é obrigatório e devido por força de lei. Assim, poder-se-á dizer que na rubrica de despesas com pessoal encontram-se pagamentos *diretos* aos beneficiários e *indiretos*, quando feito a terceiros em decorrência desses pagamentos diretos.

5. Limites de Despesas com Pessoal

A regra básica pertinente aos limites com despesas de pessoal está registrada no art. 169 da CF: "*A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar*". O mandamento constitucional, como se observa, tinha sua aplicabilidade condicionada à edição de diploma infraconstitucional, no caso lei complementar, de modo que a L.C. 101, sucedendo a L.C. 96, continua a permitir exeqüibilidade à regra constitucional.

A L.C. 101 fixou limites variados para os entes federativos, aplicáveis à despesa total com pessoal, em cada período de apuração. Assim, para a União, foi fixado, como limite, o percentual de 50 % (cinqüenta por cento) e para Estados e Municípios, de 60% (sessenta por cento) (art. 19). Note-se que, dentro do conceito de Estados, situa-se o Distrito Federal, entidade diversa mas equiparada àqueles; nesse sentido, o art. 1°, § 3°, II, da lei.

Escusado lembrar que os percentuais são aplicáveis para cada unidade federativa tomada isoladamente, de onde se infere ser inviável qualquer tipo de pacto cooperativo pelo qual se permita, por via oblíqua, a inobservância dos percentuais-limite.

6. Receita Corrente Líquida

A base de cálculo sobre a qual devem incidir os percentuais é a receita *corrente líquida*. E qual o significado de receita corrente líquida? Segundo os dizeres da lei, é aquela que resulta do somatório das receitas tributárias, de contribuições patrimoniais, industriais, agropecuárias, de serviços, transferências correntes e outras receitas que se caracterizem como correntes (art. 2°, IV). Adotando critério de natureza econômica, a Lei n° 4.320, de 17.3.64, classifica as receitas públicas em *receitas correntes* e *receitas de capital*, sendo as primeiras constituídas das parcelas acima, que, como vimos, foram expressamente referidas na própria lei, e estas últimas compostas de operações de crédito, alienação de bens, amortização

de empréstimos, transferências de capital (LUIZ EMYGDIO DA ROSA JUNIOR, *Manual de Direito Financeiro e Direito Tributário, Ed. Renovar*, 12ª. ed., 1998, pp. 61/62).

Temos, desse modo, que se o Estado, por exemplo, recebeu valores relativos a empréstimos concedidos a terceiros ou arrecadou importâncias decorrentes da venda de bens públicos, essas parcelas não se incluirão como receitas correntes, sendo inviável, então, que sirvam para elevar a base de cálculo e, por via de conseqüência, o limite para despesas com pessoal.

A receita corrente líquida deve ser apurada numa periodicidade de doze meses, considerando-se a soma das auferidas no mês de referência com aquelas obtidas nos onze meses anteriores. Havendo eventuais duplicidades, não deverão elas ser computadas no montante (art. 2°, § 3°).

Do total das receitas correntes, todavia, devem considerar-se *deduções*, como assinala a lei. Assim, serão deduzidas algumas despesas específicas, na forma do especificado no art. 2°, IV, da lei. Significa que o montante correspondente à base de cálculo será reduzido, e é sobre o montante reduzido que incidirá o respectivo percentual. Com isso, o valor-limite para as despesas com pessoal também será mais baixo.

No caso específico da União, há três parcelas que não podem ser consideradas no montante das receitas correntes líquidas:

1ª) a relativa aos valores transferidos por ela a Estados e Municípios, por determinação constitucional ou legal ; é o caso, por exemplo, dos arts. 157, I, CF (repasse aos Estados e Distrito Federal de parte do imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza) e 158, II, CF (repasse aos Municípios de parte do imposto sobre a propriedade territorial rural) ;

2ª) a oriunda da contribuição para financiar a seguridade social, paga pelo empregador e incidente sobre a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados a qualquer título à pessoa física, mesmo sem vínculo empregatício (art. 195, I, "a", CF) e também a paga pelos trabalhadores e demais segurados da previdência social, que, todavia, não incide sobre aposentadorias e pensões concedidas pelo regime geral da previdência social, de que trata o art. 201 da CF (art. 195, II, CF);

3ª) a proveniente de arrecadação para o Programa de Integração Social (PIS), criado pela Lei Complementar n° 7, de 07.09.70, e para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PASEP), criado pela Lei Complementar n° 8, de 3.12.70.

Como se pode observar, todas essas parcelas formam considerável vulto de recursos, mas deverão ser deduzidos do montante geral de receitas para que se tenha o real montante das receitas correntes líquidas.

No caso dos Estados, também há dedução. Do montante das despesas

correntes devem ser subtraídas as parcelas que, por força de mandamento constitucional, devem ser repassadas aos Municípios (art. 2°, IV, "b"). Com efeito, cabe ao Estado transferir aos Municípios metade do produto da arrecadação do imposto sobre a propriedade de veículos automotores e 25% do total arrecadado da contribuição do ICMS (art. 158, III e IV, CF). Esses valores, como é óbvio, não ingressam na receita do Estado em *caráter permanente*, mas, ao contrário, sua entrada se reveste de *caráter provisório*, eis que, após serem creditados, são contabilizados a débito da conta do Estado em virtude da transferência ao Município. Em conseqüência, só são computados na receita corrente do Estado recursos correspondentes a 50% do IPVA e 75% do ICMS.

A última dedução prevista na lei alcança a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. A dedução refere-se aos recursos oriundos da contribuição dos servidores para o custeio de seu sistema de previdência e assistência social e aos que forem auferidos a título de compensação financeira no caso em que houver aposentadoria com tempo de contribuição do serviço público e na atividade privada, hipótese em que, nos termos do art. 201, § 9°, da CF, deverá haver contagem recíproca de tempo de contribuição. A razão de tais deduções, previstas no art. 2°, IV, "c", da L.C. 101, consiste na efetiva destinação de tais recursos. São eles alocados para o fim específico de assegurar aos servidores os benefícios da seguridade social, e, por isso mesmo, não constituem propriamente receita estatal para o fim de chegar-se à receita corrente líquida.

Mas não só de deduções tratou a lei, visando à configuração do montante equivalente à receita corrente líquida. Devem ser computados nesta os valores pagos e recebidos por Estados e Distrito Federal em relação ao ICMS. O quadro regulador desse tributo está previsto na Lei Complementar n° 87, de 13.09.96, referido, aliás, no art. 2°, § 1° da L.C. 101. Também se incluem na receita corrente líquida os recursos atinentes ao Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério, previsto no art. 60, § 1°, do ADCT da Constituição (parágrafo acrescentado pela E.C. 14/96).

7. Despesas Não Computadas

Dispõe o art. 19, § 1°, da L.C. 101, que, para atendimento dos limites estabelecidos para gastos com pessoal, não serão computadas algumas despesas ali relacionadas. Com efeito, tais gastos, conquanto de alguma forma sejam pertinentes ao dispêndio com pessoal, não se destinam especificamente a pagamento como *retribuição regular permanente* ao agente público pelo exercício de atividade a ele cometida. Em conseqüência, referidas despesas ficam fora do montante que serve de base de cálculo dos percentuais-limite.

Indenizações – Em primeiro lugar, não se computa o gasto com indenização por demissão de servidores ou empregados (art. 19, § 1°, I). Aqui há algumas observações que merecem realce. Os empregados também são

servidores; apenas não são estatutários. A lei, portanto, cometeu impropriedade: onde foi mencionado "*servidores*", leia-se "*servidores estatutários*". A não ser assim, ter-se-ia que considerar que os empregados trabalhistas não são servidores públicos *lato sensu*, o que não corresponde à verdade em nenhum sistema de organização funcional.

Por outro lado, a *demissão* do servidor não acarreta qualquer indenização a ser paga pelo Poder Público, e isso porque seu pressuposto é a falta funcional grave do servidor. Sendo assim, nenhuma indenização é assegurada ao infrator. A hipótese prevista no art. 169, § 4°, da CF (parágrafo acrescentado pela E.C. 19/98), que dá ensejo a indenização, não se enquadra tecnicamente como demissão, mas sim como *exoneração por excesso de quadro*, cujo pressuposto não é infração funcional, mas simplesmente o excesso de servidores no quadro, como já tivemos a oportunidade de salientar (*vide* nosso *Manual de Direito Administrativo*, Ed. Lumen Juris, 7ª. ed., 2001, p. 498). A demissão que rende ensejo à indenização só é admissível em relação aos servidores trabalhistas, e ainda assim somente nas hipóteses previstas na lei trabalhista.

Essa despesa – logo se pode observar – não tem caráter remuneratório, mas sim indenizatório, e por esse motivo não está computada no montante destinado a despesas regulares com pessoal.

Demissão Incentivada – A hipótese, que está prevista no art. 19, § 1°, II, refere-se a *incentivos à demissão voluntária.*

Quando o Poder Público, para reduzir seu quadro funcional, deseja estimular a saída de servidores, o que faz é incentivar a *exoneração voluntária*, naturalmente consubstanciada pela *exoneração a pedido*, e não a demissão. É teratológico falar-se em "*demissão incentivada*", a não ser que o Estado pretendesse estimular o cometimento de infrações pelos servidores.

A verdade é que, como ninguém pode obrigar o servidor a se exonerar do serviço público, e freqüentemente já está ele garantido pela estabilidade, o incentivo é no sentido de que o servidor saia do serviço público, logicamente mediante a concessão de algumas vantagens pecuniárias. Uma delas pode ser o pagamento de indenização de um vencimento por ano de efetivo exercício. Cada ente federativo terá autonomia para instituir o seu sistema. Mas o incentivo será à exoneração voluntária, e não à demissão.

Novamente se pode constatar a razão por que esse tipo de dispêndio está fora do limite de gastos com pessoal: tais valores são indenizatórios e compensatórios, e não retratam a retribuição estipendial regular.

Convocação Extraordinária do Congresso – O Congresso Nacional se reúne ordinária e extraordinariamente. As reuniões ordinárias ocorrem de 15 de fevereiro a 30 de junho e de 1° de agosto a 15 de dezembro, conforme dita o art. 57 da CF. Fora desses períodos, as reuniões são extraordinárias e, por esse motivo, exigem convocação específica aos parlamentares.

Há duas formas de deflagrar a convocação extraordinária: uma, privativamente, pelo Presidente do Senado Federal, visando ao atendimento de

situações políticas anômalas ou especiais, como é o caso de intervenção federal, estado de sítio e estado de defesa (art. 57, § 6°, I, CF); outra, concorrentemente, pelo Presidente da República, pelos Presidentes da Câmara e do Senado, ou ainda quando a maioria dos membros de ambas as Casas o requerer, tendo por objetivo apreciar questão de urgência ou de interesse público relevante (art. 57, § 6°, II, CF).

É a esta última hipótese que se refere o art. 19, § 1°, III, da L.C. 101. Como é sabido, o comparecimento dos parlamentares às sessões extraordinárias é oneroso para o erário público. O valor que cada um percebe, qualificado pela Constituição como *parcela indenizatória*, corresponde à *efetiva* remuneração pelo exercício do múnus público fora do período regular. Trata-se de verdadeira remuneração por trabalho extra. Segundo o art. 57, § 7°, da CF, esse pagamento só não pode exceder ao valor normal do subsídio mensal. Mas, seja como for, a lei excluiu os recursos alocados para tais pagamentos do montante representativo do limite legal para as despesas com pessoal. Por conseguinte, essa forma de remuneração não compromete o montante para pagar os servidores em geral.

Decisões Judiciais – Em virtude dos inúmeros litígios funcionais que envolvem as unidades políticas da federação, são freqüentemente decididas ações judiciais nas quais são elas condenadas ao pagamento de vantagens pecuniárias devidas e não pagas, diferenças de vencimentos e salários, valores relativos à promoções e progressões funcionais não pagos à época apropriada *etc.*

Apesar da relativa freqüência, é incontestável que tais pagamentos são *ocasionais*, porque não há previsão exata do momento em que ocorre o dever de pagar, e *pontuais*, porque alcançam apenas aqueles que integraram o processo judicial. Desse modo, não são computados no montante destinado às despesas normais com pessoal (art. 19, § 1°, IV).

Não obstante, afigura-se necessário conjugar esse dispositivo com o art. 19, § 2°, que consigna que, observado aquele dispositivo (art. 19, § 1°, IV), as despesas com pessoal decorrentes de sentenças judiciais devem ser incluídas *"no limite do respectivo Poder ou órgão"*, limites esses previstos no art. 20, e que vamos considerar adiante. Quer dizer: tais despesas não são incluídas no limite genérico, retratado pelo montante-limite *da pessoa federativa* (50% para a União e 60% para Estados e Municípios), mas se inserem dentro dos *limites específicos*, que são os atribuídos a cada Poder ou órgão independente com orçamento próprio. Não há, pois, punibilidade para a pessoa federativa num todo, mas apenas para o órgão ou Poder cuja atividade administrativa rendeu ensejo às despesas determinadas pela decisão judicial.

Para exemplificar: se alguns servidores do Judiciário de um Estado vencem demanda judicial em que pleiteiam certa gratificação, negada pelo departamento de pessoal, o total dessas despesas não se inclui no montante-limite do Estado, ou seja, no montante que resulta da incidência de 60%, mas deverá ser contabilizado dentro do limite de 6% fixado para as despesas de pessoal do Judiciário Estadual. Diante dessa contabilização, o Judiciário responsável pelo pagamento determinado na sentença terá menor quantidade de recursos para

outras despesas com pessoal. É a forma de evitar que erros administrativos cometidos por Poder ou órgão acabem respingando em outro Poder ou órgão, ou na própria pessoa federativa a que pertencem.

COMPETÊNCIA ANTERIOR – Na linha desse mesmo dispositivo, não são computados, para o atendimento dos limites legais de despesas, os gastos efetuados fora do período normal de apuração a que se refere o art. 18, § 2°, ou seja, fora do período de doze meses, incluindo-se o mês de referência.

Aqui, a exclusão obedece a fator contábil e financeiro. Se o período de verificação é fixado em doze meses, não podem mesmo ser consideradas despesas efetuadas com pessoal anteriormente a esse período. Portanto, na verificação de atendimento dos limites legais, são excluídos gastos antigos.

DISTRITO FEDERAL, AMAPÁ E RONDÔNIA – O art. 19, § 2°, V, da L.C. 101, reza que não são computadas as despesas com pessoal, do Distrito Federal e dos Estados do Amapá e Roraima, custeadas com recursos transferidos pela União.

Primeiramente, o dispositivo não informa se a exclusão das parcelas deve processar-se nos montantes-limite da União ou das pessoas federativas ali mencionadas – o Distrito Federal e os Estados do Amapá e Roraima. Para a correta interpretação, é necessário recorrer ao art. 2°, § 2° da lei, segundo o qual as parcelas não são computadas na receita corrente líquida do D. F., do Amapá e de Roraima. Com efeito, se tais recursos provêm de terceira unidade federativa – no caso, a União Federal – não são gerados pelas entidades beneficiárias do repasse, de forma que estas não podem inserir referidos valores na receita que servirá de base à incidência do percentual-limite.

Os repasses federais têm previsão no art. 21, XIII e XIV da Constituição e no art. 31 da E.C. 19/98. Pelo art. 21, XIII, cabe à União organizar e manter o Poder Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública do Distrito Federal e Territórios. No inciso XIV, do mesmo art. 21, está prevista a competência federal para organizar e manter a polícia civil, a polícia militar e o corpo de bombeiros militar do Distrito Federal. Logicamente, quando a Constituição alude a organizar e *manter* tais categorias, a interpretação cabível é a de que as despesas de pessoal ficam a cargo da União, e não do Distrito Federal. Registre-se, contudo, que a assistência financeira prestada pela União ao Distrito Federal para a execução de serviços públicos, embora prevista no art. 21, XIV, *in fine*, da CF, não é financiada na rubrica de despesas de pessoal, eis que a finalidade desse gasto tem contorno totalmente diverso.

A E.C. 19, a seu turno, previu, no art. 31, que a União Federal continuaria responsável pelas despesas com várias categorias de pessoal que, antes de Amapá e Roraima serem transformados de Territórios em Estados, prestavam serviços regularmente à administração federal ou municipal. Significa dizer, então, que todos esses servidores, que, na verdade, constituem a imensa maioria, são remunerados por verbas federais, de modo que esses gastos não podem mesmo ser computados na receita corrente líquida dos novos Estados.

Observe-se, por fim, que, como comentamos anteriormente, tais recursos

também não podem estar incluídos na receita corrente líquida da União para efeito de fixação do percentual-limite. Trata-se de valores destinados a pagamento com servidores de outras entidades federativas e, por isso mesmo, não seria justo e razoável considerá-los despesas com o pessoal federal. Nesse sentido, repita-se, dispõe o art. 2°, inc. IV, da L.C. 101.

Despesas com Inativos – No que se refere aos inativos, é preciso fazer, desde logo, a seguinte observação: os gastos com o pagamento de proventos da aposentadoria, reformas e pensões se situam no montante correspondente à despesa total com pessoal. Nesse sentido dispõe, expressamente, o art. 18 da lei.

Contudo, o art. 19, § 1°, VI, da L.C. 101, determina que não sejam computadas, como receitas sujeitas aos percentuais-limite, as despesas com inativos, mesmo que por meio de fundo específico, oriundas por determinados tipos de recursos.

Assim, estão fora do cômputo as despesas custeadas por recursos resultantes da arrecadação de contribuições dos segurados. Estão fora, também, os gastos com inativos decorrentes da compensação financeira prevista no art. 201, § 9°, da C.F., referente, como vimos, à contagem de tempo recíproco no serviço público e na iniciativa privada para fins de aposentadoria. Finalmente, não se computam as despesas decorrentes de recursos arrecadados por fundo vinculado ao pagamento de inativos, incluindo-se o produto da alienação de bens, direitos e ativos, e também o superávit financeiro.

E por que não se computam tais despesas? A razão obedece ao sistema adotado pela lei para o controle de gastos com pessoal. Esses valores não pertencem originariamente à pessoa federativa. Como têm origem externa e sua destinação é diretamente voltada para o pagamento de inativos, não chegam a constituir-se como receitas correntes, em seu sentido geral, para o fim de permitir a efetivação de gastos. Portanto, quando a entidade pública for definir o montante da receita corrente sujeita aos percentuais da lei, não deverá incluir os referidos recursos, vale dizer, não os computará no montante que vai servir de base de cálculo para a fixação do limite de despesas.

8. Limites Internos

Além dos percentuais fixados no art. 19, referentes a cada uma das pessoas da federação em separado, a L.C. 101 estabeleceu, ainda, *limites internos*, considerados aqueles percentuais distribuídos entre os Poderes e os órgãos dotados de autonomia financeira e orçamentária.

Quando a lei alude a *Poderes* e *órgãos*, está considerando os Poderes estruturais de cada pessoa federativa e os órgãos dotados de autonomia financeira e orçamentária. Tecnicamente, os Poderes se qualificam como órgãos dos entes federativos. Se assim é, ter-se-á que interpretar a norma de forma a distinguir os Poderes em si mesmos dos órgãos superiores da estrutura política. Por isso é que, ao lado dos Poderes, a lei incluiu o Ministério Público (art. 20, § 2°, I). Os

Tribunais de Contas também possuem certa autonomia, mesmo situados no Poder Legislativo. A lei fez referência a eles, mas sempre como órgãos incluídos nesse Poder (art. 20, § 2°, II, "a", "b", "c" e "d").

Não houve unanimidade quanto à constitucionalidade das normas que estabeleceram limites internos para Estados e Municípios. A objeção consistia em que essa matéria deveria ser tratada pela legislação da respectiva pessoa federativa como decorrência da autonomia que lhes confere a Carta constitucional, sendo, assim, inconstitucional que lei federal dispusesse sobre o assunto, em flagrante invasão da esfera dos entes federativos. A discussão constitui objeto de ação direta de inconstitucionalidade promovida perante o S.T.F. (ADIN n° 2.238-DF), mas a Egrégia Corte, apreciando o requerimento de medida cautelar suspensiva dos aludidos dispositivos, indeferiu a medida por apertada maioria, considerando, portanto, a um primeiro momento (mas, na prática, com definitividade, como tem ocorrido na esmagadora maioria dos casos) que inexiste a alegada inconstitucionalidade e que os limites internos representam normas gerais de finanças públicas, cuja competência é realmente da União, a ser exercida por meio de lei complementar (art. 169, CF).

Para a União Federal, os limites internos são representados pelos seguintes percentuais, definidos no art. 20, I, da L.C. 101: **a)** 2,5 % para o Poder Legislativo, incluído o Tribunal de Contas da União; **b)** 6% para o Poder Judiciário; **c)** 0,6% para o Ministério Público da União; **d)** 40,9 % para o Poder Executivo. Esse total monta ao percentual-limite da União, ou seja, 50 % da receita corrente líquida.

Do percentual do Executivo, porém, 3 % devem destinar-se a fazer face às despesas com a manutenção do Judiciário, do Ministério Público, da Defensoria Pública, da polícia civil e militar e do corpo de bombeiros do Distrito Federal (art. 21, XIII e XIV, CF) , bem como com o pessoal dos Estados do Amapá e de Roraima, na forma estabelecida no art. 31, da E.C. 19/98, como vimos anteriormente. A repartição dos recursos deve ser proporcional à média das despesas efetuadas com tais finalidades nos três exercícios financeiros anteriores à publicação da L.C. 101 (art. 20, I, "c").

Para os Estados, foram fixados os seguintes limites: a) 3 % para o Legislativo, incluindo-se o Tribunal de Contas do Estado; b) 6% para o Judiciário; c) 49 % para o Executivo; d) 2 % para o Ministério Público do Estado. Se o Estado tiver Tribunal de Contas dos Municípios, haverá uma diferença de 0,4 % a maior para o Legislativo e de 0,4% a menor para o Executivo. Ou seja: o Executivo terá como limite o percentual de 48,6% e o Legislativo de 3,4%, incluindo-se neste todas as despesas de pessoal com os Tribunais de Contas (art. 20, § 4°).

E, para os Municípios, eis os limites internos: **a)** 6% para o Legislativo, incluindo-se o Tribunal de Contas do Município, quando houver; **b)** 54% para o Executivo (art. 20, III).

Além da repartição *básica*, há ainda uma distribuição *complementar*, que é aquela efetuada entre os órgãos de cada Poder. É o caso, por exemplo, do Tribunal

de Contas em relação ao Legislativo, ou dos Tribunais Federais em relação ao Judiciário. Os limites deverão ser repartidos entre esses órgãos, tomando-se em consideração a média das despesas com pessoal, em percentual da receita corrente líquida, ocorridas nos três exercícios financeiros imediatamente anteriores à publicação da lei complementar em foco. É a regra do art. 20, § 1° da lei. Diante disso, é inegável que os órgãos internos de cada Poder, dotados de quinhão orçamentário, fazem jus a que seja observada aquela proporcionalidade, evitando-se, assim, uma diminuição orçamentária para gastos com pessoal em relação a exercícios financeiros anteriores. O cálculo, como é óbvio, estará a cargo dos técnicos administrativos na área de pessoal, finanças, orçamento e contabilidade dos respectivos órgãos.

9. Período de Ajustamento

É evidente que os desacertos acumulados por tantas décadas não podem permitir que as pessoas federativas se ajustem de imediato às novas regras. Cumpre admitir período de transição durante o qual aquelas entidades e seus Poderes e órgãos possam adaptar-se aos parâmetros agora estabelecidos.

Assim, se o ente político, ou ainda o Poder ou órgão estiver em descompasso com os percentuais-limite externos (das pessoas federativas) e internos (Poderes e órgãos), tendo tido no exercício financeiro anterior à publicação da L.C. 101 despesas com pessoal acima dos limites, o necessário enquadramento terá que dar-se em até dois exercícios, período em que devem ser eliminados os excessos. É o que dispõe o art. 70 da L.C. 101.

A redução pode ser gradual, permitindo-se o mínimo de 50% em cada ano. Mas, de qualquer modo, a compatibilização não poderá ultrapassar aos dois exercícios seguintes. Poderá até sê-lo no exercício seguinte, mas vedado será inobservar o período máximo de adaptação.

Para conseguir o ajustamento à lei vigente, deverão ser adotadas várias medidas, previstas no art. 22, como a vedação de outorga de aumento de remuneração, vantagens pecuniárias e outras que veremos a seguir. A ofensa ao prazo de adequação importa na aplicação de providências severas contra o ente ou o órgão ofensor, como, por exemplo, o impedimento para receber transferências voluntárias ou para a contratação de operações de crédito, conforme consignado no art. 23.

10. Repasse de Recursos

De acordo com o art. 168, da Const. Federal, cabe ao Poder Executivo repassar ao Legislativo, Judiciário e Ministério Público, até o dia vinte de cada mês, os recursos correspondentes às dotações orçamentárias (no caso, em duodécimos), nelas incluídas os créditos suplementares e especiais, tudo na forma de lei complementar regulamentadora da matéria.

A L.C. 101, para compatibilizar-se com as regras limitadoras de despesas com pessoal, estabeleceu que o repasse dos recursos financeiros destinados a tais gastos se cingirá ao total que resultar da aplicação dos percentuais fixados para os Poderes e Ministério Público, ou aqueles que forem estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias (art. 20, § 5°). Em relação a esta última alternativa, convém lembrar que não há impedimento para que a entidade federativa estabeleça *percentuais inferiores* aos fixados na L.C. 101. Vedado, contudo, será a fixação em percentual mais elevado, porque, nesse caso, estaria ocorrendo ofensa à lei por via oblíqua.

Neste ponto, cabe uma indagação: se a lei condiciona a entrega de recursos para despesas com pessoal à observância dos limites fixados para cada órgão ou Poder, qual a providência a ser adotada pelo órgão repassador, no caso o Executivo ?

A resposta se situaria no art. 9° e seu § 3°, da L.C. 101: se o Judiciário, o Legislativo e o Ministério Público não promoverem, em 30 dias, limites de empenho e movimentação financeira, quando, ao final de um bimestre, se verificar que a realização da receita poderá não comportar o cumprimento das metas de resultado primário, o Poder Executivo estaria autorizado a limitar os valores financeiros segundo os critérios firmados pela lei de diretrizes orçamentárias.

Aliás, nada mais razoável: se o Poder ou órgão não observa os limites, é porque viola a lei reguladora. E se esta é violada, a providência natural seria a de não repassar os recursos que excedessem os limites legais. Trata-se de verdadeiro truísmo: basta obedecer à lei.

Ocorre que o S.T.F., em ação direta de inconstitucionalidade, deferiu liminar para suspender o art. 9°, § 3°, da L.C. 101, sob a alegação de que a providência restritiva do Executivo ofenderia o princípio da independência dos Poderes. É de se lamentar a decisão, que, de resto, coonesta todos os descalabros praticados por alguns administradores incompetentes ou imorais.

11. Controle das Despesas

De nada adiantaria a criação de regras limitativas para os gastos com pessoal se não fossem previstos mecanismos especiais de controle desses gastos. Controle das despesas com pessoal, desse modo, *é o conjunto de ações, providências restritivas e vedações estabelecidos na lei de finanças públicas que visam a impedir a vulneração das normas limitativas dos gastos públicos com pessoal ativo e inativo.*

Essa modalidade de controle pode apresentar-se sob modalidade *interna* e *externa*. Significa que a fiscalização das despesas e de seus limites tanto pode (*rectius*: **deve**) ser oriunda dos próprios órgãos internos dos Poderes e dos órgãos superiores, como também de instituições constitucionalmente destinadas ao exercício do controle financeiro, orçamentário e contábil dos entes públicos: é nesse lugar que se encontram os Tribunais de Contas, cuja atribuição está fixada

no art. 71 da Lei Maior.

Podem distinguir-se, sob exame sistemático, três aspectos básicos de controle das despesas com pessoal: 1º) nulidade de atos; 2º) vedações; 3º) providências restritivas.

Examinemos esses aspectos.

12. Nulidade de Atos

Se houver atendimento aos limites impostos na lei, nenhum vício de legalidade há de inquinar os atos que ocasionem aumento de despesa com pessoal. Afinal, é de se reconhecer que, para a melhor organização funcional, é preciso, às vezes, elevar esses gastos.

Mas, no caso de violação dos limites legais, consigna a lei que *"é nulo de pleno direito"* o ato pelo qual se pretenda aumentar as despesas com pessoal. Nesse sentido está posto o art. 21. Dizendo *"nulo de pleno direito"*, o legislador quis transmitir o sentido de que o ato – que, registre-se, tem a natureza de *ato administrativo* – não pode, em princípio, ser objeto de convalidação ou aperfeiçoamento, já que o vício que o contamina tem a natureza de insanável. A despeito dos termos peremptórios da lei, a tendência moderna repudia a imprescritibilidade de atos, considerando que o princípio da segurança das relações jurídicas deve sobrepor-se ao do interesse público na invalidação de atos, quando transcorra período longo sem que a providência anulatória se tenha consumado. Não obstante, a idéia central do aludido dispositivo é, de fato, a de não permitir a sobrevivência do ato ofensivo às normas limitativas da lei.

Há seis situações que, se presentes, acarretam a nulidade do ato que eleve gastos com pessoal:

1ª) a ausência de estimativa de impacto orçamentário-financeiro e da declaração de adequação orçamentária e financeira firmada pelo ordenador de despesas, previstas no art. 16, I e II, quando houver geração de despesa;

2ª) a falta de idêntica estimativa e da comprovação de que não haverá comprometimento para as metas de resultados fiscais, quando se tratar de despesa obrigatória de caráter continuado, definida como aquela a ser executada por período superior a dois exercícios (art. 17, § 1º e 2º);

3ª) a vinculação ou equiparação de qualquer espécie remuneratória para efeito da remuneração do pessoal do serviço público, proibidas pelo art. 37, XIII, da CF;

4ª) a inexistência de dotação orçamentária para fazer face às despesas e de autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, exigências contempladas no art. 169, § 1º, I e II, da CF;

5ª) a inobservância do limite legal de recursos previstos para despesas com o pessoal inativo (art. 21, II, L.C. 101)

6ª) a concessão de aumento de gasto com pessoal nos 180 dias anteriores ao final do mandato do titular do Poder ou do órgão (art. 21, parág. único). Se, por

exemplo, o mandato do Governador vai findar em 31 de dezembro de determinado ano, qualquer despesa com pessoal só pode ser efetuada até 30 de junho desse mesmo ano, pena de ser invalidado o ato que autorizou o gasto fora do prazo permitido. O mesmo se dá com o Prefeito e com o Presidente da República. A despeito da referência da lei a "*mandato*", entendemos que a regra se aplica também aos Presidentes de Tribunais Judiciários e Casas Legislativas, ainda que estes exerçam mandato indireto (*rectius*: investidura a termo), isto é, outorgado *interna corporis*, o que não ocorre com aqueles primeiros, titulares de mandato popular direto.

A despeito da inegável importância de tais situações, todas ensejadoras da nulidade do ato que aumenta despesa com pessoal, merece ser sublinhada esta última. Com efeito, um dos grandes males de nosso sistema de pessoal, infelizmente adotado com freqüência por administradores desonestos, tem sido o de elevar vencimentos e vantagens ou de recrutar servidores, normalmente com flagrante ofensa aos princípios da moralidade administrativa e da impessoalidade, ao final do mandato. Tais agentes "*aproveitam*" o finalzinho do exercício de seus mandatos para beneficiar terceiros à custa do erário público e com grande prejuízo para o novo administrador. A sucessão dessas calamitosas formas de terminar o mandato sempre causaram condenável tumulto na atividade administrativa, isso sem contar com a notória extensão de endividamento com a qual vão sendo "*presenteadas*" as sucessivas administrações.

Se a lei for **realmente** cumprida, por-se-á cobro a tais abusos. Mas, repita-se: *se a lei for realmente respeitada*, o que, convenhamos, vai exigir de todos o "*ver para crer*". Pelo menos, o histórico dos controles públicos recomenda essa prudência...

13. Vedações

O controle da observância dos limites legais internos e externos de despesas com pessoal é realizado ao final de cada quadrimestre, como reza o art. 22 da lei. Observe-se que a lei não disse que o controle será exercido *apenas* nos três quadrimestres do ano; disse que a verificação será realizada ao final de *cada* quadrimestre, o que é coisa diversa. Neste sentido, a interpretação deve ser a de que *em cada um dos meses do ano* deverá efetivar-se a averiguação do respeito aos limites legais, sendo que em cada um deles se levará em conta o próprio mês da averiguação e os três meses anteriores, constitutivos do respectivo quadrimestre.

Dispõe o parágrafo único do art. 22 que "*Se a despesa total com pessoal exceder a 95% (noventa e cinco por cento) do limite, são vedados ao Poder ou órgão referido no art. 20 que houver incorrido no excesso...*" e nesse ponto a lei relaciona uma série de vedações. Antes de examiná-las, entretanto, vale observar que, pelo texto legal, não basta que o Poder ou órgão tenha observado o limite legal para sujeitar-se às proibições. É necessário que suas despesas *não ultrapassem a 95% do limite*, o que significa dizer que o legislador considerou que esse percentual, tão próximo ao limite, retrata situação de alerta e perigo. Como exemplo, se o Legislativo tem o limite de 100 para gastos com pessoal, a previsão de gastos num total de

97 já é suficiente para ensejar as vedações legais.

Vejamos as vedações.

REMUNERAÇÕES E VANTAGENS – Fora do limite legal, é vedado elevar a remuneração ou conceder vantagem pecuniária. A lei refere-se a *"aumento, reajuste ou adequação de remuneração"* a qualquer título (art. 22, parág. único, I). É notória a impropriedade: se há reajuste ou adequação, haverá aumento, sem dúvida, visto que os vencimentos são irredutíveis (art. 37, XV, CF). Em relação a vantagens pecuniárias, devem considerar-se principalmente adicionais e gratificações, freqüentemente distribuídos como elevação simulada de remuneração.

Há, porém, duas ressalvas. Uma delas diz respeito a decisões judiciais ou determinações legais ou contratuais. No primeiro caso, o Judiciário reconheceu o direito ao aumento ou à vantagem, não cabendo à Administração senão cumprir a decisão. Quanto às determinações, se já estão inscritas em lei ou contrato, não há mesmo como deixar de atendê-las. É o caso, por exemplo, em que o estatuto funcional já prevê a vantagem em virtude da ocorrência de determinado fato gerador (*v.g.*: triênios), ou em que a previsão se dê em face de contrato de trabalho.

A outra consiste no direito à revisão geral de vencimentos prevista no art. 37, X, da Const. Federal. Aqui se trata realmente de realinhamento de vencimentos, e não propriamente de aumento, porque o pressuposto é a perda do poder aquisitivo dos ganhos, contrariamente ao que acontece com o aumento, em que o reajuste se dá em razão da especificidade da função exercida. Portanto, nada impede que, mesmo nos 180 dias anteriores ao fim do mandato, possam ser revistos, de forma geral, vencimentos e proventos, na forma do que dispõe a Constituição.

CRIAÇÃO DE CARGOS, EMPREGOS E FUNÇÕES – A razão desta proibição é óbvia. Se não está sendo observado o limite legal com despesas de pessoal, como admitir-se que sejam criados outros instrumentos que acarretam novas despesas, como é o caso de cargos, empregos e funções?

Note-se que a criação de cargos, como regra, depende de lei (art. 48, X, CF). Sendo assim, *a vedação atinge a própria edição da lei*, de modo que o desrespeito a tal proibição há de ensejar a pecha de inconstitucionalidade da lei instituidora dos cargos. No Legislativo, os cargos são criados por ato interno da Casa (normalmente resolução), como dispõem os arts. 51, IV e 52, XIII, da CF. Em conseqüência, a vedação atingirá esse tipo de ato, se objetivar a criação de cargos.

Os empregos e as funções também são criados por lei, como dita o já referido art. 48, X, da CF. Conclui-se, por fim, que se a lei for editada, apesar da vedação, será ela inconstitucional e nulos todos os atos que dela se originarem, como os atos de provimento, no caso de cargos, e os contratos de trabalho, no caso de empregos públicos. Aliás, os atos concretos de ingresso são tratados em inciso diverso (IV).

Poderá haver objeções quanto à questão da inconstitucionalidade desses diplomas genéricos, porque sua afronta direta seria à L.C. 101. Ocorre que esta lei tem sua legitimidade apoiada no art. 169, da CF, o qual, por sua vez, delega a fixação do limite de despesas com pessoal à lei complementar. Ora, se a lei ordinária de criação de cargo ou emprego se encontra dissonante da lei complementar, estará fatalmente eivada de vício de inconstitucionalidade. O que nos parece correto, porém, é considerar tal inconstitucionalidade como *material*, e não *formal*, vez que é o próprio conteúdo normativo o objeto da vedação para a lei ordinária, e não o elemento formal ou procedimental. Na verdade, a lei ordinária estaria dispondo sobre a matéria em momento no qual há vedação instituída por lei complementar. Suas regras, assim, invadiriam a esfera constitucionalmente proibida pela lei complementar, com o que passariam a exibir a contaminação de inconstitucionalidade material.

Alteração em Carreira – Outra vedação consiste na alteração de estrutura de carreira da qual possa resultar elevação de despesa (art. 22, parág. ún., III).

Não há muito o que justificar nessa hipótese. Se as despesas com pessoal estão acima dos limites fixados na lei, não teria sentido planejar e implementar mudança em carreira funcional que pudesse acarretar mais despesas na rubrica de pessoal. Trata-se, por conseguinte, de medida proibitiva de natureza cautelar, em ordem a evitar-se que o excesso de gastos se eleve ainda mais.

Atos Concretos de Ingresso – Além da vedação da criação de cargos, empregos e funções, que se consuma por lei ou, excepcionalmente, por ato interno do Legislativo, como vimos, a L.C. 101 vedou também a prática de atos concretos de ingresso no serviço público, como os de provimento, admissão ou contratação de pessoal a qualquer título (art. 22, parág. único, IV).

Parece conveniente fazer uma distinção a respeito desses atos. Primeiramente, ambos têm natureza diversa. Os atos de criação de cargos e empregos, ou seja, leis e resoluções do Legislativo, ostentam caráter genérico e abstrato, ao passo que o provimento, admissão ou contratação retratam atos concretos de ingresso do serviço público. Portanto, a edição de lei ou ato genérico de criação de cargos e empregos implica situação de inconstitucionalidade, enquanto os atos concretos devem ser analisados sob a ótica da ilegalidade, já que violadores diretos da L.C. 101.

Em suma: não pode haver recrutamento, genérico ou concreto, de pessoal, se as despesas com pessoal excedem a 95 % do limite atribuído ao Poder ou órgão, ou mesmo à pessoa federativa.

A única permissão possível de ingresso de pessoal se funda na hipótese de os atos de provimento, admissão ou contratação se destinarem à reposição das vagas deixadas por servidores aposentados ou falecidos nas áreas de saúde, educação e segurança. As exigências são *cumulativas*. Quer dizer : se há vagas em setores de engenharia, psicologia ou jurídico, em virtude de aposentadorias

e falecimentos, vedado será o recrutamento. A permissão se cinge à hipótese, por exemplo, de falta de médicos, de professores ou de policiais.

Diga-se, todavia, que a permissividade *terá que se limitar* às vagas oriundas da inatividade ou morte de servidores. Não poderá, assim, a Administração admitir ou contratar cem servidores se as vagas existentes por aquelas razões são apenas trinta. A exceção da lei levou em conta a qualidade vital desses setores de serviços, porque dúvida não há de que a reposição, mesmo com tal justificativa, sempre implica aumento de despesa, sabido que a remuneração será devida ao novo servidor e ao servidor aposentado ou à sua família, no caso de falecimento.

Horas Extras – Horas extras são aquelas em que o servidor exerce suas funções além da jornada normal que a lei ou o contrato estabeleceu. Nos termos do art. 7°, XVI, da C.F., a remuneração do serviço extraordinário deve ser superior, no mínimo, a 50% do valor atribuído ao serviço comum. O mandamento, que indica um dos direitos sociais consignados em sede constitucional, estende-se aos servidores públicos *ex vi* do art. 39, § 3°, da C.F.

Dois são os pontos marcantes no que se refere às horas extras. O primeiro é que só devem ser admitidas em situações de notória emergência, não sendo legítimo o regime em situação de regularidade funcional, visando, por exemplo, somente à elevação indireta de vencimentos e salários. Estudos de saúde e higiene do trabalho desaconselham o serviço fora da jornada normal: ninguém desconhece que a atividade profissional extraordinária provoca indiscutível estresse no trabalhador. E se este se submete a tal regime (e, às vezes, chega mesmo a solicitar), é porque ganha mal e quer melhorar um pouco seu rendimento. O outro ponto relaciona-se com a despesa: as horas extras ensejam o pagamento em valor superior à hora normal e, dessa maneira, acarretam aumento da despesa. Se os limites legais não estão sendo observados, e se o dispêndio já é excessivo, não se justifica pagar horas extras.

Admitem-se duas exceções. A primeira é aquela em que há previsão da lei de diretrizes orçamentárias. A outra consiste na convocação extraordinária do Congresso Nacional para caso de urgência ou interesse público relevante (art. 57, § 6°, II, CF). Neste último caso, é óbvio que se a própria Constituição permite o trabalho extra dos parlamentares, será razoável que sejam pagas horas extras aos servidores administrativos convocados para dar apoio funcional ao Congresso.

14. Despesas Excedentes dos Limites e Prazos de Adequação

O controle de despesas abrange duas situações diversas: 1ª) a despesa total com pessoal ultrapassa a 95% do limite (e, portanto, não excede o limite); 2ª) a despesa total com pessoal ultrapassa o próprio limite legal. Da primeira situação trata o art. 22, parág. único, já examinado: despesas acima de 95% acarretam as vedações vistas acima. Da segunda cuida o art. 23, que, em virtude da maior gravidade da situação relativa a gastos, estabelece outras providências além das

já citadas vedações. É esta última situação de desequilíbrio que será analisada agora.

O primeiro e imediato efeito da inobservância dos percentuais-limite estabelecidos na lei são – repita-se – as vedações previstas no art. 22, parág. único, ou seja, criação de cargos, atos de provimento e contratação de pessoal, concessão de aumentos e vantagens *etc.* Registre-se, aliás, que se tais vedações são impostas até mesmo quando o limite é observado, mas os gastos ultrapassam a 95 % do respectivo limite, *quid iuris* na hipótese de o próprio limite ser mesmo excedido. Logicamente, as vedações aqui terão muito maior fundamento que na situação anterior.

Ocorrendo a ultrapassagem do limite legal, há a obrigação de o Poder ou órgão eliminar o excesso nos dois quadrimestres seguintes, sendo que, no primeiro deles, deve ser eliminado, *no mínimo*, um terço. Suponha-se que, no mês de março, seja verificado que o percentual de despesas com pessoal no Judiciário Federal alcance 7,5 %, quando seu percentual-limite seria 6 % (art. 20, I, "b"). Seguindo a obrigação contida no art. 23, o percentual excedente de 1,5% terá que ser eliminado nos dois quadrimestres seguintes (abril a julho, e agosto a novembro). No quadrimestre seguinte, porém, que vai de abril a julho, um terço do excesso, ou seja, 0,5%, terá que ser corrigido. Esse é o dever legal imposto ao órgão ou Poder com gastos excessivos.

Em virtude de situações ocasionais, pode suceder a *suspensão* ou a *duplicação* dos prazos referidos no dispositivo.

A *suspensão* dos prazos, prevista no art. 65, pode decorrer de situação de: 1°) *calamidade pública*; 2°) *anomalia institucional*. Naquela hipótese, o reconhecimento da situação há de ficar a cargo do Congresso Nacional, no caso da União, ou das Assembléias Legislativas, no caso de Estados e Municípios. Em conseqüência, a declaração de calamidade pública reconhecida pela Câmara Municipal não rende ensejo à suspensão do prazo, eis que não mencionadas no dispositivo. A suspensão deverá durar enquanto permanecer o estado de calamidade.

Quanto à anomalia institucional, a lei prevê, no art. 65, parág. único, que haverá suspensão do prazo nas hipóteses de estado de defesa (art. 136, CF) e estado de sítio (art. 137, CF). O dispositivo manda aplicar a tais situações o mesmo que incide sobre o estado de calamidade pública. O dispositivo, entretanto, deve ser interpretado *cum grano salis* no que diz respeito ao prazo. Na calamidade pública, o prazo fica suspenso enquanto perdura a situação. O mesmo pode ocorrer no estado de sítio, que não tem, *a priori*, prazo determinado para findar (art. 138, § 1°, CF). Mas a extensão é inaplicável ao estado de defesa, cuja duração há de limitar-se ao prazo de 30 dias, prorrogável uma só vez por igual período, o que significa que o prazo máximo de duração se dará com 60 dias (art. 136, § 2°, CF). Sendo assim, em se tratando de estado de defesa, a suspensão dos prazos quadrimestrais previstos no art. 23 da L.C. 101 só pode atingir o período de 60 dias.

Em relação à *duplicação* dos prazos, incide o art. 66 da L.C. 101. Haverá a duplicação dos prazos (ainda os previstos no art. 23) quando houver crescimento real baixo ou negativo do Produto Interno Bruto (PIB) nacional, regional ou estadual por período igual ou superior a quatro trimestres. Contudo, a ocorrência não impedirá a aplicação das vedações previstas no art. 22 da lei, que impedem o aumento de despesas com pessoal (criação de cargos, aumento de vencimentos e vantagens *etc*).

Por presunção *iuris et de iure*, considera-se crescimento baixo do PIB o que se revelar inferior a 1% (um por cento) nos quatro últimos trimestres (art. 66, § 1°). O órgão encarregado de apurar a taxa é a Fundação IBGE; se a entidade for substituída, caberá à entidade ou órgão substituto.

15. Redução de Cargos, Funções e Pessoal

Nem sempre será fácil eliminar o excesso de despesas com pessoal em dois quadrimestres. Alguns expedientes podem ser usados, como, por exemplo, a exoneração de servidores ocupantes de cargos em comissão ou exercentes de funções gratificadas. A verdade, porém, é a de que as coisas não se passam com essa simplicidade.

A L.C. 101, entretanto, aponta duas soluções para a redução das despesas que excedam o limite legal. Portanto, não podem ser adotadas nem quando as despesas ultrapassarem 95% do limite.

A primeira delas tem lastro no art. 169, § 3°, da C.F., referido, aliás, no art. 23 da L.C. 101. Por esse dispositivo, pode a Administração, para se adequar aos limites legais, reduzir em pelo menos 20% as despesas com cargos em comissão e funções de confiança. Não precisa haver necessariamente a extinção de tais cargos e funções. Poderia ser reduzido o vencimento-base a eles atribuído. Na verdade, bastaria até que seus titulares revertessem a seus cargos efetivos ou, não sendo servidores, saíssem do serviço público. A solução, assim, residiria na vacância de cargos em comissão e funções de confiança por força de exoneração ou destituição de função (não punitiva, logicamente). Como o desempenho de tais atividades provoca fatalmente despesa para o órgão, a redução permitiria a diminuição dos gastos.

Estranhamente, no entanto, o art. 23, § 1°, da L.C. 101, interpreta o dispositivo constitucional admitindo apenas as duas primeiras soluções: extinção dos cargos e funções, e redução da correspondente remuneração. Em nosso entender, o dispositivo constitucional não se presta a tal interpretação, já que alude a *"redução em pelo menos 20% (vinte por cento) das despesas com cargos em comissão e funções de confiança"*. Ora, despesas, na hipótese, podem também ser reduzidas pela vacância dos cargos e funções. Se a Constituição admite exoneração de servidores não estáveis (art. 169, § 3°, II) e até mesmo de estáveis (art. 169, § 4°), nenhuma heresia existirá com a exoneração de ocupantes dos referidos cargos e funções, o que seria menos gravoso que essas últimas hipóteses. A nosso ver, assim, o art. 23, §

1°, da L.C. 101, "*dixit minus quam voluit*", isto é, ficou mais restritivo do que o art. 169, § 3°, I, da CF – a norma-base constitucional da lei complementar.

Mas o mesmo art. 169, § 3°, da CF, admite ainda, no inciso II, outra providência: a exoneração dos servidores não estáveis. O servidor é não-estável, como regra, quando, nomeado em virtude de aprovação em concurso, ainda se encontra no estágio probatório, vale dizer, no período de três anos anterior à aquisição da estabilidade (art. 41, CF). Portanto, para exemplificar, se há excesso de despesas com pessoal e o excesso pode ser eliminado com a exoneração de 50 servidores não-estáveis, está a Administração autorizada a processá-la com base naquele mandamento constitucional e agora também no art. 23 da L.C. 101. Conforme farta corrente doutrinária e jurisprudencial, é obrigatória a instauração de processo administrativo em que se assegure o contraditório e a ampla defesa aos interessados. Também é não-estável o servidor admitido sem concurso público no período de 5 anos anteriores à Constituição, porque não estabilizado pelo art. 19, do ADCT da CF.

A Constituição se limita a apontar essas duas hipóteses no art. 169, § 3°. Não informa, contudo, se uma deve anteceder necessariamente a outra, ou se a segunda só pode ser implementada se insuficiente a primeira solução. Ou se ambas devem ser adotadas cumulativamente. Em nosso entender, caberá à Administração optar pela melhor solução, desde que o objetivo seja realmente o de eliminar o excesso de despesas com pessoal. Qualquer exigência a mais sobre tais soluções teria que ser expressamente consignada na norma constitucional. Mas não o foi, de modo que o intérprete não pode emprestar idéias diversas das que constituem o conteúdo da norma. Não obstante, pode exigir-se observância ao *princípio da proporcionalidade*, em ordem a que a solução seja a menos gravosa possível para os prejudicados e a mais adequada ao fim a que se destina. A nosso juízo, a solução consistente na redução de gastos com cargos em comissão e funções de confiança é menos onerosa do que a de exoneração de servidores não-estáveis e, por isso mesmo, deveria precedê-la. É possível, porém, que outra tenha que ser a solução, cabendo ao órgão ou ao Poder, nesse caso, apresentar justificativa sobre a opção por ela.

A segunda providência admitida na Constituição se situa no art. 169, § 4°, que dispõe: "*Se as medidas adotadas com base no parágrafo anterior não forem suficientes para assegurar o cumprimento da determinação da lei complementar referida neste artigo, **o servidor estável poderá perder o cargo**, desde que ato normativo motivado de cada um dos Poderes especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal*" (grifamos).

A solução, nessa hipótese, é bem mais drástica. Mas é expressamente mencionada no art. 23 da L.C. 101 no caso de o Poder ou órgão haver ultrapassado o limite legalmente fixado. Note-se, apenas, que, para evitar decisões arbitrárias ou pessoais, deve ser editado ato normativo com a demonstração detalhada do excesso e da conveniência administrativa em adotar tão severa solução. Cumprido esse requisito, lícita será a redução de despesas através da perda do cargo dos servidores estáveis. O instrumento será a *exoneração*, e não a demissão,

porque a vacância se dará por razões administrativas e não em virtude de infração funcional grave.

Sempre com o intuito de proporcionar a redução de despesas, a lei faculta a redução temporária da jornada de trabalho para o fim de provocar, como conseqüência, a adequação dos vencimentos à nova carga horária (art. 66, § 2°). Trata-se, ainda uma vez, de solução que pode trazer gravíssimos efeitos, já que ninguém desconhece as dificuldades por que passam os trabalhadores, que já contam como certo com seu vencimento ou salário, quando há a redução remuneratória. A jornada menor traduz pouco interesse para eles; o melhor seria manter a jornada e a remuneração anteriores.

16. Providências Restritivas

Se não for alcançada a redução no prazo de compatibilização fixado na lei, deverão ser aplicadas providências restritivas, verdadeiras sanções, enquanto durar a situação de indevido excesso de gastos com pessoal.

Em primeiro lugar, a entidade federativa não poderá receber transferências voluntárias (art. 23, § 3°, I). Nada afetará, por conseguinte, os repasses impostos por determinação legal ou constitucional. Mas quaisquer recursos de auxílio financeiro, necessários por força de alguma situação grave, não poderão ser repassados.

Depois, não terá a entidade direito à obtenção de garantia, direta ou indireta, de outro ente. Portanto, eventuais empréstimos não poderão comportar aval ou outra garantia a ser firmada por entidade diversa.

Por fim, será vedada a contratação de operações de crédito, ressalvando-se apenas aquelas voltadas ao refinanciamento da dívida mobiliária e as que objetivem a redução das despesas com pessoal (art. 23, § 3°, III). Inviável, assim, a alocação de recursos provenientes de terceiros para serviços e obras públicas, melhoria de atividades administrativas *etc.* A ressalva da lei se justifica. Se existe dívida mobiliária já financiada, o refinanciamento elimina a sobrecarga oriunda daquela, não agravando, mas antes atenuando a situação da entidade. Para a redução das despesas com pessoal, a ressalva pretende exatamente ser compatível com todo o espírito da lei, qual seja, o de não permitir que os gastos ultrapassem os limites legais.

Preocupou-se o legislador, mais uma vez, em não permitir que os governantes legassem a seus sucessores uma longa cauda de dívidas e compromissos financeiros, impedindo-os de, ao menos por um tempo, implementar seus projetos de governo. O último ano de mandato é vital para a análise da saúde financeira da entidade federativa e de seus órgãos. Para inibir qualquer tipo de conduta menos escrupulosa, a lei determinou a *aplicação imediata das providências restritivas* quando a despesa total com pessoal ultrapassar o limite no *primeiro quadrimestre do último ano do mandato* dos titulares do Poder ou órgão. Assim, se o mandato termina em dezembro de certo ano, a aferição da compatibilidade ou não da

despesa com pessoal ocorrerá no quadrimestre constituído dos meses de janeiro a abril do mesmo ano. É o que registra o art. 23, § 4°, da lei.

Corroborando essa diretriz, veda-se ao titular do Poder ou órgão que, nos dois últimos quadrimestres de seu mandato, venha a contrair obrigação de despesa que não possa ser cumprida de forma integral no período restante. É vedado também que assuma compromisso financeiro que tenha parcelas a serem pagas no exercício seguinte, salvo se tiver sido reservada disponibilidade de caixa suficiente para honrá-las. Esse dever, previsto no art. 42, na parte que cuida dos restos a pagar, tem inegável importância, muito embora traduza a mais simples das idéias : só se deve assumir dívida se há possibilidade de quitá-la.

17. Sanções

A L.C. 101 nada dispôs sobre sanções pessoais aos agentes responsáveis pelo descumprimento de suas normas. As vedações e as providências restritivas nela previstas atingem diretamente o ente federativo, o Poder ou o órgão. Em última análise, isso significa que pode haver um gravame para a pessoa ou o órgão num todo por causa da atuação de um ou de alguns agentes. O próprio interesse público representado pelos objetivos governamentais estaria comprometido.

Não obstante, há legislação específica para enquadrar os agentes responsáveis pela má gestão fiscal. A principal é a Lei n° 8.429, de 02.06.92, que regulamenta o art. 37, § 4°, da Const. Federal. Esse diploma visa a enfrentar os atos de improbidade administrativa em geral, os quais se revelam não apenas por enriquecimento ilícito, mas também por outras formas de comportamento que ponham em risco o patrimônio da pessoa federativa ou de seus Poderes e órgãos. A improbidade pode gerar o dever de ressarcimento do dano e outras sanções, como a suspensão dos direitos políticos, a perda de função pública e a indisponibilidade dos bens.

Além desse diploma, que doutrinariamente tem sido considerado como de natureza cível, destaca-se o Código Penal, que tem capítulo próprio para relacionar os crimes praticados por funcionário público contra a Administração em geral (arts. 312 a 327). Há tipos que guardam estreita pertinência com as ações que acarretam responsabilidade por má gestão financeira de recursos públicos. É o caso do crime de emprego irregular de verbas ou rendas públicas (art. 315) e o de prevaricação (art. 319). O grande problema é que, por se tratar de diploma antigo, de época em que a gestão financeira não era cercada dos cuidados atualmente existentes, as penas são verdadeiramente inócuas e não reprimem, efetivamente, as condutas perpetradas, se consideradas comparativamente com os danosos resultados que provocam.

Os estatutos funcionais também prevêem sanções administrativas para infrações pertinentes à gestão de recursos públicos, entre elas a suspensão e a demissão, as mais gravosas. É claro que nem todos os agentes públicos se sujeitam às regras estatutárias. Quando se trata de agentes políticos, como titulares de

mandato eletivo - Chefes de Executivo e Legislativo -, o enquadramento da conduta pode dar-se em nível constitucional, como é o caso dos crimes de responsabilidade, especialmente os que atentam contra a probidade na administração (art. 85, V, CF) ou contra a lei orçamentária (art. 85, VI, CF). As normas procedimentais, nesses casos, estão em grande parte da Lei nº 1.079, de 10.4.50, que, inclusive, apresenta o detalhamento de várias condutas relacionadas com a má gestão de recursos públicos.

18. Conclusão

A Lei Complementar 101 resultou da desesperada tentativa de eliminar um dos focos mais perniciosos da Administração Pública: o gasto desmedido e irresponsável com pessoal.

Sempre é bom notar que as despesas com pessoal devem limitar-se ao extremamente necessário para a implementação das políticas públicas, mas, em virtude de distorção acumulada por décadas e décadas, tais despesas chegaram a alcançar percentuais inacreditavelmente elevados, comprometendo, em alguns casos, quase todos os recursos arrecadados pelo ente-federativo ou por seus órgãos.

Evidentemente, isso não se coaduna com os princípios administrativos nem com os objetivos a que se deve destinar a Administração Pública. Trata-se de absurdos inconcebíveis e inaceitáveis em regime democrático e no plano da probidade que deve revestir a função pública.

Os mecanismos previstos na lei, não só no que toca às despesas com pessoal, que foi o nosso enfoque específico, mas em outras áreas das finanças públicas, como a orçamentária, a patrimonial, a contábil, procuram inibir as distorções utilizadas no trato do dinheiro público e buscam organizar os gastos sem que os interesses pessoais sejam colocados em plano superior aos interesses da coletividade.

Resta apenas uma coisa: que a lei seja cumprida, respeitada, tratada como algo importante para o país.

E que os administradores públicos sejam dotados de consciência cívica - a mesma que conduz ao axioma de que, em termos de Administração, é o interesse público que deve sempre prevalecer.

(**) José dos Santos Carvalho Filho é Procurador de Justiça do RJ (aposentado), Professor da Universidade Estácio de Sá (graduação e pós-graduação), Professor da EMERJ - Escola da Magistratura do R.J, Professor da FEMPERJ - Fundação Escola do Ministério Público do RJ, Professor da Faculdade de Direito de Campos (pós-graduação), Mestre em Direito do Estado pela UFRJ e Membro do IAB - Instituto dos Advogados Brasileiros.

Fundamentos da criação da Curadoria de Concessões e Privatizações

LUIZ OTÁVIO DE FREITAS (*)

> "Agora, cabe ao setor privado atender à convocação para recolocar o Brasil na trilha do crescimento econômico sustentado. No modelo proposto, o desenvolvimento será financiado pela iniciativa privada, à qual caberá o papel de agente executor dos serviços públicos, em vez de ter como base principal os recursos orçamentários. ***Ao Governo compete, como missão irrevogável e fundamental, a regulamentação e fiscalização dos serviços, representando e defendendo os usuários e os interesses da sociedade.***" (Fernando Henrique Cardoso, em prefácio da obra *O Direito da Parceria* de ARNOLDO WALD, ALEXANDRE WALD e LUIZA RANGEL)

I- O RENASCIMENTO DAS CONCESSÕES

1. Pode-se afirmar que a crise brasileira deflagrada desde a década de 70 tem como um dos aspectos mais graves o "déficit" de infra-estrutura, que serve de obstáculo à alavancagem do desenvolvimento econômico e social do país.
2. Ultimamente, o problema tem-se tornado mais preocupante, dada a incapacidade de investimentos do setor público. As inversões estatais na área produtiva vêm decrescendo, de 1992 para 1994, de US$12 bilhões para US$6,9 bilhões, com tendência a ser reduzido esse patamar, face ao baixo nível de poupança das empresas estatais.
3. Em 1995, o passivo do Tesouro Federal já montava a R$200 bilhões, o que compromete, evidentemente, a possibilidade de investimento público no médio prazo. Ademais, a política de juros altos em que se enredou o governo praticamente anula o potencial de gastos públicos no setor produtivo.
4. A infra-estrutura, que abrange os transportes, a energia elétrica, os serviços portuários, as empresas de telecomunicações e outras tantas, vem

sofrendo uma crescente redução de seus recursos, provocando a impossibilidade de realizar novos investimentos e a obsolescência dos equipamentos, ameaçando não só o progresso econômico do País como também a sua própria segurança, com reflexos nas atividades empresariais e nos índices sociais.

5. Os setores de energia elétrica, transportes, comunicações, minas e metalurgia, petróleo e derivados estavam a demandar, até 1998, investimentos da ordem de US$ 71,7 bilhões, para implantação de projetos necessários. Isso acarretaria dispêndios anuais entre US$ 14,3 bilhões e US$ 17,9 bilhões, enquanto o orçamento da União de 1995 só contemplava investimentos de US$ 7,3 bilhões nesses setores.

6. No Brasil, após a Segunda Guerra Mundial, a maioria das concessões foi outorgada a sociedades de economia mista e empresas controladas, direta ou indiretamente, por pessoas jurídicas de direito público.

7. Entretanto, o quadro anteriormente apresentado, de absoluta carência de recursos do Estado para fazer frente aos desafios que se impunham, ensejou o ressurgimento do instituto da concessão tanto de obras como de serviços.

8. Esse fenômeno não é restrito ao Brasil, havendo exemplos no mundo inteiro, tais como o "eurotúnel", ligando a França à Inglaterra, as pontes de Hong-Kong, o transporte coletivo em Cingapura, o metrô de Bangkok, os serviços de fornecimento de água e eletricidade na Malásia, o transporte de energia na Turquia, o projeto do trem de alta velocidade na Flórida e a construção de auto-estradas na França, Itália, Espanha e Portugal.

9. Em nosso País, inclusive, houve uma verdadeira explosão de novas concessões na década de 90, propiciada, principalmente, pelo programa de privatização, que está devolvendo aos particulares, na qualidade de concessionários, o transporte ferroviário, a energia elétrica, as telecomunicações, as rodovias, o fornecimento de gás, dentre muitos outros, num processo que assusta pela dimensão e pela rapidez com que acontece.

10. Se, de um lado, parece difícil estancar a inexorabilidade econômica dessa tendência, diante da impossibilidade constatada de investimentos públicos, de outro turno, afigura-se impositiva a atuação do Estado, regulando e fiscalizando as concessões privadas, como reconheceu o próprio Presidente da República, mentor da privatização das concessões, no texto destacado em epígrafe.

11. A importância do Estado nesse contexto também foi reconhecida pelos juristas, como assevera ARNOLDO WALD:

> "Cabe, aliás, salientar que o uso da concessão não restringe a atuação do Estado, dando-lhe, ao contrário, maior presença e eficiência, pois, como poder concedente, estabelece as normas de acordo com as quais serão colocados e/ou mantidos em funcionamento, com a devida eficiência, os serviços públicos e atendidas, adequadamente e a custo razoável, as necessidades da coletividade de usuários, com total transparência, exercendo a sua

fiscalização tanto sobre as tarifas cobradas como no que se refere à qualidade dos serviços prestados ao usuário, o que não acontece atualmente, em muitos casos". (*O Direito da Parceria*, p. 45)

12. É nesse contexto que se enquadra a atribuição constitucional do Ministério Público de zelar pelo efetivo respeito dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, nos expressos termos do seu art.129, inciso II.

13. Na Constituição, a matéria relativa às concessões encontra-se regulada no art. 175, que merece transcrição:

> "**Art. 175** – Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.
>
> **Parágrafo único** – A lei disporá sobre:
>
> **I** - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;
> **II** - os direitos dos usuários;
> **III** - política tarifária;
> **IV** - a obrigação de manter serviço adequado."

14. Deve ser entendida e aplicada a disposição constitucional do artigo 175 em consonância com outras normas constitucionais, a saber:

> **(a)** Art. 5° - inciso XXXII - que atribui ao Estado o dever de promover a defesa do consumidor;
>
> **(b)** Art. 22 - inciso XXVII - que defere competência à União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação pela Administração Pública;
>
> **(c)** Art. 24 - inciso VIII- que confere competência concorrente à União, Estados e Distrito Federal, para legislar sobre responsabilidade por dano ao meio ambiente e ao consumidor;
>
> **(d)** Art. 37, § 3° - que estatui competir à lei a disciplina sobre as reclamações relativas à prestação de serviços públicos;

(e) Art. 37, § 6° - que estabelece a responsabilidade objetiva do Estado;

(f) Art. 43, § 2°, inciso I - que prevê, dentre os incentivos regionais, a serem fixados em lei, a igualdade de tarifas e de outros custos e preços de responsabilidade do Poder Público; e

(g) Art. 170, incisos IV e V - que consagra, dentre os princípios informadores da ordem econômica, os da livre iniciativa, da livre concorrência e da defesa ao consumidor.

II- A DISCIPLINA INFRACONSTITUCIONAL DAS CONCESSÕES

15. As normas gerais que definem as diretrizes aplicáveis à concessão e permissão de serviços públicos são reguladas pela Lei n° 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e pela Lei n° 9.074, de 7 de julho de 1995 [1]. No âmbito estadual fluminense, este papel regulador é exercido pela Lei Estadual n° 2.831, de 13 de novembro de 1997.

16. A Lei n° 8.987/95 – a Lei de Concessões – trata das normas gerais sobre concessões e permissões para prestação de serviços públicos, regulamentando o disposto no art. 175 da Constituição Federal. Apresenta-se dividida em doze capítulos e quarenta e sete artigos, traçando os princípios, diretrizes e parâmetros genéricos a serem observados pelo Poder Público quanto às seguintes matérias: requisitos dos contratos de concessão e permissão; características do serviço adequado; direitos e deveres dos usuários, política tarifária, procedimento de licitação, encargos do poder concedente e da concessionária e intervenção e extinção da concessão, além das disposições de cunho transitório.

17. No art. 1°, cuida-se de traçar a disciplina jurídica a que se submete a prestação de serviços públicos: em sede constitucional – art. 175; na órbita infraconstitucional – normas legais de caráter geral e especial, inclusive as contidas nessa Lei e na Lei n° 9.074, de 07 de julho de 1995, e, no campo contratual – as disposições negociais, estabelecidas nos respectivos contratos de concessão ou de permissão.

18. O § 1° do art. 1° da Lei n° 8.987/95 ratifica o caráter de generalidade das normas ali constantes, especificando que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão editar legislação supletiva, que vise a revisar e a adaptar sua disciplina legislativa às peculiaridades próprias dos serviços públicos de sua competência.

19. Na medida em que as normas de leis estaduais ou municipais, anteriores à edição da lei nacional que com esta conflitarem, estão revogadas, a revisão

---

[1] Alteradas pela Lei n° 9.648, de 27 de maio de 1998.

legislativa afigura-se essencial. Por outro lado, as novas normas locais, editadas após a vigência da lei federal, serão reputadas inconstitucionais, na medida em que vierem a contrariar os preceitos gerais da lei federal.

20. O art. 4° da Lei n° 8.987/95 ressalta o caráter contratual de concessão, que constitui contrato de colaboração, bilateral, oneroso e comutativo, que se rege pelo Direito Administrativo, pelas normas gerais da Lei de Concessões e pelas disposições e condições definidas no edital de licitação.

21. O art. 6° e seu parágrafo único definem o serviço adequado como o que deve ser prestado pela empresa concessionária, abrangendo as condições de regularidade, continuidade, eficiência, generalidade e atualidade, incluindo a modernização de equipamento e de instalações e sua ampliação, dinâmica e progressiva, de acordo com os padrões contratualmente estabelecidos.

22. A conceituação abrangente traz como principal vantagem possibilitar que sejam explicitadas, em nível contratual, as obrigações que a concessionária assume de manter as melhores condições técnicas e operacionais para a prestação contínua do serviço público em bases adequadas, acompanhando os progressos e melhoramentos necessários ao seu constante aperfeiçoamento, visando ao bem-estar da coletividade destinatária desses serviços e a utilização das novas tecnologias.

23. No art. 8° da Lei de Concessões, estão tratados os princípios que regem a política tarifária a ser adotada nas concessões de serviços públicos, alicerçada em duas premissas básicas: a preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contexto (em favor da concessionária), de um lado; e, de outro, a modicidade de tarifa (em favor do usuário).

24. O Poder Concedente dos serviços públicos – sejam estes de competência da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios – enquanto titulares de tal competência, outorgada constitucionalmente, respondem pela efetiva prestação desse serviço público, realizando-o diretamente, através dos órgãos da Administração Pública, ou indiretamente, delegando-o a empresas particulares, através dos institutos da concessão, permissão ou autorização.

III- A FUNÇÃO REGULATÓRIA

25. Delegando a prestação de serviço de sua competência a empresa privada, incumbe ao Poder Concedente, por intermédio dos órgãos que compõem a sua estrutura administrativa, zelar pelo controle da qualidade dos serviços e da sua regularidade, através de mecanismos fiscalizatórios. Valendo-se destes, deve procurar assegurar aos usuários o direito ao serviço adequado e à tarifa módica, conforme exigido pela disciplina legal das concessões.

26. Buscando tal fim, são constituídas as agências reguladoras, dotadas de estrutura funcional independente – autarquias especiais – entidades integrantes da Administração Indireta do titular da competência, legitimadas, na forma da lei, para o desempenho das funções reguladoras, de controle e de fiscalização dos serviços concedidos.

27. As competências conferidas aos entes regulatórios apresentam certas peculiaridades quanto à natureza e à extensão. Abrangem as atribuições administrativas relacionadas à fiscalização dos serviços e cumprimento das condições ditadas pelos contratos de concessão, incluindo o controle sobre a fixação de tarifas, a aplicação de sanções de natureza disciplinar e a instituição de condutas competitivas, como mecanismo de estímulo à eficiência.

28. As competências dos entes regulatórios derivam necessariamente de lei, em sentido formal, elaborada pelo Poder Legislativo e sancionada pelo Poder Executivo.

29. No Estado do Rio de Janeiro, foi criada, pela Lei nº 2.686, de 13 de fevereiro de 1997, uma entidade reguladora única – **a Agência Reguladora de Serviços Púbicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro – ASEP/RJ**, para a regulação, o controle e a fiscalização dos serviços públicos estaduais.

30. A ASEP/RJ tem por finalidade exercer, na forma do disposto no art. 19, da Lei Estadual nº 2.470, de 28 de novembro de 1995, o poder regulatório, acompanhando, controlando e fiscalizando as concessões e permissões de serviços públicos nos quais o Estado figure, por disposição legal ou pactual, como Poder Concedente ou Permitente, nos termos das normas legais, regulamentares e consensuais pertinentes, ficando excluídos da sua competência os serviços públicos previstos no Decreto-Lei nº 276, de 22 de julho de 1975, cuja disciplina foi outorgada à autarquia, criada pela Lei nº 1.221, de 06 de novembro de 1987.

31. No exercício de suas atividades, a ASEP/RJ deverá pugnar pela garantia de certos princípios fundamentais, tais como: *a prestação, pelos concessionários, de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, tanto qualitativa quanto quantitativamente*; a existência de regras claras, inclusive sob o ponto de vista tarifário, com vistas à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos; estabilidade nas relações envolvendo o Poder Concedente, concessionários e usuários, no interesse de todas as partes envolvidas; *proteção dos usuários contra práticas abusivas e monopolistas*; expansão dos sistemas, atendimento abrangente da população, otimização do uso dos bens coletivos e modernização e aperfeiçoamento dos serviços prestados (art. 3º, da Lei nº 2.686/97).

32. Destacam-se entre as atribuições da ASEP/RJ, nos termos do art. 4º da Lei nº 2.686/97, as seguintes:

> **a)** zelar pelo fiel cumprimento da legislação e dos contratos de concessão ou permissão de serviços públicos relativos à esfera de suas atribuições;
>
> **b)** *dirimir, como instância administrativa definitiva, conflitos envolvendo o Poder Concedente ou Permitente, os concessionários ou permissionários de serviços públicos e os respectivos usuários;*

c) decidir, como instância administrativa definitiva, *os pedidos de revisão de tarifas de serviços públicos concedidos* ou permitidos;

d) *fiscalizar*, diretamente ou mediante delegação, *os aspectos técnico, econômico, contábil e financeiro*, sempre nos limites estabelecidos em normas legais, regulamentares ou pactuais, *os contratos de concessão ou permissão de serviços públicos, aplicando diretamente as sanções cabíveis;*

33. Determina, ainda, a Lei que a ASEP/RJ poderá aceitar, parcial ou integralmente, a delegação de atribuições compatíveis com a sua esfera de competência (parágrafo único do artigo 4º da Lei nº 2.686/97).

34. O Conselho-Diretor da Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro – ASEP/RJ – é o seu órgão deliberativo superior, incumbindo-lhe exercer as competências previstas na Lei nº 2.686/97, conforme dispuser seu Regimento Interno.

IV- O MONOPÓLIO ESTATAL

35. Pode-se afirmar que o monopólio estatal caracteriza-se não só nos casos em que o Estado explora, em todas as suas etapas, determinada atividade econômica, como também naqueles em que, delegando todas ou parte delas a outras pessoas, mantém o poder monopolista de fixar os preços, o qual decorre de sua situação de único fornecedor do produto para o mercado.

36. Tendo em vista que a maioria dos serviços públicos desempenhados sob o regime de concessão ou permissão constituem, na essência, uma atividade econômica exercida sob a forma de monopólio, cabe ao Poder Público, no exercício de sua atividade reguladora da atividade e do mercado, exercer o controle dos preços, de modo a evitar a prática de abusos pelo concessionário.

37. Sobre a definição de preços de serviços, ensina HELY LOPES MEIRELLES [2]:

> "**Preço** é a retribuição pecuniária do valor do bem, do serviço ou da atividade que se compra, ou que se utiliza mediante remuneração. Esse preço pode ser privado, semiprivado ou público.
>
> **Preço privado** é todo aquele que se estabelece em livre concorrência; **preço semiprivado** é o que a Administração Pública interfere na sua formação embora admitindo influências de mercado; **preço**

---

[2] HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 16ª Edição, Ed. Revista dos Tribunais, 1991, p. 542.

público é o que a Administração fixa definitivamente e unilateralmente, sem levar em consideração qualquer variação de oferta e da procura.

Os preços privados são próprios e característicos da livre empresa; os semiprivados resultam da conjugação dos interesses públicos e privados; e os preços públicos são as tarifas, fixadas exclusivamente pelo Poder Público para os bens e serviços próprios ou delegados."

38. Ora, com a concessão de serviços públicos ao setor privado, as tarifas fixadas pela Administração também revertem para o domínio privado, assumindo, na prática, natureza semelhante à do preço privado, sendo impositiva a intervenção por parte do Poder Público, através dos órgãos competentes, para a repressão ao abuso do poder econômico, de modo a coibir eventuais práticas abusivas que podem decorrer da prestação de serviços em regime de monopólio.

39. E é sob esta ótica que se aplica a legislação antitruste aos preços praticados por concessionária de serviço público. Efetivamente, com o objetivo de assegurar à coletividade os direitos e benefícios que a livre concorrência pode trazer, o Estado tem o poder-dever de intervenção no mercado, tanto de forma preventiva quanto repressiva, corrigindo as práticas que considere nocivas.

40. Esta intervenção do Estado, no âmbito das atividades econômicas, dá-se através da atuação do **CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica**, e da **SDE – Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça**. O CADE é uma autarquia federal que, apesar de vinculada ao Ministério da Justiça, está dotada de total independência e autonomia para o exercício de suas atribuições. O CADE poderá, inclusive, no exercício de suas funções, firmar contratos e convênios com órgãos ou entidades nacionais [3] para a devida aplicação da Lei nº 8.884/94 e repressão às infrações contra a ordem econômica.

41. No que se refere ao exercício de suas funções, cabe ao CADE a função precípua de repressão às práticas contra a ordem econômica, em específico aquelas: **(i)** que limitem, falseiem ou, de qualquer forma, prejudiquem a livre concorrência ou a livre iniciativa; **(ii)** que sejam de dominação de mercado relevante de bens e de serviços; **(iii)** que exerçam, de forma abusiva, posição dominante [4], bem como quaisquer outras condutas que possam vir a prejudicar o mercado através do abuso do poder econômico. [5]

42. Dentro da estrutura regulatória da repressão aos ilícitos administrativos de abuso do poder econômico, cabe à SDE – Secretaria de Direito Econômico -

---

[3] Art. 7º, inciso XVI da Lei nº 8.884/94.

[4] Art. 20 da Lei nº 8.884/94.

[5] Art. 21 da Lei nº 8.884/94, que arrola vinte e quatro hipóteses de condutas caracterizadoras de infração à ordem econômica.

órgão vinculado ao Ministério da Justiça – investigar os mercados, bem como as práticas abusivas contra a ordem econômica.

43. Dentre suas atribuições, a SDE deverá, quando observados indícios de infração à ordem econômica, instaurar processo administrativo para a apuração e repressão destas infrações [6], promovendo averiguações preliminares, de ofício ou à vista de representação fundamentada de qualquer interessado, quando os indícios de infração não forem suficientes para a imediata instauração de processo administrativo.

44. Ou seja, cabe à SDE a instauração do processo administrativo quando verificados quaisquer indícios de infração à ordem econômica[7], competindo ao Plenário do CADE julgar processos instaurados pela SDE, decidindo sobre a existência, ou não, de infração à ordem econômica. [8]

45. Em matéria de monopólio estatal, o ciclo de privatizações que ensejou o renascimento das concessões no Brasil tem dado causa a algumas distorções sérias, com graves conseqüências econômicas, sociais e jurídicas. O tema será objeto de capítulo específico, adiante, onde virão à tona alguns precedentes ocorridos recentemente no Estado do Rio de Janeiro.

V- O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO DE CONCESSÃO

46. Basicamente, no Direito Administrativo, a autoridade pode modificar as obrigações do outro contratante, mas não lhe é lícito modificar a relação, ou seja, o equilíbrio financeiro, de tal modo que, a qualquer novo encargo que atribua ao contratante particular, deve o Estado fazer corresponder uma compensação adequada.

47. Como salienta CAIO TÁCITO, na monografia *O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público*, na qual traz à colação a doutrina estrangeira:

> "O princípio visa, sobretudo, à correlação entre os encargos e a remuneração correspondente, de acordo com o espírito lucrativo que é elementar aos contratos administrativos..." [9]

48. Conceituando a matéria sob enfoque, preleciona CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELO [10]:

> "Equilíbrio econômico-financeiro (ou equação econômico-financeira) é a **relação de igualdade** formada, de um lado, pelas obrigações, assumidas

---

[6] Art. 14, inciso VI, da Lei nº 8.884/94.
[7] Art. 14, inciso VI, da Lei nº 8.884/94.
[8] Art. 7º, incisos II e III, da Lei nº 8.884/94.
[9] Tese *RDA* 63/1, 64/15 e 65/1, p. 5.
[10] *Elementos de Direito Administrativo*, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, São Paulo, 1990, pp. 218/219.

pelo contratante no momento do ajuste e, de outro lado, pela compensação econômica que lhe corresponderá. A equação econômico-financeira é intangível. Vezes a basto tem os autores encarecido este aspecto."

49. E, após dissertar com eloquência sobre o tema, arremata o grande mestre paulista:

> "Para tanto, o que importa, obviamente, não é a aparência de um respeito ao valor contido na equação econômico-financeira, mas o real acatamento dele. De nada vale homenagear a forma quando se agrava o conteúdo. O que as partes colimam em um ajuste não é satisfação de fórmulas ou de fantasias, mas um resultado real, uma realidade efetiva que se determina pelo espírito da avença; vale dizer, pelo conteúdo verdadeiro do convencionado." (obra citada, p. 221)

50. O saudoso HELY LOPES MEIRELES [11] define a equação da seguinte forma:

> "Em última análise, é a correlação entre o objeto do contrato e a sua remuneração, originariamente prevista e fixada pelas partes em números absolutos ou em escala móvel. Essa relação deve ser conservada durante toda a execução do contrato, mesmo que alteradas as **cláusulas regulamentares** da prestação ajustada, a fim de que se mantenha o **equilíbrio econômico**, ou, por outras palavras, a **equação financeira** do contrato." (pp. 206/207)

51. Como visto, a doutrina é unissonante em proclamar que o equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo deve ser resguardado.

52. A justiça brasileira, em todos os níveis, reconhece tais direitos, como podemos ver de qualquer apanhado de jurisprudência que se faça, porquanto esta é mansa e pacífica.

53. Em segundo grau de jurisdição, podemos lembrar de acórdão do **Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro**, no qual se decidiu que, em tese, nada impede que o Poder Público conceda benefícios de caráter social na regulamentação do transporte coletivo, mas os vícios de constitucionalidade e ilegalidade se mostrarão presentes "se demonstrada a inadequação da tarifa e em razão desta determinação não for restabelecido o equilíbrio da justa

---

[11] *Licitação e Contrato Administrativo* (Editora Revista dos Tribunais, 4ª edição, São Paulo, 1979).

remuneração." (Apelação Cível nº 1150/88, Relator Desembargador **Fonseca Costa**, *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, vol. 6, p. 255)

54. Em idêntico passo, este em nível federal, merece menção acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, do qual foi relator o Juiz **Vicente Leal**, hoje Ministro do Superior Tribunal de Justiça. Naquele julgamento, foi apreciado o desequilíbrio econômico-financeiro em concessão de transporte aéreo de passageiros:

> ***"Administrativo e Civil. Contrato de concessão de transporte aéreo. Defasagem no valor das tarifas. Prejuízo. Indenização.***
> – A Constituição Federal de 1967, sob a redação da Emenda nº 01/69, assegurava, nos contratos de concessão de serviços públicos, a manutenção do equilíbrio econômico e financeiro do pacto, por meio da fixação de tarifas reais, suficientes, inclusive, para a justa remuneração do capital e a expansão dos serviços (art. 167, II).
> – O mesmo princípio, com maior abrangência, encontra-se esculpido no art. 37, XXI, da nova Carta Política.
> – Demonstrada, de forma sobeja, por via de prova pericial e documental, a ocorrência de efetiva defasagem no valor das tarifas do transporte aéreo, com graves e vultosos prejuízos à empresa concessionária, em consequência de omissão do Poder Concedente, impõe-se a reparação dos danos por meio do pagamento de indenização.
> – Não comporta censura laudo pericial sobejamente fundamentado, que não sofreu impugnação na fase processual própria, nem se ofereceu qualquer alegação contra a capacidade técnica do experto oficial.
> – Apelação e remessa oficial desprovidas."
> (AC nº 0111006/91-DF. Terceira Turma/TRF/1ª Região - *D.J.U.* de 06.08.92, p. 22953)

55. No seu voto, proclamou o eminente relator, Ministro **Vicente Leal**:

> "Como visto, a doutrina é unissonante em proclamar que o *equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo deve ser resguardado.*
> .....

> *Desrespeitado este princípio por ato comissivo ou omissivo do Poder Concedente, impõe-se a recomposição da equação financeira, tendo em vista não só a imperiosa necessidade de que os serviços públicos tenham continuidade, mas também em razão do princípio jurídico que preconiza que todo aquele que, por ação ou omissão causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano* (Código Civil, art. 159)."

56. Esclareça-se que o mencionado acórdão foi mantido, quer no Superior Tribunal de Justiça, quer no Supremo Tribunal Federal, em decisões unânimes relatadas, respectivamente, pelo Ministro **Cesar Asfor Rocha** e Ministro **Octavio Gallotti**.

57. A jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça é, da mesma forma, tranqüila neste sentido, como se pode verificar de diversos acórdãos, em especial da 1ª e da 2ª Turmas, as duas especializadas em matéria de Direito Público.

58. Em caso no qual foram discutidas alterações na economia contratual de concessionárias de transporte coletivo no Estado do Tocantins, a 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu que as modificações, em prejuízo do concessionário, eram ilegais. Da ementa, destacam-se os seguintes trechos:

> "O contrato de concessão da Administração com terceiros, para a realização de serviço público, constitui ajuste de Direito Administrativo, bilateral e oneroso, inalterável, unilateralmente, especialmente em relação a cláusulas que ocasionem manifesto prejuízo ao concessionário.
>
> A concessão de serviço público, nos termos da legislação pertinente, só é alterável, com dano ao concessionário, se observado o devido processo legal, em que se assegure ampla defesa ao contratante prejudicado.
>
> É ineficaz a alteração de cláusulas financeiras do contrato de concessão, com prejuízo para a concessionária, sem que aquela (alteração) tenha **sido efetivada mediante procedimento** licitatório."
> (Recurso em Mandado de Segurança nº 1.681-0-TO, Relator Ministro **Demócrito Reinaldo**, *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, vol. 52, pp. 305-6)

59. Em outro acórdão, da mesma 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, ficou assentado que os direitos do delegatário não podem impedir a Administração de regulamentar os serviços de transporte coletivo dentro do âmbito de sua competência. O que lhe é vedado, entretanto, é a imposição de

onerosidade imprevista ao particular. Isto é o que constou do corpo do aresto e foi resumido na ementa:

> "É lícito ao poder concedente alterar unilateralmente, as cláusulas objetivas do serviço, e até agravar os encargos ou as obrigações do concessionário, desde que reajuste a remuneração estipulada, evitando a quebra do equilíbrio econômico-financeiro do contrato." (Recurso em Mandado de Segurança nº 3.161-6 RJ, Relator Ministro **Demócrito Reinaldo**, *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, vol. 55, p. 378)

60. Já na 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, foi submetida a julgamento a questão específica de permissão de serviço público de transporte coletivo, tendo-se decidido que também aí é aplicável o princípio do equilíbrio econômico-financeiro do pacto administrativo. Da ementa deste acórdão, pode-se transcrever o seguinte trecho:

> "Permissionárias de transporte coletivo de passageiros. Insurgência contra cobrança instituída pela Resolução SHDU-42, do Sr. Secretário de Habitação e Desenvolvimento Urbano do Estado de São Paulo. Taxa. Preço público. Tarifa. Diferenciação. Poder de polícia. Contrato administrativo. Observância ao princípio da equação econômico financeira."
> (Recurso em Mandado de Segurança nº 582-SP, Relator Ministro **Américo Luz**, *Revista de Direito Administrativo*, vol. 186, p. 133)

61. Em seguida, no corpo do acórdão, a questão foi apreciada em detalhe, ficando definitivamente consagrado e reconhecido o direito do concessionário à manutenção da equação econômico-financeira pactuada quando da outorga da concessão ou da permissão:

> "Isto quer dizer que a prestação do serviço público é feita em nome do poder público, 'sob condições alteráveis unilateralmente pelo estado' só que, além de a tarifa dever-se cobrar ao usuário do serviço público permitido, há a obrigação de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro inicial, no caso desrespeitado pela administração quando altera a permissão quebrando aquele equilíbrio."
> (trecho do voto do Ministro **Américo Luz** no acórdão

referido acima, *Revista de Direito Administrativo*, vol. 186, p. 138)

62. Deve-se salientar que a maioria dos comentadores da Constituição vigente não examina se houve ou não modificação da posição do constituinte no tocante à garantia do equilíbrio econômico e financeiro.

63. Assim sendo, coube à jurisprudência assinalar que, na Constituição de 1988, a garantia do equilíbrio econômico e financeiro se encontrava no art. 37, X, da Magna Carta, até com uma extensão maior do que a anteriormente existente, pois se tornou explicitamente aplicável a todos os contratos administrativos e não somente à concessão, como ocorria no passado.

64. Estabelece o texto constitucional:

> "**Art. 37** - A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte:
>
> .....
>
> XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamentos, **mantidas as condições efetivas da proposta**, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações."

65. Assim, de acordo com o texto constitucional vigente, as obras, os serviços, as compras e as alienações, no campo do Direito Administrativo, inclusive as concessões, devem obedecer ao princípio da garantia da equação econômica-financeira, **sendo mantidas as condições reais e efetivas, econômicas e financeiras da proposta**.

66. Entre as várias decisões que versaram sobre a matéria, comprovando a manutenção do princípio constitucional, destaca-se o já citado acórdão unânime proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª.Região, na Apelação Cível nº 91.01.11006, do qual foi relator o então Juiz e hoje Ministro do Superior Tribunal de Justiça **Vicente Leal**, cuja ementa é a seguinte:

"A Constituição Federal de 1967, sob a redação da Emenda nº 1/69, assegurava, nos contratos de concessão de serviços públicos, a manutenção do equilíbrio econômico e financeiro do pacto, por meio da fixação de tarifas reais, suficientes, inclusive, para a justa remuneração do capital e a expansão dos serviços (art. 167, II).

O mesmo princípio, com maior abrangência, encontra-se esculpido no art. 37, XXI, da nova Carta Política." [12]

67. No texto do acórdão acima citado, salientou, ainda, o relator que:

"Ressalte-se, por fim, que não procede a tese de que a Constituição de 1988 excluiu do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos como afirmado no recurso. De modo contrário, o novo Estatuto Fundamental tratou do assunto com maior abrangência, contemplando todos os contratos celebrados entre Administração Pública e particular. O preceito constitucional, inserto no art. 37, XXI, da Lei Maior, obriga inserção, nos contratos administrativos de cláusula que estabeleça obrigações de pagamento, **mantidas as condições efetivas da proposta**. Tal preceito consubstancia, sem qualquer dúvida, o princípio do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Assim, o art. 175 da Constituição deve ser compreendido na visão do preceito geral inscrito no art. 37, XXI, do mesmo Estatuto Fundamental."

68. Em nível infraconstitucional, a vigente Lei das Concessões (Lei nº 8.987, de 13/02/95) reafirma os princípios contidos na Carta Magna, nos termos do seu artigo 9º, respectivos parágrafos, e artigo 10, do seguinte teor:

"**Art. 9º** - A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato:

§ 1º - A tarifa não será subordinada à legislação específica anterior.

---

[12] *Revista Forense*, vol. 319, p.141. A mencionada decisão foi objeto de Recurso Extraordinário da União Federal, do qual o Supremo Tribunal Federal, pela sua 1ª Turma, não conheceu, em decisão unânime de 17.06.97, sendo relator o Ministro **Octavio Gallotti** (RE nº 183.180).

§ 2° - Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro.

§ 3° - Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso.

§ 4° - Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.

Art. 10 - Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido o equilíbrio econômico-financeiro."

69. No mesmo diapasão, o art. 6°, II, "**d**", e §§ 5° e 6° da Lei 8.666, de 21.6.93.

VI - As distorções ensejadas pelo processo de privatização

70. Parece cabível trazer à colação dois exemplos recentes de distorções graves no processo de privatização das concessões no Estado do Rio de Janeiro, que significam indícios de que outros problemas, ainda mais sérios, podem se ocultar por trás de procedimentos nem sempre transparentes mas certamente muito velozes.

71. No caso da RIOGÁS S.A, que se tornou concessionária da distribuição de gás natural a importantes setores industriais fluminenses, houve um aumento abusivo de tarifas, da ordem de 20%, num momento de economia estável. A infração à ordem econômica foi levada ao conhecimento do CADE, havendo o eminente Secretário de Direito Econômico, Ruy Coutinho do Nascimento, proferido a seguinte decisão administrativa:

"A representação tem por objeto pedido de apuração de prática infringente à ordem econômica por parte das Representadas, que, usando de posição dominante, caracterizada pela posição monopolista no fornecimento de gás natural no Estado do Rio Janeiro, havendo por parte da **RIOGÁS S.A.** ameaça às empresas por ela fornecidas, de interrupção do fornecimento de gás, caso não acatadas as novas condições de venda que impõe, notadamente de

aumento de preços. Constata-se, então, no atual estágio da instrução processual, que persiste a aludida ameaça, por parte da Representada **RIOGÁS S.A.**. Entendo evidenciado "*in casu*", o fato de que a coação imposta pela denunciada prejudica o funcionamento não só da Representante, mas de todas as empresas que se utilizam do gás natural como insumo de produção. (...) Em consequência, **DETERMINO** à Representada **RIOGÁS S.A.** que se abstenha de qualquer medida que implique a interrupção do fornecimento de gás natural às empresas consumidoras do mencionado insumo, até o julgamento definitivo deste processo pelo **CADE.**".(*D.O.U.* de 31/03/99)

72. Nada obstante, a decisão administrativa terá implicações que seguramente irão redundar num pleito judicial de responsabilização do Estado do Rio de Janeiro.

73. É que a privatização da RIOGÁS, para propiciar maior receita ao Governo Estadual, levou em conta, não a estrutura tarifária vigente à ocasião (preços correntes), mas sim uma projeção que autorizaria a licitante vencedora a cobrar tarifas majoradas. Com base nesse fluxo de caixa projetado, o Governo procurou auferir melhor preço no leilão de privatização, mas legou à sociedade fluminense o encargo de pagar por isso, através do aumento de tarifas.

74. Como a nova estrutura tarifária constou do contrato de concessão, a concessionária RIOGÁS se julga no direito de cobrá-la, com base no princípio do equilíbrio econômico-financeiro e, principalmente, **na manutenção das condições efetivas da proposta** (art. 37, XXI, da Constituição Federal).

75. Se for impedida de praticar a tarifa contratual – seja por decisão administrativa ou judicial – certamente procurará ressarcimento dos cofres públicos, em demanda que pode assumir montantes consideráveis.

76. Outro exemplo curioso é o da privatização da CONERJ, cuja licitação foi ganha por um consórcio formado pela "Andrade Gutierrez" e pela "Viação 1001". A primeira explora, também, a Ponte Rio-Niterói e a segunda é empresa de ônibus com linhas que atravessam a mesma Ponte.

77. Se o Governo pretende incentivar o transporte hidroviário na Baía de Guanabara, como parece ser a prioridade atual, provavelmente irá enfrentar conflito de interesses com a respectiva concessionária (CONERJ), cujos principais acionistas podem ter outros objetivos, face às suas atividades no setor rodoviário.

78. Esse "*imbroglio*", resultante de um processo não muito claro de privatização, está a merecer maior fiscalização da sociedade, principal destinatária dos serviços públicos concedidos. Daí a importância da participação do Ministério Público, mormente numa oportunidade em que não funciona a agência reguladora estadual.

VII. A participação do Ministério Público

79. A esta altura da exposição, transparece nítida a importância da intervenção do Ministério Público no processo que, ao longo dos anos, vem transferindo ao setor privado, através de concessões, a responsabilidade pela prestação de serviços públicos.

80. Num primeiro momento, pode ser cabível uma investigação profunda de determinadas privatizações, sendo o mecanismo do inquérito civil público forma extremamente útil de apuração, na medida que podem ser realizadas perícias e tomados depoimentos técnicos, com vistas ao amplo esclarecimento dos fatos.

81. Ademais, o inquérito civil público, ao contrário das comissões parlamentares de inquérito, realiza-se num ambiente técnico que, sem abrir mão da transparência e dos controles sociais, pode dar lugar a resultados mais eficazes e consistentes.

82. No campo regulatório propriamente dito, a atuação do Ministério Público, através do inquérito civil, afigura-se insubstituível, em face da autonomia institucional do *Parquet*, que pode ser fator decisivo na demarcação do verdadeiro interesse público e social inerente às concessões.

83. Seja definindo e materializando o conceito jurídico de "**serviço adequado**", seja postulando em favor do princípio da "**modicidade das tarifas**", a ação do Ministério Público no inquérito civil e na ação civil pública propriamente dita cresce de importância como instrumento da sociedade civil, complementando ou até corrigindo a atuação fiscalizatória das agências governamentais, as quais nem sempre conseguem apartar-se dos instrumentos políticos de pressão.

84. Na espécie, a idéia de criação de uma Curadoria de Concessões e Privatizações não pode ser confundida como mera especialização da Curadoria de Defesa dos Consumidores.

85. A uma, porque os usuários dos serviços públicos nem sempre podem ser conceituados como "consumidores", de acordo com o Código de Defesa do Consumidor. Tratando-se de "**insumidores**", na feliz expressão de Caio Tacito, que se utilizam dos serviços públicos – não como destinatários finais – mas como insumos de sua cadeia produtiva, não estão eles ao abrigo do Direito do Consumidor.

86. Nem por isso, contudo, deixa de ter interesse social a proteção dos "**insumidores**". No caso **Álcalis** *versus* **RIOGÁS** antes citado, o aumento abusivo das tarifas pôs em risco a oferta de mais de 700 empregos diretos, na medida em que a Álcalis possivelmente não resistiria ao acréscimo de custo do gás natural, insumo que utiliza em larga escala no seu processo industrial. Não se pode esquecer que o país vive em plena abertura comercial e o preço da barrilha importada não permitiria à Álcalis repassar o aumento de custo derivado da nova tabela tarifária da RIOGÁS.

87. A duas, porque, nem sempre, o verdadeiro interesse público é consentâneo com uma política tarifária de preços baixos. A simples redução

indiscriminada e sistemática das tarifas, atendendo a interesses demagógicos, leva à diminuição dos investimentos e à obsolescência dos equipamentos, com prejuízo real dos usuários. Numa segunda etapa, a persistir a política de insuficiência tarifária, a iniciativa privada abandona as concessões, confrontando o Estado com a sua carência estrutural de recursos, impeditiva da retomada da prestação direta dos serviços públicos.

88. Ao lado dessa conseqüência, o rompimento do equilíbrio econômico-financeiro da concessão, propiciado pela inconsistência tarifária, pode levar o Tesouro a ser condenado a indenizações gravosas. Como se viu anteriormente, a jurisprudência não tem admitido tergiversações no concernente à equação financeira dos contratos de concessão.

89. Assim, mesmo aceitando a faculdade de o Poder Concedente fixar unilateralmente as tarifas, atendendo, inclusive, a propósitos de natureza social, o que se tem unanimemente decidido é que, nesse caso, o Estado tem de **indenizar** a concessionária, recompondo o equilíbrio econômico-financeiro da concessão.

90. Não é por outra razão que a **União Federal** foi recentemente condenada a ressarcir à TRANSBRASIL perdas correspondentes à defasagem tarifária havida ao tempo do Plano Cruzado, cujo valores, objeto de sentença transitada em julgado, ascendem à casa dos R$ 500 milhões. Considerando que as outras empresas aéreas (VASP, RIOSUL, VARIG e TAM) propuseram ações idênticas, ainda não julgadas definitivamente, se prevalecer a orientação do **Superior Tribunal de Justiça** e do **Supremo Tribunal Federal** no caso TRANSBRASIL, pode-se aquilatar o risco da **Fazenda Nacional** com a aventura tarifária do Plano Cruzado.

91. Salta aos olhos, por conseguinte, o interesse social de que se reveste o acompanhamento e a fiscalização da política tarifária, dadas as conseqüências que podem advir de posturas meramente demagógicas do Poder Concedente.

92. Se o concessionário não tem ação direta para postular ao Judiciário a fixação da tarifa, em virtude da separação constitucional de poderes, o Ministério Público, por seu turno, pode manejar a ação civil pública sempre que houver lesão de interesses difusos ou coletivos, inclusive em face dos agentes da administração responsáveis, o que, sem dúvida, serve ao objetivo de acautelar prejuízos potenciais dos cofres públicos.

93. Por isso que se afigura extremamente oportuna, em nosso sentir, a criação de uma "*Curadoria das Concessões e Privatizações*", no âmbito do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Rio, 15 de fevereiro de 2000.

(*) Luiz Otavio de Freitas é Procurador de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.

Considerações sobre a admissibilidade da prova vedada no processo penal brasileiro.

MARCELLUS POLASTRI LIMA (*)

O Código de Processo Penal Brasileiro, ao contrário do Código de Processo Penal Italiano [1], não trata detalhadamente do problema de aquisição da prova para o processo, mas prevalece a interpretação que teremos que nos ater aos meios de aquisição e, antes mesmo deste próprio ato, deverá ser feita a valoração se a prova pode ser *admitida e, para tal, a mesma não poderá ter vícios.*

Ora, o processo penal é de natureza pública e, assim, o meio probatório deve ser ilimitado, só comportando exceções em relação ao estado das pessoas (art. 155 do Código de Processo Penal) e em relação às provas ilícitas ou imorais.

Este, o ensinamento de FREDERICO MARQUES: "de um modo geral são inadmissíveis os meios de prova, que a lei proíba e aqueles que são incompatíveis com o sistema processual em vigor. Tais são: **a)** os meios probatórios de invocação ao sobrenatural; **b)** os meios probatórios que sejam incompatíveis com os princípios de respeito ao direito de defesa e à dignidade da pessoa humana." [2]

Portanto, não sendo o meio de prova indigno, imoral, ilícito ou ilegal e sendo respeitada a ética e o valor da pessoa humana, poderá ser *admitido* e *passível* de aquisição no processo, mesmo que não esteja *legalmente relacionado no Código de Processo Penal.*

Requerida a prova pela parte, deverá se dar o deferimento, se esta tiver sido proposta tempestivamente, desde que seja *admissível*, examinando-se, em primeiro lugar, a economia processual, que aconselha a seleção das provas, e, portanto, deve haver a consideração da *pertinência* e *relevância* da prova, e exemplos de preocupação do legislador processual penal com isto vemos no art. 184 do Código de Processo Penal, que determina o indeferimento da perícia quando *não for necessária ao esclarecimento da verdade*, e das perguntas às testemunhas, no art. 212, *se não tiverem relação com o processo.*

---

[1] Cf. TONINI, Paolo. *La Prova Penale, seconda edizione*, Padova, Itália, Cedam,1988, p.18.
[2] MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*, vol. II, Campinas, Bookseller, 1997, p. 256.

Também serão *inadmissíveis* a prova *se disser respeito* a fatos não passíveis de prova, como a presunção e os fatos notórios, e as que sejam *ilegítimas* ou *ilícitas*. E, aqui entramos em um terreno mais controvertido, o do estudo das chamadas provas inadmissíveis *por ser proibida sua aquisição no processo.*

Como alerta ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO, "a conclusão sobre a existência de um *direito a prova,* em nosso ordenamento, obriga-nos a indagar sobre *sua natureza, seus titulares, seu conteúdo,* e,ainda, de suas possíveis **limitações.**" [3]

Temos um direito subjetivo da parte de introduzir no processo o seu meio probatório, que é um direito **público ou cívico**, tendo as partes o direito de se utilizar da prova produzida durante e, até, *antes ou fora* do processo, só ficando presa tal pretensão à admissibilidade, pertinência e relevância de tais provas e, conforme o autor supracitado, "pode-se afirmar, assim, que correlato ao **direito à prova,** existe também um *direito à exclusão* das provas inadmissíveis, impertinentes ou irrelevantes." [4]

O ato processual deve ser perfeito, válido e eficaz, produzido consoante as normas legais, pois, caso contrário, será tido como inválido ou ineficaz, devendo ser declarada a nulidade.

Porém, não se deve chegar ao extremo de necessidade da declaração de nulidade, pois esta sempre será posterior à realização do ato, sendo melhor se aferir a admissibilidade ou inadmissibilidade da prova em momento anterior, através de uma **apreciação antecipada,** o que evitará a produção de atos inúteis, ineficazes ou anuláveis.

Daí a distinção entre prova nula e prova inadmissível, pois a admissibilidade da prova "consiste numa valoração prévia feita pelo legislador, destinada a evitar que elementos provenientes de fontes espúrias, ou meios de provas inidôneos, tenham ingresso no processo e sejam considerados pelo juiz na reconstrução dos fatos" [5]; já a nulidade de prova é uma consideração posterior à colheita da prova com vícios, sendo, aí, declarada a sua invalidez.

A prova pode ser inadmissível no aspecto processual, ou seja, quando não servir para a busca da verdade real ou violar normas legais, mormente processuais; ou **materialmente**, quando violar normas legais, especialmente normas constitucionais.

No próprio Código de Processo Penal, existem várias regras que fazem exigências específicas ou visam impedir a produção de certas provas, como é o exemplo da necessidade de laudo pericial se a infração deixar vestígio, como se vê do art. 158, prevendo o suprimento por prova testemunhal, se desaparecidos os vestígios (art. 167); a vedação do testemunho de pessoas que, pela função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo (art. 207); a não deferência de compromisso ao menor de 14 ânos (art. 208); a restrição às provas que digam

---

[3] GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito A Prova no Processo Penal*, São Paulo, RT,1997, p. 83.
[4] Obra citada, p. 89.
[5] Autor e obra citados, p. 95.

respeito ao estado das pessoas, que só podem ser admitidas se produzidas na forma da lei civil (art. 155) *etc.*

Em todos estes casos, se não houver conformidade com a regra processual, a prova não pode ser admitida e, se o for, será nula, e a tendência atual é de se considerar ilegal a prova que destoe de qualquer lei, mesmo que não processual.

Conforme salienta ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO:

> "...verifica-se, principalmente nas últimas décadas, uma tendência a um alargamento do campo das proibições de prova, com base na constatação de que o ordenamento é uno e, assim, a violação de qualquer de suas regras, com o propósito de obtenção de provas, deve conduzir ao reconhecimento da **ilegalidade** das mesmas e, em conseqüência, à sua inaptidão para a formação do convencimento judicial." (6)

Na proibição das provas, temos que nos ater se esta é de natureza exclusivamente processual ou substancial, voltada para a finalidade e lógica do processo, ou se advém a vedação em vista de violação a *direitos reconhecidos ao indivíduo, independentemente dos fins processuais.* No primeiro caso, teremos as chamadas **provas ilegítimas** e, no segundo caso, as **provas ilícitas.**

Ambas as modalidades se constituem em provas ilegais, pois existe uma contradição com o ordenamento legal, ou em violação a princípio processual ou substancial, mas, como esclarece ADA PELLEGRINI GRINOVER, " quando a proibição for colocada por uma lei processual, a prova será ilegítima (ou ilegitimamente produzida); quando, pelo contrário, a proibição for de natureza material, a prova será ilicitamente obtida." (7)

Destarte, a Constituição, quando se refere à prova ilícita, quer se referir à prova **vedada**, que compreendem as provas ilícitas e as provas ilegítimas, seguindo corrente já adotada pela doutrina italiana, mormente por PIETRO NUVOLONE. (8) (9)

Consoante LUIZ FRANCISCO TORQUATO AVOLIO: " A importância dessa corrente doutrinária se verifica, outrossim, pelo fato de que a utilização da expressão "vedadas" já indica a sua opção pela inadmissibilidade, no processo, das provas

---

(6) Obra citada, p. 100.

(7) GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii. As Nulidades no Processo Penal*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 1992, p.113.

(8) Cf. NUVOLONE, Pietro. *"Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino"*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1991.

(9) O anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal, no que tange às provas, em tramitação no Congresso, pioneiramente trata da prova ilícita, mas não da prova ilegítima, em seu art. 157, e, assim, desconhece a opção do legislador constitucional em tratar a prova ilegítima também como prova vedada.

obtidas por meios ilícitos. Coincide, assim, perfeitamente, com o enunciado da garantia inserida pelo constituinte brasileiro, no art. 5°, LVI: "São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos." [10]

E assim, o autor define a prova ilícita, em sentido estrito, como a " prova colhida infringindo-se normas ou princípios colocados pela Constituição e pelas leis, freqüentemente para a proteção das liberdades públicas e dos direitos da personalidade e daquela sua manifestação que é o direito à intimidade". [11]

Melhor exemplificando: se o vício se deu na **colheita** da prova, por ofensa a uma norma material, como no caso de uma confissão obtida sob tortura, o que é constitucionalmente proibido, teremos a prova **ilícita**.

Por outro lado, se o vício se der quando da produção ou inserção da prova no processo, por desobediência a uma norma processual, como o caso da oitiva de testemunha proibida de depor por dever de sigilo, a prova será *ilegítima*.

De se ressaltar que a prova pode ser contra os bons costumes e à moral, constituindo-se tais vícios à princípio, no sentido amplo, prova ilícita, sendo esta a intenção do legislador constitucional no Brasil ao se referir à prova ilícita. [12]

Portanto, a prova ilegítima é a que é colhida em desobediência às normas processuais e, segundo LUIZ FRANCISCO TORQUATO AVOLIO ,"tudo se resolve dentro do processo, segundo os esquemas processuais que determinam as formas e modalidades de produção de prova, com a sanção correspondente a cada transgressão que pode ser uma sanção de nulidade." [13]

Ainda segundo o autor, "diversamente, por prova ilícita,ou ilicitamente obtida,é de se entender a prova colhida com infração a normas ou princípios de direito material - sobretudo de direito constitucional, porque, como vimos, a problemática da prova lícita se prende sempre à questão das liberdades públicas, onde estão assegurados os direitos e garantias atinentes à intimidade, à dignidade humana..."

E arremata, distinguindo o momento da trangressão das duas espécies de provas vedadas:

> "enquanto na prova ilegítima a ilegalidade ocorre no momento de sua produção no processo, a prova ilícita pressupõe uma violação no momento da colheita da prova, anterior ou concomitantemente ao processo, mas sempre externamente a este." [14]

---

[10] AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas Ilícitas – Interceptações telefônicas e gravações clandestinas*, 2ª ed., São Paulo, RT, 1999, p. 43.
[11] Obra e pp. citadas.
[12] CAMARGO ARANHA, Adalberto José Q. T. de. *Da Prova no Processo Penal*, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 1999, pp. 49 e 51.
[13] Obra citada, p. 43.
[14] Obra citada, pp. 44/45.

Reconhecida a ilegitimidade da prova, o juiz não deve valorá-la, já que eivada de nulidade, na forma do artigo 564, III, do Código de Processo Penal, que diz respeito à omissão de formalidade.

A *vexata quaestio* está na solução em relação à ilicitude da prova, já que não temos, no Código de Processo Penal, norma atinente à sua inadmissibilidade como regra geral. [15]

Foi nos Estados Unidos da América que primeiro se fixou o princípio de inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente [16] e, assim, reconhecido tal defeito da prova, esta não poderia ser aceita no processo.

Anteriormente, existiam quatro correntes em relação à questão da admissibilidade da prova ilícita propriamente dita.

Pela primeira, em não havendo impedimento em nível da lei processual, somente a prova ilegítima poderia ser excluída do processo, já que, no que tange à prova ilícita, ficaria reconhecido o vício material, punindo-se o autor de sua produção, mas a prova permaneceria válida no processo. Assim justificava o italiano FRANCO CORDERO, defensor desta teoria: *male captum, bene retentum*, ou seja, mal colhida, mas bem produzida, e, na edição recente de seu *Procedura Penale*, critica o art. 191 do Código Italiano, que diz não serem válidas as provas obtidas com violação da lei(*non sono valutabili" le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge*"). [17] (também defendida esta posição no Brasil por HÉLIO TORNAGHI)

Três outras correntes dão por inadmissíveis as provas ilícitas no processo penal: uma, sob o fundamento de que, se o direito é uno e se a prova é ilícita, não pode ser reconhecida no processo (PIETRO NUVOLONE, na Itália, FREDERICO MARQUES e HELENO FRAGOSO, no Brasil); outra, baseia-se no fato de que o Estado deve se ater ao princípio da moralidade, não podendo se utilizar de meios ilícitos, nem para combater o crime; e, ainda, a que defende que a prova ilícita ofende a Constituição, atingindo valores fundamentais do indivíduo e as garantias individuais (CAPPELETI, VIGORITI e COMOGLIO, na Itália).

Ultimamente, outra teoria cada vez ganha mais espaço entre a doutrina e a jurisprudência: é a da *proporcionalidade*, que adota um princípio de proporção, admitindo a produção da prova ilícita, mesmo ante violação de norma constitucional em casos excepcionais, ou seja, também se deveria proteger valores

---

[15] O anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal, relativo às provas, passa a tratar desta inadmissibilidade em seu artigo 157, que tem a seguinte redação: "São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a princípios ou normas constitucionais."

[16] Em 1914, no caso *Weeks*, a Suprema Corte Americana considerou ser um *prejudicial error* **a admissão no processo de documentos apreendidos na casa do acusado sem o respectivo mandado de busca e apreensão.**

[17] CORDERO, Franco. *Procedura Penale*, terza edizione, Milano, Giuffrè, 1995, pp. 582/583.

igualmente constitucionais, da mesma forma ou mais relevantes que aqueles violados na coleta da prova. (Entre nós são defensores desta teoria BARBOSA MOREIRA, CAMARGO ARANHA, MONIZ ARAGÃO e SERGIO DEMORO HAMILTON, dentre outros, e, na Alemanha, vigora, majoritariamente, entre a doutrina)

No Brasil, já tínhamos o art. 233 do Código de Processo Penal, que trata da correspondência interceptada, como hipótese legal de vedação de prova ilícita. Posteriormente, a vedação geral restou consagrada pela Constituição de 1988, em seu art. 5°, LVI, que reza: são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meio ilícito, englobados no termo, aqui genérico, as provas ilegítimas e ilícitas propriamente ditas.

Ocorre que, segundo o referido princípio da proporcionalidade, também chamado de princípio da razoabilidade, poderá restar anulada a vedação probatória se existirem outros valores que se igualem ou devam se sobrepor (de maior relevância) à vedação legal.

Assim, para esta teoria que, na verdade, tenta equilibrar as posições antagônicas de admissibilidade e inadmissibilidade da prova ilícita, quando coexista outro interesse, como, *v.g.*, a gravidade de certos delitos ou a maior necessidade da repressão estatal, ou mesmo se determinada prova for privilegiada naquele processo, poderia ser admitida a prova obtida ilicitamente no processo.

Na jurisprudência alemã, vigora tal princípio (*Verhaltnismassigkeitprinzip*), sob o fundamento de que a utilização de tais provas, em certas circunstâncias, trata-se de um direito estatal, devendo prevalecer a ordem social em detrimento de direitos individuais, já que o interesse coletivo justifica tal opção, mormente em delitos de maior gravidade ou em casos de criminalidade organizada.

A grande maioria dos países adota, em textos legislativos, tal teoria, mormente em leis de repressão à criminalidade organizada, e há quem defenda que a Constituição Brasileira de 1988, ao dispor que, sobre a quebra da inviolabilidade das comunicações telefônicas, para fins de investigação criminal, referindo-se às *hipóteses e na forma que a lei estabelecer* (art. 5°, XII), estaria consagrando a teoria da proporcionalidade, deixando uma "brecha" para que a lei autorizasse tal quebra de sigilo, para casos especiais, sem maiores formalidades. Argumenta-se que o legislador constitucional, para certas infrações, veda a graça e anistia e declara serem certas infrações imprescritíveis (art. 5°, XLIII e XLIV), o que demonstra que uma regra pode ser quebrada por exceções.

Deve-se considerar, segundo a teoria da proporcionalidade, que, em eventual conflito (mesmo aparente) entre garantias individuais, impõe-se a *prevalência do interesse maior a ser protegido, no caso concreto.*

Segundo CAMARGO ARANHA, "para tal teoria intermediária propomos uma nova denominação a do interesse preponderante. Em certas situações, a sociedade, representada pelo Estado, é posta diante de dois interesses fundamentais relevantes, antagônicos e que a ela cumpre preservar: a defesa de um princípio constitucional e a necessidade de perseguir e punir o criminoso. A

solução deve consultar o interesse que prevalecer e que, como tal, deve ser preservado". [18] [19]

Porém, boa parte da doutrina considera ser inadmissível qualquer violação de direitos individuais, sendo que, caso contrário, só existiriam direitos fundamentais protegidos em delitos de menor gravidade, havendo uma intolerável discricionariedade, dando azo ao arbítrio policial, violando, sobretudo, o princípio da inocência. [20]

Para ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, por exemplo, os referidos dispositivos constitucionais supracitados, que alguns tomam como autorizadores do princípio da proporcionalidade amplo, "trata-se, no entanto, de casos taxativos, não sendo possível inferir sua adoção generalizada, como regra permissiva de outras restrições a direitos fundamentais". [21]

Ultimamente a doutrina e jurisprudência brasileira, inclusive do Pretório Excelso, admitem o princípio da proporcionalidade somente em relação à defesa e, assim, a prova ilícita só seria admissível se viesse a favor da defesa, ou seja, *pro reo*, mas nunca a favor do Estado, ou *pro societate*. [22]

Conforme defende o autor supracitado, "no confronto entre uma proibição de prova, ainda que ditada pelo interesse de proteção a um direito fundamental e o direito à prova da inocência parece claro que deva este último prevalecer, não só porque a liberdade e a dignidade da pessoa humana constituem valores insuperáveis, na ótica da sociedade democrática, mas também porque ao próprio Estado não pode interessar a punição de um inocente, o que poderia significar a impunidade do verdadeiro culpado; é nesse sentido, aliás, que a moderna jurisprudência norte-americana tem afirmado que o direito à prova de defesa é *superior*". [23]

ANTONIO SCARANCE FERNANDES, apesar de afirmar que o legislador constitucional teve por fim estancar o dissídio doutrinário e jurisprudencial sobre a

---

[18] Obra citada, p. 64.

[19] Citada pelo autor passagem de ementa do STJ que concluiu: "só tem lugar sem a observância do sistema constitucional e cairia no absurdo, o de que um texto feito em defesa da sociedade, do homem de bem, deva ser utilizado para proteger um marginal. Isso não entra na cabeça de ninguém, nem do juiz, dentro de seu equilíbrio, de sua isenção, porque o juiz também é humano e percebe as coisas fora do processo"(HC 3982 RJ, Rel.Min. **Adhemar Maciel**, *DJU*, 26 dez. 1996, p. 4084).

[20] O anteprojeto de reforma do capítulo sobre provas do Código de Processo Penal, em tramitação no Congresso, toma partido, em seu artigo 157,ao estabelecer, categoricamente, a inadmissibilidade das provas ilícitas, **assim entendidas as obtidas em violação a princípios ou normas constitucionais.** Porém, mesmo se promulgada tal reforma, ainda haverá desencontros na doutrina e jurisprudência, já que **pode haver violação de uma norma constitucional em detrimento de cumprimento da outra**, e, aí, poderia se defender a aplicação do princípio da proporcionalidade.

[21] Obra citada, p. 106.

[22] Em acórdão de 1997, assim decidiu o STF: "Reconhecida a ilicitude de prova constante dos autos, cabe à parte o direito de vê-la desentranhada dos autos" (Tribunal Pleno, Min. **Nery da Silveira**, *DJU*, 20 jun.1997, p. 28.507.

[23] Obra citada, pp. 6 e 7.

admissibilidade das provas ilícitas, vedando-as expressamente, arremata que "é interessante mencionar duas hipóteses concretas que mostram a necessidade de se admitir critério da proporcionalidade".

Exemplifica com caso verídico de violação de correspondência de preso em certo presídio, quando se descobriu plano de fuga e de um seqüestro de um Juiz de Direito, e com outro caso, em que o réu obtém interceptação telefônica, mas era a única forma de provar sua inocência.

Assim, no primeiro caso, sobre a violação de correspondência, prova ilícita, deve sobrepor a prevalência de se evitar fuga do presídio e o seqüestro do juiz, protegendo sua incolumidade física e sua vida e, na segunda, temos caso típico de prova ilícita *pro reo*, onde impera a ampla defesa.

Destarte, o doutrinador paulista, defende não só a admissibilidade da prova ilícita *pro reo*, mas também, em caso excepcional, uma adoção mais ampla do princípio da proporcionalidade, como no primeiro exemplo, onde haveria a admissibilidade da utilização da prova captada ilicitamente *pro societate*.

E argumenta: "a proporcionalidade verificada entre duas normas constitucionais de natureza material: a proteção ao sigilo da correspondência, superada pela necessidade de ser preservada a segurança do presídio e a vida do juiz de direito, aqui, a prova obtida não será considerada ilícita e, por isso, não há afronta à regra de sua inadmissibilidade no processo. Em suma, a norma constitucional que veda a utilização no processo de prova obtida por meio ilícito deve ser analisada à luz do princípio da proporcionalidade, devendo o juiz, em cada caso, sopesar se outra norma, também constitucional, de ordem processual ou material, não supera em valor aquela que estaria sendo violada". [24]

José Carlos Barbosa Moreira, por sua vez, critica a adoção do princípio da proporcionalidade somente pro reo, e argumenta: " ... dificilmente se contestará a premissa da superioridade de armas da acusação. Pode suceder, no entanto, que ela deixe de refletir a realidade em situações de expansão e fortalecimento da criminalidade organizada, como tantas que enfrentam as sociedades contemporâneas". [25]

E arremata: " Seja como for, o essencial aqui é pôr em realce o caráter relativo que por força se tem de atribuir ao princípio constitucional atinente à inadmissibilidade das provas ilicitamente adquiridas". [26]

E se constatada pelo juiz a presença de prova ilícita? Qual a solução?

Tudo dependerá do momento desta constatação.Uma vez verificada a ilicitude da prova no momento de sua aquisição para o processo, o juiz não pode aceitá-la, devendo indeferir sua produção ou rejeitar a aquisição, pois esta será uma prova *inadmissível* ,na forma do art. 5º, LVI, da Constituição Federal, mas, caso

---

[24] Fernandes, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*, 2ª. ed., S.P., RT, 2000, pp.81/ 82.
[25] Moreira, José Carlos Barbosa. "A Constituição e as provas ilicitamente obtidas". In *Revista do Ministério Público*, nº 4, PGJ-RJ, 1996, p. 105.
[26] Obra citada, p. 106.

tal ilicitude venha a ser constatada após a incorporação da prova ao processo, o juiz não poderá levá-la em conta ao formar seu convencimento, devendo *excluí-la* do processo, dando-se o desentranhamento, por interpretação extensiva ao art. 145, IV, que aponta a mesma solução para o documento falso. [27]

Em conseqüência deste raciocínio, a prova ilícita colhida no inquérito não deve ser utilizada pelo *Parquet* para oferecer a denúncia, podendo, entretanto, ainda se utilizar do inquérito se outras provas existirem para iniciar a ação penal, e em havendo aduzimento da acusação, com início da ação penal, inobstante a presença da prova ilícita, o caso será de solução via *habeas corpus*, mas sempre ressaltando aquelas hipóteses de aplicação da teoria ou princípio da proporcionalidade, quando poderia, segundo respeitável corrente, ser admissível a prova ilícita.

A questão irá trazer dificuldades no julgamento pelo Tribunal do Júri, como lembra SCARANCE FERNANDES. Se na fase do *judicium accusationis*, não haverá maiores problemas, pois, no momento da pronúncia, a prova poderá ser excluída; no *judicium causae*, já em plenário, não se poderá saber a influência daquela prova no julgamento, já que os jurados não fundamentam sua decisão e, assim, "o tribunal, em *habeas corpus* ou *recurso*, deverá determinar o desentranhamento e, em seguida, anular o julgamento para que outro se efetive. Não tem o Tribunal condições de avaliar o grau de influência da prova sobre os jurados." [28]

Como visto, estritamente, prova ilícita é aquela produzida em desacordo com as garantias constitucionais ou conflitente com leis materiais, como aquelas obtidas mediante tortura, com infringência à preservação da intimidade ou obtidas através de violação do domicílio.

Entre as mais comuns formas de ilicitudes da prova penal, temos os metódos ilícitos ou amorais de *interrogatórios*. A tortura, que, anteriormente, já foi tida como meio lícito de interrogatório [29], passou, historicamente, a ser meio de prova vedado, bastando se atentar para a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que previa, no art. 5°, que *ninguém será submetido a tortura nem a tratamento cruel, desumano ou degradante*. No Brasil, a Constituição Federal, em seu artigo 5°, III, dispôs que "*Ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante*" e prevê o crime de tortura como inafiançável e insuscetível de graça e anistia (art. 5°, XLIII).

Sob influência do direito anglo- americano (*privilege against self-incrimination*), a Constituição de 1988 também consagrou a garantia do silêncio ou da não auto-

---

[27] O anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal, no que tange às provas, em tramitação no Congresso, em seu artigo 157, estabelece, de forma expressa, que "**São inadmissíveis, devendo ser *desentranhadas*, as provas ilícitas...**"

[28] Obra citada, p. 86.

[29] Na Idade Média, com a Inquisição, mormente na "jurisdição eclesiástica", houve o aperfeiçoamento da tortura como meio de se obter a confissão do réu, tendo como fundamento numa pseudo "inspiração divina" que autorizasse a utilização de tal método.

incriminação em seu artigo 5°, LXIII: *o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado.*

Aliás, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu artigo 8°, § 2°, g, dispõe que *toda a pessoa acusada de delito tem o direito de não ser obrigada a depor contra si mesma ou de declarar-se culpada.*

De se notar que tanto a doutrina como a jurisprudência têm entendido que, embora a regra constitucional se refira ao preso, a garantia abrange *qualquer pessoa que venha a poder ser incriminada, mesmo que ainda esteja na simples posição de investigado ou mesmo de mera testemunha ou informante.*

O Código de Processo Penal era dúbio a respeito, pois, apesar do art.186 dispor sobre o direito ao silêncio, alertava que *este poderia ser interpretado em prejuízo da própria defesa,* na parte final do dispositivo, hoje guarda manifesta incompatibilidade com o novo texto constitucional, da mesma forma que a parte final do artigo 198 do Código de Processo Penal, *verbis*: "O silêncio do acusado não importará confissão, *mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz.* (grifo meu)

Em corolário, como limitação à prova de acusação, não se tem admitido, também, *intervenções corporais* sem o consentimento do acusado, como, *v.g.*, exames laboratoriais, teste de bafômetro ou exames de DNA e, até mesmo, a imposição ao indiciado de exame grafotécnico. [30]

Trata-se, segundo a doutrina dominante, de mais um dos efeitos do direito à *não auto-incriminação*, pois, conforme defende ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO,"se ninguém pode ser obrigado a declarar-se culpado, também deve ser assegurado o seu direito a não fornecer provas incriminadoras contra si mesmo. O direito à prova não vai ao ponto de conferir a uma das partes no processo prerrogativas sobre o próprio corpo e a liberdade de escolha da outra. Em matéria civil, a questão tem sido resolvida segundo as regras de divisão do ônus da prova, mas no âmbito criminal diante da presunção de inocência, não se pode contranger o acusado ao fornecimento dessas provas, nem de sua negativa inferir a verdade do fato." [31]

Costuma-se invocar o direito norte-americano como a origem ou fonte de influência do *privilege against self-incrimination* entre nós, mas, como bem observa, com a acuidade de sempre, JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, " importa notar que entre nós se vem dando à garantia extensão maior que no seu próprio berço. É o que sucede quando se extrai do direito ao silêncio, constitucionalmente consagrado, a inadmissibilidade de provas que não se relacionam com aquilo que o indiciado ou o acusado *diz*. Sirvam de exemplo as impugnações que se têm levantado à utilização de aparelhos destinados a medir o teor da intoxicação por álcool, à exigência do fornecimento de padrões gráficos, e assim por diante.

---

[30] Neste sentido, recente acórdão do STF de 8.09.1998, HC 77.135.
[31] Obra citada, p. 19.

Como antes se demonstrou, tal entendimento não acha apoio no direito norte-americano, nem pode, portanto, ser atribuído, *sic et simpliciter*, à sua influência". [32]

Há de se ter como imorais, outrossim, meios de prova como o detetor de mentiras, o soro da verdade e a hipnose.

Muito comum, como exemplo de ilicitude de prova, as hipóteses de *violação de domicílio*, mormente através de prisões ou buscas em detrimento do art.5°, XI da Constituição Federal, *verbis*: *A casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.*"

Assim, só se admite a violação domiciliar (para fins penais, deve-se ter em conta a definição de casa do art. 150, § 4°, do Código Penal), **durante a noite**, em havendo *flagrante delito, hipóteses de desatres ou de estado de necessidade para fins de prestar socorro ou, durante o dia*, mediante **mandado judicial**, além das hipóteses já acima citadas.

Muito se tem discutido, ultimamente, em relação à inviolabilidade do *sigilo das comunicações*, que, se antes, limitava-se às cartas ou correspondências escritas, com o progresso atingiu uma grande gama de meios, como a telefonia, o telégrafo e o envio de dados informatizados.

Em relação às cartas, o Código de Processo Penal dispõe, em seu artigo 233, que *as cartas particulares, interceptadas ou obtidas por meios criminosos, não serão admitidas em juízo.* [33]

Porém, em outro momento, no art. 240, § 1°, f, traz uma exceção, ou seja, autoriza a apreensão de cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado, ou em seu poder, *quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato.*

Com a Constituição de 1988, o sigilo da correspondência toma contornos de garantia absoluta, como se vê do art. 5°, XII: *É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.*

Assim, o último dispositivo citado é tido por parte da doutrina como inconstitucional, pois existiria vedação absoluta na utilização da correspondência, mesmo no caso ali previsto.

Porém, deve ser distinguido se a carta ainda estava sendo destinada (em encaminhamento) ao destinatário ou se já estava em seu poder, já tendo o mesmo aberto a correspondência recebida, pois, conforme TORQUATO AVOLIO, "... uma

---

[32] MOREIRA, José Carlos Barbosa. "O processo penal norte-americano e sua influência", in *Revista do Ministério Público*, Rio de Janeiro, PGJ-RJ, n° 12, jan-dez. de 2000, p. 99.

[33] A não ser, como ressaltava a doutrina e jurisprudência, se for a única prova útil à defesa,e, assim, o réu, ao obtê-la praticando um fato típico, estaria amparado por uma exclusão de ilicitude.

vez recebida a carta, não se trata mais de comunicação, mas de documento particular, cuja apreensão pode se dar mediante autorização judicial nos casos previstos em lei". [34]

Consoante ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, ao comentar o referido texto constitucional: "à simples leitura,constata-se que a garantia é *absoluta* em relação à correspondência, às comunicações telegráficas e os dados informatizados, enquanto pode comportar exceções desde que previstas em lei e resultantes de ordem judicial, no que tange à comunicação por via telefônica". [35]

No que tange à interceptação telefônica, constitui valioso instrumento de investigação e de prova contra o chamado crime organizado, o que tem gerado grande discussão doutrinária e divergências jurisprudenciais sobre sua utilização.

Explica-se: antes do advento da Constituição de 1988, tínhamos o Código Brasileiro de Telecomunicações, que, no artigo 56, § 2°, autorizava que os *serviços fiscais das estações e postos oficiais poderiam interceptar telecomunicação, não se constituindo em violação (art. 57,II, e) o conhecimento dado ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste.*

Assim, indagava-se se tal dispositivo teria sido recebido pela Constituição, bastando ao juiz fazer a requisição na forma do Código de Telecomunicações, acabando o Supremo Tribunal Federal, em apertada votação [36], por concluir que não, pois necessária era nova lei que viesse a regulamentar o texto constitucional, fixando as hipóteses e formas da interceptação a serem deferidas por ordem judicial.

A questão foi resolvida com o advento da Lei 9.296 de 24.07.1996, que passou a tratar da matéria como exigia o texto constitucional, admitindo a interceptação telefônica, desde que haja :

1. Autorização judicial, por solicitação do Ministério Público ou outra Autoridade;
2. Demonstração de existência de indícios razoáveis de autoria na participação do fato investigado ou a ser investigado;
3. Investigação, em tese, de crime apenado com reclusão.

Em havendo interceptação telefônica sem o cumprimento destes requisitos, esta se constituirá em prova ilícita e não poderá ser utilizada no processo. [37]

---

[34] Obra citada, pp. 230/231.
[35] Obra citada, p. 122.
[36] *Habeas Corpus* 69.912-0-RS.
[37] Note-se que o STF tem mitigado a rigidez absoluta do dispositivo constitucional e da lei 9.296/96, sendo que, em caso de interceptação ilícita onde foi descoberta prova **contra outra pessoa que não aquela que a interceptação visava**, considerou a prova lícita.Neste caso, o STF considerou válida escuta em telefone de concubina de traficante,mesmo não havendo individualização na autorização judicial do meliante. (HC 78.098/ *DF*, Rel. Min. **Moreira Alves, in** *Informativo STF*, 134).

Note-se ser necessário diferenciar as várias formas da captação eletrônica da prova. Se há interceptação da conversa telefônica por terceiro, sem o consentimento dos interlocutores, temos o *grampeamento* ou interceptação telefônica propriamente dita ou *stricto sensu*. Por outro lado, pode haver a interceptação da conversa telefônica por terceiro, com o conhecimento de um ou dos interlocutores, o que se pode denominar *escuta telefônica*.

Havendo captação oculta ou sub-reptícia da conversa **entre presentes**, por terceiro, dentro do local onde se realiza a conversa, temos o que se denomina interceptação **ambiental**.

Duas questões merecem reflexão: a primeira diz respeito à indagação se, autorizada uma interceptação telefônica e efetuada na forma que preceitua a lei, é descoberto outro crime diverso daquele que justificou a medida, como, *v.g.*, autorizada para investigação de tráfico, descobre-se um seqüestro. Seria válida tal prova?

Se interpretada a lei de forma rigorosa, não seria possível a utilização desta prova, mas, para alguns, seria admitida, pois a origem da interceptação foi lícita.

Melhor o meio termo. Conforme SCARANCE FERNANDES, "Busca a doutrina situar a questão num ponto médio. Admite possível ilicitude por desvio do objeto da interceptação ou busca autorizada, mas nem toda a prova obtida em relação a crime diverso daquele da autorização será ilícita. O critério aventado é o da existência de nexo entre os dois crimes". [38]

Neste sentido, LUIZ FLÁVIO GOMES e RAÚL CERVINI, denominando tal situação de *encontro fortuito*, e defendendo que, mesmo não havendo conexão, a descoberta vale como *notitia criminis* para se iniciar a investigação. [39]

Obviamente que, em um encontro fortuito de outra prova, simplesmente desconhecer a gravidade de um crime de sequestro ou, *v.g.*, de homicídio, que também atacam bens constitucionalmente protegidos, seria uma irracionalidade, e a consideração da prova aqui também passa pela necessária adoção de um princípio que desfaça a rigidez absoluta da vedação da prova ilícita, como o princípio da proporcionalidade.

A segunda questão refere-se à utilização ou transposição da prova obtida mediante inteceptação regular ou lícita, autorizada por juiz de determinado processo criminal, *para outro processo* (prova emprestada). Seria possível?

Nenhuma dificuldade haverá, se se tratar do mesmo acusado nos dois processos, tendo sido aquela prova obtida mediante o crivo do contraditório, podendo, assim, ser utilizada a interceptação como prova emprestada, limitando-se o valor atribuído a este tipo de prova.

---

[38] Obra citada, p. 94.

[39] Cf. GOMES, Luis Flávio e outro. *Interceptação Telefônica - Lei 9296 de 24.07.96*, São Paulo, RT, 1997, pp. 193/194.

Quanto à utilização em processo cível, autores como VICENTE GRECO FILHO entendem não ser possível a utilização, por ser uma forma de, por via oblíqua, desobedecer a norma constitucional. [40]

Argumenta-se que no art. 5º XII, *in fine*, só se admite a interceptação para o processo penal, e daí, não ser admitida no Cível aquela *prova ali produzida, mesmo se nos moldes da lei.*

Assim não pensamos, dado o princípio da *unidade* do processo, já que todos os ramos advêm de um mesmo tronco. A norma constitucional em apreço só autoriza a interceptação para a apuração de crimes, mas não veda a utilização da prova *emprestada*, mormente porque o sigilo foi quebrado licitamente.

Se o réu do processo criminal é a parte contra quem se dirigirá a prova no processo cível, nenhuma objeção há de se fazer. Ora, a interceptação foi lícita e, assim, não vemos motivo para a não admissão da prova. Imagine-se o exemplo de ser necessária a utilização da sentença penal, que serve de título executório no cível, para execução neste Juízo. A própria lei processual estabelece a possibilidade de se utilizar tal sentença condenatória no cível, para fins de ressarcimento de dano (art. 63 do Código de Processo Penal). [41]

Obviamente que não poderá haver impugnação daquela sentença criminal, sob o argumento de que baseada em interceptação telefônica, até porque, como sabiamente argumenta JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, existe a *coisa julgada*, pois " tudo que interessa, para a execução civil, é verificar se se trata de sentença passada em julgado. Nenhuma objeção extraída do que sucedeu na instrução do processo-crime pode ter aqui a virtude de impedir semelhante execução". [42]

Ainda em relação à coleta da prova telefônica, é de se considerar, ainda, que, se aquele que conversa com interlocutor (destinatário) tem conhecimento da presença e identidade do terceiro que efetua a captação , não há violação de segredo e *interceptação* propriamente dita, e sim uma *escuta telefônica*, e, o mesmo se diga de terceiro que ouça a conversa, mesmo ignorado pelos interlocutores, mas se fazendo perceptível, o que se denomina *escuta ambental*. [43]

Inobstante isto, CAMARGO ARANHA entende que esta prova seria ilícita, por afrontar a Constituição e a Lei 9.296/96, dando como exemplo caso de seqüestro quando é autorizada a escuta por parte de parentes da vítima, que negociam com o seqüestrador. [44]

Porém, estamos com TORQUATO AVOLIO, já que, aqui, não há, propriamente, interceptação, considerando, ainda, que, segundo corrente respeitável a que aderimos, a vítima e seus parentes, no caso, estão em *estado de necessidade*, o que se revestiria em justa causa para aquele atuar e, ainda, acrescentamos, em se

---

[40] GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação Telefônica - Considerações sobre a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996*. São Paulo, Saraiva, 1996, pp. 23/24.

[41] Defendem a possibilidade de utilização ADA PELLEGRINI GRINOVER *et alii*, na obra já citada, p. 194.

[42] Obra citada, p. 112.

[43] Cf., neste sentido, LUIZ FRANCISCO TORQUATO AVOLIO, obra citada, p. 105.

[44] Obra citada, p. 57.

tratando de seqüestro, *v.g*, estaria o agente em flagrante delito, pois trata-se de crime permanente, sendo que a Constituição, neste caso, admite até mesmo a prisão com violação de domicílio.

Pode ocorrer, ainda, a mera *gravação clandestina*, e não a interceptação, da conversa telefônica por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro, que pode ser entre *presentes* ou não.

Neste caso não há que se falar em interceptação, pois, conforme definição de LUIZ FRANCISCO TORQUATO AVOLIO, em sentido amplo interceptação é "a captação da conversação entre duas pessoas, executada por terceiro." [45]

A interceptação exige sempre a presença do terceiro, que fará a escuta ou a gravação, sendo que, se é um dos interlocutores que grava a sua própria conversa com outrem ocultamente, não haverá interceptação, mas mera *gravação clandestina*, sendo que esta última não se encontra protegida pela garantia do dispositivo constitucional, não configurando crime e, assim, tão-somente a divulgação da conversa é que poderá configurar uma *violação de segredo* e, se tal ocorrer, poderá ser ilícita como prova, desde que o agente não esteja ao amparo de uma excludente de ilicitude ou justa causa (*v.g.*, a única forma da vítima provar que estava sendo extorquida ou chantageada era gravar a conversa).

Neste sentido, LUIZ FRANCISCO TORQUATO AVOLIO: "a gravação clandestina não encontra óbice legal à sua admissibilidade no processo penal, enquanto meio atípico de prova, assim como outros meios não previstos em lei, a exemplo das perícias com base no DNA, hoje disseminadas no âmbito da moderna polícia científica como eficiente instrumento para o esclarecimento dos crimes". [46]

Mas tudo dependerá se houve ou não afronta às garantias constitucionais, devendo ser preservado o princípio da intimidade e do direito ao silêncio, com o corolário de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo, ou *v.g.*, a obrigação de guarda de sigilo imposta por lei." [47]

Estando patente um destes vícios, também esta prova inominada será ilícita, só podendo ser utilizada aplicando-se o princípio da proporcionalidade, sendo admitida pro reo, ou mesmo se for demonstrada justa causa, legítima defesa ou estado de necessidade por parte daquele que se utilizou da gravação, ou, ainda, em caso extremos, for utilizado o princípio da proporcionalidade *pro societate*.

Segundo defende TORQUATO AVOLIO, "num caso de extorsão, a gravação clandestina de conversa própria, conquanto ilícita, serviria para demonstrar a inocência do extorquido, mas não incriminar o autor da coação".

Não concordamos com o raciocínio, pois pensamos que, neste caso, a prova deve ser considerada lícita para ambos os fins: ou um coisa é ou não é, não podendo ter este caráter de ambigüidade.

---

[45] Obra citada, p. 100.
[46] Obra citada, p. 219.
[47] Obra citada, p. 221.

Apesar de que, hoje, boa parte da doutrina se inclina no sentido do ponto de vista contrário a este, existem posições doutrinárias que amparam nossa posição, entendendo que, aqui, não há violação do dispositivo constitucional e que, se assim fosse, geraria impunidade e intranqüilidade social.

Recentemente, o STF, apreciando *Habeas Corpus* impetrado a favor de juiz que procurava extorquir uma pessoa que gravou a conversa, e com base neste elemento delatou o magistrado, provocando o seu processamento, entendeu, com base no voto do Relator **Nelson Jobim**, que não haveria afronta ao art. 5°, XII, da CF, pois ali não haveria *interceptação de conversa telefônica por terceiros*, sendo a ordem indeferida. [48]

Com efeito, a questão merece maior reflexão, sendo que vários julgados admitem tal prova, uma vez que a vítima estaria em verdadeiro estado de necessidade, e a única forma de se obter a punição do agente seria a gravação clandestina, *v.g.* caso que acompanhamos, em que o filho era molestado sexualmente pelo pai e ninguém acreditava em suas denúncias, vindo a ser feita a gravação, o que comprovou o delito. Deveria o criminoso ficar impune e ainda detentor do pátrio poder?

Quanto à interceptação ambiental, feita em lugar público, pode ser perfeitamente utilizada como meio de prova, o que se tem tornado comum, como se vê em reportagens televisivas onde se comprova corrupção ativa em órgãos públicos, estando a vítima ou o repórter com microfone e câmera escondidos.

Segundo TORQUATO AVOLIO:

> " Não há que se objetar contra a validade desse meio de prova em se tratando de captação de sons e imagens em locais públicos, merecendo a mesma acolhida em juízo que o testemunho ou a fotografia. Sob o ponto de vista da sua autenticidade, a tecnologia já possibilita condições para sua aferição". [49]

Porém, se a gravação se deu no interior de domicílio, a doutrina já entende que tal prova não poderá ser utilizada, pois se tornaria ilícita por afronta à inviolabilidade domiciliar prevista na Constituição. Mesmo se estiver ocorrendo um crime (flagrante delito), o que é excepcionado pela Constituição para se dar a prisão, segmento doutrinário não admite a ulitização de tal prova. [50]

Entendemos que, se a própria Constituição autoriza, inclusive, a prisão com violação do domicílio na hipótese de flagrante delito (art. 5°, inc. XI), ou seja, admite até *a restrição da liberdade da pessoa*, por conseqüência, não se pode afirmar

---

[48] HC 75.338-RJ, julgado em 11.03.1998, e publicado no *Informativo STF* de 19.03.1998.
[49] Obra citada, p. 225.
[50] Neste sentido, TORQUATO AVOLIO, na obra citada, p. 226.

que uma gravação flagrancial da prática do crime seja ilícita, podendo, neste caso, ser utilizada como prova.

Questão tormentosa é de se saber se seria possível a interceptação de dados de informática, sendo que, como já visto, ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO sustenta que o texto constitucional somente excepcionou a interceptação telefônica e não a de dados.

Ocorre que o artigo 1° da Lei 9.296/96, dispõe que "o disposto nesta lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática".

Defendendo a inconstitucionalidade de tal dispositivo, justifica o ilustre doutrinador que "... uma vez que a Constituição, no art. 5°, XII, traz como regra a inviolabilidade da correspondência, das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, só excepcionando, *no último caso*, ou seja, *em relação às comunicações telefônicas propriamente ditas...*"

Assevere-se que, em se tratando de comunicação via Internet, a regra é que o sistema funcione através de linha telefônica, admitindo-se, a nosso ver, a interceptação de tal comunicação, desde que previamente autorizada judicialmente, na forma da lei.

De outra parte, há de se distinguir entre sigilo de banco de dados e inteceptação das comunicações de dados, pois, conforme bem esclarece TORQUATO AVOLIO, " enquanto estas são invioláveis, a teor do art. 5°, inciso XII, parte final da Constituição..., a quebra do sigilo dos dados constantes de arquivos estanques pode ser autorizada judicialmente, nos casos previstos em lei". [51]

Assim, pode ser autorizada judicialmente a violação do sigilo bancário, de contas telefônicas com registros de ligações, podendo o legítimo detentor, inexistindo obrigação de sigilo, inclusive, trazer tais dados ao processo.

No que se refere à correspondência eletrônica (*e-mail*), abstraindo-se do fato de ser ou não ser a mesma enviada através de linha telefônica, a solução será a mesma, pois, se já arquivada em disco rígido do computador, poderia dar-se a apreensão e utilização como prova, pois trata-se de dados estanques.

A hipótese é a mesma da correspondência comum, pois, conforme TORQUATO AVOLIO, " interceptar correspondência significa desvendar o seu conteúdo antes que ela alcance o destinatário, o que constitui, ademais, crime de violação de correspondência. Até então, o sigilo da correspondência, que poderia ser chamado inviolabilidade das comunicações postais, é mesmo uma vedação de caráter absoluto. Já uma vez recebida a carta, não se trata mais de comunicação, mas de documento particular, cuja apreensão pode se dar mediante autorização judicial nos casos previstos em lei". [52]

No que se refere à comunicação via Internet, é de se observar que esta se opera via transmissão telefônica e, assim, é perfeitamente coerente a interpretação

---

[51] Obra citada, p. 227.
[52] Obra citada, p. 230/231.

de que seria cabível a prévia autorização judicial, na forma da Lei 9.296/96, e, desta forma interceptada, seria a prova lícita.

Questão que também muito atormenta a doutrina e a jurisprudência pátrias é a relativa à extensão da inadmissibilidade da prova ilícita, ou seja, se somente a prova ilícita deve ser inadmitida ou excluída do processo ou também aquelas provas que *derivam* da mesma.

A Suprema Corte dos Estados Unidos da América [53] formulou a *fruit of the poisonous tree doctrine*, ou seja, a teoria dos frutos da árvore envenenada, que, basicamente, consiste em que, havendo uma origem ilícita, *v.g.*, uma investigação eivada de inconstitucionalidade, toda a prova decorrente desta, mesmo que não ilícita em si, não poderá ser admitida, pois já estaria contaminada.

Ocorre que a adoção plena desta teoria acaba por dificultar demasiadamente a apuração dos fatos delituosos, dando um efeito por demais exagerado ao reconhecimento de ilicitude de uma prova, tanto assim que países como a Alemanha, apesar de reconhecer que todo o desenrolar da coleta da prova ilícita não deve ser aceito no processo (*v.g.*, reconhecida a ilicitude de uma gravação telefônica, *todas as declarações ali constantes* não podem ser admitidas como prova) aceita, no entanto, a validade de *fatos novos* advindos no prosseguir desta gravação, pois estes não seriam, em si, obtidos ilicitamente. Da mesma forma, como já salientado, se houve uma gravação telefônica autorizada judicialmente, se é descoberto, através desta, outro crime que não o investigado, esta prova poderá ser válida.

Para MIRABETE, "como a lei ordinária não prevê expressamente a cominação de inadmissibilidade ou nulidade das provas ilícitas por derivação, prevalece a eficácia do direito constitucional que veda apenas a admissibilidade da prova colhida ilicitamente, e não a da que dela deriva." [54]

Entretanto, a maioria da doutrina se inclina pela adoção da teoria da árvore dos frutos proibidos, como se vê dos ensinamentos de ADA PELLEGRINI GRINOVER e ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO. [55]

A este respeito, assim se pronunciou LUIZ FRANCISCO TORQUATO AVOLIO:

> "...se a prova ilícita tomada por referência comprometer a proteção de valores fundamentais, como a vida, a integridade física, a privacidade ou a liberdade, essa ilicitude há de contaminar a prova dela referida, tornando-a ilícita por derivação, e, portanto, igualmente inadmissível no processo." [56]

---

[53] No julgamento do caso *Silverthone Lumber Co. vs. USA*.

[54] MIRABETE, Júlio Fabbrini. "As provas ilícitas e o sigilo bancário", in *Livro de Estudos Jurídicos*, RJ, IEJ, v. 5, 1989, pp. 173/174.

[55] Cf. obras citadas.

[56] Obra citada, p. 78.

Porém, a solução do tema não tem sido tranqüila na jurisprudência, sendo que, em julgado de 1993, o STF entendeu, mesmo por pequena maioria, que não se pode aplicar tal teoria, sendo obtida outra prova a partir da prova ilícita, ou existindo prova colhida judicialmente que corroborasse a prática delituosa. [57]

Posteriormente, em duas outras decisões, o STF se inclinou no sentido de não admissão da prova ilícita por derivação. [58]

Entretanto, a questão ainda permanece longe de ser tranqüila, seja em sede doutrinária ou em sede jurisprudencial. [59]

Como bem ressalta SCARANCE FERNANDES, " Não há, por enquanto, posição firme a respeito...posição muito rigorosa nesse sentido não se mostrou inteiramente adequada. Já se aventou a hipótese de pessoas ligadas a organização criminosa, até mesmo policiais, poderem forjar uma prova ilícita para, com isso, impedir o sucesso de investigação em andamento. Dessa forma, tudo o que viesse a ser depois obtido seria considerado ilícito." [60]

Mesmo nos EUA, colocam-se restrições contra a adoção irrestrita da chamada teoria da árvore dos frutos proibidos ou envenenados, com as limitações da *independent source* e da *inevitable discovery*, ou seja, sendo frágil ou tênue a conexão entre a prova lícita original, não havendo estrita relação de causa e efeito entre as que se seguem, poderiam ser admitidas, mormente naqueles casos em que haveria possibilidade de se chegar à prova de forma independente.

Obviamente que não se pode negar que a prova derivada de uma prova ilícita , a princípio, está igualmente contaminada, até por uma relação de causa e efeito, mas, porém é preciso mitigar a extensão dada à ilicitude, evitando-se adotar a solução drástica a qualquer preço. Assim, *v.g.* se reconhecida a ilicitude de uma gravação telefônica por não ser autorizada judicialmente, esta ***não será admitida ou deve ser excluída do processo, mas outras provas que dê embasamento à acusação devem ser mantidas, pois continuam válidas, já que não foram obtidas através daquela gravação.*** [61]

---

[57] HC 69.912-RS, publicado no *DJU* de 26.11.1993.

[58] HC 69.912-RS e 73.351-SP (Informativos do STF 30 e 36 de 15. 05.96 e 21.06.96, respectivamente).

[59] O projeto de Reforma do Código de Processo Penal, relativo às provas, em tramitação no Congresso, inova ao dispor que "Art. 157, § 1°. São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, quando evidenciado o nexo de causalidade entre uma e outras, e quando as derivadas não pudessem ser obtidas senão por meio das primeiras." Assim, se aprovado o projeto, passará ser adotado, infraconstitucionalmente, o princípio dos frutos da árvore envenenada.

[60] Obra citada, p. 83.

[61] No Estado do Rio de Janeiro, funcionamos, como Promotor, em noticiado caso de processo instaurado por corrupção ativa dos chamados "banqueiros do jogo de bicho"; em um presídio, onde feita uma gravação reconhecida como ilícita pelo STF, esta foi retirada do processo, mas este continuou, com base em outras provas obtidas independentemente da gravação. No HC 77.147-RJ, relator o Min. **Néri da Silveira**, julgado em 25.08.98, fixou-se que "A existência nos autos de prova obtida ilicitamente (escuta telefônica autorizada por juiz antes do advento da Lei 9.296/96) não basta à invalidação do processo, se há outras provas consideradas autônomas, isto é colhidas sem necessidade dos elementos informativos revelados pela prova ilícita. Vencido o Ministro **Marco Aurélio**, sob o entendimento de que, na espécie, as demais provas foram obtidas a partir da prova ilícita." (*Informativo STF*)

Em relação à prova ilícita, temos para nós que, paulatinamente, a radical interpretação da vedação insculpida na Carta Magna vem sendo repensada e "temperada" pela mais recente doutrina [62] e por setores da jurisprudência. [63]

Como bem coloca JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, a respeito da teoria dos frutos da árvore envenenada, não se deve importá-la de maneira passiva e acrítica, e indaga:" Será ela adequada à realidade do Brasil de hoje? Ampliar em tal medida, para os infratores atuais e potenciais – sobretudo na área constantemente em expansão, da criminalidade organizada – ...devemos confessar, de resto, com absoluta franqueza, a enorme dificuldade que sentimos em aderir a uma escala de valores que coloca a preservação da intimidade de traficantes de drogas acima do interesse de toda a comunidade nacional (ou melhor: universal), em dar combate eficiente à praga do tráfico-combate que, diga-se de passagem, é também um valor constitucional"... [64]

Realmente, todas estas questões colocadas sobre a prova ilícita ainda irão gerar embates doutrinários e exigirão, em breve, uma posição mais clara (até sumular) do Supremo Tribunal Federal.

Se, de um lado, devem ser preservados direitos e garantias individuais, outras garantias e princípios constitucionais também devem ser protegidos; daí pensarmos que, sem dúvida, deve ser utilizado o princípio da proporcionalidade, não só *pro reo*, mas excepcionalmente, como ocorre em outros países, mormente quando concorrerem garantias e princípios constitucionais, poderá ser utilizado *pro societate*.

Em recente artigo doutrinário, SERGIO DEMORO HAMILTON, após críticas sobre a extensão dada à regra constitucional, assim conclui:

> .....
>
> "**h)** muito embora a Carta Política de 1988 não tenha feito expressa menção ao Princípio da Razoabilidade, ele integra, de modo implícito, o sistema que ela adota;
>
> .....
>
> **m)** em consequência do exposto, não vislumbro razão plausível para que não se adote, igualmente, a Teoria da Proporcionalidade *pro societate*;
>
> **n)** a *Exclusionary Rule* (princípio da exclusão do processo de prova obtida ilicitamente) não é tomada

---

[62] Vejam as posições de CAMARGO ARANHA, SCARANCE FERNANDES e JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA em obras já citadas.

[63] Em sentido inverso, a pretendida reforma pontual do Código, no projeto de lei em tramitação no Congresso, radicaliza, a ponto de considerar **impedido** "o juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada ilícita", sendo que este não poderá proferir a sentença (§ 3° do art. 157).

[64] Obra citada, pp. 113/114.

em termos absolutos nem mesmo nos Estados Unidos, onde inocorre unanimidade a respeito de sua adoção;

o) os direitos e garantias assegurados na Constituição Federal não podem revestir sentido absoluto, diante do princípio da convivência da liberdade, impondo-se, por tal motivo, uma interpretação harmônica dos bens jurídicos em contraste. É caso da aplicação do brocardo segundo o qual "meu direito termina onde começa o do próprio";

p) a Constiuição Federal protege o direito; não o abuso de direito;

q) a Lei Maior, como de resto qualquer lei, deve apresentar um caráter eminentemente ético, não podendo servir de instrumento para proteger toda sorte de abusos praticados por marginais da pior espécie, em nome da defesa dos direitos e garantias individuais de criminosos;" [65]

.....

Melhor seria, como defende o ilustre doutrinador, que o legislador constitucional, ao fim do dispositivo, tivesse colocado a ressalva "na forma da lei" e, assim, o legislador ordinário poderia mitigar a vedação, melhor regulando a matéria, abrangendo casos excepcionais. [66]

Não tendo assim agido, cabe à doutrina e, especialmente, à jurisprudência impor interpretação razoável ao dispositivo constitucional, pois, consoante ensina Luís Roberto Barroso, o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade faz parte do Direito Constitucional pátrio e, assim, pode ser aplicado pelo intérprete ao caso concreto, pois " integra de modo implícito o sistema, como um princípio constitucional não-escrito." [67]

O papel de interpretar e mitigar o princípio constitucional, entre nós, deve ser reservado à doutrina e a uma interpretação jusrisprudencial adequada, uma vez que não foi a norma constitucional colocada como de "eficácia contida", em

---

[65] Hamilton, Sergio Demoro. "As prova ilícitas, a Teoria da Proporcionalidade e a autofagia do Direito", in *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, nº 11, PGJ-RJ, jan/jun 2000, pp. 264/265.

[66] Cf. obra citada, p. 263.

[67] Barroso, Luís Roberto. *Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade do Direito Constitucional*, in *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, nº 4, PGJ-RJ, 1996, p. 174.

vista, sobretudo, da limitação imposta pelo art. 60, § 4°, IV, da Constituição Federal, que não admite emendas que venham a abolir direitos e garantias individuais.

A questão está em saber se uma melhor adequação do dispositivo, via emenda constitucional, remetendo às restrições impostas por posteriores leis ordinárias, poderia ser considerada "abolição" do direito ou garantia, impossível em se tratando de claúsula pétrea, já que, em sua essência, continuaria imperando como regra, lembrando LUÍS ROBERTO BARROSO, que acentua que nos EUA " por quatro vezes, o Congresso editou emendas à Constituição por discordar do entendimento jurisprudencial". [68]

[68] Obra citada, p. 257.

(*) MARCELLUS POLASTRI LIMA é Promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Ciências Penais pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor de Direito Penal e de Direito Processual Penal da Universidade Estácio de Sá - Campus Centro e Professor Convidado de Processo Penal da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro.

A autoria no Código Penal e a Teoria do Domínio do Fato

OSWALDO HENRIQUE DUEK MARQUES (*)

INTRODUÇÃO.

O conceito de autoria em Direito Penal é entendido a partir de três teorias: a subjetiva causal ou extensiva, a formal objetiva ou restritiva e a objetiva subjetiva ou do domínio do fato. Para a primeira, todos os agentes que dão causa ao evento são considerados autores, independentemente de terem ou não praticado a ação descrita no tipo penal. Na segunda, são autores os que praticam atos de execução previstos no tipo penal, enquanto os partícipes concorrem para o resultado do crime sem praticar, no todo ou em parte, a ação tipificada. A terceira, a teoria do domínio do fato, considera autor o agente que detém o controle da ação, embora possa não praticar atos executórios previstos no tipo penal.

Era antigo o debate entre os doutrinadores a respeito de qual a teoria adotada na legislação penal brasileira, quando entrou em vigor a nova Parte Geral do Código Penal, em 1984, cujos dispositivos relativos à matéria acirrarram a discussão. Os doutrinadores preocupam-se também em verificar qual a teoria capaz de atingir os objetivos constitucionais da individualização da pena, em consonância com a culpabilidade de cada concorrente, em face da realidade fática das infrações penais.

Apesar dos diversos trabalhos sobre o tema, ainda resta a seguinte indagação: *Qual ou quais as teorias de autoria do crime adotadas na legislação penal brasileira em vigor?* O presente estudo, partindo do exame de cada teoria, tentará demonstrar qual a acolhida, além de apresentar algumas conclusões decorrentes dessa acolhida, sem a pretensão de apresentar respostas definitivas, mas de despertar um salutar debate e a reflexão das idéias expostas.

1 – A teoria extensiva.

A teoria extensiva da autoria, arrimada na teoria da *conditio sine qua non*, considera como autores todos os que concorrem para a produção de um resultado, praticando ou não atos típicos de execução. A distinção entre autores e partícipes fica relegada ao plano doutrinário. Foi a teoria adotada na antiga Parte Geral do Código Penal de 1940, cujo artigo 25 possuía a seguinte redação: "Quem, de

qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominada". A opção por essa teoria foi assim justificada na Exposição de Motivos do Código de 1940: "O projeto aboliu a distinção entre *autores* e *cúmplices*: todos os que tomam parte no crime são *autores*. Já não haverá mais diferença entre participação *principal* e participação *acessória*, entre auxílio *necessário* e auxílio *secundário*, entre a *societas criminis* e a *societas in crimine*. Quem emprega qualquer atividade para a realização do evento criminoso é considerado responsável pela totalidade dele, no pressuposto de que também as outras forças concorrentes entraram no âmbito da sua consciência e vontade. Não há nesse critério de decisão do projeto senão um corolário da *teoria da equivalência das causas*, adotada no art. 11. O evento, por sua natureza, é indivisível, e todas as condições que cooperam para sua produção se equivalem. Tudo quanto foi praticado para que o evento se produzisse é causa indivisível dele. Há, na participação criminosa, uma associação de causas conscientes, uma convergência de atividades que são, no seu incindível conjunto, a causa única do evento e, portanto, a cada uma das forças concorrentes deve ser atribuída, solidariamente, a responsabilidade pelo todo."

Consoante ANÍBAL BRUNO, "admitida pelo Código, na explicação do nexo causal, a equivalência das condições, cada condição é uma causa, e todo indivíduo, só por haver posto uma condição para o resultado, assume a posição de autor. Todo colaborador é autor. Pouco importa que um tenha consumado a ação típica de matar alguém e outro apenas fornecido a arma ou ficado de tocaia para garantir a segurança do matador. 'Quem de qualquer modo concorre para o crime', diz o Código, 'incide nas penas a este cominadas.'" [1]

No mesmo sentido, NELSON HUNGRIA explica que "sob o duplo prisma psicológico e causal (dadas a consciente confluência de vontades e a relação de necessidade *in concreto* entre o resultado e a conexão de atividades), impõe-se o raciocínio de que o crime pertence, por inteiro, a todos e a cada um dos concorrentes. Embora pactuando com o ilogismo, que o direito penal contemporâneo vai repelindo, de uma apriorística e irrestrita diferença de punição dos co-delinqüentes, não é outro o fundamento da tradicional concepção *unitária* do '*concursous plurium ad idem delictum*': ainda mesmo os concorrentes que, além dos que cooperam diretamente na consumação do crime (chamado, restritamente, *co-autores*), se tenham limitado a determiná-lo ou a instigá-lo (*autores morais ou intelectuais*) ou a facilitar sua execução (*cúmplices 'stricto sensu'*), isto é, a praticar atos que não realizam qualquer elemento do conteúdo típico do crime, devem responder por este, porque não só o quiseram, como não deixaram de contribuir para sua realização, conscientes da própria atividade em comunhão com a atividade dos outros." [2]

A teoria extensiva de autoria, contudo, não foi poupada de críticas, destacando-se, entre elas, a de JOSÉ HENRIQUE PIERANGELI, que sustenta ser o conceito extensivo de autor uma criação normativa, em descompasso com a

---

[1] ANÍBAL BRUNO. *Direito Penal*. Parte Geral. Tomo 2°, p. 258.
[2] NELSON HUNGRIA. *Comentários ao Código Penal*. Vol. I. Tomo 2°, p. 384.

realidade, fazendo que o conceito de autor e de partícipe dependa, com exclusividade, de um componente subjetivo. Conclui que essa teoria considera autor o que tem interesse no resultado do crime, enquanto o partícipe atua no interesse alheio. [3] Observação semelhante a apresentada por CÉSAR ROBERTO BITENCOURT: "A teoria 'extensiva de autor' vem unida à *teoria subjetiva de participação*, que seria um complemento necessário daquela. Segundo essa teoria, é autor quem realiza uma contribuição causal do fato, seja qual for seu conteúdo, 'com vontade de autor', enquanto é partícipe quem, ao fazê-lo, possui unicamente 'vontade de partícipe'. O autor quer o fato como 'próprio', age com *animus auctoris*; o partícipe quer o fato como 'alheio', age com *animus socii*". [4]

Entretanto, não obstante essas observações, os dispositivos do Código Penal de 1940 não faziam qualquer distinção entre a autoria e participação, segundo o ânimo do agente, de praticar o fato como próprio ou contribuir para o evento de outrem. Ao contrário, equiparava, para todos os efeitos legais, qualquer forma de concurso, com base na teoria da *conditio sine qua non*. O mérito da teoria extensiva reside justamente na ausência de distinção entre autoria e participação para efeito de responsabilidade penal, deixando a questão da individualização da pena, com base na culpabilidade e em outras circunstâncias, para momento posterior.

Além da ausência da distinção entre autoria e participação, no plano normativo, para a teoria extensiva, tornar-se-ia muito difícil, no plano concreto, investigar quem teria vontade de autor e quem teria desejo de contribuir em fato alheio. O critério de considerar autor quem tivesse o interesse no resultado do crime certamente poderia conduzir a injustiças, como ocorreu na sentença do Tribunal do *Reich*, no famoso "caso da banheira", lembrado por GÜNTHER JAKOBS: "*La hermana de una parturienta que acaba de dar a luz a un niño ahoga al recién nacido <<em interes>> de la madre y trás ponerse de acuerdo con ella; a la hermana se la considero por ello solo cómplice, a pesar de que ejecutó el hecho de propria mano, y a la madre autora*". [5] Na espécie, ao contrário da conclusão da sentença, a irmã não poderia ser considerada mera partícipe, porquanto realizou pessoalmente a conduta delituosa. Almejou, por esse motivo, o fato como próprio e não como de outrem. Como JAKOBS, ela "*ejecutó la acción y perseguía el resultado, desde todos los puntos de vista tenia interés, y además proprio: Si no, ¿cómo iba a haber actuado con intención de concretar el resultado?*". [6] Sobre o assunto, assim se expressou EDMUND MEZGER: "*No es suficiente el 'deseo del autor' o su declaración de querer el hecho solamente como de otro. Aquí no es él el que juzga, sino el ordenamiento jurídico. Lo que interesa es el 'sentido objetivo' del autor, lo que éste realiza voluntariamente*". [7] E conclui mais adiante: "*De acuerdo con el punto de partida subjetivo de la teoría de la participación,*

---

[3] JOSÉ HENRIQUE PIERANGELI. "O Concurso de Pessoas e o Novo Código Penal". In *Revista dos Tribunais*, Vol. 680, p. 294.
[4] CÉSAR ROBERTO BITENCOURT. *Manual de Direito Penal. Parte Geral*, pp. 380 e 381.
[5] GÜNTHER JACOBS. *Derecho Penal. Parte General*, p. 737.
[6] *Ibid.*, p. 738.
[7] EDMUND MEZGER. *Derecho Penal. Parte General*, p. 307.

lo que decide es lo querido por el autor, pero lo querido en su siginificación objetiva". [8]

Portanto, para a teoria subjetiva ou extensiva basta o desejo de cada agente de concorrer para a produção do resultado, previsto objetivamente como crime, sendo prescindível a investigação de ter querido o delito como próprio ou alheio. Nada impede, porém, a existência, no plano doutrinário, da distinção entre autoria e participação em sentido estrito, que constitui a base da teoria objetiva formal ou restritiva de autoria, como será visto em seguida.

2 – A teoria restritiva.

A teoria restritiva, como o próprio nome indica, propõe um conceito restritivo, para considerar como autor somente aquele que realiza diretamente ou indiretamente (autoria mediata) a conduta típica ou uma parte dela. Para essa teoria, o partícipe concorre para a prática do crime, com qualquer outra contribuição causal, distinta da ação contida no núcleo do tipo. Ao comentar essa distinção, HELENO CLÁUDIO FRAGOSO diz que: "*Autor* é quem realiza diretamente a ação típica ou quem realiza através de outrem, nos casos da chamada *autoria mediata* (...). *Partícipe*, em sentido amplo, é todo aquele que, de qualquer forma, concorre para a ação delituosa; em sentido estrito, é todo aquele que, *sem realizar a conduta típica*, contribui para a ação típica de outrem". [9] ANÍBAL BRUNO, por sua vez, assinala: "Autor diz-se, em princípio, aquele que realiza a ação típica – aquele do qual se pode dizer que *matou* alguém, que *subtraiu* para si ou para outrem coisa alheia móvel *etc.* É o agente do fato principal, em volta do qual se podem desenvolver todas as formas de concurso. A sua posição subsiste, com as suas conseqüências jurídico-penais, mesmo se com ele colabora ou cessa de colaborar a atividade de outrem. Essa é uma compreensão restritiva e bem definida no conceito de autor, que se afasta do ponto de vista em que se colocou o Código". [10]

Os partidários dessa teoria sustentam que a participação, porquanto distinta da prática de condutas típicas, ficaria fora do âmbito penal, caso não houvesse uma norma expressa de extensão atribuindo-lhe a responsabilidade. No Código Penal em vigor, tal norma se encontraria prevista em seu artigo 31, com a seguinte redação: "O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado". A ressalva a disposição em sentido contrário refere-se a crimes nos quais essas condutas já são consideradas típicas por disposições contidas na Parte Especial, como ocorre, por exemplo, nos crimes previstos nos artigos 122 e 288, do Código Penal. Pelo fato de tais condutas já serem típicas, não se poderia cogitar tecnicamente da figura da participação. Além disso, em face do artigo 14, inciso II, e seu parágrafo único, da nova Parte Geral do Código, não há possibilidade

---

[8] *Ibid.*, p. 307.
[9] HELENO CLÁUDIO FRAGOSO. *Lições de Direito Penal. A Nova Parte Geral*, p. 252.
[10] ANÍBAL BRUNO. *Op. cit.*, p. 265.

nem previsão de responsabilizar o agente pela prática do crime antes de iniciada a sua execução. Por esse motivo, não parece que a citada norma de extensão se afigure imprescindível ao reconhecimento da teoria restritiva de autoria. É importante ainda lembrar que na antiga Parte Geral do Código, alicerçado na teoria extensiva, já havia dispositivo idêntico ao do artigo 31, da legislação vigente.

Assim como o conceito extensivo de autor, o conceito restritivo não foi poupado de críticas pela doutrina. Segundo ALBERTO SILVA FRANCO, "a teoria não dá resposta satisfatória a certas situações concretas que não se acomodam ao rigor e formalismo do esquema conceitual. Por acaso, seria admissível considerar meros participantes, porque não realizaram nenhuma fração de condutas típicas, o chefe de uma quadrilha de traficantes de tóxicos que tem o comando e o controle de todos os que atuam na operação criminosa, ou o líder de uma organização mafiosa que atribui a seus comandados a tarefa de eliminar o dirigente de uma gangue rival?" [11] Entretanto, ainda que o Código em vigor tivesse adotado a teoria restritiva, o que não ocorreu, não haveria nenhum óbice em punir mais gravemente o partícipe do que o executor do crime. O fato de ser considerado como partícipe o chefe de uma organização criminosa, que não atua diretamente na execução do crime, não significa um menor grau de responsabilidade ou de reprovação. Ao contrário, o Código vigente, em seu artigo 62, inciso I, prevê o agravamento da pena em relação ao agente que "promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais". Isso sem contar com a aferição da maior ou menor culpabilidade de cada concorrente, segundo os critérios de individualização da pena. Não é outro o magistério de ANÍBAL BRUNO: "Não é só do nexo causal que deriva a responsabilidade penal do agente pelo fato punível, mas ainda da culpabilidade, e se a força causal da atividade do agente, no rigor da teoria da equivalência das condições, não pode variar, pode fazê-la a culpabilidade, apresentando-se com intensidade maior ou menor nesta ou naquela forma de participação, o que, aliás, pode ser sistematicamente estabelecido para certas categorias de partícipes, e, por fim, é na culpabilidade, sobretudo, que se fundamenta a força da punição" [12]. No mesmo sentido, o entendimento de BEATRIZ VARGAS RAMOS: "O fato de o organizador não ser considerado co-autor, não leva, necessariamente, à menor punição em relação aos co-autores. A ausência de prática de ato executivo por parte deste é compensada pela elevada reprovabilidade na tarefa de planejamento ou preparação do delito. Sua responsabilidade é grande pela influência intelectual ou inteligente, decisiva em relação à execução". [13]

---

[11] ALBERTO SILVA FRANCO. *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, p. 445.
[12] ANÍBAL BRUNO. *Op. cit.*, p. 260.
[13] BEATRIZ VARGAS RAMOS. *Do Concurso de Pessoas*, p. 34.

3 – A teoria do domínio do fato.

A teoria do domínio do fato procura complementar a teoria restritiva por considerar também autor o que detém o controle da ação, embora possa não praticar atos executórios previstos no tipo penal. Por via de conseqüência, a teoria do domínio do fato considera partícipes todos os que não praticam atos típicos de execução, desde que não possuam o controle final da ação dirigida ao resultado típico. De acordo com HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, essa teoria "iniciou-se com WELZEL e a teoria finalista da ação. Autoria final seria forma compreensiva de domínio finalístico do fato. A tipicidade da ação não seria, assim, decisiva para caracterizar o autor. Necessário seria ter o agente o controle subjetivo do fato e atuar no sentido desse controle. Assim, seria autor não apenas quem diretamente realiza a figura típica (objetiva e subjetivamente) e o autor mediato, mas também, por exemplo, o chefe de uma quadrilha que, sem realizar a ação típica, planeja e decide a atividade dos demais, pois é ele que tem, eventualmente em conjunto com os outros, o domínio final da ação". [14]

Alguns doutrinadores, como JOSÉ HENRIQUE PIERANGELI e ALBERTO SILVA FRANCO, sustentam que a nova Parte Geral do Código Penal (1984) acolheu a teoria do domínio do fato. Conforme PIERANGELI, "esta teoria, formulada por WELZEL e exposta, posteriormente, com maestria por MAURACH, é de concepção finalística e 'com o finalismo se identifica', não se ligando, em momento algum à culpabilidade, mas sim à ação..." [15]. De acordo com SILVA FRANCO, o legislador de 1984, "na medida em que introduziu o dolo na ação típica final, como se pode depreender da conceituação de erro sobre o tipo, na medida em que aceitou o erro de proibição e, finalmente, na medida em que abandonou o rigorismo da teoria monística em relação ao concurso de pessoas, reconhecendo que o agente responde pelo concurso na medida de sua culpabilidade, deixou entrever sua acolhida às mais relevantes teses finalistas, o que leva à conclusão de que também abraçou a teoria do domínio do fato". [16]

Todavia, embora o controle final da ação, inserido na teoria do domínio do fato, possa se identificar com o finalismo, não parece que o organizador ou o chefe de uma quadrilha, caso não participe diretamente dos atos executórios típicos, detenha o controle final ou funcional acerca da consumação do crime, sob o ponto de vista objetivo e realístico. Daí a conclusão acertada de BEATRIZ VARGAS RAMOS: "Não vemos necessidade de diferenciar, como faz a concepção finalista, entre dois tipos de organizador; um que apenas projeta o plano delituoso e outro, que, além de projetá-lo, detém a liderança ou a chefia sobre os demais. Se de ambos se pode dizer que promovem, organizam ou dirigem a atividade criminosa, a ambos se pode chamar de partícipes. Não vemos o porquê desta dupla definição de organizador. A simples qualidade de organizador já revela

---

[14] HELENO CLÁUDIO FRAGOSO. *Comentários ao Código Penal*. Vol. I. Tomo II, pp. 627 e 628.
[15] JOSÉ HENRIQUE PIERANGELI. *Op. cit.*, p. 294.
[16] ALBERTO SILVA FRANCO. *Op. cit.*, p. 446.

uma superioridade mental ou liderança intelectual de um agente sobre os demais. É evidente que se o organizador, não se limitando a organizar a execução, nela intervier direta ou pessoalmente, passará a ser co-autor". [17]

Como se verifica nessas observações, só há domínio efetivo do fato por parte de quem atua diretamente na prática dos atos executórios previstos no tipo penal. Somente nesse caso, terá o autor ou co-autor a possibilidade de alterar o transcurso dos fatos, desistir da sua realização ou prosseguir na sua execução. Pensamento contrário não teria o condão de explicar o descumprimento da ordem do chefe, as situações de traição, o arrependimento eficaz ou a desistência voluntária por parte dos executores *etc.* Isso sem contar com as situações imprevisíveis surgidas durante a preparação ou execução do crime, não previstas pelo organizador. De qualquer forma, mesmo se considerada a teoria restritiva, nada impediria o agravamento da pena em relação ao partícipe, enquanto organizador ou chefe de uma quadrilha, como previsto no mencionado artigo 61, inciso I, do Código Penal.

4 – A teoria adotada pela legislação vigente.

Pelo presente estudo, pode-se verificar que ocorre a adoção da teoria extensiva de autoria pela legislação penal vigente, tal como adotado na antiga Parte Geral do Código de 1940. De fato, a nova Parte Geral, em seu artigo 29, estabelece: "Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade". O acréscimo da expressão "na medida de sua culpabilidade" não seria necessário e não alteraria o conceito, pois a medida da culpabilidade constitui critério básico da individualização da pena, prevista entre os Direitos Fundamentais, consagrados na Constituição Federal (art. 5°, XLVI). Além disso, a aferição individualizada da culpabilidade é critério obrigatório a ser utilizado na fixação da pena, previsto entre as circunstâncias judiciais do artigo 59, do Código Penal. Por esses motivos, não parece que a "medida da culpabilidade" prevista tenha por objetivo temperar a equiparação dos partícipes aos executores do crime, feita pela teoria restritiva, mas sim reforçar o princípio constitucional da individualização da pena para cada concorrente.

Não se pode, também, dizer que a legislação em vigor adotou o critério restritivo de autoria ao incluir, nos §§ 1° e 2°, do artigo 29, os institutos da *participação de menor importância*, da *cooperação dolosamente distinta* e do *desvio de finalidade* entre os concorrentes do crime. É importante ressaltar que a *participação de menor importância*, causa de redução da pena na legislação vigente, já estava prevista como atenuante genérica no antigo artigo 48, inciso II, do Código Penal de 1940, enquanto a *cooperação dolosamente distinta* já era considerada causa de redução da pena, tal como na legislação vigente. Não obstante tais previsões, a exposição de motivos do Código de 1940 não deixava dúvidas acerca da adoção

[17] Beatriz Vargas Ramos. *Op. cit.*, pp. 34 e 35.

da teoria extensiva, amparada na teoria da *conditio sine qua non*, como já mencionado.

Ademais, a legislação penal em vigor, no *caput* do artigo 29, não estabeleceu nenhuma diferença expressa entre autor e partícipe. Por esse motivo, as referências à participação, contidas nos §§ 1° e 2°, do artigo 29, do Código, devem ser interpretadas em sentido amplo, incluindo a autores e partícipes, segundo distinção doutrinária. A interpretação sistemática dos dispositivos do Código também não conduz a outra conclusão. De fato, ao cuidar do delito previsto de rixa, por exemplo, o legislador fez menção à participação como ato típico de execução, nos seguintes termos: "**Participar** de rixa, salvo para separar os contendores" (art. 137). Nesse caso, como se trata de conduta típica, a expressão participar não poderia referir-se tecnicamente ao partícipe.

Portanto, a inclusão dos referidos §§ 1° e 2°, no artigo 29, do Código Penal, não afasta nem mitiga a teoria extensiva de autoria. Esta, sem dúvida, pode ser considerada como a mais condizente com a realidade fática e com os princípios da individualização da pena, baseado na culpabilidade de cada concorrente do crime, sem qualquer distinção entre autor em sentido estrito e partícipe.

Conclusões.

Do exposto, podem ser extraídas as seguintes conclusões:

1 – A nova Parte Geral do Código Penal manteve a teoria extensiva ou subjetiva de autoria, não afastada nem mitigada pelos institutos previstos nos §§ 1° e 2°, de seu artigo 29;

2 – O acréscimo da expressão "na medida de sua culpabilidade", no *caput* do artigo 29, da nova Parte Geral, era prescindível, pois apenas reforça o princípio constitucional da individualização da pena, também previsto no artigo 59, da legislação penal vigente;

3 – Para a teoria subjetiva ou extensiva pura, torna-se suficiente o desejo de cada agente de concorrer para a produção do resultado típico, afigurando-se desnecessária a investigação de ter cada agente querido o delito como próprio ou alheio;

4 – Só se pode cogitar do domínio real do fato por parte de quem nele atua diretamente. Somente nesse caso, terá o co-autor ou organizador a efetiva possibilidade de prosseguir ou desistir da execução do crime. Por esse motivo, o chefe de uma organização criminosa, caso não atue diretamente na execução do delito, não possui o domínio do fato. Nada impede, contudo, sua maior responsabilidade diante dos executores, seja pela agravante prevista no artigo 62, inciso I, do Código Penal, seja em face do juízo de culpabilidade na individualização da pena.

Referências Bibliográficas.

Bitencourt, César Roberto. *Manual de Direito Penal.* Parte Geral. Vol. 1. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

Bruno, Aníbal. *Direito Penal.* Parte Geral. Tomo 2°. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1967.

Fragoso, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal. A Nova Parte Geral.* Revista e atualizada por Fernando Fragoso. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1993.

— *Comentários ao Código Penal.* Vol. I. Tomo II. 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1978.

Franco, Aberto Silva. *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial.* Parte Geral. Vol. 1. Tomo1. 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

Hungria, Nelson. *Comentários ao Código Penal.* Vol. I. Tomo 2°. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1953, p. 384.

Jacobs, Günther. *Derecho Penal. Parte General.* Tradução de Joaquin Cuello Contrearas e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2ª ed., Madri: Marcial Pons, 1997.

Mezger, Edmund. *Derecho Penal. Parte General.* 2ª ed., México: Cardenas, 1990.

Pierangeli, José Henrique. "O Concurso de Pessoas e o Novo Código Penal". In *Revista dos Tribunais.* Vol. 680, junho de 1992. São Paulo.

Ramos, Beatriz Vargas. *Do Concurso de Pessoas.* Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

(*) Oswaldo Henrique Duek Marques é Procurador de Justiça em São Paulo, Livre-Docente em Direito Penal e Professor Associado da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

O garantismo penal e o aditamento à denúncia

PAULO RANGEL (*)

I. *A função garantista do processo penal.* **II.** *Sistemas processuais penais.* **III.** *O ônus da prova no processo penal.* **IV.** *O princípio da congruência.* **V.** *A defesa técnica efetiva.* **VI.** *A verdade real no processo.* **VII.** *O objeto do processo penal.* **VIII.** *A coisa julgada: conceito, fundamento, limites – ne bis in idem.* **IX.** *Os arts. 384, parágrafo único e 385, ambos do CPP.* **X.** *Casos concretos.* **XI.** *Conclusão.*

I – A FUNÇÃO GARANTISTA NO PROCESSO PENAL

É cediço por todos que a função do processo penal é assegurar ao indivíduo que o fato praticado por ele e que lhe foi imputado se subsume ou não a determinado modelo descrito na lei e, conseqüentemente, que a privação (ou não) de sua liberdade é consectário lógico da imposição normativa proibitiva. Em outras palavras: na medida em que o indivíduo desafia o Estado com o seu comportamento violador de bens jurídicos penalmente tutelados, o processo penal surge a fim de restabelecer a paz juridicamente perturbada. Nesse caso, como acentua VÁZQUEZ ROSSI [1], dentro de um moderno Estado de Direito democrático, de base constitucional, onde o poder se encontra limitado por sua mesma regulamentação e legitimado pelo respeito a direitos fundamentais, a finalidade do ordenamento punitivo não pode ser outra senão a proteção dos direitos humanos e dos bens jurídicos imprescindíveis a sua coexistência.

O devido processo penal justo é a garantia constitucional que todo e qualquer indivíduo, residente ou não no país, nacional ou estrangeiro, tem de que, só em casos excepcionais, será privado de sua liberdade de locomoção. O fracasso do Direito Penal, com suas normas proibitivas, de impedir a agressão do indivíduo à sociedade, bem como a impossibilidade do Estado-administrador de auto-executar suas normas de conduta, exercendo seu poder de polícia, impedindo a lesão de bens jurídicos penalmente protegidos, faz nascer a pretensão processual

---

[1] *Derecho Procesal Penal*, Argentina, Rubinzal Culzoni, p. 106, Tomo I.

penal, com o escopo não só de aplicar as sanções descritas nas normas penais violadas, mas, primordialmente, assegurar ao indivíduo-acusado os direitos previstos na Constituição de seu País.

Destarte, há a necessidade do Estado de recompor a ordem jurídica violada, mas, ao mesmo tempo, o dever de conceder ao agressor da norma os direitos previstos na Lei Fundamental que lhe serve de garantia contra os possíveis abusos do poder estatal.

CLAUS ROXIN [2] assevera que "com a aparição de um direito de persecução penal estatal, surgiu também, a sua vez, a necessidade de erigir barreiras contra a possibilidade de abuso do poder estatal. O alcance desses limites é, por certo, uma questão da respectiva Constituição do Estado".

O processo penal, assim, tem uma função garantista dada ao cidadão de que todos os direitos previstos na Constituição lhe serão assegurados, pois de nada adianta, *v.g.*, assegurar-lhe o direito de ampla defesa como todos os meios e recursos a ela inerentes (cf. art. 5°, LV) se a sanção penal lhe foi aplicada sem que pudesse se defender dos fatos que lhe foram imputados; se sequer foi citado para responder a acusação; ou, por último, se foi condenado por fato diverso do que constava na denúncia.

Daríamos o direito, mas não garantiríamos seu exercício. De nada adiantaria uma Constituição assim. Temos que tornar a Constituição escrita na Constituição real e efetiva, sob pena de a transformarmos no que Ferdinand Lassalle chamava de uma simples "*folha de papel*". Deve haver uma perfeita compatibilidade entre a Constituição real e a Constituição jurídica.

Dizia LASSALLE: [3]

> "Onde a Constituição escrita não corresponder à real, irrompe inevitavelmente um conflito que é impossível evitar e no qual, mais dia menos dia, a Constituição escrita, a folha de papel, sucumbirá, necessariamente, perante a Constituição real, a das verdadeiras forças vitais do país."

Nesse caso, como asseguram AMILTON BUENO e SALO DE CARVALHO [4], "*Os direitos fundamentais – direitos humanos constitucionalizados – adquirem, portanto, a função de estabelecer o objeto e os limites do direito penal nas sociedades democráticas*".

II – SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Não é nosso objetivo adentrar na análise profunda dos sistemas processuais penais, mas, sim, estabelecer a principal diferença entre os existentes,

---

[2] *Derecho Procesal Penal*, 25ª. edição, Buenos Aires, Del Puerto, ano 2000, p. 2.
[3] *A Essência da Constituição*, 4ª. edição, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1998, p. 37.
[4] *Aplicação da Pena e Garantismo*. 1ª. edição, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001, p. 17.

hodiernamente, em especial no que toca ao direito brasileiro, voltado sempre para o objeto deste trabalho.

A sociedade tem, hoje, a garantia de que o órgão que exerce a persecução penal é distinto do órgão que irá julgar, fazendo nascer a imparcialidade do órgão julgador. Não há mais espaço, dentro de um Estado constitucional Democrático de Direito, para a figura do juiz inquisidor, ou seja, aquele que, ao mesmo tempo que acusa, também julga. Trata-se de uma garantia constitucional de todo e qualquer acusado ser levado ao banco dos réus somente pelo Promotor natural, o que significa dizer: aquele, previamente, com atribuição delimitada em lei e independente no exercício de suas funções e que goze do atributo da inamovibilidade [5].

A separação das funções de acusar e julgar é vista por LUIGI FERRAJOLI como a mais importante do modelo acusatório.

Diz FERRAJOLI [6]:

> "A separação de juiz e acusação é a mais importante de todos os elementos constitutivos do modelo teórico acusatório, como pressuposto estrutural e lógico de todos os demais. (...) A garantia da separação, assim entendida, representa por uma parte, uma condição essencial da imparcialidade do juiz em respeito as partes da causa."

Nesse caso, é vedado ao juiz agir *ex officio* sendo um postulado constitucional o axioma *nullum iudicium sine accusatione*. A acusação penal é reservada ao Ministério Público, sendo vedado ao juiz fazer qualquer acréscimo ao perímetro já traçado pelo órgão acusador, e, antes de tudo, fiscal da lei, ao objeto do processo. A acusação, formada pelo binômio imputação + pedido, traça a esfera dentro da qual o órgão julgador irá decidir o conflito de interesses, sendo-lhe vedado julgar *ultra, extra* e *citra petita*. Qualquer decisão judicial proferida fora dos limites previamente delimitados pelo Ministério Público é nula de pleno direito, esteja ela aplicando sanção mais grave, menor ou igual à que se pediu. É o fato que determina os limites da pena e não a sua qualificação jurídica. Neste caso, respeitaremos o direito de defesa.

---

[5] O autor, em sua obra *Direito Processual Penal* (3a. edição, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2000, p. 31), assim se manifesta quanto ao princípio do Promotor natural: *"O Promotor Natural, assim, é garantismo constitucional de toda e qualquer pessoa (física ou jurídica) a ter um órgão de execução do Ministério Público com suas atribuições previamente estabelecidas em lei, a fim de se evitar o chamado Promotor de encomenda para esse ou aquele caso. O princípio existe muito mais em nome da sociedade do que propriamente da pessoa física do Promotor de Justiça, pois, na verdade, exige-se, dentro de um Estado Democrático de Direito, que a atuação dos órgãos do Estado seja pautada pelos princípios da legalidade, moralidade e impessoalidade (cf. art. 37, caput, da CRFB) não sendo admissível que os atos sejam praticados pelo Ministério Público com interferência de terceiros em afronta ao Devido Processo Legal."*

[6] *Derecho y Razón*, 3a. edição, Madrid, Trotta, 1998, p. 567.

FREDERICO ISASCA [7], analisando a questão à luz do direito português, perfeitamente aplicável ao nosso direito, assim se manifesta:

> "O facto de a pena eventualmente aplicável poder ser menor, não significa que possa e deva sempre considerar-se como não substancial a alteração dos fatos, visto que não só a imagem ou a valoração sociais podem ser completamente diferentes, como comprometer seriamente a defesa."

O sistema processual penal acusatório vem assim ao encontro dos direitos de ampla defesa, do contraditório, do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública e da característica mor da jurisdição que é a imparcialidade do órgão jurisdicional. Razão pela qual, qualquer modificação, substancial ou não, do fato, objeto do processo, deve ser acrescida pelo titular da ação penal, sob pena do réu não poder ser condenado por fato que não conste, por inteiro, da acusação.

Não aceitamos o entendimento de que a alteração tenha que ser só do fato-crime em si, mas também dos elementos agregadores desse mesmo fato, como nas palavras de FREDERICO ISASCA [8], *o tempo, o lugar, o modo de execução, o nexo de causalidade, a forma de participação, o resultado etc.* Tal acréscimo (aditamento) deve ser feito pelo titular da ação.

III – O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO PENAL

A Constituição da República Federativa do Brasil dispõe de forma clara que, enquanto não houver trânsito em julgado da sentença penal condenatória, não pode o réu ser considerado culpado (cf. art. 5°, LVII), significando a transferência do ônus da prova todo para a acusação, ou seja, o Ministério Público assumi o encargo de provar os fatos descritos na denúncia não sendo mais lícito ao Estado exigir do réu a comprovação de sua inocência.

Desta forma, claro nos parece que, se o Ministério Público tem que narrar um fato criminoso com todas as suas circunstâncias (*cf.* art. 41 do CPP), pertence-lhe o ônus de provar que este fato é **típico** (encontra perfeita adequação na lei penal, portanto, trata-se de uma conduta proibida); é **ilícito** (contrário ao direito e que não está açambarcado por nenhuma excludente de ilicitude) e que seu autor é **culpável**, ou seja, se possui as condições mínimas indispensáveis para se lhe atribuir esse fato, o que significa dizer, se está mentalmente são ou conhece a antijuridicidade do fato. Não há como entregar ao réu, dentro de um Estado Constitucional dito Democrático de Direito e que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1°, III da CRFB), o ônus de provar sua inocência.

---

[7] *Alteração Substancial dos Fatos e sua Relevância no Processo Penal Português*, 2ª. edição, Coimbra, Almedina, 1999, p. 144.

[8] *Idem*, p. 145.

O juiz é um sujeito processual, e não parte na relação jurídica. O Ministério Público é parte instrumental, mas também fiscal da lei, pois uma posição não exclui a outra, mas se completam entre si.

A imputação penal é que vai delimitar o espaço dentro do qual o réu irá exercer seu direito de ampla defesa, pois é cediço que o mesmo defende-se dos fatos narrados na denúncia e não do artigo de lei mencionado no pedido de condenação. A comprovação *in totum* desse fato compete, hodierna e constitucionalmente, ao Ministério Público.

Se o Ministério Público imputa ao réu a prática do homicídio (qualificado ou não) e o réu alega legítima defesa é o Ministério Público que tem o ônus de provar que não houve *agressão injusta*, muito menos *uso moderado dos meios*. Enfim, o ônus de provar a ausência da legítima defesa é do Ministério Público. Não é o réu que tem que provar a excludente de ilicitude. Da mesma forma que, se o réu alega um álibi, ou seja, que não estava naquele lugar descrito na denúncia, naquele dia e hora determinados, compete ao MP provar o que descreveu na denúncia e, conseqüentemente, que o álibi é falso. Se não o fizer, o réu deve ser absolvido.

Do contrário, vamos sair de um Estado constitucional Democrático de Direito para um Estado de opressão, totalitário, em que o réu irá possuir o ônus de provar a sua inocência, o que, por si só, constituiria um absurdo incomensurável.

A regra do art. 156 do CPP deve receber uma *interpretação conforme a Constituição* [9], regra essa inspirada pela Constituição do Estado Novo de Vargas (10 de novembro de 1937) que, segundo Boris Fausto [10], foi o Estado que *"concentrou a maior soma de poderes até aquele momento da história do Brasil independente. A inclinação centralizadora, revelada desde os primeiros meses após a revolução de 1930, realizou-se plenamente.(...) O Estado Novo perseguiu, prendeu, torturou, forçou ao exílio intelectuais e políticos, sobretudo de esquerda e alguns liberais"*. Trata-se, assim, de dispositivo legal que não pode perdurar nos dias de hoje, frente à Constituição democrática que inspira os valores supremos fundamentais de dignidade da pessoa humana. Do contrário, entender que o art. 156 do CPP está em perfeita harmonia com a Constituição de 1988 é fazer irradiar, quase que repristinando, os ideais políticos, econômicos, culturais e sociais da *Era Vargas*.

O aditamento à denúncia é uma medida imperiosa, imposta pela Constituição como consectário lógico dos direitos nela previstos, garantindo ao Ministério Público o pleno exercício de suas funções institucionais e, ao mesmo tempo,

---

[9] *"Na interpretação conforme a Constituição, o órgão jurisdicional declara qual das possíveis interpretações de uma norma legal se revela compatível com a lei fundamental. (...) O papel da interpretação conforme a Constituição é, precisamente, o de ensejar, por via de interpretação extensiva ou restritiva, conforme o caso, uma alternativa legítima para o conteúdo de uma norma que se apresenta como suspeita"* (Luís Roberto Barroso, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, 3ª. edição, Rio de Janeiro, Saraiva, 1999, p. 182).

[10] *História do Brasil*, 6ª. edição, São Paulo, Universidade de São Paulo, 1999, pp. 366 e 376.

uma garantia dada ao acusado de que só haverá acréscimo do objeto do processo se houver manifestação do titular da ação penal pública, que carrega sozinho o ônus da prova.

IV - O Princípio da Congruência

É cediço por todos que o juiz julgará a lide nos limites entre os quais foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões não suscitadas, para as quais a lei exige iniciativa das partes [11], sendo-lhe vedado julgar *ultra, citra* e *extra petita*.

É a correlação que deve existir entre o que se pediu e o que foi concedido. Trata-se de uma garantia processual decorrente do princípio constitucional da ampla defesa, visando impedir surpresas desagradáveis ao réu, comprometendo sua dignidade enquanto pessoa humana.

O princípio em epígrafe vem ao encontro dos direitos de ampla defesa, do contraditório e dos poderes de cognição do juiz (limitado que é pelo objeto do processo). Nesse caso, todos os pedaços do fato que não constam do objeto do processo, porém que mudam a acusação e dos quais o réu não se defendeu, somente poderão ser conhecidos pelo juiz, em sua sentença, se houver o aditamento a denúncia e, mesmo assim, se surgirem através de provas substancialmente novas, a fim de evitar o arquivamento implícito do inquérito policial [12]. Do contrário, a sentença será manifestamente nula.

O nosso Código de Processo Penal, sendo ele da *Era Vargas*, dispõe, em seu art. 564, III, **m**, que ocorrerá a nulidade por falta da sentença. Na verdade, não é a ausência da sentença que acarreta a nulidade, pois, sem ela, não há a entrega da prestação jurisdicional, mas sim a ausência dos requisitos que lhe são essenciais, bem como se o juiz julgar *ultra, extra* e *citra petita* [13]. A sanção de nulidade é um corolário lógico do respeito as garantias constitucionais dadas ao acusado, pois as normas jurídicas, como expressão da vontade do Estado, devem ser utilizadas e aplicadas com o fim precípuo de se atingir o bem comum. O bem de toda a coletividade, com o conseqüente respeito à dignidade da pessoa humana.

Destarte, salienta o culto Dr. Marcelo Abelha [14], a quem devotamos grande

---

[11] Art. 128 do Código de Processo Civil: - *O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.*

[12] *"Entende-se por arquivamento implícito o fenômeno de ordem processual decorrente de o titular da ação penal deixar de incluir na denúncia algum fato investigado ou algum dos indiciados, sem expressa manifestação ou justificação deste procedimento. Este arquivamento se consuma quando o juiz não se pronuncia na forma do art. 28 com relação ao que foi omitido na peça acusatória. Melhor seria dizer arquivamento tácito." Cf.* Jardim, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal.* 8ª. edição, Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 176.

[13] O Código de Processo Penal Português tem regra clara e própria sobre o tema em seu art. 379, onde comina pena de nulidade à sentença que, não respeitando os limites traçados pelos arts. 358 e 359, condene o argüido por fatos não constantes do objeto do processo.

[14] *Elementos de Direito Processual Civil,* 2ª. edição, São Paulo, RT, 2000, Vol. I, p. 62.

carinho e admiração, que:

> Este princípio *(o princípio da inalterabilidade da demanda)* vem limitar que o autor possa, uma vez proposta a ação, alterar e modificar o seu pedido. Isso ocorre não só porque apenas sobre o que foi pedido é que o juiz deve decidir a lide (art. 128 do CPC), mas também porque seria verdadeira ofensa ao direito de defesa do réu que o autor pudesse, a seu bel prazer, alterar o pedido por ele formulado (...).

V - A DEFESA TÉCNICA EFETIVA

Não basta o acusado ter, no processo, a presença física de um defensor para postular em seu nome e defender seus ideais de justiça. Mister se faz que a defesa seja, realmente, efetiva, o que significa dizer: que o acusado possa utilizar de todos os meios e recursos inerentes ao seu direito amplo de defesa. Se o réu é acusado do crime X e se verifica, no curso da instrução, que, na verdade, agregado a esse fato, há o pedaço denominado x', tem o réu todo o direito de exigir do Estado que não conheça deste fato, pois o mesmo não foi objeto do processo e dele o réu não se defendeu. *"O objeto do processo constitui uma verdadeira e mais importante garantia de defesa, visto que é ele que limita a extensão da cognição e portanto os próprios limites da decisão."* [15]

A exigência é regra imperativa do disposto nos arts. 128 c/c 460, ambos do CPC, e, se a norma (Código de Processo Civil) foi feita em harmonia com a Constituição, ela irradia os preceitos constitucionais. Na verdade, é a Constituição, vestida de lei ordinária, que impede o juiz conhecer de fatos que não foram objeto do processo em respeito a sua própria ordem: todo o acusado tem direito de ampla defesa. A proibição do julgamento *ultra, citra* e *extra petita* decorre do direito de ampla defesa.

A efetividade da defesa é, assim, a sua realidade prática, sua aplicação cotidiana, o pleno exercício dos direitos e garantias individuais, com proibição, *v. g.*, do acusado preso ser requisitado e não citado para ser interrogado [16]; (proibição) do juiz que indeferiu o pedido de arquivamento do inquérito policial, sendo oferecida denúncia pelo Procurador Geral de Justiça, funcionar no processo instaurado [17]; (proibição) do acusado que tendo respondido pelo fato X foi

---

[15] FREDERICO ISASCA, ob. cit., p. 230.

[16] *"Art. 360 - Se o réu estiver preso, será requisitada a sua apresentação em juízo, no dia e hora designados".* Pensamos que tanto o réu preso como o que se encontra solto devem ser citados para responder ao pedido formulado na denúncia. A requisição é ordem que se dirige ao Diretor do presídio ou ao delegado de polícia para que apresente o preso naquele dia, local e hora determinados.

[17] *"Art. 28 - Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferece-*

condenado pelo fato Y e, por último, (proibição) do não conhecimento do recurso do defensor contra a vontade do réu. Nesses econômicos exemplos de nada vale dar-se ao réu a presença de um defensor se seus direitos constitucionais não são respeitados. A defesa técnica efetiva é direito e garantia individual não só em decorrência da própria Constituição, mas, principalmente, da *Convenção Americana sobre os Direitos Humanos* (Pacto de São José da Costa Rica), que foi ratificado pelo Brasil pelo Decreto Legislativo nº 27, de 25/09/92, e que tem patamar de norma constitucional (*cf.* art. 5º, § 2º, da CRFB).

Qualquer decisão judicial que não respeite os direitos e garantias fundamentais, em especial, o direito a defesa efetiva, viola a Constituição e também o Pacto de São José da Costa Rica [18], tornando-se, assim, eivada de *error in procedendo.*

VI - A VERDADE REAL NO PROCESSO

Descobrir a verdade real (ou material) é colher elementos probatórios necessários e lícitos para se comprovar, com certeza absoluta (dentro dos autos), quem realmente enfrentou o comando normativo penal e a maneira pela qual o fez.

A finalidade da prova é ajudar a formação do convencimento do juiz sobre a veracidade de uma afirmação de fato alegada pelas partes em juízo.

O caráter instrumental do processo demonstra que ele (o processo) é meio para se aplicar o direito objetivo (a norma penal incriminadora), atendendo ou não a pretensão do autor.

Entretanto, a incidência da norma penal sobre o indivíduo autor do fato, imputado como crime (pelo menos, em tese) somente poderá se dar desde que todos os esforços e meios legais tenham sido devidamente empregados.

A descoberta da verdade do fato praticado, através da instrução probatória, passa a ser, assim, uma espécie de reconstituição simulada deste fato, permitindo ao juiz, no momento da sentença, aplicar a lei penal ao caso concreto, extraindo a regra jurídica que lhe é própria. É como se o fato fosse praticado naquele momento perante o juiz aplicador da norma.

---

rá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender" (sem grifos no original).

[18] Decreto nº 678, de 06/11/92.

Art. 8º . Garantias judiciais:

(...)

2. (...)

b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;

c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;

d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;

f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;

4. O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

Importante ressaltar que, não obstante chamarmos de verdade real, nem sempre ela condiz com a realidade fática ocorrida no mundo físico.

O conceito de verdade, pensamos, é mais filosófico do que jurídico. O que pode ser verdade para uns pode não ser para outros. Porém, em se tratando de verdade material a ser apurada nos autos de um processo, há que se considerar a *"concordância entre um fato real e a idéia que dele forma o espírito"* [19]. Ou seja, a adequação entre o fato objeto do processo e o fato ocorrido no mundo dos homens.

O desejo de se descobrir a verdade é o desejo de se realizar a justiça. Por isso, *"a verdade e a justiça são realidades e valores complementares"*. [20]

Posto isto, claro nos parece que a necessidade de descoberta da verdade real é compatível com os limites traçados pelo Ministério Público no objeto do processo, não sendo lícito ao juiz condenar o réu por fato diverso do constante da denúncia com a alegação de que aquela era a verdade.

Se a verdade apurada não for compatível com os fatos descritos na denúncia tem o acusado o direito de ser absolvido e o Estado o dever de absolvê-lo.

Uma coisa é haver dúvida no processo de que foi o réu quem cometeu o crime, pois, nesse caso, a dúvida deverá ser resolvida em seu benefício (*in dubio pro reo*). Outra, bem diferente, é haver prova de que o fato é diverso do que consta na denúncia, porém o fato é único, indivisível, concreto e real.

Nesta hipótese, se o fato naturalístico (aquele ocorrido no mundo dos homens) for um só, com imputação diversa pelo Ministério Público, só poderá haver condenação se houver aditamento à denúncia.

Ora, se o fato ocorrido no mundo dos homens é enquadrado no tipo descrito no art. 155 do CP, não pode, *ao mesmo tempo*, estar enquadrado no art. 168 do mesmo diploma legal. O fato é um só. Não se trata de fato igual, mas sim do mesmo fato; então, seu enquadramento pertence a um único tipo legal. Pensar diferente é pensar que um latrocínio pode, *ao mesmo tempo*, ser um homicídio. Não pode. Trata-se de fato único, descrito em um único tipo penal: art. 157, § 3°, do CP. Pode sim o réu ser acusado de um homicídio e se descobrir que ele *também praticou um latrocínio*, mas, nesse caso, são dois fatos, conexos ou não.

Exemplo:

Tício é acusado da prática de latrocínio tentado (homicídio tentado e subtração patrimonial tentada). Durante a instrução, prova-se, de forma clara, segura e inequívoca, o dolo de matar, a intenção de atentar contra a vida da vítima e a ausência de dolo da subtração patrimonial.

Há dois aspectos: 1°) processual: incompetência do juízo e; 2°) material: homicídio tentado, e não latrocínio tentado.

---

[19] MITTERMAIER, C. J.A. *Tratado da Prova em Matéria Criminal*, 3ª. edição, São Paulo, Bookseller, 1997, p. 59.

[20] RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *O ônus da Prova no Processo Civil*. 1ª. edição, Coimbra, Almedina, 2000, p. 35.

Quanto ao primeiro aspecto, o juiz deve reconhecer a violação ao princípio do juiz natural (e do Promotor natural) e declarar nulo o processo *ab initio* remetendo-o a uma das varas privativas do Tribunal do Júri.

Quanto ao segundo aspecto, a denúncia deverá ser r e t i f i c a d a (aditamento impróprio de retificação), onde o Ministério Público [21] fará constar da denúncia a narrativa de um homicídio tentado, incluindo aí, o dolo de matar.

Verifica-se que nesse exemplo o rito processual muda por completo, sendo o rito do Tribunal do Júri mais amplo com mais oportunidade de defesa ao acusado.

A verdade assim estabelecida no processo é referente ao mesmo fato ocorrido no mundo dos homens, porém que recebeu uma má apreciação por parte do Estado, não sendo lícita a condenação do acusado pelo latrocínio não praticado, muito menos a absolvição diante da impunidade que isso geraria.

Pensamos que o entendimento de que ele deve ser absolvido (do latrocínio tentado) e ser instaurado novo processo pelo mesmo fato, porém com o *nomen iuris* de homicídio tentado, é afrontar a coisa julgada. Trata-se de um único fato ocorrido na vida e que já foi acobertado pela coisa julgada.

O aditamento à denúncia, com a perfeita adequação jurídica do fato, é medida imperiosa de realização da justiça, tanto para com o acusado como para com a sociedade, estabelecendo plena igualdade de condições.

VII - O OBJETO DO PROCESSO PENAL

Esta não é a sede adequada para nos aprofundarmos no estudo do objeto do processo, porém, não podemos deixar de abordar seu conceito (o que se entende por objeto do processo), seu fundamento e suas funções.

O objeto do processo é um consectário lógico do sistema acusatório, pois se refere aos *"fatos descritos na acusação"* [22], os quais o juiz não poderia conhecer se não houvesse provocação da parte autora, no nosso caso, o Ministério Público.

A pretensão processual penal que serve de veículo para a imputação penal de fato definido como infração penal é que traduz o objeto do processo. Nesse caso, o fato imputado é aquele ocorrido no mundo dos homens, o fato humano da natureza, praticado de determinado modo em situação de tempo e de lugar e que tem enquadramento em um tipo penal. Trata-se de um fato concreto, real, indivisível e único.

O fato que serve como suporte do objeto do processo não pode ser confundido com artigo de lei, ou seja, com um certo tipo legal de crime, mas sim como um acontecimento histórico da vida, como um fato ocorrido no mundo dos homens que recebe ou não do ordenamento jurídico relevância penal.

---

[21] Através do Promotor em exercício na Promotoria de Justiça junto ao Tribunal do Júri, em respeito ao princípio do Promotor Natural.

[22] ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 159.

Muita vez, o fato narrado na denúncia, traduzido na pretensão processual penal, não constitui crime e nem por isso deixou o processo de ter objeto. A afirmativa de que o objeto do processo é o fato crime definido como tal na lei penal é falsa, pois, se ao final do processo se descobrir, através da verdade real, que o fato não é crime, nem por isso deixou o processo de ter objeto. O objeto do processo é, assim, a pretensão processual penal onde se traduz a acusação (imputação + pedido) de um fato da vida, um pedaço do todo que deve ser individualizado na denúncia.

ISASCA [23] define o objeto do processo com as seguintes palavras:

> "Objeto do processo penal será, assim, o acontecimento histórico, o assunto ou pedaço unitário da vida vertido na acusação e imputado, como crime, a um determinado sujeito e que durante a tramitação processual se pretende reconstruir o mais fielmente possível."

É exatamente esse fato da vida que tem que ser traduzido e transportado para o processo, através da pretensão processual penal, a fim de circunscrever os limites do conhecimento do juiz dentro do qual julgará a lide. Portanto, o objeto do processo tem três funções básicas que nos são apontadas pelo jurista alemão CLAUS ROXIN: [24]

> "(...) designar o objeto da litispendência, demarcar os limites da investigação judicial e de obtenção da sentença e definir a extensão da coisa julgada."

Em resumo, podemos dizer que *o objeto do processo é o tema proposto como res iudicanda e que sua finalidade mais característica é a obtenção da res iudicata. O objeto resulta ser assim um assunto da vida; a materialidade afirmada como penalmente relevante* [25].

Ora, se o fato da vida, objeto do processo, já foi objeto da sentença que passou em julgado, não pode o réu ser acusado, novamente, pelo mesmo fato, sob pena de haver violação da regra do *ne bis in idem*, verdadeira garantia penal de todo e qualquer acusado em um processo penal justo e democrático. O processo penal tem exatamente esse escopo: servir para abordar um fragmento da vida (criminal) em sua totalidade [26]. Trazer parte da vida praticada e vivida pelo homem para o processo, a fim de que possamos julgar se, efetivamente, aquele fato merece ou não uma resposta penal do Estado, no sentido de se aplicar a *sanctio iuris*

---

[23] Ob. cit., p. 240.
[24] Ob. cit., p. 160.
[25] OLMEDO, Clariá. *Derecho Procesal Penal*. Argentina, Cordoba, 1984, p. 229.
[26] BELING, Ernest. *Derecho Procesal Penal*. 1ª. edição, Argentina, DIN, 2000, p. 83.

cabível; ou de resgatar a dignidade da pessoa humana acusada do fato veiculado na pretensão processual penal (objeto do processo), face a impossibilidade do Ministério Público de provar o que alegou em sua denúncia.

O objeto do processo delimita a prestação jurisdicional sob dois aspectos: subjetivo e objetivo. Quanto ao aspecto subjetivo, o Judiciário não poderá emitir qualquer decisão que não seja sobre a pessoa do acusado, fazendo com que a sentença, transitada em julgado, tenha força de lei entre as partes para as quais é dada (*cf.* art. 472 do CPC). Surgindo prova nova de que outro indivíduo também participou daquele fato da vida junto com o acusado, em verdadeiro litisconsórcio, deve a denúncia ser aditada (acrescida) para incluí-lo. Porém, jamais ser ele julgado sem constar formalmente da acusação veiculada na pretensão processual penal.

O segundo aspecto (objetivo) impõe identidade do objeto durante todo o curso do processo, a fim de que o acusado possa, efetivamente, exercer sua ampla defesa dos fatos descritos na denúncia. Ser acusado de um furto simples e resultar condenado em um roubo por ter sido comprovado, de forma inequívoca, o uso de violência, é fazer tábula rasa do objeto do processo, sem contar dos princípios da ampla defesa, do contraditório, da correlação entre a acusação e a sentença e da verdade real.

Na doutrina alemã, ROXIN [27], assim se manifesta:

> *"A identidade do objeto processual tem um componente pessoal e um material, é dizer, ela pressupõe: a identidade da pessoa e a identidade do fato"*

O juiz deve se pronunciar sobre os fatos e sujeitos descritos na denúncia, respeitando o princípio da correlação entre acusação e sentença.

FREDERICO ISASCA [28], em sua excelente obra, assim se manifesta:

> *"Uma vez tomado o acontecimento da vida como a base do processo, necessário será que este seja suficientemente descrito, pois sem uma correcta e concreta individualização dos factos acusados, não é possível ao agente defender-se convenientemente e poder afastar de si uma possível punição, nem ao tribunal é fornecida a base de confiança e de certeza necessárias para fundamentar e proferir uma decisão, quer esta seja absolutória quer condenatória, e aplicar, de uma forma justa, a lei penal."*

---

[27] Ob. cit., p. 160.
[28] Ob. cit., pp. 242/243.

A perfeita delimitação do objeto do processo, portanto, não é mero deleite doutrinário, muito menos uma questão meramente teórica, sem nenhuma repercussão na validade do processo em si. Trata-se da necessidade de se identificar eventual litispendência, coisa julgada, modificação da ação ou sua cumulação [29].

VIII - A COISA JULGADA: CONCEITO, FUNDAMENTO, LIMITES, *NE BIS IN IDEM*

Conceito.

O conceito de coisa julgada é polêmico e antigo no direito, sendo, inclusive, proveniente do direito privado romano, onde a irrevogabilidade da sentença penal era desconhecida, diferente da sentença civil. [30]

Coisa julgada, na definição clara de GIOVANNI LEONE [31], é a coisa sobre a qual haja recaído a decisão do juiz, expressando uma entidade passada, fixa, firme no tempo. Significa decisão imutável e irrevogável, a imutabilidade do mandato que nasce da sentença.

Mas foi LIEBMAN quem tratou da matéria e melhor definiu coisa julgada como sendo *"o comando emergente de uma sentença. Não se identifica com a definitividade e intangibilidade do ato que pronuncia o comando; é pelo contrário, uma qualidade, mais intensa e mais profunda, que reveste o ato também em seu conteúdo e torna assim imutáveis, além do ato em sua existência formal, os efeitos, quaisquer que sejam, do próprio ato"* [32].

A coisa julgada pode ser formal ou material. Formal, quando fica limitada ao processo que com ela se encerra. Material, quando transcende nos seus efeitos para atingir processo posterior sobre o mesmo litígio [33]. Criam-se vínculos e limitações de natureza processual e material que impedem o *bis in idem*, ou seja, o reexame do mérito da questão decidida em outro processo perante as mesmas partes.

Fundamento.

O fundamento da coisa julgada repousa exatamente na necessidade que tem o Estado de garantir a todos os indivíduos (partes ou não no processo) que os conflitos que foram objeto de julgamento e, portanto, de apreciação pelo Estado, terão um fim com a decisão judicial, de forma a não mais se admitir discussão.

---

[29] A modificação da ação se produz se o objeto do processo é diverso e a cumulação se existem vários objetos do processo. *Cf.* JUAN-LUIS GOMEZ COLOMER. *El Proceso Penal Alemán - Introduccion y Normas Basicas*. 1ª. edição, Barcelona, Bosch, 1985, p. 41.

[30] MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, 3ª. edição, Buenos Aires, El Foro, 1996, Tomo IV, p. 511.

[31] *Tratado de Derecho Procesal Penal*, 3ª. edição, Buenos Aires, EJEA, 1989, Tomo III, pp. 320/321.

[32] *Eficácia e Autoridade da Sentença*. 3ª. edição, Rio de Janeiro, Forense, 1984, p. 54.

[33] EBERHARD Schmidt. *Los Fundamentos Teóricos y Constitucionales del Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1957, p. 160.

Portanto, pode-se dizer, com MANZINI, que o fundamento do instituto da autoridade da coisa julgada está na necessidade de aplicar e assegurar a ordem jurídica estabelecida pelas leis do Estado [34]. Trata-se de um garantismo penal do acusado de que as questões decididas pelo juiz, em sua sentença, não poderão ser revistas, salvo se for em benefício do réu, através da revisão criminal.

O processo penal, dentro de um Estado Democrático de Direito, tem que dar as garantias necessárias ao acusado de que as questões propostas, discutidas e decididas pelo Estado não poderão ser reabertas, sob pena de se criar uma instabilidade social e um abalo aos pilares de sustentação do Estado justo de direito.

No Brasil (diferente da Alemanha, Noruega, Portugal, Rússia e Suécia), não se admite a revisão criminal *pro societate*, ou seja, a desconstituição de sentença absolutória, mesmo que eivada *de error in iudicando* ou *error in procedendo*. Nesse caso, a discussão da coisa julgada traz inúmeras questões interessantes (cf. item X, *infra*) que merecem nossa análise a fim de enfrentarmos o *ne bis in idem*. [35]

Destarte, a coisa julgada é mais uma medida de segurança criada em favor do indivíduo do que, propriamente, um instituto meramente processual sem conseqüências práticas. É CLAUS ROXIN quem nos dá suporte para esta afirmativa. Diz o mestre alemão:

> "A coisa julgada material serve de proteção do acusado. Com ela se reconhece jurídico-fundamentalmente seu interesse em ser deixado em paz depois de ditada uma decisão de mérito que já não mais é impugnável." [36]

A coisa julgada impede, assim, que os fatos que foram objeto de julgamento possam ser investigados, novamente, pelo Estado em face do mesmo réu, com a desculpa de melhor apurar os fatos e descobrir situações que *agregam* o fato principal ou de *circunstâncias* que lhe pertencem, porém que não foram objeto de julgamento.

Limites.

Há limites objetivos e subjetivos na coisa julgada.

---

[34] Ob. cit., p. 513.

[35] MANZINI, prelecionando sobre os pressupostos para aplicação da regra do *no bis in idem*, afirma que deve se pretender intentar uma nova ação penal, não obstante existir uma sentença anterior irrevogável de absolvição acerca da mesma pretensão punitiva (*eadem causa petendi* [a mesma causa de pedir]); que haja identidade sobre o fato sobre o que decide a sentença e aquele sobre o que se quisera acionar (*eadem res* [a mesma coisa]) e que haja identidade também de pessoa (*eadem persona* [a mesma pessoa]), ob. cit., pp. 524/525. Havendo esses pressupostos, haverá *bis in idem*.

[36] Ob. cit., p. 436.

A eficácia, em si, da sentença atua em relação a todos os indivíduos, porém a *res iudicata* só tem validade entre as partes às quais é dada [37]. As partes suportam a sentença transitada em julgado. A imutabilidade se dirige às partes. Assim, se *Caio* é absolvido da prática do crime de roubo e a sentença transita em julgado, nada impede que *Tício* seja processado pelo mesmo fato, face o concurso de agentes descoberto após o trânsito em julgado. Nesse caso, dependendo do fundamento da sentença, poderá *Tício* ser trazido ao banco dos réus. O limite do caso julgado atinge apenas a *Caio*. Entretanto, se *Caio* foi absolvido por ser o fato atípico, lógico que *Tício* não poderá ser processado pelo mesmo fato, pois aplica-se o art. 580 do CPP, analogicamente. A isso chamamos de limites subjetivos da coisa julgada.

O fundamento político dos limites subjetivos da coisa julgada está no próprio direito de liberdade, como acentua ADA PELLEGRINI GRINOVER [38]

Os limites objetivos se referem aos fatos objeto de julgamento. Os fatos principais. São os pontos ou questões litigiosas que foram decididos na sentença que circunscrevem os limites objetivos da coisa julgada.

O Código de Processo Penal é tímido quanto aos limites objetivos da coisa julgada, referindo-se aos mesmos no art. 110, § 2°, do CPP:

> "§ 2° - A exceção de coisa julgada somente poderá ser oposta em relação ao *fato principal*, que tiver sido objeto da sentença." (sem grifos no original)

Ora, o que entender por fato principal para acobertá-lo com o manto da coisa julgada?

Entendemos que fato principal é aquele fato material ocorrido no mundo dos homens, independentemente da qualificação jurídico-penal dada ao fato. É o fato, cometido pelo homem, em sua integridade física. É o fato histórico ocorrido na vida.

Se *Tício subtraiu para si coisa móvel alheia, mediante destruição de obstáculo, com emprego de arma de fogo* (fato da vida, ocorrido no mundo dos homens), porém, o Ministério Público somente imputou a ele a *subtração para si de coisa móvel alheia mediante destruição de obstáculo* (furto qualificado), não pode o Estado, após o trânsito em julgado, mesmo com provas novas, instaurar processo pelo crime de

---

[37] Art. 472 do CPC. "A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicado terceiros (...)"

[38] "O fundamento político da limitação subjetiva da coisa julgada penal está no próprio direito de liberdade: vincular o terceiro à sentença condenatória que se formou relativamente a outro indivíduo, significaria sacrificar a exigência da justiça e os direitos de defesa a um princípio lógico e abstrato de coerência formal entre os julgados; por outro lado se o terceiro pudesse invocar a sentença absolutória proferida com relação ao co-autor, acabaria desfrutando de uma impunidade injustificada, incompatível com o caráter relativo da sentença" (*Eficácia e Autoridade da Sentença Penal*. 1ª. edição, São Paulo, RT, 1978, pp. 13/14).

porte de arma. O fato principal é um só e já foi julgado. Entender diferente é estabelecer, no ordenamento jurídico brasileiro, a revisão criminal *pro societate*, o que, por si só, é vedado.

Não pode o Estado continuar as investigações sobre o acusado que foi absolvido por sentença trânsita em julgado, alegando que o crime foi de roubo, porém não ficou demonstrada a grave ameaça exercida com a arma de fogo. Assim, inadmissível será instauração de novo processo para apurar, agora, aquele porte (ou utilização) de arma. A utilização da arma faz parte do fato principal (roubo) que já foi objeto de julgamento e não admite reabertura da ferida cicatrizada com a *res iudicata*.

No mesmo sentido, se o acusado foi condenado no furto simples, não pode o Estado, agora, aceitar a instauração de novo processo, contra o mesmo réu, pelo crime de dano, alegando ter havido destruição de obstáculo à subtração da coisa, já objeto de julgamento trânsito em julgado.

O fato principal é um só e já foi objeto de julgamento.

E, ainda: se absolvido do crime de furto, não pode o réu ser, agora, acusado pelo crime de constrangimento ilegal (ou lesão corporal leve) contra uma mesma vítima, praticado no mesmo dia, hora e local, provando-se, entretanto, com provas novas, que houve emprego de violência. O fato é um só. Já se operou o trânsito em julgado, nada mais se pode fazer, sob pena de não haver a segurança e a estabilidade social que exige a coisa julgada.

A coisa julgada açambarca o fato sob todos os pontos de vista jurídicos. [39] Se o réu foi absolvido (ou condenado) pela prática do crime de latrocínio, não pode o Estado, agora, querer instaurar novo processo, pelo mesmo fato, contra o mesmo réu, pela prática do crime de homicídio com a desculpa de que novas provas demonstram que nada foi subtraído e que sua intenção era de matar. O fato principal, sobre o qual recaiu a apreciação do Estado, já está protegido pelo manto da *res iudicata*.

É bem verdade que o Código de Processo Penal é tímido na disciplina da coisa julgada, não havendo, como deveria, um capítulo próprio da *res judicata*. Entretanto, nada impede que se aplique não só o disposto no § 2º do art. 110 CPP, mas também as regras insertas no Código de Processo Civil [40].

O *ne bis in idem* tem a função garantidora, impedindo que o acusado, que já se submeteu à cerimônia fúnebre [41] que é o processo penal, venha novamente a ser processado pelo mesmo fato.

---

[39] Claus Roxin, ob. cit., p. 437.
[40] *Cf.* arts. 467 *usque* 475 do CPC.
[41] Francesco Carnelutti. *Las Miserias del Proceso Penal*. Buenos Aires, EJEA, 1959, p. 112.

IX. Os arts. 384, parágrafo único, e 385, ambos do CPP

> "**Art. 384** - Se o juiz reconhecer a possibilidade de *nova definição jurídica do fato*, em conseqüência de prova existente nos autos de *circunstância elementar*, não contida, explícita ou *implicitamente*, na denúncia ou na queixa, baixará o processo, a fim de que a defesa, no prazo de 8 (oito) dias, fale e, se quiser, produza prova, podendo ser ouvidas até três testemunhas.
> **Parágrafo único** - Se houver possibilidade de nova definição jurídica que *importe aplicação de pena mais grave*, o juiz baixará o processo, a fim de que o Ministério Público possa *aditar* a denúncia ou a queixa, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, abrindo-se, em seguida, o prazo de 3 (três) dias à defesa, que poderá oferecer prova, arrolando até três testemunhas.
> **Art. 385** - Nos crimes de ação pública, *o juiz poderá proferir sentença condenatória*, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como *reconhecer agravantes*, embora *nenhuma tenha sido alegada*." (no original sem grifos)

As regras legais acima merecem uma análise, mesmo que superficial, de suas implicações diante de tudo que acima foi visto.

Em primeiro lugar o *caput* do art. 384 fala em circunstância elementar, termo esse que é impróprio, pois ou é circunstância e, portanto, está em volta de, ou é elementar e, nesse caso, está dentro. A elementar mexe na estrutura do crime, ou seja, faz com que desapareça ou surja outro. A elementar *funcionário público* se for retirada do delito do art. 319, CP (prevaricação) o mesmo desaparece. Entretanto, se for retirada do delito do art. 312, CP (peculato), restará o tipo do art. 168, CP (apropriação indébita).

A circunstância aumenta ou diminui a pena, porém o tipo fundamental continua o mesmo. A violenta emoção diminui a pena no homicídio, mas o tipo continua o mesmo (cf. art. 121, § 1°, CP). No furto, o repouso noturno aumenta a pena porém, se não existir, o tipo continua o mesmo.

Não vemos razão para distinguir, como o Código faz (e a doutrina aceita [42]), entre circunstância que agrava a pena prevista na parte geral do Código Penal (o fato do agente cometer o crime contra ascendente: filho que

---

[42] Cf. Tourinho Filho, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 18ª. edição, São Paulo, Saraiva, 1987, v. 4, pp. 235/236.

mata o pai) e a prevista na sua parte especial, por exemplo, o repouso noturno que aumenta a pena do furto. Entendemos que, em ambos os casos, deve ser aditada a denúncia, sob pena de afrontarmos os princípios da ampla defesa, do contraditório, da correlação entre acusação e defesa, bem como o sistema acusatório adotado entre nós, pois, neste caso, o juiz estaria fazendo parte da acusação quando condena com a circunstância que autoriza o aumento de pena, sem que tal circunstância conste da acusação feita pelo órgão do Ministério Público.

A idéia de que o art. 385 do CPP autoriza tal entendimento não pode vingar dentro de um processo penal acusatório justo, democrático de direito e livre dos ares autoritários da época em que foi elaborado pelo regime de Vargas: 1940. Entender diferente é jogar por terra todo o sacrifício feito e sofrido pela sociedade nos últimos 60 anos de vigência do Código de Processo Penal.

Destarte, seja uma circunstância ou uma elementar não contida expressamente na denúncia (**pelo órgão acusador**), deve a denúncia ser aditada para incluí-la, sob pena do juiz agir *ex officio* e o réu ser surpreendido em sua defesa.

O difícil, para determinados operadores jurídicos, é trabalhar com a Constituição, e não com as regras vetustas dos arts. 384 e 385, CPP. Nesse caso, a interpretação conforme a Constituição [43] irá socorrê-los.

Por último, o art. 384, *caput*, admite acusação implícita, ou seja, mesmo que não conste expressamente na denúncia, porém surgindo nova definição jurídica do fato, deve ser dada vista à defesa para se manifestar. Em outras palavras o Código admite que, se um homem for acusado do crime de estupro por ter, como diz a denúncia, "*mantido conjunção carnal com uma mulher, mediante violência, alcançando o orgasmo satisfazendo, assim, sua libido*", não poderá o juiz condená-lo pelo atentado violento ao pudor se não ficar comprovada a conjunção carnal, mas, apenas, os atos libidinosos diversos da conjunção. A idéia de que são implícitos os atos libidinosos para quem quer a prática da conjunção carnal, não pode admitir condenação do acusado se não constar da denúncia. Afronta o princípio da ampla defesa e do contraditório. O réu não se defendeu da prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal.

O parágrafo único do art. 384 impõe o aditamento à denúncia quando houver possibilidade de aplicação de pena mais grave, deixando entender que só se adita se houver pena mais grave; porém, se a pena for igual ou menor, não haverá aditamento [44].

---

[43] "*Na interpretação conforme a Constituição, o órgão jurisdicional declara qual das possíveis interpretações de uma norma legal se revela compatível com a lei fundamental. (...) O papel da interpretação conforme a Constituição é, precisamente, o de ensejar, por via de interpretação extensiva ou restritiva, conforme o caso, uma alternativa legítima para o conteúdo de uma norma que se apresenta como suspeita*" (Barroso, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 3ª. edição, Rio de Janeiro, Saraiva, p. 182).

[44] *Cf* Tourinho Filho, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 18ª. edição, São Paulo, Saraiva, 1987, v. 4, p. 238, que defende ponto de vista no sentido de que só se adita se houver possibilidade de aplicação de pena mais grave; porém, se a pena for igual ou menor, aplica-se, apenas, o *caput* do art. 384 do CPP e, neste caso, sem aditamento, porém dando-se vista à defesa para se manifestar.

Discordamos desse entendimento. Seja a pena menor, igual ou maior, deve-se sempre aditar a denúncia, sob pena de afrontarmos os princípios da correlação entre acusação e a sentença, da ampla defesa, do contraditório e, principalmente, violar o sistema acusatório, pois o juiz muda a acusação *ex officio*.

Assim, tanto no *caput* do artigo 384 como no seu parágrafo único, deve-se aditar a denúncia em detrimento da prova nova surgida no curso da instrução. Se for um pedaço do fato e houver prova nova de sua ocorrência, o aditamento é medida imperiosa. Se for outro fato conexo com o original, descoberto através de prova nova, adita-se a denúncia, dando-se oportunidade ao réu de ser interrogado sobre esse novo fato conexo e praticar todos os demais atos processuais inerentes a sua defesa. Se for fato novo, porém sem conexão, instaura-se outra ação penal.

Nestes casos que estamos mencionando, o aditamento será próprio, real, ou seja, o acréscimo será de fatos ou de pedaços que lhe pertencem (elementares do tipo) e deverá, quanto à oportunidade, ser feito espontaneamente (independentemente de provocação do juiz) pelo Ministério Público, face ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública.

O aditamento provocado é exceção e, por isso, está no art. 384, parágrafo único, e no § 5° do art. 408, ambos do CPP.

X. Casos concretos

Imaginemos alguns casos concretos para entendermos tudo o que acima dissemos.

1° caso: *Tício é acusado da prática do crime de roubo simples. No curso da instrução, não se comprova a elementar normativa do tipo grave ameaça (ou violência).*

Pergunta-se: pode o juiz condená-lo pelo furto sem aditamento à denúncia?

Resposta:

A resposta é afirmativa. A subtração patrimonial de coisa móvel alheia está descrita na denúncia e, nesse caso, não há surpresa para a defesa. Ela se defendeu dessa subtração patrimonial. Portanto, autorizado está o juiz a condenar *Tício* pelo crime de furto sem o aditamento à denúncia.

2° caso: *Tício é acusado da prática do crime de furto simples. No curso da instrução, descobre-se que houve o emprego de arma de fogo e, portanto, trata-se de crime de roubo.*

Pergunta-se: há necessidade de aditamento à denúncia para que seja condenado pelo crime de roubo com emprego de arma de fogo?

Resposta:

A resposta é afirmativa. *Tício* não se defendeu de ter empregado arma de fogo durante aquela subtração patrimonial descrita na denúncia e, portanto, há, nesse caso, surpresa para a defesa. O respeito ao contraditório e à ampla defesa e à proibição do julgamento *ultra petita* exigem o aditamento.

3° caso: *Tício é acusado da prática do crime de furto simples. Durante a instrução, demonstra-se, de forma cabal, que, na verdade, naquele dia, hora e local, houve recusa em devolver o bem por parte de Tício e não subtração e, portanto, tinha ele a precedente posse da res.*

Pergunta-se: há necessidade de aditamento à denúncia para que possa ser condenado pelo crime de apropriação indébita?

Resposta:

A resposta é afirmativa. Não obstante as penas serem iguais, *Tício* não se defendeu de ter a precedente posse da *res* e, portanto, deve tal elemento normativo do tipo (posse) constar da acusação. A posse de *Tício* é injusta, mas não por clandestinidade, e sim por precariedade. Vejam que o fato é um só. Não há dois fatos. Há dois tipos penais em discussão, porém uma única conduta. Nesse caso, o réu se defende dos fatos narrados, e não da tipificação penal dada ao fato. Admitir condenação porque a pena é a mesma é admitir que o réu se defende da pena e não dos fatos. Assim, deve a denúncia ser aditada para a caracterização perfeita dos fatos.

4° caso: *Tício é acusado por ter furtado do interior de uma fazenda três vacas leiteiras, colocando-as em seu caminhão depois de ter derrubado a cerca de proteção da fazenda no dia 15/01/00, às 20:00 h.*

No curso da instrução, descobre-se, com provas novas, que, na verdade, foram furtados três cavalos da raça mangalarga marchador e não três vacas.

Pergunta-se: há necessidade de se aditar a denúncia para que possa *Tício* ser condenado pela prática do crime de furto dos três cavalos ou é indiferente?

Resposta:

Há necessidade do aditamento, pois a *res* descrita não corresponde a do fato real ocorrido na vida. O que significa dizer: furto de três vacas não houve. A repercussão, inclusive, de eventual sentença condenatória pelo furto de três vacas no juízo cível é evidente, pois, ao se fazer a liquidação de sentença para se determinar o *quantum debeatur*, terá que se fazer em cima do *an debeatur* determinado na sentença, e este menciona três vacas e não três cavalos.

Vejam que, nesse caso, não se trata de outro tipo penal, muito menos de fato diverso, mas sim do mesmo fato, porém com identificação errônea da *res*,

impedindo o réu de se defender do fato verdadeiro e, portanto, do fato real. Há flagrante violação à ampla defesa e ao contraditório e, sempre que isso ocorrer, o aditamento à denúncia é medida imperiosa.

5° caso: *Tício é acusado da prática do crime de homicídio qualificado por motivo fútil. Em seu interrogatório, alega que, na data do fato, 15/01/00, não se encontrava na cidade do Rio de Janeiro, mas sim em viagem ao exterior, tendo retornado em 25/01/00.*

As testemunhas arroladas pelo Ministério Público corroboram os fatos descritos na denúncia, porém discordam, com dados precisos, da data do fato, alegando que o mesmo ocorrera em 30/01/00, e não 15/01/00. Praticados os demais atos do processo e juntados documentos comprovadores de que o fato ocorrera, realmente, em 30/01/00, pergunta-se:

O juiz está autorizado a pronunciar o acusado pelo crime descrito na denúncia sem que o Ministério Público adite a denúncia, alterando a data do fato?

Resposta:

A resposta só poderá ser negativa. O réu se defendeu, exercendo o contraditório, de fato ocorrido no dia 15/01/00, e não de fato ocorrido na data de 30/01/00. Perceba o leitor que o álibi alegado vem de encontro com a data descrita na denúncia e, portanto, se não houver o aditamento impróprio de retificação à denúncia, não poderá *Tício* ser pronunciado, pois naquela data (15/01/00), efetiva e realmente, não se encontrava no local do crime. O fato é o mesmo e, sob o ponto de vista penal material, a alteração da data é irrelevante; porém, sob o ponto de vista penal processual, há profunda repercussão no direito de defesa.

Destarte, independentemente de haver alteração fática ou aumento de pena, sempre que a mudança for de encontro ao direito de defesa, deve a denúncia ser aditada. [45]

6° caso: *Tício* é processado pela prática do crime de homicídio culposo, na direção de veículo automotor (art. 302 da Lei 9.503/97), por ter, agindo imprudentemente, excedido a velocidade normal (80 km/h), estabelecida

---

[45] O leitor não pode deixar de conhecer a brilhante obra do Prof.° GUSTAVO BADARÓ denominada *"Correlação entre Acusação e Sentença"* (São Paulo, RT, 2000, pp. 130/131) onde o autor defende que: *"A relevância ou não de um determinado aspecto do fato imputado é determinada pela defesa apresentada pelo imputado. Em outras palavras, se as regras da correlação entre acusação e sentença têm em vista preservar o princípio do contraditório e, em um determinado aspecto, evitar prejuízos e surpresas para o acusado, os fatos trazidos ao processo pela defesa são fundamentais para delimitar a relevância ou não da mutação do fato processual.*
Sempre que a mudança do fato processual resultar em alteração de um elemento do delito, ao se ter em vista o fato penal, haverá relevância processual e o prejuízo causado à defesa é evidente".

pelas regras de trânsito, naquela via pública descrita na denúncia. No curso da instrução, descobre-se, através das provas carreadas para os autos, que *Tício* deu causa ao resultado morte porque ingressou, na mesma via pública, pela contra-mão de direção, e não porque se excedeu na velocidade.

Pergunta-se: pode o juiz condenar *Tício* pelo crime do art. 302 do CTB sem que haja aditamento à denúncia para descrever a conduta correta de *Tício*?

Resposta:

A resposta é negativa. Sem o aditamento à denúncia, não pode o juiz condenar *Tício* por que não houve imprudência na modalidade descrita na denúncia (excesso de velocidade), mas sim por ter *Tício* ingressado na contra-mão de direção. Vejam que, nesse caso, há flagrante violação ao contraditório exercido por *Tício*, pois é cediço, e repetimos, que o réu se defende dos fatos descritos na denúncia, e não da capitulação penal dada ao fato. *Tício* não está se defendendo do art. 302 do CTB, mas sim da conduta descrita na denúncia que se amolda ou não ao tipo penal.

Assim, é imperativo garantidor da ampla defesa o aditamento à denúncia.

7º caso: *Tício é processado e julgado pelo crime de roubo simples (art. 157, **caput**, do CP), sendo absolvido. A sentença absolutória transita em julgado. A autoridade policial, através do depoimento de várias pessoas que não prestaram depoimento nos autos do inquérito e, muito menos, no processo, porém compareceram à delegacia, espontaneamente, verifica que, na verdade, houve emprego de arma de fogo por parte de Tício, inclusive, logrando êxito em localizar a arma que foi escondida por ele em um terreno baldio. Diante dessas peças de informação, remete as mesmas para a Vara Criminal onde Tício foi julgado e o juiz dá vista ao Promotor de Justiça para que adote as providências que entender cabíveis.*

Pergunta-se: pode o Promotor de Justiça oferecer denúncia, pelo mesmo fato, em face de *Tício*, porém imputando o emprego de arma de fogo, ou seja, roubo com emprego de arma de fogo?

Resposta:

A resposta é negativa. *Tício* já foi julgado por aquele fato ocorrido no mundo, por aquele pedaço da vida, não podendo ser julgado, duas vezes, pelo mesmo fato, sob pena de afrontarmos a coisa julgada. Não se pode confundir o tipo penal com o fato praticado que já foi objeto de julgamento. Se o Ministério Público (Estado-administração) não apurou o fato com todos os seus elementos que o integram, não faz sentido, agora, com o trânsito em julgado da decisão, chamar *Tício* para responder por um pedaço do fato. Muito menos por porte de arma, que foi absorvido pelo crime de roubo. O fato é um só. Do contrário, se assim não pensarmos, não haverá a segurança jurídica necessária à manutenção da paz e da segurança social.

Se é na sentença que o Estado, substituindo a vontade das partes, faz valer a lei e, portanto, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas (cf. art. 468 CPC), tal decisão tem proteção constitucional nas cláusulas pétreas, pois "*a lei não prejudicará ... a coisa julgada*" (*cf.* art. 5°, XXXVI da CRFB). [46]

Há, nesse caso, identidade da *eadem causa petendi* (a mesma causa de pedir); identidade sobre o fato sobre o que decide a sentença e aquele sobre o que se quisera acionar: *eadem res* (a mesma coisa) e, por último, identidade também de pessoa: *eadem persona* (a mesma pessoa).

8° caso: *Tício, Caio e Mévio são processados e julgados pelo crime de latrocínio tentado (subtração patrimonial tentada e homicídio tentado), sendo condenados no 1° grau de jurisdição. Apelam da sentença, alegando, primeiro, inépcia da denúncia e, segundo, atipicidade do fato. O Tribunal de Justiça, por maioria de votos, nega provimento ao recurso, porém um voto vencido dava provimento para absolver os acusados.*

A Defensoria Pública interpõe recurso de Embargos Infringentes com base no voto vencido e o Grupo de Câmaras absolve os acusados, alegando que o fato era atípico e determina a remessa dos autos à comarca de origem, para que o Ministério Público ofereça denúncia pelo crime de homicídio tentado que, na opinião do Tribunal, era o crime remanescente. (*)

Pergunta-se: está correta a decisão do Tribunal em absolver pelo latrocínio tentado e entender que havia crime de homicídio tentado, determinando o oferecimento de denúncia em face dos acusados por este crime?

Resposta:

A negativa se impõe. Quanto à absolvição pelo crime de latrocínio tentado, o Tribunal agiu dentro de sua esfera de competência e a decisão deve ser (como foi) cumprida. Porém, determinar que se instaure contra os réus processo por crime de homicídio tentado foi um equívoco, para não dizer um *error in iudicando*. Até porque, o recurso foi exclusivo dos réus, não sendo admissível uma reforma que não seja aquela pedida. Ou dá o que os réus pediram ou deixa como está, porém, jamais piorar, de qualquer modo, sua situação jurídica (*cf.* art. 617 do CPP). Na medida em que dá provimento aos embargos infringentes, porém manda processar os réus por outro crime, julga *ultra petita*.

Os réus já foram absolvidos pelo fato ocorrido na vida e que foi objeto do processo, fazendo operar, assim, a coisa julgada. Dar uma nova roupagem

---

[46] Confronte, para tanto, esta passagem lúcida feita pelo Dr. MARCELO ABELHA, em sua obra "*Elementos de Direito Processual Civil*", 1ª. edição, São Paulo, RT, 2000, v. 2, p. 279, afirmando que "*Por intermédio desse preceito fica extremamente clara a opção política do legislador, de que, 'com a sentença definitiva não mais sujeita a reexames recursais, a res in iudicium deducta se transforma em res iudicata, e a vontade concreta da lei, afirmada no julgado, dá ao imperativo jurídico, ali contido, a força e autoridade de lex specialis entre os sujeitos da lide que a decisão compôs'.*

(*) Este fato é verídico e foi vivido pelo autor na comarca de Cachoeiras de Macacu no interior do Estado do Rio de Janeiro em 1996.

jurídica ao fato é criar uma instabilidade social aos acusados, agora absolvidos pelo Tribunal, deixando-os na eterna incerteza de quando aquele conflito terá fim. No mesmo sentido, não cabe ao Judiciário determinar ao Ministério Público que ofereça denúncia por esse ou aquele fato, em verdadeira afronta ao sistema acusatório e, principalmente, à característica **mor** da jurisdição, que é a imparcialidade do órgão jurisdicional. Na medida em que assim age, compromete sua posição de sujeito processual imparcial.

9º caso: *Tício é processado e julgado pelo crime de roubo simples (art. 157, **caput**, do CP), sendo absolvido. A sentença absolutória transita em julgado. A autoridade policial, através do depoimento de várias pessoas que não prestaram depoimento nos autos do inquérito e, muito menos, no processo, porém, compareceram à delegacia, espontaneamente, verifica que, na verdade, houve emprego de arma de fogo por parte de* **Caio**, *que ameaçou a vítima enquanto Tício subtraía a res, inclusive, logrando êxito em localizar a arma na residência de* **Caio**, *sendo este reconhecido pelas testemunhas.*

Diante dessas peças de informação, a autoridade policial remete as mesmas para a Vara Criminal onde *Tício* foi julgado e o juiz dá vista ao Promotor de Justiça para que adote as providências que entender cabíveis.

Pergunta-se: pode o Promotor de Justiça oferecer denúncia, pelo mesmo fato, em face de *Tício* e **Caio**, porém imputando aos mesmos o crime de roubo com emprego de arma de fogo e mediante concurso de agentes (art. 157, § 2º, I e II, do CP)?

Resposta:

Quanto a *Tício*, nada mais se pode fazer, já há o trânsito em julgado e não pode ser ele chamado para responder pelo mesmo fato. O fato é um só. Se o Estado não identificou e apurou o fato corretamente, estando a decisão acobertada pelo trânsito em julgado, *Tício* está livre das garras da justiça. Do contrário, seria estabelecermos o *bis in idem*. [47]

Entretanto, quanto a *Caio*, nada impede que seja chamado para responder pelo crime de roubo com emprego de arma de fogo e mediante concurso de agentes, na medida de sua culpabilidade. A sentença fez coisa julgada entre as partes para as quais foi dada, ou seja, o Estado-administração (Ministério Público) e *Tício*, mas não para *Caio*. Nesse caso, *Caio* teve o componente subjetivo necessário da co-autoria, qual seja: a resolução comum de realizar o fato, o atuar de cooperação consciente e querida [48]. Portanto, deve responder na

---

[47] A expressão *bis in idem* não pode autorizar o entendimento de que deve sempre haver punição (condenação) no primeiro processo para evitar o segundo, mas sim a impossibilidade de novo processo pelo mesmo fato, independentemente do resultado do primeiro.

[48] JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal – parte general*. 4ª. edição, Espanha, Comares, 1993, p. 618.

medida de sua culpabilidade. Enténder que *Caio* não pode ser processado pelo crime que cometeu é garantir sua impunidade, fim este não visado pela coisa julgada. A coisa julgada é medida de garantia, e não de impunidade àquele que não foi julgado (*cf.* nota n.° 38, *supra*).

10° caso: *Tício é investigado em regular inquérito policial pela prática do crime de furto qualificado, mediante rompimento de obstáculo, porém não há o laudo de exame de corpo de delito, mas sim os depoimentos do lesado e de três testemunhas comprovando o rompimento. Concluído o inquérito, o Ministério Público denuncia Tício pelo furto simples, entendendo que o exame de corpo de delito, comprovando o rompimento, era indispensável e, portanto, nada menciona quanto à qualificadora. O juiz recebe a denúncia e silencia quanto à qualificadora. No curso da instrução, o laudo chega aos autos, comprovando o rompimento de obstáculo.*

Pergunta-se: pode o Ministério Público aditar a denúncia para incluir a qualificadora do rompimento de obstáculo, considerando ser o laudo prova nova?

Resposta:

A resposta é negativa. Não há, no processo penal, hierarquia entre as provas, ou seja, uma prova não vale mais do que a outra. O Ministério Público tinha em mãos provas que autorizavam o oferecimento de denúncia pelo furto mediante rompimento de obstáculo e não utilizou, acarretando, assim, o arquivamento implícito-objetivo do tipo derivado (rompimento de obstáculo) do inquérito policial. O laudo, surgido no curso da instrução, não é considerado *substancialmente* prova nova, mas sim, *formalmente*, o que significa dizer: não altera o quadro probatório do processo a ponto de ser considerado prova nova. A prova da qualificadora já constava do inquérito e não foi utilizada.

O princípio reitor para o Ministério Público oferecer denúncia é o do *in dubio pro societate*, ou seja, na dúvida, diante das provas contidas no inquérito, deve resolvê-la em favor da sociedade, denunciando o indiciado.

Assim, houve o arquivamento implícito-objetivo do elemento derivado do tipo e o laudo constitui prova nova formal, e não substancial [49].

Do contrário, havendo prisão em flagrante delito pela prática do crime de homicídio e não havendo, ainda, laudo nos autos do inquérito, não se poderia oferecer denúncia com base nos outros elementos de prova constantes dos autos, o que constituiria verdadeiro absurdo.

---

[49] *Cf.* para melhor esclarecimento sobre o conceito de prova substancial e formalmente nova, a obra do autor citada na nota n.° 5 em sua p. 117.

XI. Conclusão

É chegada a hora de fazermos uma conclusão do trabalho apresentado com o escopo de sintetizarmos nossa posição.

1. O processo penal moderno tem uma função nitidamente garantista, visando assegurar ao acusado todos os direitos previstos na Constituição, não havendo mais espaço, dentro do Estado Democrático de Direito, para o processo punitivo exclusivista, ou seja, aquele que, a todo custo, procurava um culpado, fosse ele quem fosse, visando cercear-lhe a liberdade sem assegurar os direitos fundamentais.

2. O sistema acusatório é a base de todo o sistema processual penal democrático onde o juiz é afastado da persecução penal, sendo-lhe vedado agir *ex officio*. Portanto, qualquer alteração na peça exordial, seja de fato, do sujeito ou de elementos agregadores do fato (tempo, lugar, horário, data), somente poderá ser feita pelo titular privativo da ação penal pública: o Ministério Público. Trata-se de uma garantia do acusado, visando resguardar a imparcialidade do órgão julgador.

3. O ônus da prova no processo penal, diante da regra inserta no art. 5°, LVII da CRFB, é exclusivo do Ministério Público, ou seja, o fato ocorrido no mundo dos homens deve ser trazido, em sua integralidade, para o objeto do processo, sob pena do réu, se absolvido for por sentença trânsita em julgado, não poder ser chamado novamente para responder pelo mesmo fato. Se algum pedaço do fato for excluído da denúncia, somente poderá ser trazido para os autos mediante provas novas e o ônus é todo do Ministério Público.

4. O princípio da correlação entre acusação e sentença é regra que deve ser observada, a fim de impedir que o juiz julgue *ultra*, *citra* ou *extra petita* respeitando, assim, o direito ao contraditório e à ampla defesa. O réu não pode ser surpreendido com condenação por fato diverso do que consta na denúncia.

5. O direito de defesa deve ser efetivo, ou seja, a defesa técnica é irrenunciável e isto significa que o defensor não pode ser privado do exercício pleno dos direitos previstos na Constituição, assegurando ao acusado que o juiz não conhecerá de fatos que não constem da peça exordial, pois se o réu não exerceu o contraditório sobre aqueles fatos discutidos na instrução, porém

que não constam da denúncia, o defensor deve impugnar o *decisum* através da medida judicial cabível, inclusive, contra a própria vontade do réu. O contraditório é sobre os fatos contidos na denúncia e não sobre os fatos discutidos na instrução.

6. O objeto do processo penal é a pretensão processual penal que veicula a acusação, traduzida esta na imputação + pedido. O fato que serve de suporte à imputação, ou o fato que é imputado, é o fato da vida, o acontecimento histórico e que deve estar devidamente individualizado na denúncia, sob pena de não poder ser objeto da sentença sem o aditamento da denúncia.

7. A coisa julgada é um instituto de garantia de todo e qualquer indivíduo processado de que, uma vez decidido o litígio pelo Estado-juiz, o mesmo não poderá mais ser discutido, assegurando, assim, a paz e a tranqüilidade social. O *ne bis in idem* é medida de garantia do acusado.

8. As regras previstas nos arts. 384 e seu parágrafo único e 385, ambos do CPP, são inconstitucionais, pois permitem que haja acusação implícita e que o juiz conheça de circunstâncias que aumentam a pena sem que constem da acusação.
Assim, havendo alteração fática face à presença de elementos que integram o fato, porém que não constam da denúncia, deverá a mesma ser aditada pelo órgão acusador, fique a pena menor, igual ou maior. Não importa. O réu tem o direito de se defender dos fatos descritos na denúncia e não da capitulação jurídico-penal dada aos fatos.

Obs.: O trabalho acima apresentado está sujeito a alterações pelo simples fato de seu autor continuar estudando a matéria e, principalmente, por estar aberto às críticas construtivas que possam ser feitas pelos leitores.

Rio de Janeiro, 03 de novembro de 2000.
20:30 h

Bibliografia:

1. Abelha, Marcelo. *Elementos de Direito Processual Civil*. 2ª. edição, São Paulo, RT, 2000, Vol. I.

2. Badaró, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Correlação entre Acusação e Sentença*, São Paulo, RT, 2000.

3. Barroso, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 3ª. edição, Rio de Janeiro, Saraiva, 1999.

4. Beling, Ernest. *Derecho Procesal Penal*. 1ª. edição, Argentina, DIN, 2000.

5. Carnelutti, Francesco. *Las Miserias Del Proceso Penal*. Buenos Aires, EJEA, 1959.

6. Carvalho, Amilton e Salo de. *Aplicação da Pena e Garantismo*. 1ª. edição, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001.

7. Colomer, Juan-Luis Gomez. *El Proceso Penal Alemán - Introducción y Normas Basicas*. 1ª. edição, Barcelona, Bosch, 1985.

8. Fausto, Boris. *História do Brasil*. 6ª. edição, São Paulo, Universidade de São Paulo, 1999.

9. Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón*. 3ª. edição, Madrid, Trotta, 1998.

10. Grinover, Ada Pellegrini. *Eficácia e Autoridade da Sentença Penal*. 1ª. edição, São Paulo, RT, 1978.

11. Isasca, Frederico. *Alteração Substancial dos Fatos e sua Relevância no Processo Penal Português*. 2ª. edição, Coimbra, Almedina, 1999.

12. Jardim, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 8ª. edição, Rio de Janeiro, Forense, 1999.

13. Jescheck, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal – parte general*. 4ª. edição, Espanha, Comares, 1993, p. 618.

14. Lassalle, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 4ª. edição, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1998.

15. Leone, Giovanni, *Tratado de Derecho Procesal Penal*. 3ª. edição, Buenos Aires, EJEA, 1989, Tomo III.

16. Liebman, Enrico Tulio. *Eficácia e Autoridade da Sentença*, 3ª. edição, Rio de Janeiro, Forense, 1984.

17. Manzini, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. 3ª. edição, Buenos Aires, El Foro, 1996, Tomo IV.

18. Mittermaier, C. J. A. *Tratado da Prova em Matéria Criminal*, 3ª. edição, São Paulo, Bookseller, 1997.

19. Olmedo, Clariá. *Derecho Procesal Penal*. Argentina, Cordoba, 1984.

20. Rangel, Paulo. *Direito Processual Penal*. 3a. edição, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2000.

21. Rangel, Rui Manuel de Freitas. *O ônus da Prova no Processo Civil*. 1ª. edição, Coimbra, Almedina, 2000.

22. Rossi, Vázquez. *Derecho Procesal Penal*. Argentina, Rubinzal Culzoni, p. 106, Tomo I.

23. Roxin, Claus. *Derecho Procesal Penal*. 25ª. edição, Buenos Aires, Del Puerto, ano 2000.

24. Schmidt, Eberhard. *Los Fundamentos Teóricos y Constitucionales del Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1957.

25. Tourinho Filho, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 18ª. edição, São Paulo, Saraiva, 1987, v. 4.

(*) Paulo Rangel é Promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, mestrando em Direito Processual Penal e Criminologia da Universidade Cândido Mendes – Professor de Direito Processual Penal da Universidade Cândido Mendes, da Escola da Magistratura e do CEPAD; autor da obra *Direito Processual Penal*, Editora Lumem Juris, 3ª edição e diversos artigos de doutrina.

RODRIGO TERRA (*)

I.- CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A evolução da civilização tem permitido que as sociedades humanas se organizem de modo a se proteger do arbítrio do rei, instaurando o Estado de Direito, em que se garante ao indivíduo o respeito a prerrogativas elementares de seu patrimônio jurídico, entre as quais se destacam os direitos civis e políticos, assim como os econômicos, sociais e culturais. A democracia é o regime de governo que considera a legitimidade institucional dependente da vontade geral. Sem que haja consenso, o pacto social desapareceria e instaurar-se-ia o caos sob o império do arbítrio, *i.e.*, a Lei da Selva. Para garantir que isso não aconteça, o aperfeiçoamento institucional da democracia tem erigido valores superiores da humanidade ao patamar de *jus cogens*[1], *i.e.*, princípios imperativos de Direito que os Estados não podem deixar de observar, no sentido de que nem mesmo a reiterada prática contrária a eles possa jamais levar a sua abolição.

Dentre estes valores, destaca-se a dignidade que vem recebendo especial tutela de variados ordenamentos jurídicos. No Brasil, a Constituição da República fundamenta-se na dignidade da pessoa humana, na prevalência dos Direitos Humanos e veda, ademais, anistia e fiança para crimes de tortura. Garante, também, ao indivíduo preso o direito a ver respeitada sua integridade física e moral e àquele pobre, assistência jurídica gratuita. Finalmente, todos os demais direitos fundamentais porventura não expressamente previstos no Texto Constitucional mas consagrados em Diplomas Legais internacionais estão automaticamente incorporados a nosso Ordenamento por aplicação do art. 5.º, par. segundo da CR.

A realidade fática, porém, exibe outro contexto. A valorização dos direitos fundamentais que ostentamos juridicamente não se coaduna com a dura violação a referidos princípios, o que, por sua vez, indica o desconhecimento da sociedade

---

[1] *'jus cogens, i.e., it is accepted and recognised by the international community of states as a whole as a norm from which no derogation is permitted (...)'*, BRUNO SIMMA, **in** *'The Threat or Use of Force in International Law'*.

civil da *ratio* daquela valorização jurídica: a dignidade é apequenada. As medidas adotadas, com isso, perdem-se no vazio, pois falta a resolução firme (vontade política?) de resolver os problemas que entravam nosso desenvolvimento social. Mas o Estado, que edita a lei, 'faz-de-conta' que pune quem tortura e a sociedade, de seu turno, finge que ignora que haja tortura no Brasil ou até mesmo a aprova em casos específicos.

Pesquisas demonstram que, entre os franceses, 25% se dizem a favor da tortura em casos de narcotráfico, enquanto que 44% aceitariam a brutal prática quando se tratasse de terrorismo. [2] No Ceará, a Caravana da Cidadania, protagonizada pela Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados, constatou que presos em delegacias são submetidos a tratamento cruel e degradante por passarem longos períodos expostos à fome à falta de qualquer alimentação ministrada pelo Estado. [3] Outrossim, praticam-se atentados à dignidade humana em hospícios, onde o totalitarismo instaurado pelo *soit disant* 'saber médico' revoga a possibilidade de alguém exercer sua dignidade.

Neste contexto, apesar da vigência da Lei n.° 9.455/97 há quase quatro anos, até o presente, limitam-se a muito poucos os casos de tortura registrados oficialmente.

A ineficácia da lei em questão deve-se, sobretudo, à tolerância que se dispensa à prática da tortura, que, com efeito, mascara dilema que absorve os habitantes deste planeta, envolvendo o embate de duas forças poderosas, *i.e.*, a da matéria e a dos princípios universais de Direito, como a igualdade, a liberdade e a fraternidade.

Se está certa a lição do filósofo alemão KARL MARX, '*money leads out of any other value*', o objetivo de lucro ditado pela Lei do Mercado exclui qualquer outro valor. Ademais, estimula a ilusão de que a liberdade individual tenha o condão de instituir diferença relevante entre semelhantes, o que motivaria discriminação. Este *ethos*, que resulta na colonização dos egos pela matéria, transformando as pessoas em coisas, ante 'o desmantelamento de componentes estruturais da personalidade', [4] faz ouvidos de mercador para os apelos da igualdade substancial que permeia a vida dos seres humanos na Terra.

Com isso, a discriminação, em contraposição à dignidade, instaura política que, para MICHEL FOUCAULT, em '*A História da Sexualidade*', põe em xeque a existência do indivíduo na qualidade de ser vivo. [5] Outrossim, a mais grave increpação que pesa sobre a matéria, porém, é que, atacando os princípios

---

[2] Números referidos por Maria Elaine Menezes de Faria, Procuradora Federal dos Direitos do Cidadão (MPDF), no Seminário Sobre a Eficácia da Lei da Tortura, ocorrido no STJ, Brasília, DF, em 30/11-1.°/12/00).

[3] Dados proferidos pelo Deputado Federal Marcos Rolim, *ib.id.*

[4] In J. HABERMAS, '*The Philosophical Discourse of Modernity*', ch. XII.

[5] '*For millenia, man remained what he was for Aristotle: a living animal with the additional capacity for political existence; modern man is an animal whose politics calls his existence as a living being into question*', in *La Volonté*, p. 188.

universais de Direito, relega o valor da igualdade a conceito meramente formal e priva o homem de seu acesso à fonte vital, que é o entusiasmo [6] pela realização de um projeto comum.

Por estas e outras razões, a defesa da dignidade da pessoa humana não resulta da vivificação da Lei Maior nem, no caso, da Lei da Tortura, pois esta civilização, cujo postulado maior é a liberdade, não olha com olhos de ver para o sistema de valores consentâneo com a consciência da igualdade substancial como conquista relevante da modernidade. Esta igualdade respeita a individualidade e não a politiza, evitando, por sua vez, a emergência da discriminação e, então, do totalitarismo.

A Lei da Tortura, ainda que editada em 07.04.97, há, portanto, quase quatro anos, não vem incidindo no mundo concreto, o que não ocorre a despeito da disseminada prática deste abuso intolerável. A jurisprudência pátria acerca da matéria é pobre e pesquisas revelam que aproximadamente 70% da população carcerária (hoje, no Brasil, cerca de 220.000 presos) cometeu crimes contra o patrimônio, ao passo que tão-só 214 foram os casos registrados de tortura no Brasil. O objetivo deste ensaio é avaliar alguns dos problemas por que aquela lei 'não pegou', assim como, ao final, apontar algumas soluções que podem contribuir para sua eficácia.

II.- Aspectos Materiais

O dever de regulamentação da Constituição da República *vis-à-vis* a criminalização da conduta de 'torturar alguém' vinha sendo descumprido em detrimento da vontade do Legislador Constituinte que quis conferir àquela caracter de urgência, erigindo a preceito constitucional a tutela jurisdicional contra esta espécie de crime.

Observe-se, desde logo, que o Brasil está adstrito também em nível internacional a criminalizar aquela conduta, além de abster-se de torturar e invalidar declarações obtidas sob tortura, signatário que é da Declaração Universal de Direitos do Homem e do Pacto Internacional para a Defesa de Direitos Civis e Políticos, o que faz mais grave a omissão do Poder Público quanto à edição da lei referida nove anos após a promulgação da CR/88.

O art. 5.°, inc. XLIII da CR estabeleceu os parâmetros a serem seguidos pelo legislador ordinário, dentre os quais se destaca ser o crime de tortura inafiançável e insuscetível de graça ou anistia.

Neste aspecto, para o professor Luís Flávio Gomes [7], do fato de a liberdade provisória e o indulto não haverem sido expressamente vedados, extrai-se que são permitidos, à luz do princípio da reserva legal.

---

[6] Etimologicamente, do grego *enthousiamos*, de *entheos*, possuído por um deus, inspirado, in *The Concise Oxford Dictionary*, 9th Edition.

[7] Palestra proferida no Seminário sobre a Eficácia da Lei da Tortura, STJ, 30/11/00.

Não parece, *d v*, a melhor posição. É que seria inócuo juridicamente negar o direito à fiança e, concomitantemente, permitir o de liberdade provisória (da mesma forma, com relação à graça, que é o indulto individual, e o indulto). Logo, se o Legislador Constituinte não admitiu a fiança e a graça, seria distorcer sua vontade conceder aqueles outros benefícios, pois atingiriam os mesmos bens jurídicos cuja proteção foi consagrada, incompatíveis, por isso, com o tratamento severo que a Carta Política conferiu à gravidade do crime em questão.

Por outra, finalmente, referida posição consagraria verdadeira contradição sistêmica, pois a liberdade provisória sem fiança estaria permitida, enquanto aquela com fiança – menos gravosa para o Estado – seria vedada, o que, de resto, retiraria a eficácia da própria vedação.

A porosidade do conceito de 'tortura' a que alude o art. 233, ECA (declarado inconstitucional por esta razão), anteriormente invocado para suprir a falta de tipificação do delito em questão, sem, porém, especificar seus elementos constitutivos, à edição da Lei n.° 9.455/97, extinguiu-se, com a definição de seis tipos legais para o crime em questão, cujos núcleos incriminam as condutas de 'constranger' e 'submeter', além de uma omissão própria, combinadas com o elemento normativo sofrimento/padecimento físico ou moral da vítima.

Ainda na esteira dos ensinamentos professados pelo autor referido, em suma, a alínea '**a**' do inc. I do art. 1.° define a 'tortura prova', que é aquela aplicada para obtenção de confissão ou outra prova, cuja ilicitude é, desde logo, incontestável; a alínea '**b**' prevê a 'tortura meio', que se distingue como uma coação para que outrem pratique crime e a alínea '**c**', por sua vez, a 'tortura discriminatória'. Esta seria, para o autor referido, grave defeito da lei, visto que exige uma especial motivação do agente, inviabilizando a persecutio criminis fora das hipóteses expressamente especificadas, não tendo incidência, por exemplo, sobre discriminações sexuais ou por vingança. [8]

Há, ainda, a 'tortura pena' (art. 1.°, II), caracterizada pela aplicação de tortura a alguém sob sua 'guarda, poder ou autoridade'. Neste aspecto, a legislação brasileira incriminou a conduta de atores privados, diversamente de ordenamentos jurídicos estrangeiros que se limitam a tipificar a conduta do agente público. Logo, o conceito de autoridade de fato que alguém exerce sobre outrem estende para o âmbito doméstico a hipótese de incidência desta lei.

Entendem, porém, alguns, [9] que, se o elemento subjetivo de quem inflige tratamento cruel e/ou degradante for o de 'corrigir' ou 'educar', estaria elidida a adequação típica desta conduta, e estariam caracterizados maus-tratos.

---

[8] Art. 1.°, inciso I, alínea c, Lei n.° 9.455/97: 'Constitui crime de tortura: I.- constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental: *c.*- em razão de discriminação racial ou religiosa;'

[9] Posição defendida pelo Des. **Nilton João Macedo** (TJSC) no Seminário sobre a Eficácia da Lei da Tortura, STJ, 30.11.00.

A melhor posição, *d v*, é a que advoga que a previsão expressa de que a tortura a alguém sob sua autoridade de fato 'como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo' está criminalizada revela inequívoca intenção do legislador de alcançar conflitos domésticos, irrelevante jurídico-penalmente, por isso, o, de resto, intangível subjetivismo de que estejam imbuídos os, *v.g.*, membros da entidade familiar ao perpetrar a conduta tipificada. De qualquer forma, a violência é incompatível com propósitos educativos.

O repugnante caso da babá que desferia bofetões contra indefeso bebê de 18 meses sob sua autoridade 'para fazê-lo comer', recentemente veiculado na mídia nacional, é ilustrativo da hipótese, visto que, confrontada com a eloqüência de sua imagem infligindo tratamento cruel e/ou degradante à criança, justificou-se: *'eu batia para educar...'* No entanto, a repelência causada pelas cenas que protagonizou clandestinamente a dispensar tratamento desumano a bebê sob sua autoridade de fato indiciam veementemente a prática de tortura conforme definida no dispositivo legal sob exame.

A omissão relevante jurídico-penalmente está tipificada no art. 1.°, parágrafo segundo e é própria, alcançando somente quem tenha o dever jurídico de evitar ou apurar a conduta. Como se sabe, além do dever jurídico, o omitente deve ter também a possibilidade de agir para que seja criminosa a omissão.

O parágrafo terceiro, por outro lado, define causas especiais de aumento de pena, empregando o legislador a expressão 'se resulta' para se referir à ocorrência de lesão corporal grave ou gravíssima, assim como morte, em razão de tortura, o que indica que o autor responde por dolo na conduta antecedente, *i.e.*, no ato de torturar e por culpa no resultado subseqüente (*praeterdolo*). Desnecessário observar que se houvesse dolo dirigido a este resultado, o crime seria homicídio (ou lesão corporal) qualificado pela tortura.

A perda do cargo, por outro lado, decorre da condenação segundo disposição clara de lei (art. 1.°, parágrafo quinto: 'a condenação **acarretará** a perda do cargo'... grifo nosso), não assistindo razão, *d v*, aos que sustentam tratar-se esta de 'efeito secundário da condenação' e não pena automática, daí por que exigir fundamentação judicial para ser imposta.

É que a inteligência da prescrição em exame dita que é talvez até mais importante aplicar a perda do cargo que a privação de liberdade quando servidor público se prevalece do mesmo para torturar alguém. O *terror branco*, 'aquele terror que, no dizer do magistrado francês Louis Proal, se disfarça de perseguição legal e é mais odioso que o veneno das serpentes, porque reúne a hipocrisia à iniquidade', [10] foi, com razão, energicamente repelido pela Lei da Tortura.

A corroborar referido entendimento, o dispositivo legal em exame instituiu regime de impedimento legal para o exercício de função pública por tempo determinado a servidor que pratique tortura, ao declarar que, além da perda do

---

[10] In *Um Atentado à Liberdade*, p. 115, Evaristo de Moraes Filho.

cargo, função ou emprego público, sujeita-se o mesmo a 'interdição para seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada'.

Isto significa que o servidor público que pratique ato de tortura contra alguém não só deve perder o cargo como efeito imediato da condenação, mas que tampouco pode vir a exercer qualquer outra função pública por período duas vezes mais longo que a pena privativa de liberdade aplicada.

Por estas razões, salta aos olhos que esteve o legislador ordinário determinado a banir do serviço público quem seja condenado definitivamente pela prática do crime de tortura, o que, com efeito, é absolutamente incompatível com o entendimento que relativiza a decretação da perda do cargo.

Quanto ao parágrafo sétimo do inc. I do art. 1.°, que prevê o regime prisional como inicialmente fechado, não incorporou o legislador ordinário ao elenco de restrições que recaem sobre quem tortura a vedação da progressão de regime prisional, diversamente da regulamentação dos crimes hediondos (Lei n.° 8.072/90, art. 2.°, § 1.°), também objeto da preocupação do Legislador Constitucional.

Evidentemente, não assistiria razão a quem defendesse que o regime prisional em tela não pudesse progredir em razão da vedação da progressão para os crimes hediondos, visto que, à ausência de previsão expressa naquele sentido na Lei da Tortura, esta posição violaria o princípio da reserva legal, segundo o qual 'não há crime sem lei anterior que o defina', assim como a proibição de interpretar a lei penal para agravar a situação do réu (*analogia in mallam partem*).

III.- Aspectos Processuais

Preliminarmente, se o sistema processual penal de investigação policial padece de prolongada e progressiva ineficiência (estatísticas demonstram que menos de 10% dos crimes registrados são elucidados), a apuração do crime de tortura, em grande parte cometido por agentes públicos, é prejudicada, ademais, por não contar com o empenho destes mesmos agentes rendidos ao espírito de corpo.

Passando-se ao tema da prova no crime em questão, recai esta em grande parte sobre a pessoa da vítima. Sua palavra, ainda que recebida com a reserva de sua qualidade de vítima interessada no desfecho da causa, exerce importante influência na formação do convencimento judicial por se tratar de crime clandestino, aquele cometido às escondidas, a que virtualmente ninguém tem o poder de testemunhar.

Também relevante é a inspeção técnica especializada (AEC e AECD) a que se submete a vítima, pois, ainda que não comprove a existência do crime pela constatação exclusiva de lesão, poderia determinar que haja indícios de tortura. A quesitação específica no sentido de atestar a existência destes, assim como relativamente a todas as circunstâncias elementares do crime, exploraria bem o

potencial da perícia médico legal como prova, além de orientar o médico legista no sentido de correlacionar o histórico alegado com o achado. [11]

Quanto à iniciativa da evidência quando o crime é praticado por agente público e a Autoridade Policial se omite, há quem entenda, com razão, ser a mesma estendida ao MP, em que pese o art. 144 da CR incumbir a apuração de infrações penais à polícia civil. Para isto, o interesse que se pretende tutelar, que se compreende na esfera da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, CR), prevalece sobre o princípio da exclusividade das funções, pois é mais relevante juridicamente (Teoria da Razoabilidade). [12]

Outra questão relativa a prova é o dever legal (e, de resto, internacional) de considerar inválida do ponto-de-vista jurídico qualquer declaração obtida sob tortura. Logo, para que o conteúdo da prova invalidada seja absolutamente excluído da formação do convencimento judicial, o impedimento do magistrado, que haja do mesmo se inteirado, de sentenciar nos autos seria corolário da nulidade daquela declaração.

Esta providência, aliás, consta do projeto de reforma do CPP, entre as quais se destacam ainda a inadmissibilidade de provas derivadas de provas ilícitas e o desentranhamento das provas consideradas ilícitas, relevando também observar que se discute proposta de inversão do ônus da prova em caso de tortura. Com isso, o autor (Estado) não deverá provar que não torturou – fato negativo – mas que adotou determinadas providências dirigidas a assegurar a inocorrência da prática proibida, *i.e.*, prévio exame médico por ocasião da prisão, soltura ou transferência, além da notificação da prisão e a conferência com advogado.

Quanto à competência para processar e julgar os crimes definidos na Lei n.º 9.455/97, que, aliás, seguem o procedimento sumaríssimo previsto na Lei n.º 4.898/65 (Abuso de Autoridade), releva observar que, como a tortura não é definida no CPM, e sim na lei penal comum, a Justiça Militar é incompetente para fazê-lo por atipicidade objetiva (art. 9.º, inc. I, CPM), cabendo à Justiça Comum processar e julgar referidos crimes. Por isso, ainda que a extinção desta justiça especializada em caso de crime comum seja imperiosa para garantir a isenção da prestação jurisdicional e respeitar o princípio da isonomia material, aqui seus efeitos maléficos não se manifestam por força daquela disposição de lei.

Ademais, a fase da *persecutio criminis* anterior à deflagração da ação penal consubstanciada em procedimento administrativo instaurado pela Autoridade

---

[11] Para o médico legista Ricardo César Frade Nogueira, do Instituto Médico Legal/DF, no Seminário referido, 'a impossibilidade de afirmação peremptória da existência de tortura não impede que o médico legista ateste se há indícios da prática deste crime, necessitando, porém, para isto, de responder a quesitação específica que lhe dirija a autoridade'.

[12] Posição do juiz federal da seção judiciária do Rio de Janeiro **Abel Fernandes Gomes**, no Seminário referido.

Policial, hodiernamente tem sido objeto da preocupação de legisladores de variados ordenamentos jurídicos. Percebe-se nítida correlação entre a ineficiência da polícia e o envolvimento de significativa parcela da instituição em ações ilícitas relativas aos atos de investigação (corrupção passiva; concussão *etc*).

Cogita-se, pois, da jurisdicionalização da fase pré-processual, a ser procedida perante um magistrado, um membro do MP e um advogado, para garantir a observância das formalidades legais, assim como impedir a manipulação econômica de referido expediente. A real investigação das denúncias, que é fator necessário para a eficácia da Lei da Tortura, seria outra vantagem advogada pela extinção do inquérito policial.

Quanto ao crime de tortura em si, outra alternativa seria conferir, desde logo, atribuição exclusiva para investigar a prática respectiva a uma comissão permanente formada por um membro do MP, um médico legista, um fotógrafo e testemunhas – um Conselho Jurídico Comunitário [13] – restituindo à investigação o aspecto de seriedade de que não deve prescindir.

Finalmente, sem a instituição da Defensoria Pública em todas as unidades federativas do Brasil, quem não puder pagar honorários de advogado sem desfalque do necessário para sobreviver terá de se socorrer de qualquer causídico que se disponha a representá-lo para a realização válida do ato processual (defensor *ad hoc*). Esta deficiência prejudica a instauração da relação advogado/cliente para que o aconselhamento profissional atenda à substância deste direito do preso. Este é o sentido da previsão do art. 9.° do Pacto Internacional para a Defesa dos Direitos Civis e Políticos, que o Brasil ratificou.

IV.- Considerações Finais

A ineficácia da Lei da Tortura está relacionada com a necessidade de consciência da sociedade civil em geral e dos operadores do direito em especial de que submeter o sistema prisional a exame meramente formal, *i.e.*, negar real vigência aos direitos e garantias fundamentais (Título II, CR) no exercício de suas funções, significa desconsiderar as verdadeiras causas da violência [14] e, sobretudo, permitir-se cooptar pelo *ethos* da Lei do Mercado que advoga a repressão por si só como único instrumento eficaz no combate ao crime. Com isso, a política criminal passa a ser meramente simbólica.

Por outro lado, o enfoque que os meios de comunicação comprometidos com a diretriz econômica procuram emprestar à interpretação dos direitos humanos é o de que implementá-los levaria ao 'absurdo' de se proteger direitos de quem não se inibiu de violá-los ao ofendido, o que significaria conceder a 'bandidos' inaceitável tratamento melhor que os mesmos dispensaram às suas vítimas.

---

[13] Nomenclatura e composição sugeridas por Carlos Cardoso de Oliveira Júnior, Assessor Especial de Direitos Humanos do Ministério Público do Estado de São Paulo, Seminário sobre a Eficácia da Lei da Tortura, STJ, 1.°/12/2000.

[14] Posicionamento da juíza federal da seção judiciária do Rio de Janeiro, Simone Schreiber, no Seminário referido.

Esta proposição, porém, a um só tempo, erige a vingança a objetivo precípuo da atividade jurisdicional, o que não se coaduna com o verdadeiro escopo da jurisdição, que é a composição pacífica de conflitos, e confere à própria instituição do Estado o poder de cometer as mesmas atrocidades que seu aparecimento teve por fim estancar, razão por que deve ser rejeitada.

Mais grave ainda, porém, é a generalização a que aquela distorção conduz quando encerra vítima e 'bandido' em compartimentos estanques e não se detém no contexto em que se verificou a prática criminosa para conhecê-la, entendê-la e julgá-la. 'Bandido', aqui, assume a qualidade de conceito subjetivo cuja definição depende da perspectiva totalitária do soberano [15] e permite a instalação de mais um foco de discriminação.

O pressuposto da prática discriminatória é a irrevogável avaliação negativa que se dedica a alguma manifestação humana, quer de raça, credo, orientação sexual etc. A redução corolário desta prática implica, porém, na renúncia, pelo homem, a seu maior patrimônio, *i.e.*, a possibilidade de realizar sua individualidade que é, necessariamente, única e, pois, irredutível. O não reconhecimento desta igualdade material (intrínseca irredutibilidade/mutabilidade do homem) 'virtualiza-o' no sentido de que passa a ser punido pelo que poderá vir a fazer. [16] Com isso, a tortura se torna irrefragável e sua banalização a eterniza.

Logo, a tolerância relativa à prática de tortura deriva da falta de resolução firme da sociedade civil de enfrentar o problema de violação endêmica de direitos humanos e, sobretudo, da Lei da Tortura. Se, porém, a série de pertinentes sugestões práticas [17] arrolada a seguir for encampada com vontade política de efetivamente transformar a realidade, a eficácia daquela lei, tanto quanto à punição que comina como quanto à inibição da reiteração da nefasta conduta, advirá como conseqüência natural:

- Formulação/implementação de campanha pela erradicação da tortura;
- Difusão de campanha semelhante junto à Polícia, o Ministério Público e o Judiciário;
- Instituição de banco de dados alusivo aos crimes de tortura para traçar estratégias de combate;
- Instituição de grupos de trabalho para desenvolver ações locais;

---

[15] 'O paradoxo da soberania consiste no fato de o soberano estar, ao mesmo tempo, fora e dentro da ordem jurídica', in *Homo Sacer*, 1998, p. 15, GIORGIO AGAMBEN.

[16] Posição defendida por Cecília Coimbra, Grupo Tortura Nunca Mais, no Seminário referido.

[17] Sugestões levadas a público por Carlos Cardoso de Oliveira Júnior, Assessor Especial de Direitos Humanos do Ministério Público do Estado de São Paulo, no Seminário referido.

- Adoção de curso de direitos humanos;
- Evitar a manipulação ideológica dos direitos humanos;
- Enfrentar o problema cultural relativo à proteção dos direitos humanos;
- Constituir no Ministério Público setores voltados para a defesa de direitos humanos;
- Fortalecimento das corregedorias e ouvidorias da polícia, que deverão ser independentes;
- Fortalecimento da polícia técnica para maior rapidez na elucidação de tortura;
- Atribuição do Ministério Público para fiscalizar a polícia na investigação deste crime;
- Criação de defensorias públicas em todos os Estados da federação;
- Aperfeiçoamento dos programas de proteção à testemunha;
- Constituição de comissão permanente para supervisionar a implementação destas sugestões.

Se a realização de um projeto comum recaptura o eterno além do efêmero e, assim, liberta identidades individuais para desenvolver-se e elimina definitivamente o germe do totalitarismo, talvez o que conecte os homens entre si e resulte no reconhecimento da igualdade real seja a aspiração por progresso presente, por exemplo, no entusiasmo pela revolução que será necessária para a formação de uma nova consciência de proteção aos direitos humanos.

Finalmente, uma cultura que pense algo mais em termos de 'ser' e algo menos em termos de 'ter' [18] estabelecerá contato com a natureza irredutível da realidade, correspondendo, ao mesmo tempo, ao conceito de um mundo sem fronteiras.

---

[18] Para Luce Irigaray, *'the safeguard of being rests in the recognition of the existence of two different human beings (...)' (In Practical Teachings: Love - Between Passion and Civility).*

(*) Rodrigo Terra é Bacharel pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro e membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, com mestrado em Direitos Humanos pela *London School of Economics and Political Sciences.*

A dúvida de atribuição e o princípio da autonomia funcional (*)

SERGIO DEMORO HAMILTON (**)

1. A atribuição do Ministério Público viu-se estudada, pela primeira vez, como instituto processual, na segunda metade da década de 70 do século que vem de terminar. (1) Muito embora as diversas leis orgânicas que regeram o Ministério Público Estadual, no decorrer do tempo, fizessem referência ao conflito de atribuições e ao incidente especial da dúvida de atribuição, não se cogitara, até então, tanto quanto foi-me dado saber, de empreender exame a respeito da natureza jurídica da atribuição para o processo penal e civil.

Na verdade, a matéria era, até então, tratada como mero assunto administrativo, que se resolvia na esfera da decisão do Procurador-Geral de Justiça, não se cogitando dos reflexos de tal ato decisório na instância penal. Tudo começava e encontrava deslinde na competência administrativa do *Parquet*. Aliás, foi a partir da meditação a respeito da natureza jurídica da atribuição, vista como instituto processual, que se chegou ao conceito de Promotor Legal, hoje consagrado na Constituição Federal (art. 128, I, "a"). A gênese da teoria foi bem destacada por ROGÉRIO LAURIA TUCCI, (2) *in verbis*:

> "Já nos anos 70 e no início dos 80, suscitavam-na (Teoria do Promotor Legal), entre nós, SERGIO DEMORO HAMILTON e HUGO NIGRO MAZZILI, ressaltando o primeiro que a ausência de uma disciplina legal rígida faz com que muitos autores não meditem, sequer, no assunto com isso fazendo com que a intervenção do Ministério Público nos feitos criminais possa efetivar-se de forma indiscriminada e sem qualquer disciplina jurídica; ou seja, que possa haver a designação de determinado membro da instituição para o ato, sem observância de qualquer critério legal".

(*) Inverno de 2001.

(1) O tema ganhou tratamento em meu estudo "Reflexos da Falta de Atribuição na Instância Penal", in *Revista Forense*, volume 269, p. 11 e seguintes.

(2) ROGÉRIO LAURIA TUCCI, in *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*, pp. 146/7, Editora Saraiva, São Paulo, 1993.

"E procurando definir a figura do 'promotor legal', após asseverar que 'somente o órgão do Ministério Público investido de atribuição é que tem capacidade processual para atuar em determinado procedimento', complementa, *in verbis*: o promotor legal ou o órgão do Ministério Público revestido de atribuição será aquele cuja atuação, nos limites da lei, for fixada pelo Procurador-Geral".

É fácil concluir-se, diante de tal colocação, a importância **processual** do conceito de atribuição, com os seus inevitáveis reflexos para a relação processual válida, seja ela penal, seja ela civil.

2. Nos dias que correm, nossa vetusta Lei Complementar Estadual nº 28, de 21.05.82, confere ao Procurador-Geral o poder de dirimir os conflitos e **dúvidas** de atribuições, entre órgãos do Ministério Público, ouvido o Conselho Superior, se julgar conveniente (art. 10, XXIII).

A Lei nº 8.625, de 12.02.93 (LONMP), ao especificar as atribuições do Procurador-Geral de Justiça, alude àquela de dirimir conflitos de atribuições entre membros do Ministério Público, designando quem deva oficiar no feito (art. 10, X).

Omite, como de leitura fácil, o poder de decisão a respeito da dúvida de atribuição.

Teria havido esquecimento do legislador federal ou, ao contrário, estaríamos diante de uma lacuna desejada ou consciente?

É na busca de uma resposta para tal indagação que tentaremos desenvolver o *thema* relacionado com a sobrevivência ou não da dúvida de atribuição em nosso direito positivo no âmbito do *Parquet*.

3. Em relação ao conflito de atribuições, a matéria vem prevista, de longa data, nas diversas leis orgânicas que regeram o nosso Ministério Público, no âmbito local: Lei 3.434, de 20.07.58 (do antigo Distrito Federal), Decreto-lei 11/75 (pós-Fusão) e, na atualidade, a Lei Complementar 28, de 21.5.82, Lei Orgânica Estadual, entre outras.

Porém, a temática jamais mereceu tratamento processual, ficando sempre relegada à disciplina da lei orgânica respectiva, muito embora os reflexos da decisão que venha a dirimir o conflito de atribuições não se encerrem, necessariamente, no âmbito puramente administrativo, pois, eventualmente, eles terão ressonância na esfera de competência dos juízes. Desde que a atribuição seja entendida como pressuposto processual de validez da instância, tal como procuramos conceituar alhures, [3] já nos anos 70, torna-se indesculpável a omissão das leis de processo na regulação do assunto. Nem mesmo os diversos

---

[3] *Apud op. cit.* in nº 1 dessas notas. Ali, o leitor encontrará o assunto tratado com a meditação e a minúcia necessárias.

anteprojetos que, recentemente, se ocuparam da reforma do processo penal cogitaram do tema. [4]

De qualquer maneira, a questão relacionada com o conflito de atribuições, envolvendo os diversos aspectos em que ela pode ocorrer, já contém farta análise doutrinária, incluindo diversos estudos por parte de colegas da nossa Instituição. [5]

Falta, agora, tratamento legislativo na esfera da lei processual, não se compreendendo o retardo do legislador federal na regulação do conflito de atribuições.

4. Se no que tange ao conflito de atribuições não paira qualquer dúvida quanto ao acerto do seu disciplinamento na esfera administrativa e apenas sobrevive o reclamo por um tratamento processual adequado, o mesmo não pode ser dito em relação à dúvida de atribuição. Esta tem passado despercebida, quase não merecendo abordagem doutrinária.

Nossa lei Orgânica Estadual (Lei Complementar nº 28, de 21.5.82), como já registrado, dela se ocupa no art. 10, XXIII.

Em que consiste a dúvida de atribuições?

Cedo a palavra ao eminente professor PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO: [6]

> "É preciso, desde logo, distinguir dúvida de atribuições do conflito. A dúvida de atribuições ocorreria nas hipóteses em que o membro do M.P. não está certo se deve ou não praticar determinado ato ou até mesmo oficiar no feito, uma vez que tem dúvida se tal situação se encontra no âmbito de suas atribuições. Na realidade, não existe qualquer tipo de conflito, mas, sim, e somente, uma dúvida de atribuição a ser dirimida pelo Procurador-Geral de Justiça. Poucas leis orgânicas dos ministérios públicos estaduais têm previsão expressa da possibilidade de ocorrência de dúvida de atribuições, apesar de, na prática, não ser pouco comum este fenômeno".

---

[4] No estudo que empreendi a respeito do Anteprojeto relacionado com a *Investigação Policial*, tive a ocasião de verberar a omissão no tratamento da matéria. O trabalho em questão pode ser encontrado no *site* "http://www.amperj.org.br/associados/dalla/demoro.htm."

[5] O leitor que deseje aprofundar-se a respeito dos estudos pioneiros sobre a matéria poderá consultar, entre outros, meu trabalho intitulado *"Apontamentos sobre o conflito de atribuições"*, in *Revista de Direito da PGJRJ*, vol. 03, p. 43 e sgts., 1976, bem como: o livro do Professor PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO, *O Ministério Público no Processo Civil e Penal, Promotor Natural, Atribuição e Conflito*, 5ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1995; assim também os artigos de LUIZ FERNANDO DE FREITAS SANTOS, "O Parágrafo Único do Art. 232, do Anteprojeto de Código de Processo Penal e a Independência do Ministério Público", in *Revista de Direito da PGJRJ*, nº 14, p. 69 e sgts, 1981 e, ainda, o estudo do professor AFRANIO SILVA JARDIM, "Conflito de Atribuições entre Órgãos de Execução de Ministérios Públicos Diversos", in *Revista de Direito de PGJRJ*, vol. 32, p. 33 e seguintes, 1990.

[6] PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO, in *op. cit.*, in nº 05 dessas notas, pp. 185/186.

5. Fixados os contornos da dúvida de atribuição, incumbe indagar se ela guarda compatibilidade com o princípio da independência funcional delineado no art. 127, § 1°, parte final, da Constituição Federal, e, como tal, reiterado no art. 1° § único, da LONMP (Lei federal 8.625, de 12.02.93).

A independência ou autonomia funcional significa, no dizer de MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, [7] "que, no desempenho de sua função, os membros da instituição não estão adstritos ao comando de quem quer que seja. Em outras palavras, não pode haver no Ministério Público subordinação hierárquica, conquanto possa e deva haver hierarquia administrativa".

Não discrepa de tal entendimento PEDRO ROBERTO DECOMAIN [8] ao doutrinar o que se segue:

> "A independência ou autonomia funcional significa que no exercício de suas funções institucionais o Ministério Público, assim como cada um de seus integrantes, individualmente considerados, não está jungido a imposições de terceiros, no sentido de atuar desta ou daquela maneira. No desempenho de suas atividades o M.P. não deve obediência a terceiros, estando vinculado apenas aos fatos e às normas jurídicas que, segundo sua interpretação, devam regê-las".

No mesmo sentir situa-se a posição de HUGO NIGRO MAZZILLI [9] quando, ao deter-se no exame da autonomia funcional da Instituição e dos seus agentes, põe em destaque que os membros do Ministério Público no desempenho de suas funções não estão subordinados a qualquer órgão ou poder, submissos que estão, tão somente, à sua consciência e aos limites traçados pela lei. E, ainda versando sobre o tema, com base no escólio de EURICO DE ANDRADE AZEVEDO, [10] registra que, mesmo antes da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público já havia adquirido autonomia funcional, merecendo, por tal razão, seus membros a categoria jurídica de agentes políticos, "em situação totalmente diversa dos funcionários públicos em sentido restrito".

Não deixa este último Autor, com fundamento no ensinamento de HELY LOPES MEIRELES, [11] de explicitar o conceito de agente político como sendo "a posição dos agentes públicos investidos de atribuições constitucionais" que, por exercerem funções mais elevadas e complexas, "nos vários âmbitos de poder e

---

[7] MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, in *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, vol. 03, p. 41, 1ª ed., São Paulo, Saraiva, 1994, ***apud op. cit.***, in n° 08, *infra*, dessas notas.

[8] PEDRO ROBERTO DECOMAIN, in *Comentários à Lei Orgânica Nacional do Ministério Público* (Lei 8.625, de 12.02.93), p. 19, Livraria e Editora Obra Jurídica Ltda., Florianópolis – SC – 1996.

[9] HUGO NIGRO MAZZILI, in *Regime Jurídico do Ministério Público*, p. 75, Editora Saraiva, 1993.

[10] EURICO DE ANDRADE AZEVEDO, in *Justitia*, 139/144, ***apud op. cit.***, in n° 9 dessas notas.

[11] HELY LOPES MEIRELES, in *Direito Administrativo brasileiro*, pp. 50/51, 12ª edição, Revista dos Tribunais, 1986, ***apud op. cit.*** in ns. 09 e 10 dessas notas.

diferentes níveis de governo", precisam, necessariamente, do atributo da independência funcional.

6. Uma vez estabelecidos, com nitidez, os conceitos de dúvida de atribuição (4, *supra*) e o de independência ou autonomia funcional (5, *supra*), torna-se possível ensaiar uma resposta à indagação formulada no início do presente estudo: subsiste, ainda, como regra de observância obrigatória, quando for o caso, evidentemente, o disposto no art. 10, XXIII da Lei Complementar Estadual nº 28, de 21.05.82 (LOMP)?

Em outras palavras: pode-se falar de sobrevivência da dúvida de atribuição diante do princípio da autonomia ou da independência funcional consagrado na Carta Política de 1988 (art. 127, § 1º) e na LONMP (art. 1º, § único)?

A resposta só pode ser negativa.

Compreende-se, agora, de forma mais fácil, a razão pela qual a Lei 8.625, de 12.02.93 (LONMP), surgida após a Carta Magna de 1988, ao tratar das atribuições do Procurador-Geral, cogitou, apenas, do conflito, omitindo-se quanto à dúvida (art. 10, X).

Aliás, do ponto de vista ontológico, a dúvida de atribuições sempre pareceu-me uma colocação legislativa de todo equivocada, principalmente se analisada no campo processual. Basta que se faça uma analogia entre a competência do juiz e a atribuição de órgão de atuação do Ministério Público, para que se possa constatar sua aberração. Seria inconcebível que um juiz levasse ao tribunal questão relacionada sobre a dúvida quanto à sua competência para processar e julgar determinado feito, já que ele é o senhor primeiro sobre a sua própria competência. Dizendo de outra forma: é ele quem, certo ou errado, decide a respeito de sua competência e, uma vez que a afirme para a causa penal, desta só poderá ser afastado através da exceção própria (art. 95, II do CPP). Trata-se de pressuposto processual que, se descuidado, poderá acarretar a nulidade do processo (art. 564, I do CPP). Por outro lado, salvante a argüição de suspeição que, por razões óbvias, precede a qualquer outra matéria no processo (art. 96 do CPP), salvo quando fundada em motivo superveniente, trata-se de ato prioritário do juiz, ainda que formulado de forma tácita. Esclareço: ao receber a denúncia ou a queixa, o juiz, *ipso facto*, está reconhecendo sua competência para julgar a ação penal, muito embora não o declare expressamente. Diversamente, caso venha a declinar da sua competência, deverá dizê-lo de forma expressa e fundamentada, remetendo o processo ao juiz que, no seu entender, tenha que conhecer do feito (arts. 108, § 1º e 109 do CPP).

Assim também o órgão do Ministério Público, desde que se entenda a atribuição como pressuposto de validade do processo, jamais poderá pôr em dúvida a sua própria atribuição. Ele é o *dominus* da sua qualidade para atuar no feito, não devendo prestar contas de sua *opinio* a qualquer autoridade, *y compris* o próprio Procurador-Geral.

Parece-me, assim, que, diante da nova ordem constitucional, a dúvida de atribuição não pode subsistir, pois, não há negar, deixou de ser recepcionada pelo Texto Magno.

Deixo, porém, ao juízo e à benevolência dos doutos, cujas críticas esclarecidas acolherei com modéstia e gratidão, o aprofundamento de um *thema* de real interesse para o Ministério Público.

(**) Sergio Demoro Hamilton é Procurador de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.

PARECERES
E
RAZÕES

Agravo de Instrumento impugnando decisão que negou o recebimento de apelo ministerial, sob o fundamento de inexistência de sentença ou, sequer, de processo judicial. Inegável a natureza jurídica de sentença homologatória de que se reveste a decisão que chancelou guarda e alimentos, embora nula, face à ausência de intimação do Parquet, bem como pela ausência da assistência dos pais do "alimentante", sendo este menor púbere. Injustificável o não recebimento do apelo.

Excelentíssimo Senhor Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Proc. 5161/2000

O *Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, pelo Promotor de Justiça signatário, no uso de suas atribuições legais, com fundamento no artigo 522 e seguintes do Código de Processo Civil, vem interpor o presente

AGRAVO DE INSTRUMENTO

contra o respeitável despacho do MM. Doutor Juiz de Direito da Vara de Família, Infância e Juventude da Comarca de Nova Friburgo, proferido às fls. 57/58 do procedimento autuado sob o nº 5161/00, deixando de receber o apelo interposto pelo Ministério Público às fls. 16/24, pelos fundamentos de direito que passa a expor :

BREVE HISTÓRICO DOS FATOS

Os fatos que culminaram no presente recurso tiveram início em um ofício de encaminhamento do Conselho Tutelar ao Juizado Menorista desta cidade, dando-lhe ciência dos fatos que envolviam a criança *M.F.C*, filho da adolescente *D.* C.C, menor púbere.

Ocorre que o Ilustre Magistrado, em que pese suas boas intenções em resolver a questão, realizou uma audiência, cuja assentada se encontra à fl. 10, ao total arrepio da legislação vigente, conforme se passa a demonstrar.

Da ausência de intimação do Ministério Público

Ab initio, deixou o Ilustre Magistrado de intimar o membro do *Parquet* para que participasse do referido ato, sem qualquer justificativa plausível e em total dissonância com os seguintes dispositivos constitucionais e legais: art. 129, CRFB,

IX, art. 82, I e 83 do CPC; art. 41, inciso IV, da Lei n.º 8.625/93 e art. 201 da Lei nº 8.069/90, ficando, desde já, consignadas tais violações para efeito de prequestionamento explícito.

Ademais, naquele ato, foi proferida **sentença homologatória** de acordo de guarda e alimentos, tendo os últimos sido assumidos pelo menor púbere R.P. da. S., sem a necessária assistência de seus pais ou de um curador, em flagrante violação ao art. 6º, inciso I; 8º e 384 do Código Civil.

Não obstante, em decorrência do "acordo", saliente-se, devidamente **homologado** pelo Juízo, e repita-se, **sem cientificação do Ministério Público**, foi decretada a **prisão civil** do menor púbere R. P. da. S. por 30 (trinta) dias, sendo esta prorrogada por mais 30 (trinta) dias, conforme se verifica pelo despacho de fl. 17, já do Processo de Execução deflagrado e autuado sob o nº 30.508/00.

A sucessão de equívocos cometidos pelo Ilustre Magistrado prolator do *decisum* guerreado somente chegou ao conhecimento do Ministério Público através da ilustre Promotora de Justiça Titular da Vara de Família que, nos autos da referida ação de execução, verificando a total nulidade do título que ensejara a prisão civil de R. P. da S., o qual já se encontrava em liberdade, requereu o desarquivamento dos autos em epígrafe e sua remessa a esta Promotoria da Infância e Juventude.

Nos presentes autos, foi interposto, tempestivamente, recurso de apelação pela Promotora então em exercício neste Órgão Ministerial, tendo o MM. Juiz de Direito Titular da Vara de Família e Infância e Juventude desta Comarca, ao exercer o juízo de admissibilidade do mencionado recurso, *data venia*, de forma inteiramente equivocada, negado seguimento ao mesmo.

DO MÉRITO RECURSAL

Doutos Julgadores, verificando o teor da decisão recorrida, percebe-se, de forma cristalina, que incidiu em erro seu prolator. Senão, vejamos.

Inicialmente, afirma o descabimento do recurso de apelação sob a fundamentação de que não houve a prolação de qualquer sentença no presente procedimento, eis que "sequer processo é".

Ora, Excelências, havendo no presente feito uma decisão homologatória de guarda e alimentos, conforme se infere da simples leitura da Ata de Audiência de fl. 10, e mais, a formação de um título que, embora eivado de total nulidade, resultou na prisão civil de um adolescente, o qual sequer fora assistido ao assumir um ato que poderia lhe acarretar tão sérias conseqüências, **o que seria então o presente procedimento ?**

A informalidade e a celeridade que devem permear os processos e procedimentos atinentes ao Juízo Menorista, em razão da rapidez que se exige em suas decisões, jamais podem servir de palco para arbitrariedades como as vistas neste feito.

Não se pode invocar a ausência de prestação jurisdicional demandada for-

malmente, para que se atropele a legislação vigente, atingindo-se tão nefastas conseqüências como no caso *sub examine*.

Justifica, ainda, o Ilustre Magistrado a ausência de intimação pessoal do Ministério Público no presente feito, ante a presença de representantes do Conselho Tutelar, dizendo apenas ter reduzido a termo a proposta de alimentos feita pelo pai de M. F. C., o que poderia ter se realizado no âmbito do próprio Conselho Tutelar.

Eminentes Julgadores, por mais uma vez equivoca-se o Douto Juiz.

Inicialmente, ao contrário do que relata a confusa decisão recorrida, M. F. C. é a criança que se pretende proteger, sendo seu suposto pai o menor púbere R. P. da S.

É inegável a chancela judicial de que se revestiu o "oferecimento de alimentos" feito pelo suposto pai a seu suposto filho. Ora, tantas suposições são retiradas da malsinada Ata de Audiência, em que o "pai" afirma ter dúvidas quanto à paternidade em tela, comprometendo-se, inclusive, a custear a realização de um futuro exame de DNA.

Verifica-se, portanto, que um menor púbere bem intencionado, disposto a esclarecer a verdade dos fatos, despido da assistência de seus representantes legais, bem como de um advogado, acabou preso por mais de 60 (sessenta) dias, face à assunção de um compromisso ao qual não teria como honrar.

Feitas as considerações supra, desde já apresentando nossas escusas por enfrentarmos, de certa forma, o mérito do apelo não recebido, passamos à análise do juízo de admissibilidade negativo que ensejou a propositura do presente agravo.

Apenas *ad argumentandum*, prevê o art. 198, inciso VII, do ECA, a possibilidade de retratação pelo juízo *a quo*, ante o oferecimento de recurso de apelação ou agravo, antes de determinar a remessa dos autos à superior instância.

Ao que parece, declinou de tal possibilidade o juízo de primeira instância, eis que negou, de plano, seguimento ao apelo ministerial, pelo que passo a enfrentar os requisitos para sua admissibilidade.

Quanto ao tema específico do juízo de admissibilidade, de cunho estritamente processual, em que pese ter enfrentado questões pertinentes ao mérito, a decisão recorrida busca alicerce, exclusivamente, na inexistência de sentença no presente procedimento e, conforme já esposado, questiona até a sua natureza como processo judicial.

Acerca de tão infundadas argumentações, já transcorreu à exaustão o agravante, demonstrando a natureza jurisdicional de que se travestiu o presente feito, por ocasião da realização da audiência que fixou, além da guarda, a obrigação de alimentos que resultou na prisão de um "suposto" pai.

Ora, todos sabemos que, em uma legítima ação de alimentos, mesmo que de oferecimento, é garantido às partes o *due process of law* e todos os seus consectários, sendo que, na hipótese sempre bem-vinda de um acordo, este é lavrado na

presença de um membro do *Parquet*, que vela pela igualdade de tratamento das partes, salvaguardando a correta aplicação da lei.

Ao se corroborar condutas como as que ensejaram tal recurso, bem como o apelo ao qual foi negado seguimento, nega-se vigência ao Estado Democrático de Direito em que vivemos, colocando em risco nossas instituições, sobretudo a Justiça, na qual jamais devemos perder a esperança.

Ante o exposto, requer o *Parquet* o conhecimento e provimento do presente agravo de instrumento, determinando-se a subida dos autos do processo nº 5161/2000 e a conseqüente apreciação do apelo ministerial interposto por este Egrégio Tribunal.

Por derradeiro, integram o traslado as peças seguintes dos autos, que entendemos obrigatórias: **decisão agravada e certidão de intimação** (fls. 57/59); Ofício de encaminhamento do Conselho Tutelar e Registro de Ocorrência do mesmo Conselho (fls. 02/04); Ata de audiência (fl. 10); certidão de autuação do feito, decisão e certidão de arquivamento (fls. 11, 12, 12v. e 13); petição ministerial requerendo o desarquivamento (fl. 14); recurso de Apelação do Ministério Público, instruído com cópias do processo de execução nº 30508/00, que resultou na prisão civil de R. P. da S.

Nova Friburgo, 03 de outubro de 2000.

ÁTILA PEREIRA DE SOUZA
Promotor de Justiça

NOTA: Agr. nº 13.565/2000. A 9ª Câmara Cível do TJRJ, rel. o Des. **Laerson Mauro**, acolheu os termos do recurso. Decisão unânime.

Retificação de registro de nascimento. Adoção. Escritura pública. Averbação dos nomes dos pais dos adotantes. Indeferimento.

5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça-RJ
Apelação Cível nº 4.150/97

Retificação de Registro de Nascimento - Processo nº 0343/95
Juízo de Direito da Comarca de Silva Jardim - RJ.
Apelante: *Noemia de Jesus Souza* (assistida por seus pais)

EMENTA: ***Retificação de registro de nascimento – Adoção – Escritura pública – Averbação dos nomes dos pais dos adotantes – Indeferimento.*** Adoção simples ultimada com base nos artigos 375 e 376, do Código Civil, por escritura pública, não confere direitos só possíveis com a adoção plena (artigo 47, da Lei nº 8.069, de 13.07.90 – Estatuto da Criança e do Adolescente). Impossibilidade, pois, de se deferir pedido de retificação de registro de nascimento para averbar no mesmo, como avós paternos e maternos da adotada, os pais do casal adotante. O pedido da adotada só pode ser acolhido com a observância das regras previstas na Lei nº 8.069/90, como faculta a parte final do seu artigo 40. Outras partes do pedido (averbação do nome da adotada e dos nomes dos adotantes no registro de nascimento da mesma) podem ser satisfeitas com a própria escritura pública de adoção. **Conhecimento** do recurso voluntário interposto, impondo-se, entretanto, o seu **improvimento**.

PARECER

Eminente Desembargador Relator,
Egrégia Câmara:

Cuida-se de voluntário e tempestivo apelo interposto por *Noêmia de Jesus Souza*, assistida por seus pais adotivos (*Euzébio Pinto de Souza* e *Marilza de Jesus Costa de Souza*) e representada processualmente pela ilustrada Defensoria Pública, sendo ela, assim, beneficiária da gratuidade de justiça (fl. 02), inconformada com a respeitável sentença de fls. 10/11, constante do processo nº 0343/95 (retificação

de registro de nascimento), do Juízo de Direito da Comarca de Silva Jardim, por intermédio da qual o ilustre Doutor **Ricardo Alberto Pereira**, eminente Juiz de Direito, julgou improceder o pleito inicial com o qual a ora apelante buscava a prestação jurisdicional para ser averbado, no seu registro de nascimento, o seu verdadeiro nome em face da escritura pública de adoção (fls. 06/06v°), celebrada a 10.08.83, uma vez que antes se chamava *Noêmia Soares* (fl. 04), bem como sejam averbados, ainda, os nomes dos seus pais adotivos e dos genitores destes (*Estevão Pinto de Souza* e *Dionisia Castro de Souza*; e *Benedito Pinheiro da Costa* e *Izaltina Maria de Jesus* – ver fls. 05/05v°) como seus avós paternos e maternos.

1.1 Sua Excelência concluiu, em resumo, ao desacolher o pedido inicial, que: **a)** a hipótese cuida de retificação de registro de nascimento de menor adotada antes da edição da Lei n° 8.069, de 13.07.90, Estatuto da Criança e do Adolescente; **b)** neste caso, há ato jurídico perfeito que deve ser respeitado, pois, na época da adoção em foco, a forma pela qual a mesma foi realizada era permitida e tutelada por lei; **c)** a mudança de nome era permitida por meio de escritura pública, como ocorreu na adoção de *Noêmia*, com base na Lei n° 3.133/57; **d)** o ato já ocorrido na vigência de lei anterior e que preencheu os requisitos legais não pode ser alterado por outra lei, sob pena de se infringir o artigo 5°, inciso XXXVI, da Lei Fundamental; e **e)** na vigência da lei anterior, era permitida, como ainda o é em determinados casos, a adoção por escritura pública, mas tal ato não permitia que se incluísse os nomes dos avós paternos e maternos relativos aos pais dos adotantes, não se podendo, assim, alterar o registro de nascimento, como está pretendendo *Noêmia*, quanto aos nomes dos avós paternos e maternos da mesma.

1.2 Não há custas e nem honorários de advogado ante a gratuidade justiça já mencionada.

2. Nas suas razões recursais (fls. 14/18), capeadas pela petição de fl. 13, a apelante, após fazer interessantes comentários sobre as teorias adotadas pelas Escolas Objetivista e Subjetivista no Direito pátrio, está sustentando a possibilidade de aplicação dos preceitos contidos no artigo 41, § 2°, e no artigo 47, § 2°, ambos da Lei n° 8.069, de 13.07.90, que tratam, respectivamente, do uso do nome e da relação de parentesco do adotado com os pais dos adotantes, ao presente caso, embasando o seu entendimento no artigo 227, § 6°, da Constituição da República.

2.1 Ao final, a apelante espera o provimento do presente recurso, reformando-se a respeitável sentença de primeiro grau, no sentido de ser julgado procedente o pedido inicial, a fim de que possa ser registrada com o seu nome de adotada e com a averbação dos nomes dos seus avós paternos e maternos (genitores dos adotantes).

3. O Ministério Público oficiante junto ao Juízo de Direito da Comarca de Silva Jardim interveio às fls. 20/21, por intermédio do ilustre Doutor *Albino José da Silva Filho*, eminente Promotor de Justiça, tendo ele, ao contrário do que disse o anterior representante do *Parquet* às fls. 07/07v°, opinado, por intermédio de bem fundamentado pronunciamento, pelo não provimento do voluntário recurso

de apelação interposto.

§§§§§§§§§§§§§§§§§§

4. De plano, impõe-se anotar que o voluntário apelo interposto deve ser conhecido, uma vez que, além da tempestividade inicialmente mencionada e da não necessidade de preparo recursal diante da gratuidade de justiça deferida a favor da apelante, presentes estão os demais pressupostos para a sua admissibilidade.

5. Superada a fase de conhecimento e atingidos os pontos nodais ora submetidos ao elevado e autorizado crivo de Vossas Excelências, entendo, com todo o respeito aos argumentos da apelante, que os seus reclamos não são vingáveis, não devendo, assim, ser provido o voluntário apelo por ela interposto.

5.1 Como bem situou o digno representante do Ministério Público junto ao Juízo de primeiro grau, no que foi secundado pelo ilustre Doutor *Carlos Machado Vianna*, ilustre Procurador de Justiça com atribuição perante a Colenda 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça deste Estado, no seu parecer de fls. 25/26, quando se lhe encaminharam, por equívoco, estes autos, a adoção versada neste feito foi ultimada na sua modalidade **simples**, dentro do que era previsto no ordenamento jurídico da época, cujos direitos sucessórios envolvidos são diferentes dos que decorrem da denominada adoção **plena**, alicerçada esta na Lei nº 8.069, de 13.07.90, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente.

5.1.1 Não há dúvida de que o artigo 227, § 6º, da atual Constituição da República, invocado pela apelante nas suas razões recursais (embora tenha indicado, por equívoco, artigo 226), proíbe quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação e garante direitos e qualificações iguais entre filhos adotivos e os havidos ou não da relação do casamento, o que, no entanto, **data venia**, não me parece suficiente para conferir aos limitados efeitos jurídicos de uma escritura pública de adoção (artigos 375 e 376, do Código Civil, e Lei nº 3.133, de 08.05.57) os mesmos alcances jurídicos que ornam uma sentença judicial (artigo 47, da Lei nº 8.069, de 13.07.90), razão pela qual não vislumbro sucesso ao pleito contido na vestibular, uma vez que importaria em conceder direitos à requerente/apelante, não previstos no instrumento jurídico de doação (fls. 06/06vº), mediante um simples pedido de retificação do seu registro de nascimento, como ela está postulando nestes autos.

5.1.1.1 A propósito de tal entendimento, creio que a resposta para a pretensão da ora apelante está na parte final do artigo 40, da Lei nº 8.069, de 13.07.90, quando ressalva a possibilidade da **adoção plena** para os maiores de 18 anos no caso de o adotando já estar sob a guarda ou tutela dos adotantes.

5.1.2 Por outro lado, as outras partes do pedido (averbação do nome da própria apelante e dos seus pais adotivos no registro de nascimento dela – fl. 03) podem ser satisfeitas com a própria escritura pública de adoção (fls. 06/06vº), uma vez que a mesma, como ato jurídico perfeito que é, se apresenta apta a produzir os efeitos legais dela decorrentes.

5.2 Por mais que se disser sobre esta postulação, será quase impossível não esbarrar com o que foi dito pelo Ministério Público nas duas instâncias e pelo preclaro Doutor Juiz *a quo*, motivo pelo qual peço licença a Vossas Excelências para me reportar aos termos das intervenções ministeriais (fls. 20/21 e fls. 25/26) e aos doutos fundamentos da respeitável sentença hostilizada (fls. 10/11), com o objetivo de reafirmar que o não acolhimento do pedido deve ser mantido.

6. Ante o exposto, o órgão do Ministério Público com atribuição perante essa Colenda Câmara entende, como já antecipou, *que o presente apelo voluntário deve ser conhecido, impondo-se, entretanto, o seu improvimento.*

Sub judice.

Rio de Janeiro, 12 de setembro de 1997.

CARLOS DOMINGUES DA VENDA
Procurador de Justiça

NOTA: Não provido por unanimidade na sessão de julgamento realizada em 07.10.97.

Representação de inconstitucionalidade contra dispositivo da Lei Estadual nº 3.459/2000 que tratou da inplantação do ensino religioso nas escolas públicas do Rio de Janeiro. Procedência parcial.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
EGRÉGIO ÓRGÃO ESPECIAL
Representação por Inconstitucionalidade nº 141/00

Representante: Exmo. Sr. Deputado Estadual *Carlos Minc Baumfeld*.
Legislação: Artigos 1°, 2°, 3° e 5° da Lei nº 3.459/2000, do Estado do Rio de Janeiro.

Representação de inconstitucionalidade contra dispositivo da Lei Estadual nº 3459/2000, que tratou da implantação do ensino religioso nas escolas públicas do Estado do Rio de Janeiro. Argüição de vícios materiais e formais. O primeiro deles, fundamentado na consagração do ensino confessional, não é procedente. Consonância, a esse respeito, dos dispositivos representados com a Lei Maior do Estado.

O defeito formal, também argüído, tem consistência no que respeita ao artigo 5° do diploma, cujo texto importou em criar função pública independentemente da iniciativa do Governador do Estado.

PARECER

O Exmo. Sr. Deputado Estadual *Carlos Minc Baumfeld*, valendo-se da *legitimatio* conferida pelo art. 162 da Constituição Fluminense, representou contra a validade dos artigos 1°, 2°, 3° e 5° da Lei nº 3.459/00, que dispôs sobre o ensino religioso confessional nas escolas da rede pública de ensino do Estado do Rio de Janeiro. Transcreve-se o teor da lei objeto da representação:

"**Art. 1°** – O ensino religioso, de matrícula facultativa, é parte integrante da formação básica do cidadão, e constitui disciplina obrigatória dos horários normais das escolas públicas, na educação básica, sendo disponível na forma confessional de acordo com as preferências manifestadas pelos responsáveis ou pelos próprios alunos a partir de 16 anos, inclusive, assegurado o respeito á diversidade cultural e religiosa do Rio de Janeiro, vedadas quaisquer formas de proselitismo.

Parágrafo único – No ato da matrícula, os pais ou responsáveis pelos alunos deverão expressar, se desejarem, que seus filhos ou tutelados freqüentem as aulas de ensino religioso.

Art. 2° – Só poderão ministrar aulas de ensino religioso nas escolas oficiais professores que atendam às seguintes condições:

I – que tenham registro no MEC, e de preferência que pertençam aos quadros do magistério público estadual;

II – que tenham sido credenciados pela autoridade religiosa competente, que deverá exigir do professor formação religiosa obtida em instituição por ela mantida ou reconhecida.

Art. 3° – Fica estabelecido que o conteúdo do ensino religioso é atribuição específica das diversas autoridades religiosas, cabendo ao Estado o dever de apoiá-lo integralmente.

Art. 4°– A carga horária mínima da disciplina de ensino religioso será estabelecida pelo Conselho Estadual de Educação, dentro das 800 (oitocentas) horas- aulas anuais.

Art. 5°– Fica autorizado o Poder Executivo a abrir concurso público específico para a disciplina de ensino religioso, para suprir a carência de professores de ensino religioso para a regência de turmas na educação básica, especial, profissional e na reeducação, nas unidades escolares da Secretaria de Estado de Educação, de Ciência e Tecnologia e de Justiça, e demais órgãos a critério do Poder Executivo Estadual

Parágrafo único – A remuneração dos professores concursados obedecerá aos mesmos padrões remuneratórios de pessoal do quadro permanente do magistério público estadual."

A representação opõe dois óbices à validade do diploma impugnado. O primeiro, de natureza ideológica, sustentando que a permissão do ensino religioso confessional nas escolas públicas importou em violação ao artigo 313 da Constituição do Estado, que só permitiria a veiculação ecumênica do fato religioso. O segundo obstáculo, de índole formal, fala em violência ao monopólio de iniciativa do Governador do Estado, no que respeita aos projetos de lei atinentes à criação de cargos ou empregos públicos.

O parecer inclinar-se-á no sentido da procedência parcial, pelo segundo fundamento.

A inconstitucionalidade material argüída não tem vislumbre de consistência.

O ensino religioso, em sua forma básica, transmite a proposta de artigos de fé. Não se trata de noticiar uma visão sociológica ou historicista do fenômeno religioso; esse noticiamento representaria ensino de Sociologia ou de História, não de Religião.

O ensino religioso fala do estabelecimento de um vínculo de vida (daí o *religare*) com uma proposta salvífica. Não será nunca, por sua natureza, mensagem desinteressada. Ela importa em um projeto existencial para os destinatários. Esse interesse salvífico é inseparável da mensagem religiosa, seu cerne e seu carisma.

A lei representada proíbe o proselitismo, no sentido de recrutamento, com hostilidade por crenças ou adeptos de outras correntes confessionais.

O ecumenismo, ao contrário do que supõe a representação, é confessional, ainda que fechado para todas as formas de fanatismo e hostilização.

O ecumenismo, repita-se, é uma forma de convivência e colaboração interconfessional, não uma doutrina que se oponha ao confessionalismo religioso.

Sob esse aspecto, a Lei nº 3.459/2000 não causa mossa à Constituição Fluminense, sintonizando-se com a convivência ecumênica das diversas crenças.

O confronto situa-se, parece, no artigo 5º do diploma. Começa que o dispositivo importou em criar função pública, independentemente de cargo ou emprego público. Acresce que a categorização do magistério religioso como função pública, nos termos dispostos pelo artigo 112, § 1º, nº II, letra **a** da Constituição do Estado dependeria de iniciativa legisferante do Chefe da Administração, inexistente na espécie.

Opina-se, em vista disso, pela procedência parcial da Representação, para reconhecer vício formal de inconstitucionalidade quanto ao artigo 5º da Lei nº 3.459/00. As demais disposições representadas revelam-se constitucionalmente hígidas. É o parecer.

Rio de Janeiro, 20 de fevereiro de 2001.

CELSO FERNANDO DE BARROS
Procurador de Justiça

Aprovo

JOSÉ MUIÑOS PIÑEIRO FILHO
Procurador-Geral de Justiça

Policiais civis acusados da prática de crimes de tortura. Afastamento judicial provisório do exercício da atividade policial, através de medida cautelar inominada requerida pelo Parquet.

EMENTA: Policiais civis que atuaram na investigação de chacina ocorrida na Baixada Fluminense. Confissões obtidas mediante sofrimentos físico e mental. Imputação à equipe policial do crime descrito no artigo 1° da Lei n° 9.455/97. Diante da gravidade dos delitos e incompatibilidade do exercício da atividade policial, com fundamento no poder geral de cautela (artigo 798, CPC), procedeu-se ao requerimento de medida cautelar inominada, a fim de afastar *judicialmente* os policiais civis das suas atividades.

5ª Vara Criminal da Comarca de Duque de Caxias
7ª Promotoria de Investigação Penal
Inquérito Policial n° 179/99 (Procedimento n° 7.056/99)
Origem: Corregedoria-Geral de Polícia Civil (CGP)

BREVE RELATO DOS FATOS:

No dia 16 de fevereiro de 2001, o Ministério Público, através da 7ª Promotoria de Investigação Penal, exerceu o direito de ação penal, oferecendo denúncia em face de cinco policiais civis, EMDS, LAPD, WAS, JAN e RDP, este último delegado de polícia, imputando-lhes a prática dos delitos descritos no **artigo 1°, inciso I, alínea "a" c/c § 4°, inciso I, da Lei n° 9.455/97, na forma do artigo 69 (três vezes) do Código Penal.**

Segundo restou apurado nos autos do inquérito policial n° 179/1999, instaurado pela Corregedoria-Geral da Polícia Civil, os cinco denunciados estavam investigando o caso conhecido como a "Chacina da Dr. Laureano", em que cinco pessoas, inclusive uma criança, foram vítimas de homicídio qualificado na Comarca de Duque de Caxias.

Durante as investigações policiais, os cinco denunciados, sob a presidência do quinto acusado, que era a autoridade policial, detiveram três pessoas suspeitas, as quais foram as vítimas das práticas de tortura.

No período compreendido entre os dias 20 de julho e 16 de setembro de 1999, as vítimas *AGP*, *EJGP* e *ALP*, após terem sido detidas e conduzidas à 59ª DP, sofreram sofrimentos físico e mental no interior da referida unidade de polícia judiciária, a fim de que confessassem o envolvimento na referida chacina.

A vítima AGP, apesar de não ter sofrido qualquer agressão física, sofreu profundo sofrimento mental, vez que, a todo momento, sofria ameaças de que iria ser pendurada no "pau-de-arara", sendo que foi obrigada a confessar seu envolvimento quando os policiais, através de aparelhos de telefonia celular, simularam que estariam em poder dos familiares daquela, mais precisamente da mulher e filhos.

A segunda vítima, EJGP, que é irmã da primeira, foi detida em sua residência dormindo, sendo levada à 59ª D.P., acabando por levar tapas na face e chutes pelo corpo, em especial na região do joelho, além de golpes conhecidos como "pescoção".

De se registrar, ainda, que estas duas vítimas foram "detidas para averiguações" por volta das 05:00 horas da manhã; no entanto, só entram na cela da carceragem da mencionada DP por volta das 02:00 horas da manhã do dia seguinte, sendo certo que ficaram presas temporariamente, em razão de decretos cautelares, os quais foram obtidos junto ao r. Juízo da 4ª Vara Criminal de Duque de Caxias após a referida "detenção para averiguações".

No tocante à terceira vítima, ALP, esta foi quem mais sofreu, vez que foi pendurada no "pau-de-arara", tendo sido submetida ao "submarino " (saco colocado na cabeça), conhecidas e repugnantes práticas de tortura, além de ter sido agredida mediante tapas e chutes.

É de bom alvitre salientar que esta terceira vítima teve, também, sofrimento mental, haja vista que foi presa cautelarmente no dia **21 de julho de 1999**, sendo que somente foi ouvida **formalmente** pela autoridade policial responsável, no caso o 5° *denunciado* (R.D.P.) no dia 16 de setembro de 1999, portanto, faltando poucos dias para expirar o prazo de 60 (sessenta) dias da prisão temporária que já havia sido prorrogada, conforme evidenciado no auto de qualificação desta vítima.

Após as sessões de torturas sofridas pelas três vítimas, o inquérito policial n° 733/1999 foi encaminhado ao r. Juízo da 4ª Vara Criminal de Duque de Caxias, instaurando-se o processo-crime n° 14.808/99, tendo as três vítimas, acusadas neste processo, sido **impronunciadas** pelo magistrado Dr. **Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho**, acolhendo a manifestação ministerial subscrita pelo Promotor de Justiça, Dr. *Luciano Lessa Gonçalves dos Santos.*

Estes foram os fatos descritos na exordial acusatória, ora **resumidos**, sendo que inúmeras diligências foram requeridas na cota ministerial, cujo teor deixo de registrar a fim de não cansar o leitor, apresentando apenas o requerimento de *medida cautelar inominada,* senão vejamos:

> "**3.11)** Seja com fundamento *no artigo 3°, parte final, do Código de Processo Penal c/c artigo 798 do Código de Processo Civil, concedida*
>
> *MEDIDA CAUTELAR INOMINADA,*

visando *o afastamento judicial provisório* dos cinco denunciados de suas funções até que seja proferida sentença com trânsito em julgado, em razão dos fundamentos de fato e de direito a seguir expostos :

Inicialmente, pode-se afirmar, até com certo teor crítico, que nosso vetusto Código de Processo Penal não possui, ao contrário do Código de Processo Civil, um capítulo destinado exclusivamente ao *processo penal cautelar*, apesar de algumas medidas cautelares típicas e nominadas encontrarem-se previstas no diploma processual penal, como, por exemplo, as prisões em flagrante, preventiva, decorrente de decisão de pronúncia – havendo controvérsia quanto à natureza desta última – a fiança, que é uma medida de contra-cautela, além de medidas assecuratórias, dentre outras cautelas.

Ora, não há dúvidas de que o processo penal não pode ficar adstrito apenas às medidas cautelares previstas no seu respectivo diploma, até porque, como é cediço, o legislador, por mais preciso e cuidadoso que seja, dificilmente, senão impossível, conseguirá prever todas as hipóteses ensejadoras de medidas cautelares, como parece ser lógico.

Na esteira deste raciocínio, pode-se afirmar, com plena segurança, que o Juízo Criminal, da mesma forma que o Juízo Cível, necessita de concentrar em sua competência o *poder geral de cautela*, sob pena de, em determinadas situações concretas, ter que adotar uma medida cautelar nominada e típica, pois prevista no Código de Processo Penal, *porém muito mais gravosa* para o réu ou indiciado ou simples investigado do que propriamente se lhe fosse possível aplicar uma medida cautelar inominada, atípica, porém suficiente para assegurar a efetividade do processo penal cognitivo.

Sequer pode-se afirmar que o *poder geral de cautela* não pode ser aplicado ao processo penal, vez que o respectivo diploma legal não contém qualquer disposição neste sentido.

Ora, o *artigo 3°, parte final, do Código de Processo Penal*, é categórico em admitir a aplicação subsidiária dos artigos do Código de Processo Civil ao processo penal; sendo assim, no caso, não há qualquer óbice em se aplicar *o artigo 798 do Código de Processo Civil.*

Frise-se, ainda, que não se trata da utilização do método de integração consistente na *analogia*, mas sim dos *princípios gerais do direito*, os quais são aplicáveis tanto aos processos civil quanto penal, vez que, segundo o festejado processualista FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, em sua indispensável obra *Processo Penal*, volume 1, Editora Saraiva,

> *"(...) Direito Processual Civil e Direito Processual Penal não passam de faces de um mesmo fenômeno, ramos de um tronco que cresceu por cissiparidade".*

Portanto, não há dúvidas de que os processos penal e civil decorrem de uma mesma principiologia, tanto que se tem a *Teoria Geral do Processo*, cujas noções são imprescindíveis até para se chegar ao conhecimento pleno dos processos civil e penal, que tem como maior diferenciador a pretensão deduzida em juízo.

Em sendo assim, na esteira destas preliminares noções, pode-se concluir que há princípios e institutos gerais, aplicáveis às duas espécies de processos; no caso, como o Código de Processo Civil possui uma verdadeira sistematização de suas normas, ao contrário do Código de Processo Penal, acaba aquele servindo de fonte suplementar, conforme autoriza o artigo 3° deste último diploma legal.

A respeito, convém trazer à colação as lições sempre precisas do mestre JOSÉ FREDERICO MARQUES, em sua obra *Elementos de Direito Processual Penal*, Editora Forense, *in verbis*:

> *"(...) Em face do que dispõe o artigo 3°, quando admite os suplementos dos princípios gerais do direito. É claro que dentre esses princípios, devem ocupar o primeiro lugar os de Direito Processual, que, por ser unitário, está formado por normas e regras contidas em ambos os seus ramos: e como o processo civil é a parte tecnicamente mais aperfeiçoada do Direito Processual, dele é que são extraídos, em sua maioria, estes princípios gerais (...)".*

Desta forma, não há dúvidas de que, utilizando-se de uma fonte subsidiária, no caso os princípios gerais do direito, perfeitamente possível é a aplicação do artigo 798 do C.P.C. ao processo penal.

Mas poderá o intérprete, sem uma análise mais atenta, alegar que a medida cautelar inominada que ora se requer, qual seja, *o afastamento judicial provisório e preventivo dos cinco denunciados de suas funções*, **viola os princípios constitucionais da legalidade e da presunção do estado de inocência.**

Esta análise desatenta deve ser repudiada, vez que não há qualquer ofensa à legalidade, pelo contrário, está se dando aplicação ao artigo 798 do C.P.C., através do permissivo constante no artigo 3°, parte final, do C.P.P.

Quanto à *suposta* ofensa ao segundo princípio invocado, qual seja, da presunção do estado de inocência, também não merece agasalho, vez que o *verbete n° 09 da Súmula do Egrégio Superior Tribunal de Justiça*, de forma categórica, dispõe:

> *"A exigência de prisão provisória para apelar não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência".*

Ora, se a decretação de prisão cautelar não ofende o princípio da presunção do estado de inocência, até porque são decretadas com outros fundamentos,

dentro de um juízo de probabilidade, sendo certo que a prisão é uma medida excepcionalíssima, com certeza o afastamento provisório dos denunciados de sua funções, que constitui um *minus* em relação às primeiras, também não ofenderá.

O Juízo deve, tão somente, examinar, quando do exercício do *poder geral de cautela*, se a medida cautelar a ser aplicada é *adequada* e *proporcional*, a fim de resguardar o provimento jurisdicional principal e, em especial, garantir a *ordem pública*.

Este é o caso dos autos, senão vejamos:

Conforme se depreende da inicial acusatória, foi imputada a prática de *três delitos de tortura* em concurso material a *cinco policiais civis*, sendo todos de uma mesma equipe policial, à época dos fatos, a qual era chefiada pelo atual delegado de polícia *R. D. P.*, que, segundo o mesmo, tinha plena confiança em cada um, tanto que a maioria exercia a chefia em diversos setores da 59ª Delegacia de Polícia, conforme afirmado por aquele.

Os delitos são de enorme gravidade, tanto que o legislador constituinte, no *artigo 5°, inciso XLIII, da CRFB/88*, conferiu um tratamento mais severo, impedindo a concessão de fiança, graça ou anistia.

Verifica-se, ainda, que as circunstâncias pelas quais os crimes foram cometidos estão a exigir a adoção de uma medida cautelar *menos severa* que a decretação de uma prisão preventiva, haja vista que, *neste momento*, não estão presentes os pressupostos para a decretação da prisão preventiva, pois as vítimas ou outras pessoas não demonstraram que estão sendo ameaçadas, sendo que os denunciados, por serem policiais civis, nos levam à conclusão aparente de que os mesmos, pelo menos neste momento, repise-se, não irão furtar-se à aplicação da lei penal.

Entretanto, a *ordem pública*, esta sim, está a merecer uma maior proteção, mas não necessariamente através do decreto de uma prisão preventiva, que é a medida cautelar mais drástica, mas apenas através de uma medida cautelar mais tênue, no caso o afastamento *judicial* provisório do exercício de suas funções, até porque, enquanto esta lide (*Jus Puniendi* x *Jus Libertatis*) não for dirimida, torna-se *incompatível* o exercício das funções policiais pelos cinco denunciados, colocando em risco não só as investigações policiais, mas, principalmente, a *credibilidade nas mesmas*, as quais servirão de convencimento ao Ministério Público e ao Judiciário, também colocando em risco o próprio provimento jurisdicional.

Será que este afastamento provisório dos denunciados de suas funções não é adequado e proporcional?

Não se pode deixar de consignar, ainda, a fim de esclarecer o r. Juízo, que os policiais civis *W. A. S.* e *L. A. P. D.* foram, recentemente, denunciados pelo Ministério Público junto ao r. Juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de Duque de Caxias, sendo-lhes imputada a prática do **delito de abuso de poder**, tipificado no **artigo 3°, alínea "I" da Lei n° 4.898/65**, vez que, juntamente com o Policial Civil *E. R. M. S.*, atentaram contra a incolumidade física de um *policial militar*.

Como se pode observar, sequer respeitam outros policiais que pertencem à outras Instituições, que dirá o cidadão comum.

No tocante ao **primeiro denunciado** – *E. M. D. S.* – este é o principal suspeito no ***inquérito policial nº 181/99***, instaurado pela Corregedoria-Geral de Polícia Civil, visando apurar as circunstâncias da morte do preso conhecido como *"Mike Tyson"*, sendo certo que há fortes indícios de que o mesmo foi torturado nas dependências da 59ª D.P.

Frise-se, ainda, que o denunciado conhecido como *"Dudu"* é conhecido pelos presos como *"bicho solto"*, no sentido que tem por hábito espancar presos.

Quanto aos outros denunciados, à época, formavam a mesma equipe, sendo pessoas da confiança do delegado de polícia *R. D. P.*, conforme por este afirmado perante o Promotor de Justiça que esta subscreve.

Daí, pergunta-se : a ordem pública não está a merecer uma medida acauteladora ?

Ora, se fossem requeridas as prisões preventivas dos denunciados, certamente os mesmos estariam afastados de suas funções, porém estariam acautelados, restringindo-se a liberdade de locomoção dos mesmos, o que, com certeza, acarretaria conseqüências mais drásticas.

Entretanto, o *Parquet*, **neste momento**, visando assegurar a ordem pública com uma medida cautelar mais branda, porém também eficaz, pleiteia o afastamento judicial provisório dos denunciados.

Mas, certamente, irá se perguntar : Por que não se afasta provisoriamente no âmbito administrativo ?

A resposta parece ser simples.

A *uma*, porque os Poderes, apesar de harmônicos, são independentes entre si.

A *duas*, porque o legislador processual penal, ao permitir ao Juízo a decretação de prisões cautelares, dentro do poder geral de cautela, também admitiu a adoção de outras medidas cautelares inominadas, coma a ora requerida.

A *três*, se o Juízo Criminal pode o mais, que é a decretação de uma prisão cautelar, pode o menos, que é o afastamento provisório, não precisando aguardar manifestação da administração, até porque nosso ordenamento jurídico não adotou o sistema francês do contencioso administrativo, não se precisando esgotar a via administrativa para se recorrer à esfera judicial.

Portanto, pergunta-se : Por que razão o Juízo Criminal teria que ficar adstrito à autoridade administrativa, diante do disposto no *artigo 5°, inciso XXXV, da CRFB/88* ?

A *quatro*, porque cabe também ao Juízo velar pelo respeito aos princípios da legalidade, moralidade e razoabilidade, sendo certo que os três crimes de tortura imputados aos denunciados ferem todos os princípios suso mencionados, inclusive os tão propalados – mas pouco protegidos – Direitos Humanos.

Não se pode deixar de relembrar que as três vítimas ficaram presas durante meses, foram denunciadas pelo *Parquet* e processadas, sendo certo que só ao final da primeira fase do procedimento dos crimes dolosos contra vida é que, felizmente, o *Parquet* e o Juízo não vislumbraram provas para uma decisão interlocutória de pronúncia, acabando por serem impronunciadas.

Como se pode observar, diante das condutas dos denunciados, os quais forçaram as confissões policiais das vítimas com meios utilizados na Idade Média, houve a flagrante violação dos princípios acima elencados, bem como dos direitos humanos, não sendo razoável que os denunciados continuem exercendo suas funções nas delegacias de polícia, enquanto há apuração dos fatos narrados na exordial acusatória, fazendo-se necessário o deferimento do presente requerimento, até porque, caso os cinco denunciados sejam efetivamente condenados, aí com base num juízo de certeza, dever-se-á aplicar o disposto no *parágrafo 5°, do artigo 1° da Lei n° 9.455/97.*

Em sendo assim, como toda medida cautelar, para sua concessão não exige o legislador um juízo de certeza, mas sim um juízo de mera *probabilidade*, sendo uma de suas características, segundo o mestre CALAMANDREI, a *instrumentalidade hipotética*, além da provisoriedade, acessoriedade e preventividade.

Por derradeiro, como é óbvio, o requerimento desta medida cautelar inominada em nada impede que, durante o processo criminal, venham a ser requeridas as prisões preventivas dos cinco denunciados, caso se façam presentes os pressupostos previstos no artigo 312 do C.P.P.

Pede Deferimento.

Duque de Caxias, 16 de fevereiro de 2001.

CLÁUDIO CALO SOUSA
Promotor de Justiça"

(*)A presente denúncia foi recebida pela culta e diligente magistrada Dra. **Carmen Ribeiro Valentino**, titular do r. Juízo da 5ª Vara Criminal da Comarca de Duque de Caxias, que deferiu todas as diligências da cota ministerial, concedendo, inclusive, a medida cautelar inominada requerida.

Autorização para interrupção de gravidez – Gestante menor impúbere – Feto portador de anencefalia – Medida cautelar criminal – Cabimento – Periculum in mora – Atuação do Ministério Público

Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

O *Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, por seus Promotores de Justiça que esta subscrevem, no uso de suas atribuições legais, vem requerer a presente

MEDIDA CAUTELAR COM PEDIDO DE LIMINAR

com fulcro no art. 5°, XXXV, da Constituição da República, art. 3° do Código de Processo Penal e arts. 796 e seguintes do Código de Processo Civil, requerendo seja a mesma recebida, eis que observados os pressupostos processuais e as condições da ação, tanto objetivos quanto subjetivos, pelos fatos e fundamentos jurídicos que passa a expor:

DOS FATOS:

G. R. da S., menor impúbere, com quinze anos de idade, representada por seus pais, requereu ao Juízo Criminal da Comarca de Belford Roxo, através do procedimento n° 20.514, autorização judicial para interrupção da gravidez, eis que constatado que o feto que carrega apresenta quadro de **anencefalia**.

À época da inicial (23.08.99), a gestante, então na 27ª semana de gravidez, havia se submetido a três exames de ultra-sonografia obstétrica, que constataram, inequivocamente, que *"ao corte transversal da cabeça do feto, não evidencia-se desenvolvimento do tecido cerebral (anencefalia)"* (conforme documento em anexo).

Cumpre esclarecer que a anencefalia é um defeito de fechamento da porção anterior do tubo neural, levando à não formação adequada do encéfalo e da calota craniana, de etiologia multifatorial. É, assim, *uma condição incompatível com a vida em 100% dos casos, levando ao óbito intra-uterino ou no período neonatal precoce.*

Cientes da inviabilidade do feto e munidos de solicitação da ginecologista e obstetra que acompanha a requerente, Dra. Ludmila Silva Araújo (CRM 52-52669/2), objetivando minorar o sofrimento físico, moral e psicológico de toda a família, recorreu a gestante ao Poder Judiciário a fim de obter autorização judicial para interrupção da gravidez.

O Ministério Público opinou favoravelmente ao pleito inicial (fls. 26/26-v).

Houve por bem o ilustre magistrado *a quo* indeferir a inicial e extingüir o processo sem análise de mérito, com fundamento nos artigos 295, III, e 297, I, do

Código de Processo Civil, por entender que, tratando-se da hipótese de aborto autorizado pelo art. 128, I, do Código Penal, *"não há necessidade de qualquer ato jurisdicional para que o médico o pratique"*.

Irresignado, o Ministério Público interpôs o recurso de apelação, cuja cópia segue em anexo.

Na tentativa de obter uma resposta jurisdicional mais rápida ao requerimento, considerando que o ilustre magistrado de primeiro grau indeferiu a exordial por entender lícito o aborto, impetrou o Ministério Público *habeas corpus* preventivo em favor da gestante e de sua médica, tombado sob o nº 20.865.

Frustrada, contudo, mais esta tentativa de obter pronunciamento jurisdicional acerca do mérito da questão, tendo o juiz de primeiro grau denegado a ordem a sustentar que, face à licitude da conduta, inexistiria qualquer possibilidade de virem a sofrer coação ilegal, muito menos iminente, de forma a inviabilizar a concessão da ordem.

DO CABIMENTO DA PRESENTE MEDIDA:

O artigo 5º, inciso XXXV, da atual Constituição da República consagra o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, garantindo a todos que qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito será submetida à apreciação pelo Poder Judiciário.

A seu turno, o direito à saúde é garantido pelos artigos 5º, III, e 196 da Carta Magna, que incluem não apenas a saúde física como a mental e atribuem ao Estado o dever de preservá-las.

Face à ausência de previsão de um procedimento específico de jurisdição voluntária na lei processual penal, aplica-se à espécie o artigo 3º do Código de Processo Penal, devendo o aplicador do direito socorrer-se dos princípios gerais para que se garanta à requerente seu direito à tutela jurisdicional.

Aplicável, portanto, por analogia, o artigo 800, parágrafo único, do Código de Processo Civil, tendo em vista a urgente necessidade de provimento jurisdicional de mérito.

DO DIREITO:

O artigo 128 do Código Penal afasta a punibilidade do aborto nas hipóteses de risco de vida à gestante e de gravidez resultante de estupro, sendo, neste último caso, a intervenção autorizada pela gestante ou seu representante legal.

Afastada de plano a hipótese prevista no referido art. 128, II, do CPB, eis que não houve estupro, não se adequa o caso concreto, igualmente, ao inciso I do mesmo dispositivo.

Apesar da tenra idade da gestante, apenas com quinze anos de idade, e do diagnóstico de **anencefalia** fetal, inexiste, até o momento, ao contrário dos argumentos utilizados na fundamentação da sentença proferida nos autos do pro-

cesso nº 20514, risco de vida à gestante em decorrência da continuação da gravidez.

Trata-se, antes, de minorar o sofrimento moral, físico e psicológico da jovem gestante, que sabe que espera uma criança que, com certeza, não sobreviverá mais que poucos minutos após o parto, já que, conforme já esclarecido na exordial, a anencefalia é uma condição incompatível com a vida em 100% dos casos, levando ao óbito intra-uterino ou no período neonatal precoce.

Certamente que, à época do nosso Código Penal, que remonta aos idos dos anos 40, não se poderia diagnosticar com certeza inquestionável que o feto apresentasse anomalia congênita capaz de inviabilizar a vida. É certo, ainda, que o aplicador do Direito deve estar atento às evoluções morais, sociais e científicas da sociedade, de forma a minorar os prejuízos eventualmente provocados pela rígida aplicação de nossa lei, estática por sua natureza.

A tipificação da conduta descrita como aborto no nosso ordenamento jurídico visa a resguardar a vida do nascituro, ainda na fase intra-uterina. No presente caso, faz-se mister indagar se haverá vida a ser protegida, na medida em que o diagnóstico clínico atesta com cem por cento de certeza a impossibilidade de sobrevivência da futura criança. Não se pode, portanto, vislumbrar a existência de vida humana a ser preservada.

Dessa forma, é *necessária, indispensável e urgente* a autorização judicial para interrupção da gravidez da menor G., o que se verifica não apenas pelo simples relato dos fatos, como também pela solicitação da médica ginecologista que acompanha a gestação (fl. 24).

Se não fosse bastante o sofrimento que vem passando a menor gestante, é fato, do qual não se pode fugir, encontrar-se a mesma no sétimo mês de gravidez, o que inviabiliza por completo qualquer possibilidade de apreciação do pedido com o julgamento da apelação interposta, sendo necessário lançar mão dos instrumentos processuais cabíveis à rápida solução do caso.

Assim, presente o *periculum in mora*, vez que, se não concedida a liminar ora pleiteada, a prestação jurisdicional, quando prestada, poderá ser inócua face ao estágio avançado da gestação.

Há que ser ressaltado que a distribuição do pedido de interrupção de gravidez se deu em 23/08/99, logo após o exame datado de 13/08/99 ter confirmado que o feto não possuía pólo cefálico, o que levou a médica que assistia a requerente, em 14/08/99, a solicitar a autorização para interromper a gravidez da menina G.

Todas as possibilidades de minorar o sofrimento da menina foram tentadas; contudo, tendo em vista a omissão do D. Juiz *a quo* em apreciar o mérito do pedido, que se reveste de especial seriedade, não resta outra alternativa senão encaminhar o presente pedido cautelar à superior apreciação desta Colenda Corte.

DA DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA

O festejado constitucionalista JOSÉ AFONSO DA SILVA, em sua obra *Curso de Direito Constitucional* (16ª edição, 1999, p. 206), ao discorrer sobre o direito à vida, leciona:

> *"E, por certo, há casos em que a interrupção da gravidez tem inteira justificativa, como a necessidade de salvamento da vida da mãe, o de gravidez decorrente de cópula forçada* **e outros que a ciência médica aconselhar.**"

Da mesma forma, a jurisprudência tem se mostrado sensível em casos semelhantes, reconhecendo a necessidade de manifestação jurisdicional no sentido de autorizar a interrupção da gestação. Confira-se, a propósito, trechos da sábia decisão proferida pelo Exmo. Juiz de Direito de Campinas, Dr. **José Henrique Rodrigues Torres** (*Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 8, pp. 239/246):

> *"Os diagnósticos de malformação fetal e em especial, aqueles que revelam anencefalia, não são tirados hodiernamente com embasamento em conjecturas nem em hipóteses empíricas nem em mera 'predisposição' hereditária.*
>
> (...)
>
> *E à evidência, o Direito Penal não pode ficar alheio ao desenvolvimento da ciência nem às conseqüentes evoluções históricas do pensamento, da cultura e da ética em uma sociedade de constante transformação.* (...)
>
> *Assim, em situações como a que neste caso é trazida à juízo, as quais reclamam a aplicação das normas penais, não se pode olvidar do avanço científico e tecnológico da medicina, o qual, inexoravelmente, acarreta profundas transformações éticas e culturais na sociedade.*
>
> (...)
>
> *Isso posto, forte no artigo 5, III, no art. 3º do CPP, nos princípios gerais do direito, nos princípios da jurisdição voluntária e nos arts. 1104 e ss. do CPC, os quais aplico subsidiariamente, autorizo a interrupção da gravidez da interessada Janete Ferreira de Aguiar Pupo, mediante intervenção médica. PRIC."*

No mesmo sentido, as seguintes ementas:

> *"Para que se caracterize o aborto, deve o feto expulso ser um produto fisiológico e não patológico. Se a gravidez se apresenta como um processo verdadeiramente mórbido, de modo a não permitir sequer uma intervenção cirúrgica que pudesse salvar a vida do feto, não há de falar-se em aborto, para cuja existência é necessária a presumida possibilidade de continuação da vida do feto."*
>
> (TJSP – AC – Rel. **Adriano Marrey** – *RTJTJSP* 22/487, **apud** *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial* – Ed. Ver. Tribunais, 5ª ed., p. 1654)

> *"**Autorização judicial. Gravidez. Interrupção. Anencefalia.*** Tendo em vista o dever do Estado de assegurar o bem comum, promovendo a saúde e atendendo aos fins sociais da lei, admissível a interrupção da gravidez comprovando-se que o feto é portador de mal formação congênita, caracterizada por anencefalia – ou ausência de cérebro – , afecção irreversível que impossibilita totalmente a sobrevivência extra-uterina, hipótese em que, ao direito da gestante, não cabe opor interpretação restritiva da legislação penal."
>
> (TAMG – AC 219.008-9, Relator **Alvim Soares**, *DJMG* 22.08.96)

DO PEDIDO DE LIMINAR:

Presentes o *fumus boni iuris* — consistente na necessidade de preservação da saúde mental e psicológica da gestante, em detrimento de um feto sem qualquer viabilidade de sobrevivência após o nascimento — e o *periculum in mora* – em decorrência da gestante se encontrar já no sétimo mês de gravidez — requer o *Ministério Público* seja deferida a medida liminar pleiteada, autorizando-se *G. R. da S.* a interromper sua gestação mediante intervenção médica.

Requer, afinal, seja o pedido julgado procedente, confirmando-se a liminar inicialmente concedida, por ser medida de inteira JUSTIÇA.

Rio de Janeiro, 27 de agosto de 1999.

CRISTHIANE BARRADAS ZEITONE
Promotor de Justiça

DAVID FRANCISCO DE FARIA
Promotor de Justiça

Dúvida de atribuição. Ato de improbidade praticado em detrimento de sociedade de economia mista. Atribuição do Ministério Público Estadual. A presença de interesse jurídico da União será valorada por esta após ser cientificada do ajuizamento da ação.

ASSESSORIA DE ASSUNTOS INSTITUCIONAIS
Procedimento administrativo: MP - nº 13.014/00

Referência: *Dúvida de atribuição*
Suscitante: *Promotor de Justiça em atuação perante o 1º Centro Regional de Apoio Administrativo Institucional*

Dúvida de atribuição. Ato de improbidade. Sociedade de economia mista federal. Interesse da União. Atribuição.

É atribuição do Ministério Público Estadual ajuizar, perante a Justiça Estadual, ação que vise à aplicação das sanções previstas na Lei 8.429/92 em razão da prática de atos de improbidade em detrimento do patrimônio de sociedade de economia mista controlada pela União.

Nos atos de improbidade, deve ser aferida a qualidade do sujeito passivo imediato para fins de fixação da competência. Consoante o art. 109, I, da Constituição da República e o entendimento sumulado dos Tribunais Superiores, a simples presença da sociedade de economia mista na lide não fixa a competência da Justiça Federal. A lesão ao patrimônio daquela não causa lesão direta ao patrimônio da União, cabendo a este ente federativo, após o ajuizamento da ação, analisar a presença de interesse jurídico que justifique sua intervenção no feito.

Parecer pela **improcedência da dúvida.**

PARECER

Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça:

I

1. O *Sindicato dos Trabalhadores na Indústria de Destilação e Refinação de Petróleo*

de Duque de Caxias – SINDIPETRO – encaminhou representação ao Ministério Público Federal, noticiando a prática de diversos atos de improbidade em detrimento do patrimônio da sociedade de economia mista *Petróleo Brasileiro S.A.* (fls. 05/12).

2. A representação foi instruída com as peças de fls. 13/118.

3. O expediente foi tombado no âmbito do Ministério Público Federal sob o número 08120.000174/98-41, sendo remetido à Procuradoria da República situada na Seção Judiciária de Campos dos Goytacazes, isto em razão do envolvimento de empresa ali situada, qual seja, E & P – *Exploração e Produção da Bacia de Campos.*

4. Consta, às fls. 125 *usque* 133, termo de ajustamento de conduta celebrado entre o Ministério Público Federal, a *Petróleo Brasileiro S.A.*, a *Agência Nacional de Petróleo* e o *Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis*, o qual abordou questões de natureza primordialmente ambiental, sem adentrar qualquer consideração concernente aos noticiados atos de improbidade.

5. Embasando-se no entendimento preconizado pelo Enunciado nº 42 da Súmula da jurisprudência predominante do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual à Justiça Estadual compete processar e julgar as causas cíveis em que é parte sociedade de economia mista e os crimes praticados em seu detrimento, o Procurador da República em exercício na Seção Judiciária de Campos dos Goytacazes encaminhou o expediente ora em análise ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (fl. 142).

6. Recebidos os autos, o Exmo. Sr. Promotor de Justiça com atribuição em matéria de interesses difusos e coletivos na circunscrição do 1º Centro de Apoio Administrativo e Institucional do Ministério Público suscitou a presente dúvida de atribuição (fls. 145/148). Sustenta S. Exª, em apertada síntese, que, sendo a *Petrobras S.A.* uma sociedade de economia mista controlada pela União, qualquer ato lesivo ao patrimônio daquela refletirá negativamente no patrimônio desta. Assim, conclui que a interpretação sistemática da Lei nº 8.429/92 demonstra que a atribuição e a competência para o julgamento serão perquiridas de acordo com a origem do patrimônio lesado, o que seria corroborado pelo disposto no art. 1º, parágrafo único, do referido diploma legal. No mais, afastando a natureza penal das sanções cominadas pela denominada Lei de Improbidade, S. Exª entende inaplicável o Enunciado nº 42 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

7. A Exma. Sra. Coordenadora do 6º Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça e Defesa da Cidadania, do Consumidor e Proteção do Meio Ambiente e Patrimônio Cultural ratificou a manifestação do suscitante (fl. 06 deste procedimento).

II

8. Como é do conhecimento geral, os órgãos jurisdicionais que compõem a denominada Justiça Federal têm sua competência funcional, em razão da

matéria e da qualidade da parte, disciplinada na Constituição da República, cujo art. 109, I, assim dispõe: *"Aos juízes federais compete processar e julgar: I – as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidente de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho."*

9. A simples leitura do texto constitucional torna clara a omissão às sociedades de economia mista. Em que pese ser voz corrente que as regras de competência estatuídas no texto constitucional devem ser interpretadas restritivamente, a ausência de relevantes distinções de ordem axiológica entre as empresas públicas (abrangidas pelo art. 109, I, da atual Constituição da República) e as sociedades de economia mista ensejou o surgimento de inúmeras controvérsias sobre a competência da Justiça Federal nas causas em que estas figurem em um dos pólos da relação processual ou mesmo quando sejam intervenientes. A diversidade de entendimentos, já existente nos textos constitucionais pretéritos, levou o Supremo Tribunal Federal a editar o Enunciado 556 sobre a matéria: *"É competente a Justiça comum para julgar as causas em que é parte sociedade de economia mista."* O mesmo entendimento foi encampado pelo Superior Tribunal de Justiça, sendo editado o Enunciado 42: *"Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar as causas cíveis em que é parte sociedade de economia mista e os crimes praticados em seu detrimento."*

10. Apesar de não existir qualquer justificativa plausível para a diversidade de tratamento imposta às empresas públicas e às sociedades de economia mista pelo Poder Constituinte originário, a matéria, como se vê, se encontra pacificada junto aos Tribunais Superiores. Estabelecida esta premissa, cumpre declinar sua relevância para o deslinde da questão objeto deste procedimento.

11. Na sempre clara lição do Professor JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, *"as sociedades de economia mista são pessoas jurídicas de direito privado, integrantes da Administração Indireta do Estado, criadas por autorização legal, sob a forma de sociedades anônimas, cujo controle acionário pertença ao Poder Público, tendo por objetivo, como regra, a exploração de atividades gerais de caráter econômico e, em algumas ocasiões, a prestação de serviços públicos"* (**in** *Manual de Direito Administrativo*, 6ª ed., p. 352). Sendo o controle acionário pelo Poder Público verdadeiro elemento integrante da própria concepção de sociedade de economia mista, pode-se constatar que, em qualquer causa em que estejam elas envolvidas, qualquer que seja sua posição processual, ***sempre*** estará presente o interesse de um ente da federação, *in casu*, a União. Tratando-se de lide em que haja interesse patrimonial das referidas sociedades, **sempre** haverá o mesmo interesse por parte do Poder Público, já que sua participação acionária poderá sofrer oscilações, conforme a natureza do provimento jurisdicional que venha a ser proferido. Não obstante isto, optou o Constituinte originário, no que foi seguido pelos Tribunais Superiores, por não inseri-las no rol do art. 109, I, da Constituição da República. Em razão disto, com a devida vênia, não é possível sustentar a tese de que a lesão ao patrimônio das sociedades de economia mista, por acarretar o correlato interesse da União, seja critério *cogente* de fixação da competência da Justiça

Federal e, por via reflexa, da atribuição do Ministério Público Federal.

12. Analisando a competência da Justiça Federal nas causas em que a *Petrobras* figure na relação processual, assim se pronunciou VLADIMIR SOUZA CARVALHO (**in** *Competência da Justiça Federal*, 4ª ed., Juruá, pp. 89/90):

> "No caso da Petrobrás, o interesse jurídico da União, a justificar a sua intervenção no feito, decorre do monopólio constitucional, do conhecimento de todos. Por isso, basta que o Procurador da República assine a petição inicial para que se configure a competência da Justiça Federal. A simples condição de sociedade de economia mista da autora não faz valer a competência da Justiça Federal. Todavia, atribui-se tal competência ao fato de que, obrigatoriamente a União deverá intervir no feito, por se tratar de atividade monopolizada pela mesma como faz ver a Carta Magna. A solução da demanda está ligada intimamente ao interesse da União Federal (Min. **Pádua Ribeiro**, AI 49.018-ES, *DJU* 04.09.85, p.15.696; Min. **Pedro Acioli**, AI nº 50-409-ES, *DJU* 27.11.86, p. 23.370).
>
> Compete à Justiça Federal julgar a ação de desapropriação promovida pela Petrobrás, com assistência da União Federal. O interesse jurídico da União, a justificar a sua intervenção no feito tem assento no preceito constitucional que lhe reserva o monopólio, em todo o território nacional, da pesquisa e lavra do petróleo (Min. **Miguel Ferrante**, AI 48.852-ES, *DJU* 29.05.86, p. 9.173, AI 49.011-ES, *DJU* 12.06.86, p. 10.534, AI 48.852-ES, *DJU* 26.06.86, p. 11.503, AI 50.512-ES, *DJU* 27.11.86, p. 23.388).
>
> A Justiça Federal de primeiro e segundo graus é incompetente para processar e julgar ações intentadas pela Petrobrás, salvo se houver interesse concreto manifestado pela União Federal (Juiz **José Delgado**, AC 2.275-SE, *DOPE* 26.04.90, p. 35)."

13. A técnica legislativa adotada no art. 109, I, da Constituição da República, devidamente integrada pela jurisprudência pátria, denota que, ao interesse público *de natureza federal*, foi dispensado um tratamento dicotômico. Tratando-se de causas em que haja a participação da União, de entidade autárquica ou de empresa pública federal, referido interesse, *a priori*, foi identificado e valorado

pelo Constituinte, sendo fixada a competência da Justiça Federal. Diversamente, nas causas em que as sociedades de economia mista figurem na relação processual, o intitulado interesse público *federal* será discricionariamente valorado pela União, o que será feito *a posteriori*, vale dizer, após o ajuizamento da ação. Em razão disto, contrariamente à primeira posição exposta pelo insigne VLADIMIR SOUZA CARVALHO, não bastará que o Procurador da República "assine" a petição inicial para que seja fixada a competência da Justiça Federal, pois, ainda que a Petrobrás figure em um dos pólos da relação processual, poderá a União, no exercício de seu poder discricionário, não identificar a presença de interesse jurídico que justifique a sua intervenção no feito. À luz do exposto, pode-se dizer, de forma figurada, que a iniciativa do Ministério Público Federal dependerá do "referendo" da União.

14. Corroborando o entendimento preconizado, tem-se o Enunciado nº 517 do Supremo Tribunal Federal: *"As sociedades de economia mista só tem foro na Justiça Federal quando a União intervém como assistente ou oponente."* Assim, não sendo a ação proposta pelo Ministério Público Federal e ainda que seja induvidoso aos olhos do aplicador do direito o interesse da União, será competente, para o processo e julgamento da causa, a Justiça Estadual. No entanto, afigura-se indispensável que a União seja sempre intimada para que esclareça se possui interesse jurídico no feito. Declinado o interesse e ocorrendo a intervenção da União, serão os autos remetidos à Justiça Federal, sendo ali valorada a efetiva existência do mesmo.

15. O art. 1º da Lei 8.429/92 em nada infirma o que foi dito, já que se limita em elencar os sujeitos passivos imediatos dos atos de improbidade. Trata-se de dispositivo amplo, com redação semelhante à que possuía o art. 37, *caput*, da Constituição da República, anteriormente à edição da Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998. É expressa a referência aos atos praticados em detrimento da administração direta ou indireta, estando as sociedades de economia mista inclusas sob esta epígrafe. Sendo mantida a dicotomia entre os interesses da União e os das sociedades que esta controla, não se afigura possível que referido dispositivo seja considerado a pedra angular de uma conclusão dissonante das regras constitucionais relativas à competência da Justiça Federal. E ainda se deve lembrar de que seria de duvidosa constitucionalidade uma norma infraconstitucional que viesse a estabelecer o inafastável interesse jurídico da União, quando uma sociedade de economia mista figurasse na relação processual. Justifica-se a assertiva, pois preceito desta natureza iria elastecer o conteúdo do art. 109, I, da Constituição da República, culminando em retirar da União a discricionariedade que lhe fora implicitamente por ele outorgada.

16. Conforme fora frisado pelo suscitante, *"a ação de improbidade tem por escopo sancionar o agente público desonesto e ressarcir o dano, tendo em vista o ente público lesado."* Na hipótese vertente, o ato de improbidade teria sido praticado em detrimento de uma sociedade de economia mista controlada pela União, a procedência do pedido deduzido em eventual ação redundará na reparação dos danos a ela causados (art. 18 da Lei 8.429/92), e, em que pese o fato de a ação ser

ajuizada em face do agente ímprobo, deverá a sociedade de economia mista ser instada a integrar o pólo ativo da relação processual (art. 17, § 3°, da Lei 8.429/92), o que redundará na aplicação do Enunciado n° 42 do Superior Tribunal de Justiça. Como se vê, não há interesse patrimonial direto da União, o montante fixado a título de reparação deve ser auferido pela sociedade de economia mista e será esta, e não a União, que poderá figurar no pólo ativo da relação processual. Em razão do liame existente entre o agente e o ente lesado, será a competência do órgão jurisdicional fixada em consonância com a qualidade deste. Ainda aqui, corroborando o que já foi dito, ter-se-á a competência da Justiça Estadual. Somente com a ulterior intervenção da União, é que poderá ocorrer o deslocamento da competência para a Justiça Federal.

III

17. Em face do exposto, é o parecer **no sentido de, conhecida a dúvida, declarar a atribuição do suscitante**, devolvendo-se-lhe os autos para que adote as medidas que o caso exige.

Rio de Janeiro, 9 de fevereiro de 2001.

EMERSON GARCIA
Promotor de Justiça
Assistente

De acordo:

FERNANDO CHAVES DA COSTA
Procurador de Justiça
Assessor de Assuntos Institucionais

Aprovo, para, conhecendo da dúvida, julgá-la improcedente e declarar a atribuição do douto órgão suscitante. Devolvam-se-lhe os autos. Publique-se e arquive-se o remanescente.

JOSÉ MUIÑOS PIÑEIRO FILHO
Procurador-Geral de Justiça

Recurso do Ministério Público. Ação de reparação de danos. Autores menores. Acordo extrajudicial. Inexistência quanto aos menores púberes que não participaram do acordo.

Proc.: 26.402
2ª Vara Cível de Jacarepaguá

Recurso de Apelação
Apelante: *Ministério Público.*
Apelados: 1 – *Maria Aparecida Vieira Luiz, Wellington Vieira Luiz, Renata Aparecida Vieira Luiz,* menor púbere assistida por sua mãe, *Maria Aparecida Vieira Luiz* (fls. 47)
2 – *Transportes Barra Ltda.*

RAZÕES DE APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Egrégio Tribunal,
Colenda Câmara,
Douto Procurador de Justiça:

I – *Da legitimidade do Ministério Público e do interesse jurídico*

Trata-se de hipótese de reparação de danos em que há menor compondo o pólo ativo da relação processual, sendo, portanto, obrigatória a intervenção ministerial, a qual se deu até o momento em que foi julgado extinto o processo com base em transação extrajudicial, à qual esta Curadora se opusera por entender que os menores *Renata Aparecida Vieira Luiz* e *Welligton Vieira Luiz* não participaram daquele negócio jurídico (fl. 124).

No presente recurso, está consignado o prejuízo que a decisão recorrida ocasionou aos interesses dos menores, bem como são mencionadas as disposições legais que a decisão contraria, razão pela qual pode e deve o *Parquet* pugnar pela sua reforma, nos termos do art. 499, § 2º, do CPC e da Súmula 99 do Superior Tribunal de Justiça, ressaltando-se a utilidade da providência pedida e a necessidade da via para obtê-la. Assim, cristalinos a legitimidade do recorrente e o interesse jurídico do mesmo.

Neste sentido, trazemos à colação a seguinte ementa de importante decisão do Superior Tribunal de Justiça:

"O Ministério Público, velando pelo interesse de incapazes, pode atuar amplamente, havendo precedente que consagra a possibilidade de o MP suprir as falhas do representante dos incapazes, cabendo-lhe os mesmos poderes e ônus das partes." (REsp 167.727-SP, *DJ* 25/10/1999, Rel. Min. **Carlos Alberto Menezes Direito**)

II – *Da dispensa de preparo e da tempestividade*

Nos termos do art. 511, § 1º, do CPC, são dispensados de preparo os recursos interpostos pelo Ministério Público.

Outrossim, apesar da prerrogativa do prazo em dobro prevista no art. 188, I, do CPC, esta Curadora utilizou o prazo geral previsto no art. 508 do CPC, configurando-se a tempestividade do presente recurso.

III – *Do histórico dos fatos*

Wellington Vieira Luiz, Renata Aparecida Vieira Luiz, assistidos por sua mãe e também autora, *Maria Aparecida Vieira Luiz* propuseram a presente ação de reparação de danos (conforme petição de emenda à inicial – fls. 47/53), postulando, em síntese, indenização por morte do pai dos dois primeiros autores e marido da terceira autora, decorrente de atropelamento por ônibus de propriedade da empresa *Transportes Barra Ltda.* Pleiteiam, principalmente, verbas a título de pensionamento mensal, bem como por dano moral, dentre outras.

A ré argüiu, em sua contestação, preliminarmente, a existência de transação extrajudicial celebrada com a mãe dos autores e na qual teria sido dada irrevogável quitação à empresa-ré, ocasião em que foi paga à mãe dos menores a importância de R$ 5.100,00 (cinco mil e cem reais). Foi juntada cópia autenticada do referido acordo às fls. 90/91. Argumentou a ré que o processo deveria ser extinto com base no art. 267, IV, do CPC. No mérito, contestou a ré as verbas pleiteadas pela parte autora.

A parte autora discordou da preliminar apresentada pela ré às fls. 98/102, alegando que o acordo extrajudicial foi firmado apenas pela autora *Maria Aparecida* e pela empresa ré, consignando, ainda, que os menores não participaram do negócio jurídico e no mesmo não interveio o Ministério Público.

Foi realizada audiência de conciliação e saneamento (fl. 107), na qual não foi possível a conciliação das partes, tendo sido designada audiência de instrução e julgamento para produção de prova testemunhal e depoimento pessoal.

Na audiência de instrução e julgamento, insistiu a parte ré na preliminar da contestação não apreciada pelo Juízo, razão pela qual esta Curadora ressaltou que a menor *Renata* e seu irmão *Wellington* não participaram da transação extrajudicial juntada aos autos, a qual foi celebrada apenas entre a empresa ré e a mãe dos menores, em nome próprio. Além disso, salientou que a pequena quantia

objeto da quitação demonstra que os menores não estavam incluídos na mesma. Por derradeiro, insistiu no prosseguimento do processo com relação aos autores *Renata* e *Wellington*.

Ato contínuo, o Ilustre Magistrado, entendendo que ocorrera a transação extrajudicial entre as partes, abrangendo, inclusive, os menores *Renata* e *Wellington*, julgou extinto o processo sem apreciação do mérito (fl. 124).

IV – *Da fundamentação*

Examinando as cláusulas do malfadado acordo (fls. 90/91), no qual a mãe dos menores recebeu, a título de indenização pela morte do marido, em virtude de atropelamento por ônibus da empresa-ré, a quantia de R$ 5.100,00 (cinco mil e cem reais), verifica-se que:

> - **No item I – PARTES**, foram arroladas as seguintes partes: 1 – *Transportes Barra Ltda.*, "**doravante denominada indenizante de um lado**"
>
> e 2 – *Maria Aparecida Vieira Luiz*, "**doravante denominada indenizada de outro**".

Portanto, constata-se que ***os filhos menores de Maria Aparecida Vieira Luiz, Renata Aparecida Vieira Luiz e Wellington Vieira Luiz, não participaram do negócio jurídico.***

Deve-se ressaltar, ainda, que, na época em que sua mãe celebrou o acordo (em 26/09/1996 – fl. 91), *Renata* tinha 16 anos (certidão de nascimento de fl. 93) e *Wellington* tinha 18 anos (certidão de fl. 92). Portanto, *Renata* e *Wellington* eram menores púberes, conforme dispõe o artigo 6º do Código Civil.

Aos menores púberes, o Direito Civil reconhece certo discernimento e, portanto, é ele quem pratica o ato jurídico, assistido por seu representante legal, na forma dos artigos 84 e 384, V, do Código Civil. Como exemplifica o ilustre civilista CARLOS ROBERTO GONÇALVES, se o ato consistir, por exemplo, na assinatura de um contrato, este deverá conter a assinatura do menor púbere e do seu representante legal (*Direito Civil – Parte Geral*, Ed. Saraiva, 1999, p. 39). Apenas em restritas hipóteses (aceitar mandato, fazer testamento, ser testemunha em atos jurídicos) pode o relativamente incapaz proceder sem a presença de um assistente.

O grande civilista CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA esclarece que:

> "O instituto das incapacidades foi imaginado e construído sobre uma razão moralmente elevada, que é a proteção dos que são portadores de uma deficiência juridicamente apreciável. Esta é a idéia fundamental que o inspira, e acentuá-lo é de suma importância para a sua projeção na vida civil, seja no

tocante à aplicação dos princípios legais definidores, seja na apreciação dos efeitos respectivos ou no aproveitamento e na ineficácia dos atos jurídicos praticados pelos incapazes."

"Os relativamente incapazes não são privados de ingerência ou participação na vida jurídica. Ao contrário, o exercício de seus direitos se realiza com a sua presença. Mas, atendendo o ordenamento jurídico a que lhes faltam qualidades que lhes permitam liberdade de ação para procederem com completa autonomia, exige sejam eles assistidos por quem o direito positivo encarrega deste ofício – em razão do laço de parentesco ou em virtude de relação de ordem civil, ou ainda por designação judicial." (*Instituições de Direito Civil*, vol. I, 18ª edição, Forense, 1999, pp. 168 e 175/176)

Portanto, se os menores púberes *Renata* e *Wellington* tivessem participado do referido acordo, estes deveriam ter sido obrigatoriamente incluídos como partes e deveriam ter assinado o acordo, junto com a mãe. Outrossim, o acordo deveria ter sido submetido à chancela do Ministério Público e homologação judicial.

Contudo, *nada disso ocorreu*. Não temos, na presente hipótese, uma hipótese de invalidade do negócio jurídico. *Verificamos, simplesmente, que o ato não foi praticado pelos relativamente incapazes*. De forma alguma podemos presumir a presença dos menores púberes *Renata* e *Wellington* naquela transação extrajudicial.

Desta forma, é lícito concluir que estamos diante de um *ato inexistente* quanto aos incapazes. Como ensina o renomado civilista e Professor Titular de Direito Civil da UFRJ, FRANCISCO AMARAL:

"Sob o ponto de vista lógico, para que exista um negócio jurídico são precisos certos elementos: manifestação de vontade, objeto e forma. Reunidos, fazem com que a manifestação de vontade passe do universo dos fatos para o mundo do direito. Sem qualquer um deles, o ato é inexistente.

Ato inexistente é aquele que falta um elemento essencial à sua formação, não chegando a constituir-se. É puro fato, sem existência legal."(*Direito Civil – Introdução*, 2ª edição, Renovar, 1998, p. 501)

O conceito clássico da doutrina quanto à transação esclarece que esta é um negócio jurídico bilateral, pelo qual as partes interessadas, fazendo-se conces-

sões mútuas, previnem ou extinguem obrigações litigiosas ou duvidosas.

Como a transação envolve uma renúncia de direitos (art. 1.025 do Código Civil) e tem por objetivo extinguir obrigações, *deve ser interpretada restritivamente*, não comportando interpretação extensiva ou analógica. Neste sentido, dispõe o art. 1.027 do Código Civil que "a transação interpreta-se restritivamente. Por ela não se transmitem, apenas se declaram ou reconhecem direitos".

No caso em tela, não houve nem mesmo manifestação da vontade dos relativamente incapazes *Renata* e *Wellington*. Como esta manifestação da vontade deveria ser **expressa**, sem a exteriorização da mesma estamos diante de uma hipótese de inexistência do ato jurídico quanto aos menores. Neste sentido, dispõe o art. 1.031 do Código Civil que "a transação não aproveita, nem prejudica senão *aos que nela intervieram*, ainda que diga respeito a coisa indivisível".

Não cogitamos da hipótese de invalidade, eis que a invalidade é posterior à existência, pois só é válido ou inválido aquilo que existe.

Não se trata de um formalismo exagerado do Ministério Público. Estamos lidando com um *sistema de proteção aos incapazes previsto no Código Civil, que não pode ser desprezado em prejuízo dos menores e em benefício da empresa-ré*, que tem advogados que devem conhecer muito bem as regras cogentes que regem a matéria, inclusive quanto à participação do Ministério Público.

Por tudo que já foi argumentado e com esteio nos artigos do Código Civil já mencionados, deve ser reformada a sentença apelada, eis que não se pode sustentar que os menores Renata e Wellington participaram do acordo celebrado entre a empresa e a sua mãe. Por conseguinte, a reforma da sentença impõe-se, diante da manifesta violação a diversos dispositivos do Código Civil expostos nesta peça recursal e do evidente prejuízo causado aos menores.

Por outro lado, não pode a empresa apelada sustentar que, diante da redação da cláusula III, que incluiu a palavra **indenizados**, estariam incluídos os menores na referida transação. Como se verifica, nas demais cláusulas foi utilizado o termo **indenizada**, inclusive na cláusula referente à quitação (cláusula V).

O fato de ter sido redigido no final da cláusula V que " **a indenizada** declara, neste ato, sob as penas da lei, que seu companheiro faleceu no estado civil de casado com a mesma, tendo como filhos *Renata Aparecida Vireira Luiz* e *Wellington Vieira Luiz*, sendo seus únicos beneficiários" é absolutamente irrelevante, pois não supre a inexistência da manifestação da vontade de *Renata* e *Wellington* e as demais irregularidades acima apontadas e não induz à interpretação extensiva, que é vedada em matéria de transação.

Outrossim, salientamos, *apenas a título de argumentação, que, mesmo que os menores tivessem participado do infortunado acordo extrajudicial*, este teria que ser submetido à homologação judicial, pois a **validade** do acordo dependeria da aprovação do Ministério Público e do Poder Judiciário.

Esta assertiva baseia-se não só no disposto no art. 82, I, do Código de Processo Civil, que prevê função essencial do *Parquet*, que não pode ser prescindida,

mas no entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, conforme veremos a seguir.

No Recurso Especial 101553/PR (Terceira Turma), publicado no *DJ* de 03/11/1998, relatado pelo Ministro **Waldemar Zweiter**, ficou assentado, no voto do Eminente Relator, que:

> "(...) se manifesta a declaração de nulidade da transação quando nesta se avençou interesses de menores sem prévia autorização judicial, sem a intervenção do Ministério Público.
>
> (...) Necessário, pois, submeter-se tais interesses ao crivo do Judiciário até porque na administração desses direitos pode-se vislumbrar a usurpação de poderes, no exercício da tutela ou do pátrio-poder."

Da mesma forma, temos tal questão muito bem colocada no Recurso Especial 3242-ES, cuja ementa transcrevemos abaixo:

> ***"Processual Civil – Homologação – Transação – Interesse de menores – Ministério Público – Intervenção.***
>
> I – Necessária é a intervenção do Ministério Público quando o acordo que se homologa judicialmente versa também direitos referentes a menores. Habitualmente a defesa do incapaz é débil e o ordenamento jurídico obriga a manifestação do *Parquet* nas causas em que houver interesse de menores, sob pena de nulidade." (*DJ* de 11/03/1991)

É de se ponderar que, mesmo que os menores tivessem participado daquele acordo, o Ministério Público jamais concordaria com a sua homologação, pois, à toda evidência, o valor indenizado ofenderia os interesses dos menores e feriria o espírito do art. 386 do Código Civil.

Estamos diante de um trágico acidente, no qual o pai dos menores faleceu após ser atropelado por um ônibus da empresa-ré.

Apenas a título de ilustração e comparação, esta Curadora pode informar a Vossas Excelências que, na 2ª Vara Cível de Jacarepaguá, em outros acidentes envolvendo empresas de ônibus, os acordos envolvem valores infinitamente maiores.

Recentemente, esta Curadora de Justiça recebeu, para opinar quanto à homologação, um acordo em que a empresa de ônibus indenizaria mãe e filha que sofreram apenas escoriações em acidente de trânsito o valor total de R$ 3.000,00 (três mil reais), sendo R$ 1.750,00 para a mãe e R$ 1.250,00 para a filha menor.

Como, diante do nefasto evento que vitimou o pai dos autores e marido da autora *Maria Aparecida*, poderia o Ministério Público concordar com uma indenização dividida entre os menores e a mãe de R$ 5.100,00 (cinco mil e cem reais)? Certamente, diante de evidente prejuízo para os menores, o *Parquet* jamais opinaria pela homologação de tal acordo.

Trazemos à colação elucidativo julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, da lavra do Desembargador **Gustavo Kuhl Leite**, no qual se colocou a questão aqui abordada:

> ***"Responsabilidade Civil. Atropelamento por ônibus. Vítima na calçada. Culpa da empresa transportadora. Filhos menores. Acordo da mãe com a empresa, em nome deles, sem autorização judicial, nem assistência do MP, não impede propositura da ação.***
>
> I – Agravo com caráter meramente protelatório importa em o agravante sofrer penalidade traduzida na multa de 0,5% sobre o valor da causa, a teor do art. 17, VII c/c art. 18 do CPC, em favor dos autores.
>
> II – Filho maior tem direito a dano moral. *Acordo extrajudicial firmado em detrimento das filhas menores, com valor irrisório, ofende o espírito da lei contido no art. 386 do Código Civil e embora este artigo 386 só se refira aos bens imóveis, tal conclusão não implica em que os pais possam praticar liberalidades em detrimento dos filhos, porque a liberalidade exclui a possibilidade de o ato ser havido como de simples administração. Dar quitação à empresa causadora do dano em face do recebimento da quantia irrisória de R$ 1.000,00 constitui evidente liberalidade que a mãe das menores não podia praticar em detrimento das filhas, mormente sem autorização judicial.* Provado que a vítima não se houve com culpa, tendo sido atropelada na calçada, importa confirmar a condenação da transportadora, compensando-se o valor do acordo extrajudicial." (Apelação Cível 16.534/98 – 2ª Câmara Cível – Julg. em 13/04/1999)

Diante de todo o exposto, a r. sentença recorrida contraria dispositivos legais e impõe insustentáveis prejuízos aos menores, esperando o *Parquet* que seja reformada, a fim de que o processo prossiga com *Renata* e *Wellington* no pólo ativo da relação processual, excluindo-se apenas a Sra. *Maria Aparecida*, que celebrou transação extrajudicial com a empresa-ré.

V – *Do prequestionamento*

Caso o presente recurso não venha a ser acolhido, o que se admite apenas em remota hipótese, nesta oportunidade, o Ministério Público prequestiona os dispositivos legais abaixo citados, contrariados pela decisão recorrida e já expressamente mencionados ao longo desta peça recursal:

a) Artigos do Código Civil:

- art. 6º;
- art. 84;
- art. 384,V;
- art. 386;
- art. 1.025;
- art. 1.027;
- art. 1.031.

b) Artigo do Código de Processo Civil:

- art. 82, I.

VI- *Do Pedido*

Assim, requer o Ministério Público o recebimento e o provimento do recurso ora interposto, com o prosseguimento do processo em relação à menor *Renata Aparecida Vieira Luiz* e seu irmão, *Wellington Vieira Luiz*, os quais eram menores púberes na época da celebração do acordo supracitado, com a realização da audiência de instrução e julgamento, excluindo-se apenas a Sra. *Maria Aparecida Vieira Luiz*, que celebrou transação extrajudicial com a empresa-ré.

Rio de Janeiro, 30 de junho de 2000.

Lucia Maria Teixeira Ferreira
Promotora de Justiça
Curadora de Justiça de Jacarepaguá

Execução penal – Fuga de sentenciado – Falta grave (art. 50 II, da LEP) – Possibilidade de o juiz da VEC proceder à regressão cautelar no regime de cumprimento de pena do condenado (artigo 118, I, da LEP).

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
QUARTA CÂMARA CRIMINAL

Recurso de agravo nº 2001.076.00021

Agravante: *Adriano da Silva.*
Agravado: *Ministério Público de 1º Grau.*

I – ***Execução penal – Regressão cautelar de regime de pena em razão de fuga do sentenciado – Possibilidade – Interpretação dos artigos 50, II, e 118, I, da Lei 7210/84.*** Decisão do juízo monocrático da Vara de Execuções Penais que determinou a regressão cautelar de regime de pena, em razão de fuga do sentenciado sem sua prévia oitiva. Recurso de agravo, interposto pela defesa, objetivando desconstituir o *decisum*, sob o fundamento de que malferiu o devido processo legal. Tese improsperável. A fuga do sentenciado é considerada falta grave (artigo 50, II, LEP), acarretando o regresso para regime prisional mais grave, podendo tal medida ser determinada independentemente da intimação do apenado, impossível, no caso, por sua ausência física do estabelecimento penal. Decisão da Dra. Juíza de Direito que é confortada por sugestiva e majoritária construção jurisprudencial. STF: RHC 58.365-0-8/SP. 2ª Turma **Francisco Rezek**; *RT* 651/334 e 717/465; TJSP: HC 198.018-3/4, 4ª. CC, 23.11.95, **Ary Belfort**; HC 217.788-3/9, 4ª. CC, 03.11.96, **Sinésio de Souza**; HC 221.253-3/6, 3ª CC, 17.12.96, **Gonçalves Nogueira**; TACRIM/SP: Ag. Ex.1.051.479/0, 9ª CC, 09.04.1997, **Lourenço Filho**; HC 362.390/4, 9 ª. CC, 05.03.1997, **Moacir Pires**; HC 297.048-0, 1a. CC, 28.11.1996, **Di Rissio Barbosa**; HC 294.100-4, 13ª. CC, 20.08.1996, **Roberto Mortari**; TJRJ Ag. nº 31/96. 3ª. CC, 4.3.1997, **Dilson Navarro**; Ag. nº 674/97. 6ª. CC, 08.06.1998, **J. A. da Silva**; Ag. nº 09/98, 7ª. CC, 19.10.1998, **Carlos Brasil**; Ag. nº 19/99, 1ª CC,

10.08.1999, **Paulo L. Ventura**; Ag. nº 147/99, 8ª. CC, 28.09. 2000, **Flávio Magalhães**; Ag. nº 2965/2000, 1ª. CC, 14.11.2000, **Luiz Claudio Peçanha** *etc.* **Inexistência** de *error in judicando* a ser reparado pela via do recurso deduzido pelo sentenciado.

II – Parecer da Procuradoria de Justiça desenvolvido no rumo do conhecimento e desprovimento do recurso defensivo.

PARECER

Egrégia Câmara:

01. No Juízo de Execuções Penais, o réu agravado, condenado por crime de roubo em regime semi-aberto e que já houvera progredido ao regime aberto, em razão de se haver evadido do estabelecimento prisional, teve cautelarmente regredido seu cumprimento de pena por decisão praticada pela eminente magistrada Dra. **Maria Elisa Peixoto Lubanco de Carvalho Montenegro** (fls. 20/22).

Inconformada com a decisão, a Dra. Defensora Pública interpôs recurso de agravo (fls. 02) e, em arrazoado recursal, pugna pela reforma da sentença. Segundo expôs a nobre Defensora, seria indispensável a oitiva do apenado para justificar seu ato, em procedimento ao qual se lhe assegurasse a mais ampla defesa, até porque inexiste norma legal prevendo ***regressão cautelar de regime.*** Com citação de doutrina e precedentes jurisprudenciais, a ilustre e culta Defensora Pública protestou pela concessão liminar para a manutenção do regime a que foi condenado o agravante até efetiva decisão do inconformismo, com a expectativa de seu provimento por este col. Órgão do Tribunal de Justiça (fls. 03 *usque* 09).

O recurso criminal foi adequadamente instruído pela parte interessada (fls. 10 *ut* 24).

A **liminar** foi indeferida por despacho proferido pelo eminente e culto Des. Relator, por incabível, eis que o procedimento do recurso de agravo segue aquele previsto no Código de Processo Penal, concernente ao recurso em sentido estrito, na esteira de orientação do Excelso Pretório. Cf. Inf STF nº 100 (HC 76.208-RJ, 2ª. Turma, 17.02.1998, Rel. Min. **Carlos Velloso, in** *Jurisprudência Criminal Compilada do Informativo do Supremo Tribunal Federal*, ed. Lumen Juris, Rio, 2001, p. 91, nº 234 (v. fl. 26).

A Promotoria de Justiça, em resposta, opinou no sentido do *conhecimento* e *improvimento* do recurso defensivo (fls. 23/33).

A Eminente Dra. Juíza *a quo*, no exercício de sua atividade de retratação, houve por bem deixar íntegra a decisão agravada (fls. 34).

É o que se pode relatar, nesta oportunidade, à vista do conteúdo fático exposto nos autos (v. artigo 43, III, da Lei 8625/93).

02. Preliminarmente, a presente irresignação deve ser *conhecida* para o exame de seu mérito.

Na verdade, segundo certidão fornecida pela escrivania da vara de origem, a Dra. Defensora Pública tomou ciência no dia 07 de fevereiro de 2001 (fls. 24), ocorrendo o *dies a quo* no dia 08 (quinta-feira). A petição de interposição do agravo deu entrada no Protocolo do Tribunal no dia 19 de fevereiro, às 15:17:12, uma segunda-feira, último dia do decêndio legal, posto que a Defensoria Pública tem o privilégio da *contagem em dobro dos prazos processuais* (artigo 5°, § 5°, da Lei 1.060/50 (v. fls. 02, ao alto). Reúne o inconformismo o requisito objetivo de admissibilidade para seu normal desenvolvimento perante esta Col. Turma Julgadora.

03. Recepcionado o recurso de agravo, não merece, entretanto, prosperar, *data maxima venia* da eminente e culta Defensora, Dra. *Carmen Lúcia do Passo Neves*, cujo trabalho é digno de todos os encômios (v. fls. 3/9). A este insano trabalho desenvolvido pela digna representante da Defensoria Pública do Estado respondeu com brilhantismo incomum a ilustrada Promotora de Justiça Dra. *Adriana Coutinho Carvalho*, em peça de grande valor intelectual e que, com todas as vênias, passamos a incorporar neste pronunciamento (v. fls. 28/33).

Na verdade, há decisão nestes autos do juízo monocrático da Vara de Execuções Penais que determinou a regressão cautelar de regime de pena, em razão de fuga do sentenciado sem sua prévia oitiva. O recurso de agravo objetiva a desconstituição do *decisum* sob o fundamento de que malferiu o devido processo legal, eis que não ouvido o réu e nem se lhe deu oportunidade para defesa à ocasião da formação do expediente para a apreciação da falta grave cometida. Com todo o respeito que nos está a merecer a ilustrada defensora, a tese é improsperável. A fuga do sentenciado é considerada **falta grave** (artigo 50, II, da LEP), uma das causas de regressão de regime na execução da pena privativa de liberdade (artigo 118, I, da LEP). A lei não pode ser interpretada literalmente, sob pena de incontornáveis situações: àquele sentenciado que empreendeu fuga e retorno, arrependido, dias depois, poderia o magistrado aplicar a regressão do regime na forma da lei (artigo 118, I e § 2°, da LEP); não o poderia fazer no caso de réu evadido e que não mais retornasse ao presídio. Ou que não fosse recapturado, até porque não seria possível sua oitiva. A lei não foi elaborada para consagrar teses esdrúxulas. Bem a propósito, o festejado jurista JULIO FABBRINI MIRABETE, examinando o dispositivo em apreço, adverte:

> *"omissis* .....
>
> "Cabe exclusivamente ao juiz encarregado da execução decidir sobre a regressão"(art. 66, II, 2ª parte), não podendo a autoridade administrativa determiná-la. Na ocorrência de falta grave, porém, a

autoridade obrigatoriamente representará ao juiz da execução para esse fim (art. 48, parágrafo único). Poderá ela, também, em caso de situação excepcional como a tentativa de fuga, por exemplo, providenciar o recolhimento à cela e a privação de benefícios como providência provisória até a decisão judicial." (*Execução Penal*, Atlas, SP, 17ª. ed., 1997, p. 277, nº 5.37)

Não é à toa que a jurisprudência moderna, compatibilizando as situações emergenciais com o espírito da lei, tem admitido – em casos como este – a possibilidade de *regressão cautelar* no regime de pena, *quando evadido o sentenciado.* O Col. Supremo Tribunal Federal, intérprete maior das leis no país, sobre o tema, emitiu pronunciamento nestes exatos termos:

> *"Direito Penal e Processual Penal."*
>
> *Regime semi-aberto de cumprimento de pena. Fuga: quebra de dever disciplinar. Sanção de regressão ao regime fechado (arts. 50, inc. II e 118, Inciso I e §§ 1° e 2°, da Lei de Execuções Penais). Direito de defesa do sentenciado. Cabimento, porém da medida cautelar de regressão."* (HC 76.2715/SP, ac. un. da 1ª. Turma, em 24/03/1998, Relator Min. **Sydney Sanches, in** *DJU* de 18.09.1998)

No desenvolvimento de seu voto, assim se manifestou o eminente Min. Relator:

> *"omissis.....*
>
> *"4. Já no caso presente é de fuga do condenado de que se trata.*
>
> E o aresto não determinou em caráter definitivo, sua regressão ao regime anterior.
>
> Apenas adotou providências cautelares para que ele não fuja novamente se, vindo a ser preso, continuar no regime semi-aberto, do qual fugiu.
>
> Ora, se até o momento da condenação, pode o denunciado ser preso preventivamente, para assegurar a aplicação da lei, não é de se inferir que o sistema constitucional e processual penal impeça a adoção de providências, do Juiz da Execução, no sentido de prevenir novas fugas, de modo a se viabilizar o cumprimento da pena já imposta,

definitivamente, com trânsito em julgado.

Essa providência cautelar não obsta a que o réu se defenda, quando vier a ser preso, e até comprove, se for o caso tinha justos motivos para fugir.

O que não se pode exigir do Juiz da Execução é que, diante da fuga , instaure a sindicância , intime o réu por edital, para se defender, alegando o que lhe parecer cabível para justificar a fuga, para só depois disso determinar a regressão ao regime anterior de cumprimento de pena.

Essa determinação pode ser provisória, de natureza cautelar, antes mesmo da recaptura do paciente, para que este, uma vez recapturado, permaneça efetivamente preso, enquanto justifica grave quebra de dever disciplinar, como o previsto no art. 50, inc. III, da Lei de Execuções Penais, qual seja, a fuga, no caso.

Nem se objete que a imposição de tal sanção só pode ocorrer, depois de previamente ouvido o sentenciado, em face do que dispõem o artigo 118, inc. I, e §§ 1° e 2°, da mesma lei.

É que aí se trata de imposição definitiva de sanção de regressão. E não de simples providência cautelar, tendente a viabilizar o cumprimento da pena, até que aquela seja realmente imposta.

Aliás, não é estranho ao âmbito da execução qualquer provimento de cautela, destinado ao cumprimento da pena, pois se ao Estado é dado impô-la, é dado, também, assegurar-lhe o cumprimento.

Tanto que o art. 60 da L.E.P. atribui até à autoridade administrativa o poder de decretar o isolamento preventivo do faltoso, pelo prazo máximo de dez dias, no interesse da disciplina e da averigüação do fato.

Aliás, se um réu, encontrando-se em regime inteiramente aberto de cumprimento de pena, vier a desaparecer do local, não pode o juiz adotar providências para que ele retorne temporariamente ao regime semi-aberto, enquanto se processa a sindicância destinada a possibilitar a imposição da regressão definitiva.

Ademais, se alguém, mesmo antes de ser denunciado, pode vir a sofrer prisão cautelar para averiguações e até prisão preventiva, porque haveria

de ser obstada uma prisão cautelar tendente apenas a viabilizar o cumprimento da pena definitivamente imposta, ao menos até que se decrete, também em caráter definitivo, o regresso ao regime anterior mais gravoso de cumprimento de pena?

Entendendo que as respostas hão de ser positivas para essas indagações e aduzindo que o acórdão impugnado ressalvou possibilidade de ampla defesa ao réu, quando vier a ser preso, antes da imposição definitiva da sanção de regressão, deixo de acolher o parecer do Ministério Público Federal e indefiro o pedido." (Segmentos de fls. 180 a 182 do voto do Min. Relator de fls. 165 a 182, no HC mencionado acima) (nossos os destaques)

Precedente sobre o tema no Pretório Excelso: RHC n° 58. 365-8/0-SP, 2ª. Turma, Rel. Min. **Francisco Rezek**, **in** *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ed. RT, vol. 20 , p. 473.

Em plena harmonia com o Tribunal Maior, o eg. Superior Tribunal de Justiça tem acórdão assim ementado:

"não ofende a regra do devido processo legal (art. 113, § 1°, da LEP) a suspensão de regime prisional favorecido, como cautela necessária à recaptura do réu após a qual deve-se instruir o procedimento legal para a decretação da regressão definitiva." (REsp n° 53.749-0, em 05/10/1994, rel. Min. **José Dantas** , **in** *DJU* de 17/10/1994, p. 27.914)

Na mesma linha de exegese: *Revista dos Tribunais*, 651/334 (HC n° 103/SP , da 5ª. Turma , em 29/11/1989 , Rel. Min. **Cid Flacquer Scartezzini**; *Revista dos Tribunais*, 717/465 (RHC n° 4.249-4/SP, ac. da 5ª. Turma, em 03/05/1995, Rel. Min. **José Dantas**).

Neste col. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, há entendimento majoritário no sentido da plena legalidade da regressão cautelar no regime de cumprimento de pena do sentenciado, a saber :

1) – Recurso de agravo n° 31/96 , ac. un. da 3ª Câmara Criminal, em 04/03/1997, Rel. Des. **Dilson Navarro**, Ementário Criminal n° 11/1997 , **in** *DORJ* de 28/08/1997, p . 187 , n ° 5.
2) Recurso de agravo n° 09/98, ac. da 7ª Câmara Criminal, em 13/10/1998, Rel. Des. **Carlos Brasil**, Ementário Criminal n° 29/1998, **in** *DORJ* de 16/12/1998, p. 187, n° 2.

3) – Recurso de agravo nº 674/97, ac. un. da 8ª. Câmara Criminal, em 08/06/1998, Rel. Des. **João A. da Silva**, Ementário Criminal nº 16/1998, p. 223, nº 2.
4) – Recurso de agravo nº 19/1999, ac . un. da 1ª Câmara Criminal, em 10/08/1999, Rel. Des. **Paulo L. Ventura**, Ementário Criminal nº 31/1999, **in** *DORJ* de 13/10/1999, p. 240, nº 4.
5) – Recurso de agravo nº 2965/2000, ac. da 1ª. Câmara Criminal, 14/11/2000, Rel. Des. **Luiz Carlos Peçanha**, Ementário Criminal nº 8/2001, **in** *DORJ* de 28/03/2001, p. 287, nº 3. [1]
6) – Recurso de agravo nº 147/99, ac. un. da 8ª Câmara Criminal, em 28/06/2000, Rel. Des. **Flávio Magalhães**, Ementário Criminal nº 4/2001, **in** *DORJ* de 28/02/2001, p. 215, nº 3.

No eg. Tribunal de Justiça de S. Paulo, temos os seguintes precedentes nessa rota de interpretação:

1) *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ed. RT. vol. 20/472 (HC nº 198.018-3/4, ac. da 4ª.Câmara Criminal, em 23/11/1995, Rel. Des. **Ary Belfort**)
2) *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ed. RT, vol. 20/475 (HC nº 217.778-3/3, ac. da 4ª Câmara Criminal, em 03/11/1996, Rel. Des. **Sinésio de Souza**)
3) *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ed. RT, vol. 20/475 (HC nº 221.321-3/6, ac. da 3ª Câmara Criminal, em 17/12/1996, Rel. Des. **Gonçalves Nogueira**)

No Tribunal de Alçada Criminal do Estado de S. Paulo, temos os seguintes pronunciamentos:

1) *Revista de Julgados e Doutrina do Tribunal de Alçada Criminal*, vol. 20/211-12 (HC nº 247.004-4, ac. da 11ª.Câmara, em 04/10/1993, Rel. Juiz **Pedro Gagliardi**).
2) *Revista de Julgados e Doutrina do Tribunal de Alçada Criminal*, vol. 21/360-1 (HC nº 256.012-4, ac. da 12ª.Câmara, em 14/03/1994, Rel. Juiz **Ary Casagrande**).
3) *Revista de Julgados e Doutrina do Tribunal de Alçada Criminal*, vol. 23/448 (HC nº 262.168-0, ac. da 7ª. Câmara, em 04/08/1994, Rel. Juiz **Corrêa de Moraes**).

---

[1] Onde está registrado **Agravo** nº 2965/2000, leia **HC** nº 2965/2000.

4) *Revista de Julgados e Doutrina do Tribunal de Alçada Criminal*, vol. 24/446-7 (HC nº 262.194-1, ac. da 6ª.Câmara, em 23/11/1994, Rel. Juiz **Rubens Gonçalves**).
5) *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ed. RT, vol. 20/473 (HC nº 294.100/4, ac. da 13ª Câmara, em 20/08/1996, Rel. Juiz **Roberto Mortari**).
6) *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 21/360-1 (HC nº 256.012-4, ac. da 12ª Câmara, em 14/03/1994, Rel. Juiz **Ary Casagrande**).
7) *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 23/448 (HC nº 222.168-0, ac. da 7ª Câmara, em 04/08/1994, Rel. Juiz **Corrêa de Moraes**) .
8) *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 24/446-7 (HC nº 262. 194-1, ac. da 6ª. Câmara, em 23/11/1994, Rel. Juiz **Rubens Gonçalves**).

Como se pode depreender, ao depois dessas remissões, a sentença emanada pela Dra. Juíza *a quo* está em conformidade com autorizada corrente jurisprudencial de nossos pretórios. Além do mais, a r. decisão impugnada não impede que o sentenciado, assim que for recapturado, possa ser ouvido na unidade prisional em que for transferido para o procedimento definitivo de regressão de regime de cumprimento de pena (v. fls. 22). Forçoso reconhecer, *data maxima venia* da ilustrada Dra. Defensora Pública, a inexistência de *error in judicando* a ser reparado pela via do recurso deduzido pelo sentenciado.

Nesta ordem de raciocínio e à vista das considerações apresentadas, o parecer da Procuradoria de Justiça está desenvolvido no sentido do conhecimento e desprovimento do recurso defensivo.

Rio de Janeiro, em 08 de Janeiro de 2001.

Dr. Luiz Brandão Gatti
Procurador de Justiça

Ação civil pública proposta com a finalidade de condenar o Estado do Rio de Janeiro a efetuar as obras necessárias no sentido de garantir aos presos da carceragem situada na Comarca de Campos dos Goytacazes condições de higiene, aeração, saúde e segurança, nos termos da Constituição Federal e da LEP.

MM. Juiz de Direito da Vara Cível da Comarca de Campos dos Goytacazes

Anexos: *Inquérito civil nº 059/MP/00-CG*
Fita de vídeo VHS

O *Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, tendo em vista as atribuições conferidas pelo art. 129, incisos II e III, da Constituição Federal; art. 173, incisos II e III, da Constituição deste Estado; art. 1º, inciso IV, e art. 5º, da Lei nº 7.347/85; e Resolução PGJ nº 827/98 (anexa), vem, através do Promotor de Justiça infrafirmado, propor a presente

AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE RITO ORDINÁRIO COM PEDIDO DE LIMINAR

em face do *Estado do Rio de Janeiro*, o qual deverá ser citado na pessoa de seu representante legal, consoante os termos do art. 12, inciso I, do Código de Processo Civil, pelos fatos e fundamentos que se seguem.

1) *Da Legitimidade ad causam do Ministério Público*

O Ministério Público, por força do que dispõe o art. 127 da Constituição Federal, possui a relevante missão institucional de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Ainda em função de norma constitucional (art. 129, inciso III), foi conferido ao Ministério Público a promoção do inquérito civil e da ação civil pública para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Nessa seara, insere-se a defesa dos direitos fundamentais arrolados no art. 5º, da Carta Magna, ou dispersos pelo texto constitucional, como o direito à vida e o direito a não ser submetido a tratamento desumano e degradante.

Os direitos dos presos ao recebimento de tratamento digno, compatível com a ordem constitucional vigente, consubstancia direito difuso e extrapola a órbita de interesse dos que atualmente se encontram encarcerados na 134ª DP.

Tais direitos, na verdade, representam consectário basilar do regime democrático e fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1°, inciso III, da Constituição Federal), cabendo ao *Parquet* defendê-los.

Não deve ser esquecido, por oportuno, que se pretende, ainda que de forma indireta, tutelar também a segurança dos funcionários da Delegacia em tela e dos moradores vizinhos, sujeitos às reações violentas propiciadas pelo tratamento desumano a que são submetidos os custodiados.

2) *Da Competência*

Consoante previsto pelo art. 2°, da Lei n° 7.347/85, estatuto processual no qual se estriba a presente demanda, as ações civis públicas "serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa".

Malgrado imprecisões terminológicas adotadas pela legislação, a hipótese em foco é, sem dúvida, de competência absoluta, improrrogável, portanto.

Tratando-se de ação tendente a compelir o Estado do Rio de Janeiro a respeitar o direito de presos custodiados em Campos dos Goytacazes e de resguardar os direitos de funcionários e moradores vizinhos ao estabelecimento penal em tela, indubitavelmente, a ação há de ser proposta perante uma das Varas Cíveis de Campos dos Goytacazes.

3) *Dos Fatos*

Consoante demonstram os documentos anexos, a carceragem da 134ª Delegacia de Polícia, estabelecimento subordinado à Secretaria de Estado de Segurança Pública, encontra-se em situação precária, o que sujeita os detentos a condições degradantes.

A situação detectada no referido estabelecimento vem sendo objeto de atenção por parte do Ministério Público, já tendo sido informada ao Secretário de Segurança Pública e ao Governador do Estado (fls. 06, 07 e 43 do inquérito anexo), sem que as tentativas de solução extrajudicial do problema tivessem logrado êxito.

Conforme levantamento feito pela própria Delegacia (ofício n° 902/1.134ª-2000), encontravam-se custodiados naquela unidade, à época da elaboração do documento (08 de março do corrente ano), 262 (duzentas e sessenta e duas) pessoas.

Na ocasião, foi noticiada a existência, em determinadas celas, de um preso para cada 0,2 metros! (*vide* anexo ao ofício em referência, cela n° 16).

Acresce-se que foram solicitadas várias vistorias no local, as quais resultaram em laudos que corroboram a situação caótica da carceragem.

O 5º Grupamento de Bombeiros Militares atestou a inexistência de dispositivos de segurança contra incêndio e pânico, bem como a presença de situação de risco, *"devido a precariedade das instalações elétricas, que são expostas e sem dispositivos de segurança"* (fl. 41 do inquérito civil).

Por sua vez, a Secretaria Municipal de Meio Ambiente e Defesa Civil e a de Obras e Urbanismo de Campos dos Goytacazes verificaram *"um número elevado de detentos em desacordo com o espaço físico existente, o que coloca em risco todo o sistema de segurança da carceragem"* (fl. 40 do inquérito civil).

Mas, de todos os laudos, o proveniente da Sociedade Fluminense de Medicina e Cirurgia apresenta-se, sem dúvida, como o mais enfático.

Logrou a vistoria médica detectar condições sanitárias sofríveis, caracterizada por *"falta de circulação do ar e de luminosidade natural, além do mal (sic) cheiro por vezes insuportável"* (fl. 49 do inquérito anexo).

A vistoria médica detectou, ainda, a presença de vários presos portadores de lesões cutâneas, tais como escabiose, micoses, dermatoses e furunculoses (fl. 50 do inquérito anexo), concluindo nos seguintes termos:

> "A conclusão final é que *não existe a menor condição de manter o quadro descrito neste relatório, já que o índice de doenças infecciosas, dermatológicas e respiratórias é extremamente alto, e tem uma tendência de aumentar de forma progressiva.* O parecer técnico da Sociedade Fluminense de Medicina e Cirurgia é que deve haver de forma urgente o remanejamento de presos para outras delegacias ou presídios, assim como deve haver uma solicitação deste Órgão Maior para a presença constante da Vigilância Sanitária e Secretaria Municipal de Saúde para definir as principais metas nas mudanças que deverão acontecer, afim (*sic*) de amenizar este grave quadro apresentado." (fl. 51 do inquérito anexo).

Como derradeira tentativa de uma solução extrajudicial para o problema detectado, foi expedido ofício ao Exmo. Sr. Secretário de Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro, solicitando providências (fl. 43 do inquérito anexo).

Contudo, sem embargo do empenho de alguns setores da Administração Pública Estadual, as medidas adotadas, que resultaram na transferência de alguns presos, mostram-se insuficientes à solução definitiva do problema.

Primeiramente, porque, a despeito das transferências de alguns detentos, o efetivo carcerário continua superior à capacidade da 134ª Delegacia Policial, consoante se depreende dos ofícios de fls. 57 e 65/66 do inquérito anexo, encami-

nhados após as referidas transferências, sendo certo que a ausência de uma política de administração das cadeias públicas implicará em novo inchaço do efetivo carcerário, na medida em que novas prisões se realizarem.

E, em segundo lugar, porque as irregularidades não se limitam à superlotação, abrangendo também as condições de aeração, higiene e segurança da carceragem.

É oportuno lembrar que a transferência de presos para outros estabelecimentos penais, sobretudo o Presídio Carlos Tinoco da Fonseca, situado em Campos dos Goytacazes, irá apenas deslocar o problema da superpopulação carcerária, mantendo-se violados os direitos dos presos.

Em função disso, torna-se imperioso que o provimento jurisdicional que se pretende abranja não só a carceragem da 134ª Delegacia de Polícia, mas qualquer estabelecimento penal situado nos limites territoriais do órgão prolator do *decisum*.

Por fim, registra-se que o tratamento dispensado aos presos, por certo, exorta-os à rebelião, o que implica ameaça à segurança de funcionários da delegacia e aos moradores vizinhos.

Como notório, não seria inédita uma revolta na Delegacia em referência, haja vista aos fatos ocorridos no final do ano passado, ocasião em que os presos assumiram o controle da carceragem, ameaçando explodir o prédio inteiro.

4) *Do Direito*

4.1) *Da Violação a Dispositivo da Constituição Federal*

O quadro existente na carceragem da 134ª Delegacia de Polícia fere os mais básicos direitos fundamentais do homem.

Antes de mais nada, cumpre ser lembrado que a dignidade da pessoa humana consubstancia fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1°, inciso III, da Constituição da República).

Consoante a lição de ALEXANDRE DE MORAES,

> "a dignidade é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem *menosprezar a necessária estima que merecem todas pessoas enquanto seres humanos.*" (in *Direitos Humanos Fundamentais*, 2ª

edição, São Paulo: Atlas, 1998, p. 60)

Conforme fartamente demonstrado pelo material probatório anexo, o tratamento dispensado aos presos da 134ª Delegacia de Polícia viola frontalmente o princípio constitucional da dignidade humana.

É também a Constituição Federal que preceitua :

> "**Art. 5º**. *Omissis*
>
> ...
>
> III – ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante;
>
> ... "

O encarceramento, nas condições em que se encontra a 134ª Delegacia de Polícia, submete o detento a tratamento desumano e degradante.

E assim se permite concluir frente a todas as provas que acompanham a inicial, coletadas em várias vistorias e registradas, muitas vezes, pela imprensa local (doc. anexo).

Como se conceber uma existência digna numa situação em que o ser humano é submetido ao calor, à falta de espaço para locomoção, à falta de água, à falta de privacidade, a doenças?

Os preceitos constitucionais já possuem força normativa suficiente para lastrear a presente demanda.

Contudo, não são os únicos dignos de menção.

4.2) ***Da Violação à Legislação Federal***

A Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, a Lei de Execuções Penais, estabelece, em seu art. 88, as condições mínimas para encarceramento do condenado. Transcreve-se :

> "**Art. 88.** O condenado será alojado em cela individual que conterá dormitório, aparelho sanitário e lavatório.
>
> Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular:
>
> **a)** *salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana;*
>
> **b) área mínima de 6 m²** (seis metros quadrados)."

É bem verdade que a carceragem da 134ª DP não se destina a condenados, muito embora os possua em seu contingente, mas, se a lei estabelece um mínimo existencial para os condenados, como negá-los aos presumidamente inocentes, presos provisoriamente?

Conclusão em sentido contrário seria impingir tratamento mais gravoso a quem se encontra em situação juridicamente mais branda, ao arrepio do princípio da igualdade e do devido processo legal.

Aliás, a própria Lei de Execuções Penais estende aos custodiados provisórios os direitos conferidos aos condenados, *in verbis*:

> "**Art. 2°.** *Omissis*
>
> **Parágrafo único.** *Esta Lei aplicar-se-á igualmente ao preso provisório* e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária.
>
> ...
>
> **Art. 102.** A Cadeia Pública destina-se ao recolhimento de presos provisórios.
>
> **Art. 103.** Cada comarca terá, pelo menos, uma Cadeia Pública a fim de resguardar o interesse da administração da justiça criminal e a permanência do preso em local próximo ao seu meio social e familiar.
>
> **Art. 104.** O estabelecimento de que trata este Capítulo será instalado próximo ao centro urbano, *observando-se as exigências mínimas referidas no art. 88 e seu parágrafo único desta Lei.*
>
> ..."

Avilta o bom senso confirmar, ante os dados fornecidos pela própria autoridade policial, que a cela mais espaçosa da carceragem da 134ª DP conta com um preso por cada 1,3 metros! (fls. 09 e 65 do inquérito civil anexo)

É gritante a lesão aos direitos fundamentais do ser humano.

5) *Da Responsabilidade do Estado do Rio de Janeiro*

A 134ª Delegacia de Polícia de Campos dos Goytacazes subordina-se à Secretaria de Estado de Segurança Pública, que, por sua vez, apresenta-se como órgão desprovido de personalidade jurídica, vinculado ao Estado do Rio de Ja-

neiro, ente federativo que deve responder pelos atos ilícitos ora relatados.

A própria Constituição do Estado do Rio de Janeiro atribui ao Estado o dever de garantir ao preso a dignidade e a integridade física e moral (art. 27, *caput*, da Constituição Estadual), incumbindo-lhe, como dever, a segurança pública (art. 183, *caput*, do mesmo diploma legal).

É importante ressaltar que a responsabilidade do Estado do Rio de Janeiro pelas condições de saúde do preso deve ser consagrada onde quer que o custodiado se encontre, razão pela qual ao demandado deve ser imposto o dever de respeito à Constituição Federal e à legislação infraconstitucional em qualquer estabelecimento penal e não só na carceragem da 134ª Delegacia Policial, obedecidos, por óbvio, os limites da coisa julgada.

6) *Da Liminar*

Ante o terrível quadro acima relatado, não se permitem maiores delongas para a adoção de alguma medida que mitigue, ao menos, os efeitos nefastos do encarceramento desumano e cruel a que se vêem submetidos os detentos da 134ª Delegacia de Polícia, de Campos dos Goytacazes.

O art. 12 da Lei nº 7.347/85 possibilita a concessão de mandado liminar nos autos da ação civil pública.

Sobre o tema, releva registrar o escólio de JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO (in *Ação Civil Pública – Comentários por Artigos*, Freitas Bastos Editora, 1ª edição, 1995, p. 270) :

> "Na ação civil pública também pode ser concedido o mandado liminar. Embora as medidas cautelares guardem maior adequação com a ação cautelar, a doutrina tem entendido que normas processuais prevêem, algumas vezes, esses tipos de providência em diversas ações. É o chamado poder geral de cautela conferido ao juiz pelo art. 798, do C.P. Civil, que autoriza a expedição de medidas provisórias quando julgadas necessárias em determinadas situações fáticas. Como bem anota HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *"tais providências que carecem da qualidade de processo e ação, apresentam-se essencialmente como acessórias do processo principal"*, motivo por que *"não devem sequer ensejar autuação apartada ou em apenso"*. Aliás, já houve ensejo a manifestação judicial a respeito da possibilidade de ser a medida liminar expedida dentro da própria ação civil pública. O que é importante é que se façam presentes os pressupostos da medida - o risco de lesão irreparável em vista de eventual demora e a plausibilidade do direito. Desse

> modo, o autor da ação civil pública, vislumbrando situação de risco aos interesses difusos ou coletivos a serem protegidos, pode requerer ao juiz, antes mesmo de formular o pedido na ação, a concessão de medida liminar, a exemplo, aliás, do que ocorre naturalmente em outros procedimentos especiais, como o mandado de segurança e a ação popular." (grifos no original)

Presentemente, o *fumus boni iuris* encontra-se fartamente demonstrado através da flagrante violação aos direitos fundamentais dos detentos da carceragem da 134ª Delegacia de Polícia, copiosamente comprovada pela documentação anexa.

No que concerne ao *periculum in mora*, há premente risco à saúde dos internos, comprovado pelo laudo firmado por médicos, além do risco à segurança dos funcionários da Delegacia e da população vizinha, sujeita, por certo, às conseqüências de uma eventual rebelião.

Por ora, afigura-se oportuna a redução do efetivo carcerário no sentido de melhorar minimamente as condições dos detentos.

Assim, requer o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro a **concessão de liminar**, para, em relação à carceragem da 134ª Delegacia de Polícia de Campos dos Goytacazes:

> **a)** determinar a transferência, num prazo máximo de 07 (sete) dias, dos presos que excedam o número de 100 (cem) internos, sob pena de multa diária de 20 (vinte) UFERJ;
>
> **b)** no que tange às novas ocorrências que se efetivarem no curso do processo, compelir o réu à obrigação de não fazer, consistente em não determinar o encarceramento de mais de 100 (cem) presos, sob pena de multa diária de 10 (dez) UFERJ por preso excedente.

7) *Do Pedido*

Ante todo o exposto, requer o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro:

> **a)** a concessão de medida liminar, nos termos acima expostos;
>
> **b)** a citação do réu, na pessoa de seu representante legal, para que, querendo, conteste a presente;

c) a procedência do presente pedido para:

c.1) condenar o réu à **obrigação de fazer**, consistente em efetuar as obras necessárias no sentido de garantir aos presos que se encontrem encarcerados em Estabelecimentos Penais situados nos limites territoriais do órgão prolator, sobretudo na carceragem da 134ª D.P., o cumprimento do disposto pelos arts. 1°, inciso III, e 5°, inciso III, da Constituição Federal e do art. 88 c/c o art. 104, da Lei n° 7.210, de 11 de julho de 1984, sob pena de multa diária de 20 (vinte) UFERJ, sendo certo que tais obras deverão garantir aos presos condições de higiene, aeração, saúde e segurança, nos termos da legislação citada;

c.2) condenar o réu à **obrigação de não fazer**, consistente em se abster de utilizar as dependências de qualquer Estabelecimento Penal, situado nos limites territoriais do órgão prolator, sobretudo a carceragem da 134ª D.P., acima de sua capacidade e em dissonância com o preceituado pelo art. 5°, inciso III, da Constituição Federal e do art. 88 c/c o art. 104, da Lei n° 7.210, de 11 de julho de 1984, sob pena de multa diária de 20 (vinte) UFERJ;

d) A condenação do réu nos ônus da sucumbência, os quais deverão ser revertidos para o Fundo Especial do Ministério Público, criado pela Lei Estadual n° 2.819, de 07.11.97 e regulamentado pela Resolução GPGJ n° 801, de 19.03.98.

Protesta, por fim, pela produção de todas as provas em direito admitidas, em especial, testemunhal, pericial, inspeção judicial e documental suplementar.

Para os efeitos do art. 39, inciso I, do Código de Processo Civil, informa o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro o endereço em que receberá suas intimações: Av. Alberto Torres, n° 371, 11° andar, Centro, Campos dos Goytacazes.

Por inestimável, dá-se à causa o valor de R$10.000,00 (dez mil reais).

Pede deferimento.

Campos dos Goytacazes, 17/abril/2000.

LUIZ CLÁUDIO CARVALHO DE ALMEIDA
Promotor de Justiça

Concordata – Renúncia à garantia real por credor privilegiado – Impossibilidade de habilitação após o depósito das duas parcelas da moratória legal – Configuração do abuso de direito, repelido pela doutrina pátria e estrangeira

Processo: 9397/97

Apelação Cível
Habilitação Retardatária

Apelação Cível. Habilitação de crédito em concordata. Credor privilegiado que renuncia a sua garantia real para se habilitar na moratória. Após o depósito integral das duas parcelas da concordata, não pode o credor privilegiado pretender se habilitar, renunciando ao seu privilégio, como forma de forçar o pagamento na moeda da concordata, constituindo tal pretensão exercício abusivo de direito, repelido pela doutrina pátria e alienígena.

Parecer pelo conhecimento e provimento do recurso.

PARECER

Egrégio Tribunal,
Colenda Câmara.

Santa Adélia Participações, Comércio e Engenharia Ltda. ingressou perante o r. Juízo da 7ª Vara de Falências e Concordatas da Comarca da Capital, em data de 24/06/97, com pedido de habilitação retardatária na concordata preventiva de *Kelson's Indústria e Comércio S/A*, alegando ser credora da concordatária pelo valor de R$ 2.174.407,53, conforme apurado nos autos de Verificação Judicial de Contas, que tramitou perante o r. Juízo da 1ª Vara de Falências e Concordatas.

Tendo em vista ser detentora de crédito privilegiado, com garantia real (hipoteca), a habilitante expressamente renunciou ao direito real de garantia (fl. 03), para, na qualidade de credora quirografária, receber seu crédito em moeda da concordata.

A peça vestibular veio instruída com os autos de Verificação de Contas, cuja sentença encontra-se às fls. 988/991, datada de 21/11/95.

Regularmente intimada, a concordatária impugnou a habilitação, suscitando preliminares de iliquidez do crédito, ausência de coisa julgada da decisão lançada nos autos da Verificação de Contas e litispendência com feito que tramita perante o Juízo da 32ª Vara Cível (Ação Ordinária de Reparação de Danos) e,

no mérito, abuso de direito por parte do habilitante, ausência de renúncia ao privilégio e ilegitimidade do crédito (fls. 1035 *usque* 1052).

Em réplica, manifestou-se o habilitante, repudiando as preliminares e reiterando, no mérito, seu pedido vestibular (fls. 1096/1102).

Instado a se manifestar, o i. Comissário da Concordata ofereceu parecer opinando pela procedência do pedido, incluindo-se o crédito do habilitante na concordata preventiva (fls. 1104/1107).

Em seguida, ofertou este órgão do Ministério Público parecer final pela improcedência do pedido (fls. 1248/1251), vez que formulado com manifesto exercício abusivo de direito, embasado em acórdão do Eg. Superior Tribunal de Justiça prolatado em caso idêntico, no mesmo sentido, acostado aos autos na íntegra (fls. 1252/1253).

Prolatada sentença julgando procedente a habilitação de crédito, embora reconhecendo a ausência de "justeza" do pedido, como salientado por este órgão ministerial (fls. 1288/1290), interpôs a concordatária recurso de apelo, reiterando, em suas razões, os argumentos expendidos ao longo do contraditório, batendo-se pela impossibilidade de acolhimento da habilitação.

Contrariado o recurso pelo habilitante (fls. 1368/1381), na defesa do *decisum* guerreado, vieram os autos com vista a este órgão ministerial para parecer recursal.

É o relatório, em síntese. Segue exame do mérito recursal.

Merece reforma a r. sentença hostilizada, vez que, embora tenha se atido exclusivamente aos ditames legais, afigura-se manifestamente injusta, deixando de considerar que o processo deve ser sempre instrumento de promoção da Justiça e não mera chancela de aplicação da Lei, que precisa receber hermenêutica adequada e sistemática, atenta a princípios éticos e morais, cuja cristalização também se constitui em fonte inspiradora da interpretação do ordenamento jurídico.

Assiste razão à apelante quando sustenta a existência de abuso de direito por parte da apelada, ao pretender habilitar seu crédito na concordata após a realização do depósito da última parcela do benefício legal e às vésperas da fase final da moratória, quando, em tese, teria a apelante condições de ver julgada cumprida a concordata e serem os demais credores satisfeitos pelo pagamento integral de seus créditos.

Na verdade, a conduta da apelada afigura-se assaz arbitrária, vez que, tendo obtido sentença favorável no juízo da 1ª Vara de Falências e Concordatas em 21/11/95, tornando líquido o seu crédito com garantia real, somente veio se habilitar na concordata em data de 24/06/97, quatro dias após o depósito da segunda parcela da concordata, que ocorreu em 20/06/97, como forma de coagir a apelante ao pagamento, sob pena de ver decretada a sua quebra.

A renúncia à garantia real por parte do credor privilegiado para se habilitar na concordata, embora lícita, depois do depósito das duas parcelas da concorda-

ta não pode ser admitida, pois colhe de surpresa a devedora, inviabilizando por completo o cumprimento da concordata, em face do vultoso valor do crédito da habilitante.

A admissão da apelada à concordata geraria prejuízos a toda a massa de credores, consistindo em meio ilegítimo de coerção da apelante-concordatária ao pagamento, pois imporia complementação dos depósitos já realizados.

A inclusão do crédito da habilitante no Q.G.C. da apelante-concordatária importaria, seguramente, na sua quebra, pois o valor do crédito é superior a todo o passivo quirografário habilitado.

Embora o art. 98 da Lei Falimentar admita a habilitação retardatária, somente por motivo justo há que se admiti-la, não se tratando de direito potestativo do credor, que não pode esperar o depósito integral das parcelas da concordata, para somente então renunciar à sua garantia real e postular sua habilitação extemporânea, o que constitui, por certo, abuso de direito, com o qual não pode a Justiça compactuar.

Se fosse admitida tal prática, estaríamos colocando nas mãos do credor com garantia real verdadeiro instrumento draconiano de coação, gerando uma insegurança jurídica total nos processos de concordata, vez que jamais se poderia determinar com precisão o montante do passivo quirografário da concordatária, que ficaria constantemente sob a ameaça de ver um seu credor privilegiado renunciar ao privilégio para forçá-la ao pagamento em moeda da concordata, gerando para os demais credores, verdadeiramente quirografários, uma situação de total incerteza e insegurança quanto ao cumprimento da moratória e ao recebimento dos créditos.

Igualmente impossível seria, *exempli gratia*, a elaboração do relatório do Comissário da concordata a que alude o art. 169, X, da Lei de Quebras, no que concerne às probabilidades do devedor para cumprir a concordata, vez que somente por exercício de advinhação poder-se-ia fazer qualquer prognóstico, caso a concordatária tivesse credores privilegiados, em face da possibilidade de renúncia ao privilégio e habilitação retardatária a todo o tempo, para pressionar o pagamento, sob pena de quebra.

É óbvio que, embora não textualmente expresso na Lei de Quebras um limite temporal para a habilitação retardatária para os credores quirografários e, em que pese a existência da faculdade de renúncia ao privilégio por parte dos credores privilegiados, tal direito não pode ser exercido arbitrária e abusivamente, como *in casu*, como forma ilegítima de pressão sobre a concordatária, que, em princípio, não estaria obrigada a solver tais débitos privilegiados, já tendo depositado a integralidade do valor dos créditos dos credores quirografários.

Insta acentuar que as teorias subjetivas e objetivas do abuso de direito, desenvolvidas pela doutrina pátria e alienígena, vêm em socorro ao entendimento esposado por este órgão ministerial, já em seu parecer final de fls. 1248/1251, no sentido da inexistência de direitos absolutos, vez que todos os direitos individuais encontram limite nas regras de convívio social, nas noções de bem estar e

Justiça social.

Assim, certos atos, em que pese praticados em conformidade com a Lei, na verdade se afiguram contrários à moral e aos princípios gerais do Direito, constituindo verdadeiro atentado ao ordenamento jurídico, visto como um conjunto de normas dotadas de valores éticos, cuja função teleológica não pode se afastar da promoção do bem social a que se destina.

Conforme escólio de SALEILLES, *"ato abusivo é um ato anormal, porque contraria a finalidade econômica e social do direito – ato sem conteúdo jurídico, economicamente prejudicial e reprovado pela consciência pública"* (*Apud* EVERARDO CUNHA LIMA, *Abuso de Direito*, Ed. Forense, 1959, p. 100).

Verifica-se claramente, na hipótese dos autos, que o ato da apelada, em que pese sua conformidade legal, se gramaticalmente interpretado o comando legal do art. 98 da Lei de Quebras, constitui inequívoco exercício abusivo, vez que tem como escopo indisfarçável a quebra da apelante, pois ciente o credor das sérias e provavelmente intransponíveis dificuldades que teria a concordatária em promover o pagamento imediato de tão vultoso débito, superior a todo o seu passivo quirografário já habilitado.

A pretensão do apelado de obter sua habilitação na concordata, após efetuado o depósito integral das parcelas devidas, constitui um desvirtuamento da destinação econômica e social do direito que, desta forma exercido, afigura-se arbitrário e abusivo, enquadrando-se na definição clássica de SALEILLES, como ato abusivo, que não pode encontrar guarida.

Neste diapasão, merece ser trazido à colação a lição de ALVINO LIMA sobre o *thema*:

> *"A diversidade da natureza dos direitos não os afasta do princípio geral de que todo e qualquer direito tem uma finalidade específica, uma destinação econômica e social; o desvio desta finalidade ou destinação caracteriza o abuso do direito; o critério a adotar deve, pois, ter em vista fixar com precisão aquele desvio."*
>
> (**In** "Abuso do direito", *Revista Forense*, vol. 166, p. 25)

Não discrepa JOSSERAND, quando define, com perfeição, o ato abusivo:

> *"Ato abusivo é muito simplesmente aquele que, praticado em virtude de um direito subjetivo cujos limites foram respeitados, é no entanto contrário ao direito visto no seu conjunto e enquanto juridicidade, quer dizer, enquanto corpo de regras sociais obrigatórias."*
>
> (**in** *D'esprit des droits et de leur relativité – Théorie dite de l'abus des droits*, p. 313)

No sentido do exposto, decidiu o Eg. Superior Tribunal de Justiça em idêntica situação, tendo o acórdão (cuja íntegra juntamos às fls. 1252/1253) recebido a seguinte ementa:

> *"Comercial. Concordata. Habilitação de crédito retardatária.*
>
> **1.** Não pode a instituição financeira titular de crédito garantido por penhor mercantil, ao depois de ajuizar ação de execução, renunciar à sua garantia e habilitar-se como credora quirografária na concordata, quando já efetivada nesta o depósito de duas parcelas, sob pena de lhe ser decretada a falência.
>
> **2.** Conduta arbitrária que se repele.
>
> **3.** Recurso Especial não conhecido."
>
> (STJ; Recurso Especial nº 8.061-0 - SP; ac. unânime; Rel. Min. **Bueno de Souza**; julg. em 20/04/93)

Quanto aos demais fundamentos do apelo sustentados pela concordatária, não merecem acolhimento, vez que a sentença lançada nos autos da verificação de créditos é irrecorrível, conforme art. 1º, inciso IV, da Lei de Falências, não podendo subsistir, destarte, as alegações de iliquidez do crédito, cujo valor foi fixado por sentença irrecorrível prolatada pelo r. Juízo da 1ª Vara de Falências e Concordatas da Capital (fls. 988/991), em face do que dispõe o art. 1º, parágrafo 1º, da Lei de Falências, que afirma tornar-se líquida a obrigação provada por conta verificada judicialmente.

Insta frisar que o Recurso Especial interposto, embora admitido, não tem efeito suspensivo, pelo que não constitui óbice à habilitação do crédito e, mesmo que provido, não terá o condão de modificar a r. sentença que fixou o valor do crédito.

Do mesmo modo, não há necessidade alguma de protesto para a habilitação de crédito em concordata, conforme salientado pelo Comissário à fl. 1105.

A alegada litispendência, de outra parte, é manifestamente inexistente, vez que a Ação Ordinária de Reparação de Danos, em trâmite no juízo cível, e a presente habilitação têm pedidos e causa de pedir obviamente diversos, não sendo caso de repetição de ações em curso, nos termos do art. 301, parágrafos 1º, 2º e 3º, do CPC.

Não procedem as alegações da apelante, ademais, em campo meritório, quando sustenta a ausência de renúncia ao privilégio por parte da apelada e pretende discutir a legitimidade e veracidade do crédito.

Com efeito, expressamente na inicial (fl. 03, item 05), a apelada renuncia ao direito real de garantia que privilegiava seu crédito, pretendendo se ver incluída entre os credores quirografários da concordatária-apelante e, assim, sujeitar-se à concordata e a receber na sua moeda.

Frise-se, ainda, que não cabe, em sede desta habilitação de crédito, pretender a apelante rediscutir a veracidade do crédito, reconhecido pela sentença proferida nos autos da Verificação Judicial de Contas, não sendo pertinente o exame das alegações de fls. 1041 e seguintes da peça de resistência.

Ex positis, presentes os requisitos de admissibilidade do recurso, opina o Ministério Público pelo conhecimento e provimento do apelo interposto.

Rio de Janeiro, 03 de maio de 1999.

MARIO MORAES MARQUES JUNIOR
Promotor de Justiça
Titular da 7ª Curadoria de Massas Falidas

Ação civil pública. Contratos bancários de crédito rotativo, de cartões de crédito, de investimento e de financiamento. Prática de anatocismo. A natureza consumerista nas relações de natureza privada entre bancos e correntistas. Competência da Justiça Estadual (art. 93 do CDC). A interpretação do art. 3°, § 2°, do CDC. A diferenciação entre serviços de natureza cambial e serviços bancários que encerram relações de consumo. O consumidor de serviços bancários como consumidor final. Odinheiro e o crédito, bens juridicamente consumíveis, à luz do art. 51 do CDC. Consumidor: aquele que adquire ou utiliza o produto ou serviço (art. 2°) e aquele exposto às práticas previstas no CDC (art. 29). A inversão do ônus da prova, diante de alegação verossímil e da hipossuficiência do consumidor. As regras ordinárias da experiência. O princípio da boa-fé e da transparência. A responsabilidade civil da instituição bancária, como fornecedora de serviços. Capitalização de juros: vedação incidente também sobre as instituições financeiras. A prevalência da Súmula 121 do STF em face da Súmula 596 do STF.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
18ª CÂMARA CÍVEL

Apelação Cível n° 7.092/01

APELANTE 1: *Banco do Estado do Rio de Janeiro S/A (Em liquidação judicial).*
APELANTE 2: *Banco Bradesco e outros.*
APELANTE 3: *Banco Citibank S/A .*
APELANTE 4: *Banco Francês e Brasileiro S/A.*
APELADA: *Associação Nacional de Assistência ao Consumidor e Trabalhador – ANACONT*
Relator: Des. **Nascimento Póvoa Vaz**

Apelação Cível - Ação Civil Pública - Contratos para utilização de crédito rotativo, cartão de crédito, contratos de investimentos, contratos de financiamentos - Prática de anatocismo - Sentença parcial de procedência, condenado-se os bancos-réus a se absterem da indevida cobrança de juros compostos, sob pena de pagamento de multa diária - Agravos retidos, sustentando preliminares já afastadas em decisão saneadora, de modo correto - Legitimidade do Banco do Estado do Rio de Janeiro S/A - Ausência de justificativa para a suspensão do processo em função da liquidação judicial do Banco do Estado do Rio de

Janeiro S/A - Desnecessidade de formação de litisconsórcio necessário, visando integrar a lide a União Federal e o Banco Central - Competência da Justiça Estadual - Contratos que se caracterizam por relações de natureza consumerista - Afastada corretamente na sentença a aplicação do art. 192, § 3°, da CF relativamente à cobrança de juros simples superiores ao limite de 12% ao ano - Vedada, contudo, a cobrança de juros capitalizados (anatocismo), mesmo quando se trata de serviços prestados por instituições financeiras - Aplicabilidade da Súmula 121 do STF - Não incidência do Verbete 596 do STF - Congruência da sentença - Sucumbência determinada conforme os ditames do CPC - Parecer no sentido do desprovimento dos agravos retidos e dos apelos.

PARECER

Egrégia Câmara:

I – *RELATÓRIO*

Cuidam-se de apelações interpostas contra sentença proferida em autos de Ação Civil Pública, através da qual foram julgados procedentes, em parte, os pedidos da Autora para o fim de se determinar que, nos contratos de contratos de crédito rotativo, de cartões de crédito, de contratos de investimento e de financiamento, os Bancos-Réus se abstenham da indevida cobrança de juros compostos (anatocismo), sob pena de pagamento de multa diária de R$ 1.000,00 (um mil reais), que será revertida ao Fundo previsto no art. 13 da Lei de Ação Civil Pública, além de promoverem a devolução do excesso cobrado a esse título, com os acréscimos legais, sendo, ainda, condenados ao pagamento das custas e honorários advocatícios, fixados estes em R$ 1.000,00 (um mil reais), com fulcro no art. 20, § 3°, alíneas "a", "b" e "c", e § 4°, do CPC, tudo conforme se vê de fls. 859/67.

Tal sentença veio a ser integrada pela R. Decisão de fls. 921/923, que negou provimento aos tempestivos Embargos de Declaração interpostos pelo *Banco do Brasil S/A* (fls. 869/870) e pelo *Banco Bradesco S/A e outros* (fls. 871/76).

Em suas razões, o *Banco do Estado do Rio de Janeiro S/A* pugna pela reforma da sentença, alegando, em preliminar, sua ilegitimidade passiva, na medida em que, *estando em regime de liquidação extrajudicial*, fica terminantemente proibido de exercer qualquer atividade bancária.

No mérito, volta a sustentar a inaplicabilidade do §3° do art. 192 da CF/88 ao presente caso, face a ausência de lei complementar regulamentadora, bem como a inaplicabilidade da Lei da Usura, Decreto 26.366/33, já que as instituições bancárias a ela não estão sujeitos, bastante, nesse sentido, o enunciado da Súmula 596 do STF.

Reafirma, ainda, a inexistência de anatocismo nos contratos questionados, a uma, porque as instituições bancárias estão sujeitas apenas às limitações e à disciplina do BANCO CENTRAL, podendo convencionar taxas de juros e comissões de acordo com as normas por este editadas, não se podendo, no caso, invocar a Súmula n.º 121 do STF, que não abrange a exceção legal expressamente ressalvada; a duas, porque a própria Medida Provisória n.º 1.367/96 autoriza a cobrança dos juros capitalizados, de encargos financeiros com base em taxas flutuantes e de encargos financeiros substitutivos a incidirem a partir do vencimento do empréstimo ou financiamento, sem prejuízo dos juros de mora e de outros encargos ajustados ou legalmente exigíveis.

No mais, refere a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, porquanto os contratos bancários não constituem relação de consumo, eis que regidos por disposições regulamentares editadas pelos órgãos oficiais competentes, mas relação jurídica individual e privada, de natureza creditícia, até porque a entrega de dinheiro ou de crédito não constitui aquisição de produtos pelo destinatário final, não estando, portanto, incluídos na definição dada pelo art. 2º do CDC.

Por fim, com base no disposto no art. 18 da Lei n.º 6.024/74, afirma a necessidade de se suspender o presente feito em virtude da decretação de sua liquidação extrajudicial.

O *Banco Bradesco S/A e outros* (v. fl. 924), em preliminar, pedem, por primeiro, seja concedido efeito suspensivo ao apelo, sob a alegação de que estariam sofrendo ameaça de dano irreparável, eis que, em virtude de matéria que a ANACONT fez publicar no periódico "Folha Dirigida" (v. fls. 928/29), mutuários de diferentes tipos de contratos de empréstimo, fundados na R. Sentença prolatada e partindo da premissa errada de terem sido os Bancos-Réus condenados a se absterem de cobrar juros compostos em todos os contratos de empréstimo, estariam reclamando a devolução imediata dos valores legitimamente recebidos e imediato pagamento da "nova condição".

Ainda em sede preliminar, pedem seja apreciado o agravo retido, constante de fls. 788/810, através do qual se insurgiram contra a decisão de fls. 766/68, que afastou as preliminares argüidas em contestação.

Quanto ao mérito, voltam a consignar os argumentos apresentados quando da interposição dos embargos de declaração, observando que, enquanto o antepenúltimo parágrafo da sentença reproduziu a especificação da Súmula 121 do STF, o seguinte formulou condenação sem considerar qualquer das hipóteses em que tal Súmula admitiu os juros compostos por força das leis a que o Enunciado se referiu, defendendo, por fim, a necessidade de ser declarada a estipulação de juros compostos quando ocorrem as condições previstas na Súmula 121.

Após afirmarem que a sentença traz uma única condenação, que entendem como sendo a de se absterem os bancos, para o futuro, de cobrar juros compostos, com duas penas, referem a necessidade de se adequar o *decisum* à fundamentação, o que só será possível com a ressalva de que, na hipótese de existir

pacto fundado em lei, é admissível a capitalização.

Esclarecem que a sentença admitiu a capitalização nas numerosas espécies de contratos que menciona, nas quais é expressamente autorizada a capitalização dos juros e prequestionam as leis referidas na sentença, assim como as que dizem respeito diretamente à lide.

Prequestionam, ainda, o fato de a sentença ter esquecido de mencionar outras espécies de contratos, como, por exemplo, os do Sistema Financeiro da Habitação e a incidência mensal de capitalizações nos débitos reajustados por TRs e TRs/TBF e ter julgado existir proibição de capitalização na situação que imaginou – capitalização sem lei que a autorize e sem pacto.

Afirmam que, além de o art. 192, § 3°, da CF/88 depender de regulamentação mediante lei complementar, se o CDC tivesse pretendido disciplinar, como entendido na sentença, a atividade bancária, seria inconstitucional, por se tratar de lei ordinária e não lei complementar.

Afirmam, ainda, que a ação foi proposta contra 14 (quatorze) bancos, instituições que, ao contrário do que ocorre com a maior parte dos setores econômicos, são componentes do Sistema Financeiro Nacional, que mereceu disposição específica no art. 192 da Constituição Federal.

Sustentam, por fim, que, tendo sido acolhida parte mínima do pedido, devem os ônus da sucumbência ser invertidos e, caso assim não se entenda, pedem sejam isentados do pagamento de honorários ou que estes e as despesas processuais sejam compensados, nos termos do disposto no art. 21 do CPC, já que decaíram ambas as partes litigantes.

A seu turno, o *Citibank* apela, sustentando que a sentença desconsiderou, por completo, a sua contestação no que concerne à impugnação específica quanto à alegação de capitalização em relação à qual a autora não apresentou prova alguma, não se aplicando ao caso a inversão do ônus da prova, até porque a autora não mantém relação de consumo com os réus, não tendo, por conseguinte, aplicação o CDC.

Refere que a relação mantida entre os bancos e seus correntistas também não é relação de consumo, porquanto, de acordo com a doutrina e a jurisprudência, dinheiro e crédito não se constituem produtos adquiridos ou usados pelo destinatário final e que, no caso, tratando-se de direitos patrimoniais e disponíveis, imperiosa a aplicação da regra de distribuição do ônus da prova prevista no CPC.

Argumenta que, ainda que se pudesse admitir a aplicação do CDC, considerando-se que as hipóteses de inversão do ônus da prova, por serem excepcionais, são taxativas e, por isso, de interpretação restritiva, no caso em tela, em que se busca amparo no art. 6°, VIII, do CDC, não estão presentes os pressupostos para a inversão do ônus da prova, quais sejam, a hipossuficiência e a alegação verossímil.

Observa, ainda, que, no caso, se pudesse considerar aplicável o CDC, a determinação da inversão do ônus da prova somente na sentença constitui cercea-

mento de defesa e contraria o princípio do devido processo legal (art. 5°, LIV e LV, da CF), eis que, em momento algum e sequer no despacho saneador, quando seria correto, o juízo determinou a inversão do ônus da prova, determinado apenas que as partes apresentassem as provas a serem produzidas.

Conclui que, uma vez demonstrada a total impertinência da inversão probatória, mantida a regra geral de que ao autor da demanda compete o ônus de provar o fato constitutivo de seu direito, impõe-se a improcedência e, se acaso mantida a sentença no que se refere à inversão do ônus da prova, volta a sustentar a legalidade da capitalização de juros, apoiado na assertiva de que o art. 192 da CF depende de regulamentação e, ainda, na assertiva de que os bancos estão sujeitos à Lei n.° 4.595/74, lei especial, sendo que, de acordo com o seu art. 4°, IX, as taxas de juros e qualquer outra forma de remuneração dos serviços bancários ou financeiros só podem ser estipuladas e limitadas pelo Banco Central, sendo certo que, no momento, a taxa de juros e a forma de capitalização estão sendo livremente pactuadas, nos termos da Res. n.° 1.064, de 5/12/85, do Conselho Monetário Nacional.

Aduz que a legitimidade da capitalização de juros bancários beneficia todos os investidores em cadernetas de poupança e demais aplicadores financeiros, na medida em que os frutos civis do seu capital (juros) são capitalizados incrementando seu patrimônio.

Citando posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, observa, ainda quanto a este aspecto, que não cabe o argumento de que os juros de uma poupança são inferiores ao que se acrescenta a uma dívida, pois tal questão não se refere à capitalização de juros, que deve ser admitida para poupadores e devedores, e sim à taxa de juros, a qual não se encontra limitada a nenhum parâmetro.

No mais, destaca a inaplicabilidade do Decreto n.° 22.626/33, não só pelo fato de estarem as instituições bancárias reguladas por lei específica, mas porque, como denuncia seu próprio título, tem escopo amplo e genérico, não sendo aplicável quando há legislação específica sobre o tema.

Ainda sobre o Decreto n.° 22.626/33, menciona que há também quem defende que são apenas exemplificativas as hipóteses de proibição da capitalização, podendo as partes estipular juros compostos livremente, acentuando um caráter meramente supletivo na norma contida em seu art. 4°.

Sobre a devolução do que já foi pago a título de juros, sustenta que o juiz decidiu em tese, porque, em momento algum, foi produzida qualquer prova de que algum correntista tivesse pago juros capitalizados.

Ainda com relação à devolução do que foi pago a título de juros capitalizados, lembra a norma do art. 1263 do Código Civil, que veda, em qualquer circunstância, ação para repetição de juros.

No que concerne à sucumbência, afirma que foi a autora quem sucumbiu, na medida em que dos cinco pedidos formulados na inicial, apenas dois foram atendidos: aquele referente à capitalização dos juros e aquele alusivo à devolução

em dobro do que teria sido cobrado a maior a título de juros capitalizados, sendo certo que este último teve acolhimento parcial, eis que excluída a devolução em dobro.

Diante disto, conclui que, tendo decaído em parte mínima, não é crível tenham os réus de arcar sozinhos com a sucumbência, mas, ao contrário, verificada a sucumbência maior da autora, esta é que deveria arcar com a condenação exclusiva.

Acaso assim não entendido, pede sejam os ônus da sucumbência compensados entre as partes, nos termos do art. 21 do CPC.

O *Banco Francês e Brasileiro S/A*, em preliminar, também pede seja concedido efeito suspensivo ao presente apelo, nos termos do art. 14 da Lei n.° 7.347/85, e a apreciação do agravo retido interposto contra a decisão que rejeitou as preliminares de ilegitimidade ativa *ad causam*, impossibilidade jurídica do pedido e de inexistência de interesse de agir.

Observando que, com relação à preliminar de inexistência de interesse de agir, o Magistrado, na sentença, teria inovado nos fundamentos, passa a complementar as razões do agravo retido, afirmando que, na sentença, não cogitou do exame da inexistência de um conflito concreto de interesses, limitando-se a concluir simplesmente que não se pode *"restringir a aplicação da lei, sob o argumento totalmente equivocado de que os titulares do direito, uma vez passíveis de identificação, têm ação própria"*.

No mérito, assim como os demais Apelantes, nega a existência de relação de consumo dos contratos impugnados e, invocando o disposto no art. 3°, § 2°, do CDC, afirma que apenas os serviços bancários fornecidos no mercado de consumo estão abrangidos pelo Código de Defesa do Consumidor.

Em defesa do que afirma, traz à colação o entendimento de PAULO BROSSARD e conclui que a sentença partiu de premissa equivocada, fulcrando suas razões de decidir nas disposições do CDC, inaplicável à espécie, já que as instituições financeiras estão sujeitas a normas específicas editadas pelo Conselho Monetário Nacional.

Ainda neste particular, refere a cobrança de juros pela instituições financeiras que, desde o advento da Lei n°. 4.595/64, não está mais sujeita à Lei de Usura, tal como já ficou consagrado na Súmula 596 do STF, aplicada sem ressalvas até hoje.

No mais, refere que a abstração do pedido formulado pela Autora, referindo-se indistintamente a todos os contratos de crédito firmados com as instituições-rés, sem especificar, sequer o período em discussão, impediu-o de produzir qualquer prova, especialmente a perícia técnica, indispensável para a verificação de eventual cobrança indevida de juros capitalizados, como ressaltado pelo Ministério Público à fl. 626.

Conclui que, diante da anemia probatória, não tem lugar a inversão do ônus da prova, pois essa faculdade, inserida no art. 6° do CDC, não afasta a obrigação imposta pelo art. 333, I, do CPC, de que o demandante comprove *ab initio* os

fatos constitutivos de seu alegado direito

Por fim, após discorrer sobre o conceito de sucumbência, pede a aplicação do disposto no art. 21 do CPC.

Em contra-razões, a ANACONT refuta as preliminares de mérito argüidas, sustentando sua legitimidade ativa, em vista do disposto nos arts. 5° da Lei da Ação Civil Pública, e, por conseguinte, o art. 82, IV, do CDC, na forma de seu art. 117 c/c 21 daquela lei.

Refere que os dispositivos processuais constantes no Título III do CDC passam a ser efetivamente aplicados juntamente aos dispositivos da Lei 7.437/85 e que, portanto, o fato de não se tratar de relação de consumo, não retrata para ela, Autora, qualquer impropriedade quanto a sua legitimidade ativa para a propositura da presente demanda, pois a sua legitimidade decorre principalmente do fato de estar na defesa de direitos individuais homogêneos, tal como se vê do art. 81, III, do CDC.

Acrescenta, ainda, que, em caso de concurso de créditos, característico dos direitos e interesses homogêneos, o CDC, conforme o disposto no art. 98 e §1°, estipulou um sistema em que o interesse individualizado sobrepuja o coletivo, ou seja, ao final da demanda, surge um título judicial, que poderá ser executado individualmente, através ou não da Associação, ensejando com isso uma extrema e moderna celeridade processual a esta e a qualquer outra demanda em que se faça presente esse procedimento.

No mérito, pugna pela manutenção da sentença de primeiro grau, voltando a sustentar todos os argumentos expendidos ao longo do processo e salientando que, dentre os direitos básicos do consumidores, o CDC, em seu art. 6ª, inciso V, destaca expressamente a previsão de modificação e revisão de cláusulas contratuais que criem prestações desproporcionais ou que venham a colocar o consumidor em desvantagem exagerada, isto porque, as cláusulas abusivas são obviamente nulas de pleno direito, pois favoráveis a apenas uma das parte contratantes, não se podendo cogitar do princípio *pacta sunt servanda* em se tratando de contratos de adesão, em relação aos quais o consumidor não teve qualquer acesso às minúsculas letras neles contidas.

Sobre as cláusulas abusivas e sobre a vulnerabilidade do consumidor, traz à colação as lições de JONATAS MILHOMENS, de CAIO MÁRIO e de NELSON NERY JÚNIOR.

O *Ministério Público*, em primeiro grau de jurisdição, opina pelo desprovimento dos apelos, afirmando a legitimidade ativa da Associação-Autora face ao disposto no art. 5º da Lei de Ação Civil Pública e explicitando que, se a lei não estabeleceu requisitos afora o lapso de um ano contado da constituição da associação e a existência de referência estatutária à função de proteção do interesse perseguido, não cabe ao Judiciário criar novos requisitos. Observa, ainda, que a preliminar de ilegitimidade ativa já foi objeto de decisão interlocutória atacada por via de agravos de instrumento já rejeitados.

No mérito, reafirma seu anterior posicionamento exposto no parecer de fls. 812-4, salientando que existem inúmeros acórdãos e sentenças desse E. Tribunal

que subscrevem o entendimento de que o anatocismo é vedado, ainda quando praticado por instituições financeiras, e que as disposições do Decreto n.º 22.626/33, não aplicáveis a estas instituições, a que alude a Súmula n.º 526, são as que dizem respeito, exclusivamente, à taxa máxima de juros de 12%.

Por fim, entende que a devolução do que foi pago a maior a título de capitalização de juros deverá ser simples, porém, com os acréscimos legais, tal como dispôs a sentença.

II – *FUNDAMENTAÇÃO*

A – *Dos Pressupostos de Admissibilidade dos Recursos*

Todos os apelos são tempestivos.

A sentença foi publicada em 05/11/99, uma sexta-feira, conforme se comprova da certidão de fl. 868, sendo certo que contra ela, pelo *Banco do Brasil S.A* (v. fl. 869) e pelo *Banco Bradesco* e demais bancos nominados a fl. 871, foram interpostos tempestivos embargos de declaração, que vieram a ser rejeitados pela decisão de fl. 921/23.

O *Banco do Estado do Rio de Janeiro S/A* apresentou suas razões de apelo em 22/11/99, conforme se comprova da autenticação mecânica aposta a fl. 882, portanto, dentro do prazo recursal, que, na verdade, começou a fluir em 08/12/99, segunda-feira.

O *Banco Bradesco e outros*, nominados a fl. 924, interpuseram o apelo em 21/01/00, como se pode constatar do carimbo do PROGER aposto a mesma fl. 924, também dentro do prazo recursal, na medida em que este só começou a fluir a partir do dia seguinte ao da publicação da decisão que rejeitou os embargos de declaração. Tendo essa decisão sido publicada em 22/12/00, como se pode comprovar da certidão de fl. 923, e, considerado o recesso forense, o prazo recursal, se iniciou, de fato, em 10/01/00, segunda-feira, ou seja, no primeiro dia de expediente forense após o recesso.

O *Banco Citibank S/A* interpôs o seu apelo em 04/02/00, como se pode ver da autenticação mecânica aposta a fl. 945, também dentro do prazo, se considerada a contagem do prazo em dobro por força da regra do art. 191 do CPC.

O *Banco Francês e Brasileiro S/A* interpôs seu apelo em 07/02/00, como se pode ver de fl. 1002, igualmente, dentro do prazo recursal em dobro.

Os respectivos preparos foram efetivados devida e tempestivamente, conforme se constata das guias de fls. 896, 944, 972 e1016.

Presentes a legitimidade e o interesse recursais.

B – *Das Preliminares Arguidas e da Apreciação dos Agravos Retidos*

1. *Das preliminares argüidas pelo Banco do Estado do Rio de Janeiro S/A*

Primeiramente, necessário se faz analisar a preliminar de ilegitimidade passiva argüida pelo *Banco do Estado do Rio de Janeiro S/A* e seu pedido de suspensão do feito em função do regime de liquidação extrajudicial em que se encontra.

Quanto à alegada ilegitimidade passiva, além desta questão já ter sido exaustivamente discutida por esse E. Tribunal em inúmeras outras ações, sendo portanto, demais conhecida, é preciso observar que *os fatos que dão origem aos interesses e direitos que estão sendo protegidos através presente ação advêm das respectivas relações que se estabelecem entre os clientes e o banco, relação material e de natureza contratual, em que este último não é mero intermediador do dinheiro ou dos créditos de que se cogita, mas verdadeiro agente ativo nas transações estabelecidas, ou seja, verdadeiro prestador de serviços pelos quais se remunera*, e tanto é isso verdade que, inobstante as normas de caráter geral editadas pelo BANCO CENTRAL, cada banco pratica suas próprias tarifas e a seu bel prazer, inundando o público com anúncios e outros tipos de publicidade, cada qual tentando captar o cliente com ofertas mais vantajosas que os demais bancos possam oferecer, que, na maior parte das vezes, vantajosas não são, mas dão a ilusão de o serem.

Por outro lado, cabe considerar que, **através do ATO BACEN-PRESI nº 604**, na realidade houve a cisão do antigo *Banerj* e, por consquência, a sucessão da sociedade, sendo certo que, nesse caso, a sucessora responde solidariamente pelas obrigações da sucedida.

Quanto ao mais, bom que se diga que nada impede tenha a ação prosseguimento normal, até porque nem de execução se cogita.

O art. 18 da Lei n.º 6.024/74, que se limita a determinar a suspensão das ações e execuções iniciadas sobre direitos e interesses relativos ao acervo da entidade liquidanda, no caso, não tem aplicação, eis que, *quando da intervenção no* ***Banerj*** *S/A separou-se o que se passou a chamar de "banda podre", cujo ônus ficou a cargo exclusivo do próprio Estado do Rio de Janeiro, razão pela qual as operações que vêm sendo efetuadas pelo atual* **Banco do Estado do Rio de Janeiro** *S/A não se confundem aquelas inseridas na denominada "banda podre", estando essa atual instituição bancária, apesar do regime de liquidação extrajudicial, operando normalmente como qualquer outro banco no que diz respeito à prestação aos serviços inerentes colocados à disposição de sua clientela.*

2. *Da atribuição do efeito suspensivo aos apelos*

A questão da atribuição de efeito suspensivo aos apelos interpostos, já está superada pelo R. Acórdão proferido nos autos do Agravo de Instrumento interposto pelo *Banco Bradesco e outros*, bastante ver-se cópia de fls. 1.089/91.

3. *Da apreciação dos agravos retidos e das preliminares neles argüidas*

Dito isto, cabe apreciar os agravos retidos interpostos pelos *Banco Bradesco e outros* e pelo *Banco Francês e Brasileiro* **(v. fls. 776** *usque* **810)** contra a decisão saneadora de fls. 766/68, que rejeitou todas as preliminares argüidas, quais sejam: a inépcia da inicial, a incompetência do juízo, a falta de interesse de agir, a falta de interesse processual, a impossibilidade jurídica do pedido e a ilegitimidade ativa da Associação-Autora.

As preliminares de ilegitimidade ad causam e ad processum da Associação-Autora, a falta de interesse processual e a impossibilidade jurídica do pedido já foram exaustivamente apreciadas por essa E. Câmara no acórdão proferido nos autos do Agravo de Instrumento n.º 8.882/99, que se encontra em apenso (v. fl. 199), interposto pelo *Banco Citibank S/A.*

Resta, então, apreciar os dois agravos retidos apenas no que concerne às demais preliminares que neles foram agitadas e que não foram ainda objeto de apreciação em segunda instância, embora, ainda que de modo conciso, já apreciadas pela decisão saneadora do Magistrado de primeiro grau.

No agravo retido interposto pelo *Banco Bradesco e outros* (fl. 808/09) são argüidas duas preliminares, uma delas podendo ser desdobrada em outras duas, que não são argüidas no agravo retido interposto pelo *Banco Francês e Brasileiro S/A.*

- Preliminar de inépcia da inicial (v. fl. 808)

Dizem os Agravantes na contestação e repetem no agravo que a petição inicial é inepta, primeiro, por ser ininteligível, segundo, por não apontar um único fato em que se fundaria a ação, referindo-se genericamente a práticas bancárias, sem fazer uma única referência a alguma situação específica, pretendendo a Autora que se declare a aplicação em tese de leis, vulnerando o disposto no art. 282, III e VI, do CPC.

Referem, ainda, que o pedido, sob esse ângulo, é juridicamente impossível, devendo ser declarada inepta a inicial, conforme determina o art. 295, parágrafo único, III, do CPC.

Pedem seja acolhida tal preliminar, tendo em vista o disposto no art. 282, III, e art. 295, parágrafo único, IV, do CPC.

Conquanto, ***concessa venia,*** a inicial não seja um primor em termos de emprego do vernáculo, *de modo algum, é ininteligível,* até porque, *todos os Réus, e cada qual à sua maneira, conseguiram apresentar defesa e de forma bem ampla, sendo todas as contestações, inclusive, coerentes entre si no sentido de contrapor os fatos alegados na inicial.*

Por outro lado, considerada a natureza da ação proposta e o fato de que o pedido tem por base, conforme consignado a fl. 07, "contratos para utilização de crédito-rotativo, de cartão de crédito, de investimentos e de financiamento, todos constituindo-se em contratos de adesão, celebrados entre os bancos-réus e

seus correntistas, *não se pode negar a dificuldade da Autora em apresentar, pelo menos, ab initio, situação específica.*

Também não se pode perder de vista o que fora pontuado pelo Ministério Público em sua manifestação de fl. 75/6, quando já alertava *que a presença do anatocismo deveria ser apurada no decorrer do processo, inclusive, com pronunciamento de contador e/ou perito, e que a inversão do ônus da prova poderia vir a tornar essencial para o fim de se aferir os cálculos feitos pelo bancos-réus.*

Portanto, não pode merecer acolhimento a preliminar de inépcia da inicial.

Não fosse apenas pelas razões acima apresentadas, bem assim os fundamentos adotados pelo Magistrado de primeiro grau a fl. 768, ainda caberia levar-se em consideração que, *em se tratando de ações civis públicas, uma das maiores preocupações do legislador é a facilitação do acesso à Justiça da parte mais vulnerável, até mesmo diante da necessidade de se estabelecer um novo enfoque da par conditio e do equilíbrio dos litigantes,* como bem leciona ADA PELLEGRINI GRINOVER em seu livro *O Processo em Evolução*, S.P., Forense Universitária, 1ª ed., 1996, p. 125.

Cabe considerar, ainda, que a Associação-Autora, quando da sua manifestação em réplica, fls. 719/20, **apresentou a documentação de fl. 722** *usque* **739**, a qual, sem dúvida, *retrata determinada situação concreta,* nos moldes como almejada pelos Agravantes, sempre, porém, *alertando quanto à impossibilidade da obtenção de provas, por não ser possível ao próprio consumidor obtê-las e quanto à dificuldade deste em entender os demonstrativos bancários recebidos.*

Ora, *a verossimilhança de tudo que foi alegado na inicial está mais do que presente, na medida em que todas as pessoas que lidam com alguma instituição bancária têm conhecimento da linguagem hermética utilizada nos contratos de adesão, portanto, ininteligível não só em função do minúsculo tamanho das letras, não desconhecendo, por outro lado, os intrincados extratos que recebem, pagos a preço de ouro, estes sim, totalmente incompreensíveis.*

– Preliminar de incompetência do Juízo, decorrente da preliminar da existência de litisconsórcio passivo necessário.

O agravo retido interposto pelo *Bradesco e outros* também clama pela necessidade da formação de litisconsórcio passivo necessário, devendo, no entender dos Recorrentes, integrarem a lide todas as demais instituições financeiras que fazem parte do Sistema Financeiro Nacional, a **União Federal**, quer em razão da disciplina do Conselho Monetário Nacional sobre essas mesmas instituições, quer em razão da inexistência de norma a ser editada, necessária, por força da Lei Maior, para reger o Sistema Financeiro Nacional, que não tem personalidade jurídica própria, bem como o BANCO CENTRAL DO BRASIL, já que as instituições financeiras, como integrantes do Sistema Financeiro Nacional, estão jungidos às normas por ele editadas, impondo-se, por conseqüência, a suspensão do feito até se completarem todas as citações.

Ainda para melhor robustecer a justificativa para a intervenção da **União Federal** no feito, alude ao disposto na Lei n.º 9.469/97, até porque figura como um dos réus o *Banco do Brasil*, sociedade de economia mista.

Esta preliminar já havia sido objeto de exaustiva análise pelo Ministério Público de primeiro grau, na manifestação de fl. 620/627, especificamente a fls. 622/625, ao discorrer sobre os efeitos *erga omnes* da decisão e sobre a competência, no caso, da Justiça Estadual.

Vale transcrever o inteiro teor da lição dada com proficiência pela Exma. Promotora de Justiça, hoje Procuradora de Justiça, Dra. *Léa Barbosa Freire*, que, partindo da premissa de que nesta ação se cogita de relações de consumo, conforme se vê do item 2 de fl. 621 (relação essa que mais adiante será apreciada em maior profundidade) explicita:

> "A idéia primordial que embasa a defesa dos direitos coletivos em sentido lato, com a intenção de dar maior facilidade ao acesso á justiça, é promover da melhor maneira possível a economia processual. O Código de Defesa do Consumidor, repetindo o que já dispunha a Lei de Ação Popular, Lei 4.717, de 20-06-65, tratou de atenção à coisa julgada, conferindo efeitos erga omnes e ultra partes às decisões (art. 16 da lei n.º 7.437/85, Lei da Ação Civil Pública, e art., 103, Código de Defesa do Consumidor).
>
> Parece-nos curial que a *mens legis* é fazer com que uma decisão que se refira a uma lesão extensiva a todo o território nacional, mesmo que tomada em uma comarca pequena do interior de um Estado longínquo, seja obedecida em toda a parte. Do contrário, além de haver decisões contraditórias, certamente, haveria, o que é pior – uma enxurrada de processos idênticos sobre o mesmo fato espalhadas por todo o país, mais afogando o Judiciário, sem se entender que a expressão *erga omnes* sofreria limitação territorial – se pudesse argüir litispendência.
>
> O legislador, incidindo em lamentável engano, lançando mão de Medida Provisória de idêntico conteúdo, modificou pela Lei n.º 9.494/97, o art. 16 da lei 7.437/85, lei da Ação Civil Pública. Eis como regida anteriormente:
>
> > 'Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, exceto se a ação for julgada improcedente por deficiência de provas,

hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.'

A Lei 9.494/97 passou a dispor de forma diversa, como veremos a seguir.

A insigne jurista ADA PELLEGRINI GRINOVER, uma das relatoras do Código de Defesa do Consumidor, nas pp. 722 e sgs. da 5ª Edição do *Código de Defesa do Consumidor Comentando pelos Autores do Anteprojeto*, atualizada até outubro de 1997, demonstra com clareza irretorquível as razões pelas quais o acréscimo produzido no art. art. 16 da Lei 9404/97 é ineficaz.

Resumindo suas conclusões, enquanto remetemos à leitura *in totum* daquela lição, para não nos estendermos desnecessariamente, temos que:

1. Art. 16 da LACP com a nova redação:

'A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, *nos limites da competência territorial do órgão prolator*, exceto...'

Apenas foram acrescentadas as palavras grifadas por nós, mantendo-se o restante da redação antiga.

No Código de Defesa do Consumidor a coisa julgada é tratada no art. 103. Examinado-o, verifica-se que:

a) Quando a lei se utiliza da expressão erga omnes se refere aos interesses difusos e individuais homogêneos, uma vez que para os direitos coletivos em sentido estrito os efeitos seriam ultra partes. Mas diante da semelhança entre os dois interesses (difuso e coletivo), admitamos que, por analogia, possa ser aplicado o art. 16 aos direitos coletivos tanto quanto ao difusos.

b) a expressão "insuficiência de provas" se refere aos interesses difusos e coletivos, e não aos individuais homogêneos, uma vez que tal expressão só consta dos incisos I e II, que tratam daqueles interesses e não destes. Portanto, o art. 16 só pode tratar dos interesses definidos pelo art. 81, parágrafo único, I e II do CDC, e os interesses referentes ao inciso III continuarão a ser regidos tão somente pela lei

especial, Código de Defesa do Consumidor, em seus art. 103.

Então, o art. 16 da LACP só regerá os interesses e direitos difusos e, admita-se, coletivos.

2) Como a nova redação do art. 16 trata de "competência", remete-nos ao art. 93 do CDC (nota 2)

Este artigo, que é lei especial, dita que a competência para os danos de âmbito nacional ou regional, é *do foro da Capital do Estado* ou do Distrito Federal. Então, "os limites da competência do órgão prolator" de que fala o art. 16 da LACP há que forçosamente remeter ao art. 93 do CDC, que regula a competência para os processo coletivos nas relações de consumo.

c) Enquanto a nova redação do art. 16 da LACP tentou limitar a competência, lembremo-nos que não influi na abrangência da coisa julgada. O que determina aquela abrangência é o pedido. Se este é amplo, para todo o território nacional, o efeito erga omnes não poderá ser limitado por alegações de falta de competência do juiz, que deteve a competência para julgar todo o processo.

Estas, em apertado resumo, foram as conclusões da mestra ADA PELLEGRINI GRINOVER, que abraçamos in totum.

Assim, no caso em pauta, a competência será encontrada no art. 93 do CDC, isto é, no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, enquanto a coisa julgada terá seus limites *erga omnes*.

Não será jamais da Justiça Federal, cuja competência reside em sede constitucional, e causas entre consumidores e bancos não estão incluídas no art. 109 da magna carta."

Por sua vez, o Magistrado de primeiro grau, em sua decisão saneadora de fls. 766/68, ao enfrentar a preliminar de incompetência, no mesmo diapasão, fundamentou:

"Com relação à alegada incompetência do juízo, em razão do suposto interesse da União Federal e do Banco Central, ao contrário do que foi alardeado, há remansosa jurisprudência, inclusive, do Superior Tribunal de Justiça, que, em hipótese análoga,

contraria tese sustentada.

O aresto paradigma é do Recurso Especial n.º 9202-0, da 4ª Turma, 13-04.92, tendo como Relator o Ministro **Sálvio de Figueiredo Teixeira**, onde concluiu-se que, *verbis*, "Eventuais alterações na política econômica não afastam, por si só, a legitimidade *ad causam* das partes envolvidas m contratos de direito privado, inclusive as instituições financeiras que atuam como captadoras de poupança (*omissis*...) parte legítima *ad causam* é aquela em face da qual se pede a tutela jurisdicional..."

Com efeito, nos termos do art. 16 da LACP, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei n.º 9.494/97, como bem remarcou o órgão do *Parquet* estadual, deixa claro que a sentença civil, *verbis*, "fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator" (fls. 623).

Na verdade, como adverte ADA PELLEGRINI GRINOVER, *verbis*, "faz-se, alternativamente pelo foro da Capital do Estado ou do Distrito Federal (inc. II do art. 93). Tanto num como noutro caso, a competência é da Justiça local, nos termos do disposto no caput do dispositivo. Os casos de competência concorrente serão solucionados pelo critérios do CPC, inclusive quanto à prevenção" (*Código Brasileiro de Defesa do Consumidor - comentado pelos autores do anteprojeto*, 2ª ed., Forense Universitária, p. 545).

Consequentemente, como concluiu o eminente Desembargador **Mauro Pinto Nogueira**, versando a causa sobre o tema em exame, *verbis*, " Não versando a causa sobre política cambial do País, atribuição esta delegada ao Banco Central, mas sobre relações de consumo, a competência é da Justiça Estadual (Agravo de Instrumento n.º 99.002. 01331 – 14ª Câmara Cível do TJRJ).

Assim, com fundamento no art. 93 do CDC, é competente o foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano."

Portanto, ao ver desta Procuradoria de Justiça, diante de todos estes argumentos jurídicos apresentados, um fato é certo: *mesmo admitindo-se, como pretendem os Recorrentes, que nesta ação não se está a discutir relações de consumo, mas simples relações creditícias, ainda assim, a competência seria da Justiça Estadual, por-*

quanto não se estaria, como, de fato, não se está, a discutir política cambial, como tentam fazer crer os réus, mas simples contratos de natureza privada, entre bancos e correntistas, servindo como luva ao caso dos presentes autos o aresto paradigma citado pela Magistrado de primeiro grau.

Ora, a cogitar-se, como querem os Recorrentes, de relações de direito privado, relações creditícias que teriam por base contratos de mútuos, de depósito e outros da mesma índole, caem por terra os argumentos relativos à necessidade da formação de litisconsórcio passivo necessário, inclusive, com o BANCO CENTRAL

Concessa venia, chega a ser risível a afirmação de que o BANCO CENTRAL DO BRASIL pudesse ter algum interesse ou tivesse necessariamente de intervir em todos os contratos de natureza creditícia firmados pelas instituições financeiras e seus clientes.

Também não tem respaldo algum o argumento de que o aresto paradigma indicado pelo Magistrado em sua decisão saneadora seria inaplicável ao caso dos autos por se referir a situação pretérita, em que se discutiu a aplicação de índice de correção monetária sobre caderneta de poupança no denominado Plano Verão, e sua eficácia se restringia às partes envolvidas.

A discussão versada na ação julgada pelo Acórdão tido como paradigma pelo Magistrado *a quo*, e em outras inúmeras ações que versaram sobre a mesma questão, dizia respeito a relações de natureza privada entre bancos e clientes, em que os bancos sempre apresentavam em sua defesa o argumento de que a aplicação do índice de correção monetária das cadernetas de poupança escapava aos limites de suas respectivas esferas de ingerência, eis que jungidos às normas emanadas do BANCO CENTRAL, ou seja, *mutatis mutandis*, a mesma argumentação sustentada pelas instituições bancárias-rés na presente ação no sentido de que não possuem autonomia alguma para contratar com seus clientes porque inteiramente adstritas à regulamentação ditada pelos órgãos financeiros oficiais.

Ora, todos os que militam nos tribunais são conhecedores das centenas e centenas de ações da mesma natureza que inundaram o Judiciário em todo o país e que, em relação à competência, *ficou definitivamente assentado que seria da Justiça Estadual, não havendo necessidade de integrar à lide a* União Federal *ou mesmo o* BANCO CENTRAL.

Também não se pode acolher, para o fim de justificar a necessidade da formação de litisconsórcio necessário, o argumento de que, naquele caso que serviu de paradigma, a eficácia do julgado se restringiu às partes envolvidas enquanto que neste eficácia será *erga omnes.*

Desfocada a interpretação que os Recorrentes pretendem fazer da pretensão posta nesta ação.

Neste particular, cabe novamente recorrer ao pronunciamento do Ministério Público de fl. 624/25, ao expressar *que é o pedido que determina a abrangência da coisa julgada.*

No caso, os pedidos, além de objetivados, são endereçados exclusivamente aos bancos-réus, porque em relação a estes é que, concretamente, se alega a prática do anatocismo.

Não bastassem todos esses argumentos, restaria tão somente repensar o que foi dito pela Exma. Dra. *Léa Freire* na já referida manifestação de fls. 620/26, quanto ao litisconsórcio passivo necessário:

> *"Sustentam alguns contestantes (fls. 157 e segs.) que haveria litisconsortes necessários a serem citados Evidentemente, uma vez que se trata aqui de cobranças abusivas, que nada têm a ver com normas editadas pelas instituições apontadas, nos parece um recurso meramente protelatório, análogo aos que o Código de Defesa do Consumidor procurou evitar em seu art. 88, quando vedou a denunciação da lide. O sentido deste artigo é justamente coibir a pratica antes utilizada de se chamar outros réus ao processo, tumultuando-o definitivamente."* **(grifo nosso)**

– Da preliminar de ilegitimidade ativa ad causam da Associação-Autora

A terceira preliminar argüida em ambos os agravos retidos, ora em comento, diz respeito à **ilegitimidade ativa da Associação-Autora**, em relação à qual esta Procuradoria de Justiça se permite reportar ao que já foi exaustivamente delineado pela própria ANACONT, pelo Ministério Público em primeiro grau de jurisdição, a fls. 620/621 e, posteriormente, a fl. 1086, e, ainda, pelo Magistrado em sua decisão saneadora, a fl. 767, restando apenas enfatizar que o fato de não haver um único associado citado na inicial não invalida a legitimidade da Autora, eis que, a par do que já foi amplamente explanado quando à representação dos associados independentemente de mandato, como já havia sido assinalado pelo *Parquet* a fl. 622:

> *"No caso presente, embora a petição Inicial falte com clareza, infere-se que existe um contrato de adesão, diante do qual foram possíveis as cobranças atacadas e cujos dispositivos contém cláusulas abusivas. No momento em que tal contato é ofertado ao público, será atingido um número indeterminado de pessoas, que poderão ou não decidir a ele aderir, aceitando suas cláusulas como um todo. Trata-se de oferta abusiva – por conter cláusula abusiva, e consequentemente nula – e fere interesses e direitos difusos. No momento em que consumidores aceitam e firmam o contrato, todos aqueles que o fizerem – pessoas indeterminadas mas determináveis – tiveram atingidos*

*seus interesses e direitos coletivos; **como não haverá pagamentos individualizados, pouco importa determinar quem são os lesados** (embora tal possa ser feito). Já quanto ao direitos que cada um dos lesados tenha a receber pelo prejuízos causados pelo uso das cláusulas abusivas declaradas nulas, direitos esses decorrentes de origem comum, passa-se a falar em direito individuais homogêneos. Este devem ser perseguidos, à final, após sentença transitada em julgado, por cada um que se habilite e apresente sua "conta".* **(grifo nosso).**

Diante disto, restaria apenas discutir que tipo de interesses e direitos estão sendo protegidos nesta ação, questão que será, como dito acima, dissecada mais amplamente quando da análise do mérito.

Desse modo e, ainda, considerando que todos os argumentos expendidos pelo *Banco Francês e Brasileiro S/A.* em seu agravo, especificamente, a fls. 777/82, se limitam a discutir que tipo de relação, se de consumo ou não, estaria sendo abrangida pela presente ação, tais argumentos não serão objeto de apreciação para efeito de exame da ilegitimidade ativa do Autora, mas para efeito de apreciação do mérito propriamente dito.

– Das preliminares de inexistência de interesse processual e de impossibilidade jurídica do pedido

Por fim, cabe ponderar que, embora já analisadas por essa E. Câmara por ocasião do julgamento do Agravo de Instrumento de n.º 8.882/00, os argumentos que sustentariam, ao ver dos Recorrentes, as preliminares de inexistência de interesse processual e de impossibilidade jurídica do pedido, em muitos aspectos, se confundem com o mérito, daí porque, sob este prima serão analisados nesta oportunidade.

C – *Da Questão Meritória*

No mérito, não há na presente ação outra premissa a ser considerada, senão aquela já apontada pelo Ministério Público em primeiro grau de jurisdição, no item 2 de fl. 75, em sua análise preliminar: *"Trata-se de prestação de serviços bancários (art. 3º §2º, do CDC), perfazendo-se, portanto, uma relação de consumo com incidência do Código de defesa do Consumidor."*

Esta mesma premissa é reafirmada, de forma mais aprofundada, pelo Ministério Público em sua manifestação de fl. 621, ao expressar:

"1. Da relação de consumo

Está previsto no Código de Defesa do Consumidor (art. 3°, §2°) que os serviços de natureza bancária se incluem entre os serviços protegidos por aquele diploma. A lei não distingue entre uns e outros. A Ré presta serviços aos consumidor, para o que se formalizam os contratos. Não há como excluí-los.

Não se diga também que um consumidor de serviços bancários pode não ser consumidor final. Tal hipótese foi levantada no começo da vigência do CDC e foi vastamente discutida. Hoje a doutrina é pacífica de que o conceito é necessariamente elástico, pela dificuldade de se decidir quem é o destinatário final ou não - em especial em matéria de dinheiro, essencialmente fungível, - e a exigência foi mitigada.

Da mesma maneira, esta premissa é afirmada no V. Acórdão constante de fls. 199/203 do autos do Agravo de Instrumento de n.° 8.882/99, em apenso:

"Inexiste razão alguma para que se não submetam os serviços bancários objeto das cogitações da ação em apreço aos ditames próprios do Código de Defesa do Consumidor, em que pesem as doutas opiniões em contrário, uma vez que, a todas as evidências, caracterizam-se eles como atividades integrantes de relações de consumo desenvolvidas entre os estabelecimentos bancários, na sua atuação profissional remunerada, de oferentes e prestadores de crédito a sua clientela, e de gestão das contas que mantém com os tomadores respectivos, sendo esses apenas uns entre inúmeros outros serviços que oferecem regular e habitualmente no mercado em geral, e quase sempre acompanhados de intensa publicidade, incluindo-se assim, desenganadamente na definição contida no art. 3° e seus §§ do CDC, onde consta expressamente a atividade de natureza bancária com essa qualidade, sendo notório afirmar-se que o negócio celebrado entre as partes envolve o financiamento e restituição de dinheiro, que seria bem inconsumível, mas apenas circulável, porquanto não é essa a acepção legal para a caracterização das relações de consumo, até porque, a prevalecer esse entendimento, menos conscientemente sustentaria que o fornecimento de bens ou prestações de serviços que os tenham por objeto não se identifiquem como

relações de consumo, se presentes os outros requisitos da conceituação legal. Acertada, portanto, a aplicação à espécie das normas do direito consumerista."

De fato, não há como refutar os fundamentos apresentados pelo Eminente Desembargador-Relator, **Nascimento Póvoas Vaz**, no voto que proferiu nesses autos de Agravo de Instrumento, também relator destes apelos.

O CDC, no art. 3°, §2°, ao definir o que é serviço, *faz expressa referência aos serviços de natureza bancária, financeira e de crédito*, excetuando apenas as atividades decorrentes das relações de caráter trabalhista.

As relações questionadas na inicial, decorrentes de contratos mencionados na inicial, configuram exatamente as relações definidas pelo artigo citado, ou sejam, relações de consumo.

O argumento de que o dinheiro e o crédito não seriam produtos adquiridos ou usados pelo destinatário final, não se sustenta, pois, a par dos argumentos já enfatizados pelo Ministério Público e dos fundamentos que embasaram a decisão proferida por essa E. Câmara nos autos do Agravo de Instrumento interposto pelo *Citibank*, não há como se negar que ambos se caracterizam única e exclusivamente por serem bens circuláveis.

Também não se sustenta o argumento apresentado pelo *Banco Francês e Brasileiro* no sentido de que, segundo o disposto no art. 3°, § 2°, apenas os serviços bancários fornecidos no mercado de consumo estão abrangidos pelo CDC.

Caberia perguntar quais seriam esses serviços, senão os que são habitualmente prestados ao seus clientes, dentre eles os serviços questionados nesta ação.

Para o fim de espancar qualquer dúvida a respeito da relações que estão sendo discutidas nesta ação, transcreve-se julgado proferido pela 7ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Rio de Grande do Sul, em 19/05/93, publicada na revista "*Direito do Consumidor* 23-24", julho/dezembro-1997, pelo Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor - BRASILCON, "*Direito do Consumidor* 23-24", julho/dezembro -1997, Revista dos Tribunais Ed., SP., p.135/9:

> ***"Código de Defesa do Consumidor. Proteção contratual: destinatário – Cláusulas abusivas: alteração unilateral da remuneração de capital posto à disposição de creditado – Imposição do representante – Conhecimento de ofício.***
>
> EMENTA: O conceito de consumidor, por vezes, amplia-se, no Código de Defesa do Consumidor, para proteger quem "equiparado". É o caso do art. 29. Para o efeito das práticas comerciais e da proteção contratual, "equiparam-se aos consumidores todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas". O Código de Defesa do Consumidor

rege as operações bancárias, inclusive as de mútuo ou de abertura de crédito, pois, relações de consumo. O produto da empresa de banco é o dinheiro ou o crédito, bem juridicamente consumível, sendo, portanto, fornecedora: e consumidor o mutuário ou creditado. Sendo os juros o "preço" pago pelo consumidor, nula cláusula que preveja alteração unilateral do percentual prévia e expressamente ajustado pelos figurantes do negócio. Sendo a nulidade prevista no art. 51 do CDC da espécie pleno iure, viável o conhecimento e a decretação de ofício a realizar-se tanto que evidenciado o vício (art. 146, parágrafo, do CC). É nula a cláusula que impõe representante "para emitir ou avalizar notas promissórias" (art. 51, VIII, do CDC). Objetivando a desconstituição de cláusulas, em homenagem ao princípio da congruência, deve a sentença ater-se ao pedido. Sentença perfeitamente reformada.

VOTO – Dr. **Antônio Janyr Dall'Agnol Junior**: Eminentes colegas, enfrento, pela primeira vez, ao menos com a amplitude com que posta a questão, motivo por que, fugindo ao hábito que se instaurou nesta Câmara – indiscutivelmente salutar, ao efeito da presteza dos julgamentos, de expressarmo-nos com concisão – permito-me estender-se um pouco mais, precipuamente em face da resistência da empresa de Banco, a pretender ver-se absolutamente fora da incidência das regras que compõem o denominado Código de Defesa do consumidor (Lei 8.078, de 11,.09.90 – em vigor a 11.03.91, por força da *vacatio legis* prevista pelo art. 118).

Observo, de logo, que a relação contratual em questão da espécie abertura de crédito rotativo em conta-corrente ou simplesmente "cheque especial" – foi firmada a 04.07.1991 (fl. 7v.); portanto, na vigência da mencionada lei. Não obstante as irresignações seja de ambas as partes, parece-me perfeitamente possível o exame global, iniciando por assentar alguns pressupostos, de presença posta em dúvida pela instituição financeira.

Antes de mais, ao contrário do que prega, está sujeita, sim a atividade bancária, quando constitutiva de "relação de consumo", por suposto, ao Código de defesa do Consumidor.

Por evidente, os autores brasileiros clássicos não alcançam, para esse fim, subsídio – pela singela razão de que escreveram em época pretérita. Basta, porém, a leitura dos juristas que escrevam após a vigência dessa lei para que a dúvida se desfaça (cf., por todos, NELSON NERY JUNIOR, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, Forense, 1991, p. 302-311).

E nem poderia ser diferente diante do consignado pelo art. 3°, § 2°, do CDC: "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".

Em suma: "As operações bancárias abrangidas pelo regime jurídico do Código de Defesa do Consumidor, desde que constituam relações jurídicas de consumo (aut. e op. cits., p. 3302-303).

E, não obstante reconhecer-se a caracterização mais difícil, em se cuidando de contratos de mútuo e de abertura de crédito rotativo, porque o dinheiro é gasto pelo devedor (*id., ibid.*, p. 307), a mais moderna doutrina, lançando mão inclusive de "princípio básico de hermenêutica: o de que nenhuma interpretação pode conduzir ao absurdo" (como o de que o consumidor devesse permanecer com o dinheiro do empréstimo) conclui pela inserção daqueles negócios entre as relações de consumo (*id., ibid.*, p. 307-310, com invocação de tratadistas da matéria – v.g., SÉRGIO CARLOS COVELLO, CONTRATOS BANCÁRIOS, 1991. p.156, e ARNALDO RIZZARDO. *Contratos de crédito bancário*. 1990. p. 28 – no sentido de que o crédito de dinheiro naturalmente deve ser utilizado para o consumo).

Os bens de consumo são não apenas os materialmente consumíveis, mas também os juridicamente consumíveis, nos termos do art. 51 do CC (NELSON NERY JUNIOR, *op. cit.*, p. 309-311)."

Embora não questionado nos autos, para que não pairem dúvidas quanto às relações de consumo questionadas na presente ação, vale a pena continuar a transcrever esse voto, e, desse modo, de forma clara e precisa, definir o perfil do correntista e/ou mutuário dos bancos, como de verdadeiro consumidor:

"A terceira questão, expressamente não esgrimida pelas partes, tem sido objeto, no entanto, de análise de doutrina e jurisprudência (cf. Ap. Civ. 192188076, 2ª Câm. Civ., "Julgados do TARS", 24-09.1992, relator Dr. **Paulo Heerdt**). Refiro-se aos limites que se há de reconhecer, no Código de Defesa do Consumidor, ao conceito de consumidor.

Conforme sabido, lei pródiga em definições, o consumidor foi conceituado como "toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final".

Essa, no entanto, não é conceituação definitiva e exauriente, pois, ao menos em três oportunidades, se realiza ampliação, as mais das vezes, por "equiparação". Assim, no único parágrafo do art. 2º, no art. 17º e no art. 29.

Fixo-me nesse último, que é o que, no caso, releva. Ubicado no Capítulo V, "das práticas comerciais", consigna, *in verbis*: Para fins deste capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores *todas as pessoas*, determináveis ou não, *expostas às práticas nele previstas*" **(grifei)**

O capítulo seguinte a que se refere dispositivo é o "da proteção contratual", onde previstas, em elenco não exaustivo, as "cláusula abusivas" (art. 51).

Desse modo, não obstante a resistência de alguns (*v.g.*, JOSÉ GERALDO BRITO FILOMENO. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, cit., p. 24-27), denotativa de preconceitos, afinal não abrigados pelo Direito Positivo pátrio, correto é o entendimento, esposado por um especialista do nível de ANTÔNIO HERMAN VASCONCELLOS E BENJAMIN, de que "o consumidor é, então, não apenas aquele que 'adquire ou utiliza o produto ou serviço' (art. 2º), mas igualmente as pessoas 'expostas às práticas' previstas no Código (art. 29)" (*op. cit.*, p. 147. No mesmo sentido, CARLOS EDUARDO M. HAPNER. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. Forense, 1991, p. 153).

Essa ampliação, em tema de práticas comerciais e de proteção contratual, é indiscutivelmente salutar, pois via pela qual se há de contagiar o ordenamento jurídico em geral de princípio, como o da boa-fé, anteriormente apenas implícitos no sistema positivo

brasileiro."

Uma vez definidas as relações jurídicas que embasam os interesses e direitos defendidos através da presente ação como sendo, de fato, relações de consumo, neste ponto, cabe analisar *a possibilidade ou não da inversão do ônus da prova* no presente caso, questão suscitada especificamente nos apelos do *Citibank* e do *Banco Francês e Brasileiro.*

Neste particular, a sentença de primeiro grau fundamentou:

> "Ora, por ser direito básico do consumidor, *verbis*, "a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências", a ausência de prova contrária à cobrança de juros capitalizados, traz como certo o fato alegado e suas conseqüências (art. 6°, inciso VIII, da Lei 8.078/90)".

Entendeu, portanto, o Magistrado que, não tendo os Bancos-Réus, em momento algum, negado a ocorrência do anatocismo nos contratos questionados, cabia a eles e não à Autora, que representa os consumidores, provar que não estava cobrando juros capitalizados, isto diante da vulnerabilidade em que se encontra o consumidor e ainda tendo em vista a verossimilhança do que foi alegado na inicial.

O *Citibank* argumenta que as hipóteses de inversão do ônus da prova, por serem excepcionais, são taxativas e, por isso, de interpretação restritiva, sendo certo que, no caso, não estariam presentes os seus pressupostos, quais sejam, a hipossuficiência e a alegação verossímil. Também alega cerceamento de defesa na medida em que o magistrado não determinou a inversão do ônus da prova, mas apenas que as partes apresentassem as provas a serem produzidas.

Já o *Banco Francês e Brasileiro* argumenta que a inversão do ônus da prova assegurada no art. 6° do CDC não afasta a obrigação imposta pelo art. 333, I, do CPC, de que o demandante comprova *ab initio* os fatos constitutivos de seus alegado direito.

Contrapondo esses argumentos, oportuna se mostra a lição de RICARDO RODRIGUES GAMA, retirada de artigo publicado via internet:

> "Verificamos no art. 6°, do CDC, os direito básicos dos consumidores, entre eles, o inciso VIII, que dispõe sobre a facilitação de defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil

a alegação ou quando ele for hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência;

E, também, dispõe o art. 38 que o ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.

A inversão do ônus da prova encontra-se entre os meios de defesa do consumidor, para facilitar o exercício do direito deste.

A regra geral é aquela proposta no art. 333 do Código de Processo Civil, que dispõe: o ônus da prova incumbe :

I – Ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificado ou extintivo do direito do autor;

Parágrafo único - É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando :

I – recair sobre direito indisponível da parte;

II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Poder-se-ia até afirmar que a regra estampada no inc. II do referido parágrafo único supriria o atual dispositivo do Código de Defesa do Consumidor mas a prática revelava outra realidade bem diversa, na qual o consumidor era entregue a própria sorte e não recebia qualquer benefício. A verossimilhança e a hipossuficiência mencionados no Código de Defesa do Consumidor, como requisitos para o juiz autorizar a inversão do ônus da prova, são necessários até para evitar possíveis abusos por parte de quem a lei quis proteger.

O Código de Defesa do Consumidor deu mais comodidade, facilitando a defesa dos direitos do consumidor. Com a possibilidade da inversão do ônus da prova, o consumidor deixou de ser injustiçado por não ter acesso à justiça. Na lição de TUPINAMBÁ DO NASCIMENTO, quando os fatos alegados pelo consumidor forem verossímeis ou quando o consumidor for hipossuficiente, o ônus da prova passa a ser do fornecedor-réu, que terá que provar que a alegação do consumidor não é verdadeira. Inverte-se o ônus da prova, para que se igualem as partes diante

do processo. Mas, deve ficar claro que o juiz está autorizado a se utilizar desse critério em duas situações: quando o consumidor for economicamente hipossuficiente ou quando a alegação for verossímil, complementando o artigo 6°., VIII, do Código, segundo as regras ordinárias de experiências... e, a verossimilhança deve ser envolvida pela *"praesumptio hominis"*. Esta é alcançada pelas experiências anteriores de vida que vão se acumulando e levam a certas conclusões.

Neste artigo, o ônus da prova cabe ao autor, relativamente ao fato constitutivo de seu direito, e ao réu, em relação à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Na maioria das vezes, nas relações de consumo é difícil o consumidor pré-constituir uma prova acerca de seus direitos, pois no momento do negócio está em completa boa-fé.

Nos diz TUPINAMBÁ DO NASCIMENTO, que esta compreensão demonstra que pelas normas do Código de Processo Civil, dificilmente o consumidor ajuizaria ação com razoáveis possibilidades de vencer a demanda.

Verificamos, assim, que cabe ao fornecedor fazer a prova, bem como, a existência de meios extintivos, impeditivos ou modificativos do direito do consumidor, caso pretenda vencer a demanda, entre os quais, provar que não colocou o produto no mercado, ou que o defeito inexiste, ou ainda, a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiros.

Cabe ao juiz, depois da fase instrutória, verificar se nos autos existem fatos constitutivos do direito do autor, e julgará a demanda em favor deste. Quando estes fatos não estiverem provados, cumprirá ao juiz verificar se o consumidor é hipossuficiente ou se suas alegações fáticas são verossímeis.

A hipossuficiência de que trata o art. 6°., VIII, nos diz, NELSON NERY JÚNIOR, respeita tanto à dificuldade econômica, quanto à técnica do consumidor em poder desincumbir-se do ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito."

Portanto, como se vê, *o magistrado de primeiro grau andou bem ao entender que, no caso, incidiria a inversão do ônus probatório, eis que notório que o consumidor, nas relações de consumo, é, de fato, a parte mais fraca, ainda mais, quando se trata de relação de consumo estabelecida com instituição bancária, que, além da força econômica, detém todas as informações técnicassde seus serviços e, se e quando as coloca à disposição do cliente, o faz de forma tão hermética, que mais se assemelha a um segredo de uma Ordem Templária.*

Quanto à *verossimilhança dos fatos narrados na vestibular*, cabe lembrar que tal questão já foi enfrentada quando da análise da preliminar de inépcia da inicial, valendo os mesmos argumentos para efeito de justificar a inversão do ônus da prova.

Restaria apenas consignar que **as regras de experiência** das quais também se socorreu o Magistrado para justificar a verossimilhança dos fatos alegados no presente caso, se bastam por si só, eis que a *ninguém é dado desconhecer a abusividade praticada pelos bancos nas relações contratuais com o cliente, especialmente em relação às espécies de contratos ora questionados, que são aqueles próprios de natureza consumerista (serviços que postos à disposição da clientela média dos bancos) em que a onerosidade excessiva, a aplicação da teoria da imprevisão e do anatocismo, entre outras práticas, é a regra.*

Para confirmar tal assertiva, basta apenas *um olhar às notícias veiculadas todos os dias na mídia e, mais que isso, no caso dos operadores do direito, um olhar atento às centenas e centenas de casos registrados pela jurisprudência dos tribunais em todo o país, que dão conta da cobrança de juros e acréscimos exorbitantes.*

No mais, não se pode esquecer que o desenvolvimento da tutela do consumidor está apoiado na noção de boa fé, não simplesmente da boa fé subjetiva, como ensina NELSON SANTIAGO REIS, em seu livro *O Ministério Público e a Cidadania*, mas *como imperativo de conduta, ou seja, objetiva, o que significa dizer que o fornecedor deve prestar todas as informações necessárias e indispensáveis relativas às características do produto ou do serviço, de modo a tornar inteiramente transparente a relação negocial.*

Também não merece acolhida *a alegação de cerceamento de defesa e de violação do devido processo legal* por não ter o Magistrado de primeiro grau, em momento algum do processo, determinado a inversão do ônus da prova.

Quanto ao este aspecto, cabe enfatizar que o magistrado não pode ser concebido como um investigador, porque, ainda que se quisesse, a sua imparcialidade não permitiria. Cabe ao magistrado, depois da fase instrutória, verificar se nos autos existem fatos constitutivos do direito do autor ou não. Em se tratando de relação consumerista, se os fatos não estiverem provados, cumprirá ao juiz verificar se o consumidor é hipossuficiente ou se suas alegações fáticas são verossímeis.

Portanto, não cabe ao juiz determinar ao inversão do ônus da prova, ela surge naturalmente. Ao juiz cabe apenas determinar a abertura de vista às partes para que estas possam especificar as provas que pretendem produzir. *Caberá*

às partes o encargo de produzir a prova visando a garantir o seu direito e, no caso, exclusivamente aos bancos-réus, até porque a inversão do ônus da prova é um dos meios de defesa dos direitos do consumidor, concebido estritamente em função da vulnerabilidade do consumidor diante do fornecedor para o fim de se garantir àquele não só o exercício de seu direito, mas o acesso à Justiça.

No caso presente, o próprio Ministério Público, em sua manifestação de fls. 75/6, item 7, já havia alertado que poderia vir a ocorrer a inversão do ônus da prova, razão pela qual os bancos-réus desde o initio estavam cientes do encargo que lhe cabia, principalmente, na medida em que não negaram a prática do anatocismo, mas apenas procuraram justificá-lo, sob o argumento de que o art. 192, § 3°, depende de regulamentação e ainda porque, como integrantes do sistema financeiro, estariam completamente atados às normas ditadas pelo BANCO CENTRAL, ou seja, como conclui a sentença: *"E como bem remarcou o Ministério Público Estadual, os Réus, em nenhum momento, negaram a ocorrência de tal fenômeno, tentando apenas, verbis, "articular argumentos contrários à tese de direito, mas não às alegações fáticas expendidas pelo Autor" (fls. 813)".*

Também não tem qualquer base o argumento trazido pelo *Banco Francês e Brasileiro* de que a inversão do ônus da prova não afasta a obrigação imposta pelo art. 333, I, do CPC.

Se, em regra, ônus da prova incube ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito, nada mais plausível que a inversão do ônus da prova afaste por completo a norma que dita tal regra geral, pois, a *vingar o entendimento esposado pelo Banco-Apelante, de nada valeria esse novo mecanismo concebido em sede de direito consumerista com o fim precípuo de igualar as partes no processo.*

Quanto às demais alegações de mérito, cabe consignar que, ao contrário do afirmado pelo *Banco Bradesco e outros, não há incongruência alguma entre o antepenúltimo e o penúltimo parágrafo da sentença.*

A sentença, corretamente, afastou a incidência dos juros no limite estabelecido pela Lei de Usura, Decreto n.° 22. 626/33, ou seja, considerou lícitos os contratos bancários que estabelecem a cobrança de juros superiores ao limite de 12% (doze por cento) ao ano, apoiando-se em recente julgado do STF, que referendou o entendimento no sentido de que o art. 192, § 3°, da CF/88, não é *self executing*, bem como em julgado do STJ, no sentido de que a Lei n.° 4.595/94, que rege a política ecocômico-monetária nacional, revogou, nas operações realizadas por instituições financeiras, salvo exceções legais, quaisquer outras restrições a limitar o teto máximo dos juros.

Quanto à prática do anatocismo, ou seja, quanto à cobrança de juros capitalizados, contudo, fundamentou que esta ofende a ordem pública de proteção do consumidor, base normativa de doto o Código do Consumidor.

Ao contrário do pretenderam os Réus, entendeu aplicável o enunciado da Súmula 121 do STF, *porquanto, somente nos acasos autorizados por norma específica, como o mútuo rural, comercial ou industrial, e outros tipos de contratos expressamente previstos em lei, é que se admite sejam os juros capitalizados e, ainda assim,*

desde que obedecidas as prescrições legais e a manifesta pactuação nos contratos.

Portanto, nada de incongruente há entre essa assertiva e a condenação determinada.

O argumento trazido pelo BANCO BRADESCO e OUTROS no sentido da equivocada formulação de *"condenação sem considerar qualquer das hipóteses em que tal súmula admitiu os juros compostos por força das leis a que o enunciado se referiu"* é, na essência, um argumento retórico, eis que o enunciado sumulado nada mais refere, além de *"É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada"*.

Ora, se assim é, nada de equivocado há no *decisum*. Evidentemente, as exceções existentes estarão disciplinadas pelas normas pertinentes e não discriminadas no enunciado de uma súmula.

Para a perfeita compreensão da *prevalência da Súmula 121 do antigo Supremo Tribunal Federal diante do Verbete 596* da mesma Corte no caso presente, transcreve-se o artigo de SENOMAR TEIXEIRA JÚNIOR, *"Capitalização de Juros - Anatocismo"*, que também serve para espancar de vez a alegada falta de congruência da sentença:

> "A cobrança de juros nos contratos de mútuo foi vedada pelo direito positivo desde o advento da Lei de Usura, o Decreto 22.626, de 7.4.33. Também conhecido tecnicamente como anatocismo, essa prática consiste em somar os juros obtidos ao capital para que sirva esse resultado de base cálculo ã nova contabilização de juros. Em linguagem matemática existem o cálculo de juros simples e o cálculo de juros compostos, este último é a capitalização que nos propomos a dissertar.
>
> Convém salientar que o Código Civil em seu art. 1262, autorizava a cobrança de juros "com ou sem capitalização" nos contratos de mútuo. Todavia, com a edição posterior de norma de Usura, acima mencionada, tal faculdade não mais vige.
>
> O Decreto conhecido como a Lei de Usura previu a vedação da cobrança dos juros capitalizados em nosso sistema jurídico, de forma clara, em seu art. 4°, prevendo que "É proibido contar juros dos juros; esta proibição não compreende a acumulação de juros vencidos aos saldos líquidos em conta/corrente de ano a ano".
>
> O mesmo Diploma, em seu art. 11, dispôs acerca da nulidade dos contratos celebrados *contra legis*, asseverando que: O contrato celebrado com infração

desta lei é nulo de pleno direito, ficando assegurado ao devedor a repetição do que houver pago a mais.".

O antigo Supremo Tribunal Federal consagrou o entendimento da vedação do art. 4° em sua súmula de n° 121, cujo teor transcrevemos, *in verbis*:

Súmula 121 - É vedada a capitalização de juros ainda que expressamente convencionada.

Como o advento da vigência da Lei n° 4.595/64, que provocou o enunciado da Súmula 596 daquela Suprema Corte, as instituições financeiras insistiram em que essa vedação havia sido superada para os entes desse gênero, ou seja, os que integrassem o Sistema Financeiro Nacional. Todavia, julgado do Superior Tribunal de Justiça sedimentou entendimento contrário através de sua 4ª Turma, no REsp. n. 1.285-0 (89.001.1431/)), cuja ementa é comemorada a seguir:

> *"Ementa: Direito privado. Juros. Anatocismo. Vedação incidente também sobre instituições financeiras. Exegese do Enunciado 121, em face do n. 596, ambos do STF. Precedentes da excelsa Corte.* A capitalização de juros (juros dos juros) é vedada pelo nosso direito, mesmo quando expressamente convencionada, não tendo sido revogada a regra do art. 4 do Decreto n° 22.626/33 pela Lei 4595/64. O anatocismo, repudiado pelo verbete 121 da súmula do Supremo Tribunal Federal não guarda relação com o enunciado 596 da mesma súmula".

Esse entendimento reverbera plenamente em todas as decisões da corte superior de Justiça, sendo mister salientar que se deram na vigência da carta política federal de 1988, depreendendo-se também a recepção do Decreto 22.626/33 pela Norma Fundamental em voga.

Aliás, esse já era o entendimento do antigo Supremo Tribunal Federal, segundo dispõe o Recurso Extraordinário Cível originário da Comarca de Recife,

o qual colacionamos:

> "EMENTA: *Juros. Capitalização.* A capitalização semestral de juros da anula só é permitida nas operações regidas por leis ou normas especiais expressasmente o autorizem tal permissão não resulta do art. 31 da Lei n. 4.595, de 1964. Decreto n. 22.626/33, art. 4. Anatocismo: sua proibição. *Jus cogen.* Súmula 121. Dessa proibição não estão excluídas as instituições financeiras. A Súmula 596 não afasta a aplicação da Súmula 121. Exemplos de leis específicas, quanto à capitalização semestral, inaplicáveis. Precedentes do S.T.F, Recurso Extraordinário conhecido, por negativa de vigência do art. 4. do Decreto n. 22.626/1933, e contrariedade do acórdão com a Súmula 121, dando-se-lhe provimento (Recurso Extraordinário Cível n. do Processo 1003367/00 – Comarca: Recife / Relator: **Néri da Silveira** – Órgão Julgador: Primeira Turma do S.T.F. - Decisão unânime – Data julgamento: 10/12/84 / Publicação: *D.J.U.* 24/05/85 – Registro: 10/12/84).

Nesse esteio, os tribunais pátrios são unânimes em suas decisões, não mais havendo diapasão ante a orientação jurisprudencial. No Tribunal de Justiça de Pernambuco, por exemplo, destacamos acórdão cristalino nesse mesmo sentido:

> "EMENTA: *Apelação Cível. Comissão de permanência. Cumulação com correção monetária. Proibição. Capitalização de juros. Vedação. Cobrança superior ao devido. Obrigação de devolução do valor equivalente.* **É proibida a cobrança cumulativa de comissão de permanência com correção monetária conforme estipula a Súmula n. 30 do Superior Tribunal de Justiça. É vedada, outrossim, a cobrança de juros sobre juros, mesmo que expressamente pactuada na conformidade da Súmula 121, do Supremo Tribunal Federal. com a ressalva ditada pela sua Súmula 596,**

que destacou a vigência do art. 4 do Decreto n. 22626/33. A capitalização de juros só é permitida quando expressamente autorizada por lei específica. Finalmente, a cobrança a maior do que o valor devido obriga o demandante a devolver ao demandado o equivalente ao valor exigido (art. 1531 do CPC). Apelo improvido à unanimidade de votos (Apelação Cível – Processo n. 32603-8/96 – Comarca: Recife / Relator: **Marcio de Albuquerque Xavier** – Órgão Julgador: Primeira Câmara Cível. Decisão: Unânime – Data de Julgamento: 16.10.97 – Registro: REG N. L.2114 Fls. 211/222) (grifo nosso)

Saliente-se que a doutrina tem inclusive alertado e recomendado igual repúdio a pratica da contagem de juros de juros com outra denominação, a exemplo de 'renda diferida de termos postecipados". Nós inclusive aderimos a posição de que a edição de vários contratos sucessivos, com o transporte de saldo devedor, para se disfarçar a cobrança de juros capitalizados não encontra guarida legal. Para tanto, ressaltamos a importância do código de defesa do consumidor, a lei 8.078/90, que resguarda a hipossuficiência do consumidor com a proteção de sus diretos ante tais práticas dos fornecedores de serviços.

Não encontram também respaldo as alegações declinadas por diversos patronos das instituições bancárias, sofismando acerca da inaplicabilidade do CDC às relações mantidas entre os bancos e seus clientes. O parágrafo segundo do artigo 3 daquele Diploma, que define a conceituação do fornecedor serviço não poderia ser mais claro, ao dispor que serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive, as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária...".

De seu turno, necessário se faz frisar inúmeras exceções para a cobrança de juros de juros, de onde destacam-se as normas específicas que estipulam operações de crédito onde expressamente existe a autorização para tal prática. Como, por exemplo, nas

cédulas específicas ou ainda nas hipóteses de desapropriação.

Alertamos nesta oportunidade para o anteprojeto do Código Civil que tramita no Congresso Nacional. Aguardamos ansiosos para a literalidade dos dispositivos que tratarão do mútuo financeiro, pois consideramos que a prática da capitalização de juros deve de uma vez ser banida das relações de empréstimo, do ponto de vista ontológico que o cientista jurídico deve sempre adotar, para obtenção da essência da justiça, na definição kelseniana."

Questão interessante se põe quanto à mencionada liberalidade trazida pela **Medida Provisória 1.367/96** que, segundo o *Banco do Estado do Rio de Janeiro S/A*, teria autorizado a cobrança dos juros capitalizados mensal, semestral e anualmente, de encargos financeiros com base em taxas flutuantes e de encargos financeiros substitutivos incidente a partir do vencimento do empréstimo ou financiamento, sem prejuízo dos juros de mora e de outros encargos ajustados ou legalmente exigíveis.

Sobre essa Medida Provisória e, ainda, sobre a recente Medida Provisória 1.963, de 30.03.00, esta Procuradoria de Justiça, para não mais se alongar, *junta artigos de doutrina em anexo, assim como repertório jurisprudencial, de onde se pode extrair a questionável constitucionalidade dessas medidas provisórias e concluir que, felizmente, os juros usurários sempre foram e continuam sendo veementemente repudiados pela boa doutrina e pelos nossos Tribunais.*

Finalmente, cabe assinalar que nenhum reparo merece ser feito com relação à determinação dos *ônus da sucumbência*, eis que, ao contrário do que advogam os Apelantes, a Associação-Autora é quem decaiu de parte mínima do pedido, sendo certo que, no caso, incidente é a regra do parágrafo único do art. 21 c/c art. 20, § 3°, alíneas "a", "b" e "c", e § 4°, do CPC, tal como decidido em primeiro grau.

No mais, para não ser repetitiva, esta Procuradoria de Justiça referenda os argumentos expendidos pela Autora e, ainda, a análise feita pelo Ministério público em primeiro grau de jurisdição quanto à *espécie de interesses e direitos em jogo na presente ação*, conforme se vê de fls. 621/22, itens 3 e 4.

Diante do exposto, certa de que essa E. Câmara saberá, como tantas vezes demonstrou, julgar com a sensibilidade necessária o conflito de massa apresentado nestes autos, tão característico à sociedade contemporânea, a esta Procuradoria de Justiça só resta opinar pelo desprovimento dos agravos retidos e dos apelos interpostos.

É o parecer.

Rio de Janeiro, 19 de julho de 2001.

PAOLINA LEONE CANDIA HRYNIEWICZ
Procuradora de Justiça

JURISPRUDÊNCIA

Habeas Corpus Nº 72.904 — PB
(Segunda Turma)

Relator: *O Sr. Ministro Maurício Corrêa.*
Paciente: *José Ferreira da Costa.*
Impetrantes: *Genival Matias de Oliveira e outros.*
Coator: *Tribunal de Justiça da Paraíba.*

*Habeas Corpus. **Nulidade absoluta da denúncia por ilegitimidade de parte. Denúncia oferecida por promotor da comarca contra ex-prefeito e ratificada pelo Procurador-Geral de Justiça. Alegação improcedente. Expedição de carta precatória. Ausência de intimação ao advogado e ao acusado para inquirição de testemunha de defesa. Cerceamento de defesa. Nulidade relativa. Vício inexistente por ausência de prejuízo para a defesa. Interposição de recurso extraordinário e especial. Efeito suspensivo do decreto condenatório e da prisão: inexistência.** Habeas Corpus **indeferido.***

1. ***Ratificação da denúncia apresentada por autoridade ministerial incompetente.*** Não há necessidade de oferecimento de nova inicial, se a denúncia do Promotor foi ratificada pelo Procurador-Geral de Justiça. A ratificação da denúncia, validamente recebida pelo pleno do Tribunal de Justiça, é suficiente para afastar a alegação de ilegitimidade da parte.

2. ***Expedição da carta precatória. Nulidade. Ausência de intimação ao advogado e ao acusado para inquirição de testemunha de defesa.*** A nulidade decorrente da falta de intimação do réu e do seu advogado da expedição da carta precatória ou para comparecerem à audiência realizada fora do distrito da culpa é meramente relativa, cujo reconhecimento depende da demonstração inequívoca de prejuízo para defesa.

3. ***Decreto condenatório e de prisão. Interposição de recurso especial e extraordinário. Efeito suspensivo inexistente.*** A prisão do condenado por decisão sujeita apenas a recurso extraordinário ou especial é imperativa, independentemente de sua necessidade cautelar.

4. *Habeas corpus* indeferido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros componentes da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento, e das notas taquigráficas, por maioria de votos, indeferir o *habeas corpus*.

Brasília, 30 de abril de 1996 — **Néri da Silveira, Presidente — Maurício Corrêa**, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Maurício Corrêa:** Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de medida liminar, em cujos autos, às fls. 59/60, o Presidente desta Corte, e. Ministro **Sepúlveda Pertence,** proferiu o seguinte despacho:

> "**Despacho:** Cuida-se de *habeas corpus* impetrado em favor de *José Ferreira da Costa*, ex-Prefeito do Município de Cacimba de Dentro, PB, condenado por peculato, à pena de dois anos e seis meses de reclusão e 15 dias-multa.
>
> Considerando tratar-se de decisão unânime, de que não cabe recurso com efeito suspensivo, o Tribunal de Justiça determinou a expedição de mandado de prisão.
>
> Insurge-se a impetração contra a denúncia, porque oferecida por Promotor de Justiça de primeira instância — comarca interiorana — ratificada por parecer de assessor seguido de aprovação do Ministério Público — Procuradoria-Geral de Justiça do Estado, e contra o acórdão que a recebeu, sob alegação de violação aos artigos 23, 43, III, 129, I, e 564, II, do C. Pr. Penal.
>
> Além disso, imputa nulidade ao acórdão, por cerceamento de defesa (CF, art. 5°, LV), porque, 'mesmo demonstrado e provado, quando das alegações finais, o vício da não-intimação do acusado, e do seu advogado para audiência inquiritória de testemunha, apesar de ter reconhecido aquela omissão, colocou-a à margem e julgou o acusado no âmbito do mérito, condenando-o.'
>
> Alegando justo receio de iminente prisão e a circunstância de que manifestou recursos extraordinário e especial, pede a concessão de medida liminar para atribuir-lhes efeito suspensivo até os respectivos julgamentos.

Firmou-se a jurisprudência desta Corte, no sentido de que a prisão do condenado por decisão sujeita apenas a recurso extraordinário ou especial — porque despidos ambos de efeito suspensivo — é imperativa, independentemente de sua necessidade cautelar (**v.g.** HC 69.964, Plen., 18-12-92, **Galvão;** HC 68.968, 2ª T., 11-2-92, **Brossard,** *RTJ* 141/523; HC 69.605, 1ª T., 13-10-92, **Gallotti,** *Lex* 173/383; HC 70.666, 1ª T., 19-10-93, **Pertence**.

Fui voto vencido, juntamente com o e. Ministro **Marco Aurélio**, no primeiro dos precedentes evocados, quando o Plenário firmou sua orientação.

Embora não convencido, não posso, no exercício do poder cautelar da presidência, no curso de férias, sobrepor minha opinião à jurisprudência do Tribunal.

Indefiro, pois, a liminar.

Brasília, 10 de julho de 1995.

Ministro **Sepúlveda Pertence**, Presidente."

Vieram-me os autos distribuídos por prevenção, eis que fui Relator do HC nº 72.599-6, impetrado em favor do ora paciente.

Solicitadas as informações, prestou-as, às fls. 67/113, o Presidente do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba.

Oficiando às fls. 115/122, o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República, em exercício, Dr. *Edson Oliveira de Almeida*, opina pelo indeferimento da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Maurício Corrêa (Relator): O primeiro argumento da impetração apóia-se na tese da ilegitimidade de parte, tendo em vista a nulidade absoluta da denúncia recebida pelo Tribunal de Justiça.

É que o representante do Ministério Público, da Comarca de Araruna, interior do Estado da Paraíba, em 8-11-88, ofereceu denúncia contra o ora paciente, perante o Juiz de Direito daquela Comarca, que a recebeu, prosseguindo o processo naquela instância até 1º-9-92, quando o Magistrado, em razão de ser o réu ex-Prefeito do Município de Cacimba de Dentro, respondendo pelo delito de peculato cometido quando Prefeito, declinou da competência para o Tribunal de Justiça do Estado, para o qual determinou a remessa dos autos.

Uma vez cumprida a determinação do Juízo, foi exarado parecer de Assessoria do Ministério Público, na Capital do Estado, opinando pela ratificação da peça acusatória em todos os seus termos, o que mereceu aprovação do

Procurador-Geral de Justiça e, como denúncia, recebida pelo Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, em 6-10-93.

Daí insurgir-se a impetração , sob duplo fundamento: I) se a peça acusatória foi oferecida por autoridade incompetente — Promotor da Comarca — é como se não existisse, não podendo ser ratificada, pois não é possível ratificar o que é nulo; II) cabia ao Procurador-Geral do Estado oferecer nova denúncia e não ratificar, mediante simples aprovação de um parecer elaborado por sua assessoria, denúncia apresentada por autoridade ministerial originária incompetente, consistindo ilegalidade o seu recebimento pelo Tribunal de Justiça.

Idêntico argumento foi suscitado junto a esta Corte na petição de *Habeas Corpus* nº 72.599-6, do qual fui Relator, impetrado pelos mesmos subscritores da inicial do presente *mandamus*, a favor do mesmo paciente, em que se buscava a anulação de outra ação penal que contra ele tramita no Tribunal de Justiça da Paraíba, cuja ordem foi indeferida, à unanimidade, pela Segunda Turma, na sessão de 6 de junho de 1995.

Acolho o Parecer do Ministério Público Federal, ao salientar:

> "Não impressiona o fato de a petição de ratificação e prosseguimento ter sido assinada por um assessor, uma vez que tal promoção contou com o *'aprovo'* do Procurador-Geral de Justiça: quem subscreve, escreve.
>
> Demais, não havia necessidade de oferecimento de nova inicial, pois se a denúncia do Promotor foi ratificada pelo Procurador-Geral de Justiça, o ato passou a ser deste, o que é suficiente para afastar a alegação de ilegitimidade de parte. E a denúncia, assim ratificada, foi validamente recebida pelo pleno do eg. Tribunal de Justiça (fls. 18/21)."

Acrescente-se, como lembrado nas informações prestadas pelo Tribunal apontado como coator, que essa matéria não foi questionada por ocasião das alegações finais, tornando preclusa qualquer discussão a propósito, ainda que se pudesse cogitar de eventual nulidade.

O segundo argumento da impetração é o do cerceamento de defesa, visto que o acusado e seu advogado não foram intimados da expedição de carta precatória para a audiência inquiritória de testemunha de defesa, nem da data da audiência realizada no juízo deprecado.

O argumento, no meu ver, está bem contraditado no Parecer da Procuradoria-Geral da República, assim manifestado:

> "A expedição da carta precatória inquiritória sem prévia intimação do acusado e de seu advogado não chegou a acarretar prejuízo à defesa. Conforme salientado

pelo v. acórdão, a audiência foi realizada com a presença de defensor dativo, que inclusive formulou perguntas à testemunha, não sendo o depoimento então colhido, que mostrou-se favorável à defesa, levado em conta para o veredicto condenatório: 'analisando-se detidamente o teor do depoimento prestado pela testemunha, vê-se claramente que se limitou ela a confirmar a aquisição dos três tratores, em transação que entende absolutamente legal. No mais, tudo o que disse, longe de vir a ser contado em desfavor do réu, as declarações do sobredito depoente só àquele aproveitam'.

Por isso, correto o acórdão que, filiando-se à orientação sumulada do Supremo Tribunal Federal, assim concluiu: 'a nulidade decorrente da falta de intimação do réu e do seu advogado da expedição da carta precatória ou para comparecerem à audiência realizada fora do distrito da culpa é meramente relativa, cujo reconhecimento depende da demonstração inequívoca de prejuízo'. Nesse sentido a Súmula 155, do seguinte teor: 'é relativa a nulidade do processo criminal por falta de intimação da expedição de precatória para inquirição de testemunha'."

Assim, não demonstrado o prejuízo, entendo não assistir razão aos impetrantes.

Finalmente, pretende o *writ* incutir efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário interpostos pelo paciente.

Tratando-se de ação penal originária, não há direito à permanência em liberdade, razão pela qual também me posiciono de acordo com o despacho liminar proferido pelo e. Ministro-Presidente desta Corte:

> "Firmou-se a jurisprudência desta Corte, no sentido de que a prisão do condenado por decisão sujeita apenas a recurso extraordinário ou especial – porque despidos ambos de efeito suspensivo – é imperativa, independentemente de sua necessidade cautelar (*v.g.* HC nº 69.964, Plen., 18-12-92, **Galvão**; HC 68.968, 2ª T., 11-2-92, **Brossard**, *RTJ* 141/523; HC 69.605, 1ª T., 13-10-92, **Gallotti**, *Lex* 173/383; HC 70.666, 1ª T., 19-10-93, **Pertence**."

Diante do exposto, conheço do pedido mas indefiro o *habeas corpus*.

É o meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro **Marco Aurélio:** Senhor Presidente, com a devida vênia do Relator, entendo inadmissível a forma pela qual ocorreu a ratificação. A peça há de ser redigida não por um assessor, mas pelo próprio Procurador, ao examinar a hipótese concreta. A Assessoria deve limitar-se à coleta de material para propiciar a atuação do Procurador. Não posso imaginar um ato que possa ser tido como do Ministério Público subscrito por um assessor, e só com o aprovo do Procurador-Geral. Na espécie, o Procurador-Geral ratificou algo que não era passível de ratificação. Na espécie, acabou por pretender dar contornos jurídicos a uma peça teratológica, discrepante da ordem jurídica, no que esta exige que a atuação não seja de um simples assessor, mas de um órgão integrante do Ministério Público.

Peço vênia ao Ministro-Relator para concluir que o processo é nulo a partir desta esdrúxula ratificação.

É como voto na espécie.

VOTO

O Sr. Ministro **Carlos Velloso**: Sr. Presidente, com a vênia do Sr. Ministro **Marco Aurélio**, acompanho o voto do Sr. Ministro-Relator.

Ora, se há um assessor na Procuradoria-Geral de Justiça da Paraíba, é porque a lei assim o permite, e a presunção é no sentido de que, se o Procurador-Geral aprova o ato do assessor, que deve ser até um promotor de Justiça, é porque examinou os autos, colocou-se de acordo com o parecer do assessor e assumiu a responsabilidade pelo ato, que é de S. Exa. Ademais, qual teria sido o prejuízo para a defesa? Não é dito. O que devemos exigir no ato de julgamento, que é essencialmente prático, são as formalidades essenciais. Adotar exagerado formalismo, depois de o processo já ter sido julgado, é atentatório ao princípio do devido processo legal.

Com estas breves considerações, tendo em vista o precedente aqui julgado, indefiro o *habeas corpus*.

VOTO

O Sr. Ministro **Néri da Silveira** (Presidente): Cuida-se de irregularidade formal, no ato de ratificação. Compreendo que se tornou isento de dúvida que o Chefe do Ministério Público estava com a denúncia de acordo e, subscrevendo-a, tornou sua a ratificação da denúncia, feita pelo membro do Ministério Público anterior, que oficiava no feito até a remessa deste ao Tribunal.

Contra essa ratificação não houve qualquer impugnação da defesa; o processo prosseguiu perante o Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba; colheram-se novas provas, produziram-se novas razões e a Corte decidiu o feito em seu

mérito. No caso concreto, decidiu contrariamente aos interesses do paciente, que foi condenado pela decisão da Corte paraibana por crime de peculato.

Não vejo, a esta altura, razão para anular o processo, com a invocação, em *habeas corpus*, de ter ocorrido tal irregularidade. Houve concordância, ao menos tácita, da defesa, que não impugnou a ratificação em nenhum momento. Essa ratificação não seria sequer suscetível de qualquer alegação.

Assim sendo, com a devida vênia do Sr. Ministro **Marco Aurélio**, acompanho o voto do Sr. Ministro-Relator, indeferindo o *habeas corpus*.

EXTRATO DA ATA

HC 72.904–PB – Rel.: Min. **Maurício Corrêa**. Pacte.: *José Ferreira da Costa*. Imptes.: *Genival Matias de Oliveira e outros*. Coator: *Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba*.

Decisão: Por maioria, a Turma indeferiu o *habeas corpus*, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, que o deferia por considerar irregular a ratificação da denúncia.

Presidência do Senhor Ministro **Néri da Silveira**. Presentes à Sessão os Senhores Ministros **Carlos Velloso, Marco Aurélio** e **Maurício Corrêa**. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro **Francisco Rezek**. Subprocurador-Geral da República, Dr. *Mardem Costa Pinto*.

Brasília, 30 de abril de 1996 – WAGNER AMORIM MADOZ, Secretário.

Habeas Corpus nº 75.769-3– Minas Gerais (*)
(Primeira Turma)

Relator: *Min. Octavio Gallotti.*
Paciente: *Agostinho Soares Duarte.*
Paciente: *Rogério Lúcio Coelho dos Santos.*
Impetrante: *Carlos Fernando de Andrade.*
Coator: *Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais.*

EMENTA: Regular participação do órgão do Ministério Público em fase investigatória e falta de oportuna argüição de suposta suspeição do Magistrado.

Pedido indeferido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Primeira Turma, na conformidade da Ata de julga-

(*) Acórdão colhido no *site* do STF (www.stf.gov.br).

mento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, indeferir o pedido de *habeas corpus*.

Brasília, 30 de setembro de 1997. **Moreira Alves**, Presidente. **Octavio Gallotti**, Relator.

RELATÓRIO

O Senhor Ministro **Octavio Gallotti:** Procurando reconstituir, desde a raiz, os motivos da inimizade que se teria estabelecido entre o primeiro paciente (delegado de polícia) e o Juiz de Direito que viria a condená-lo, lastima o impetrante não ter sido argüida, no início do processo, a devida suspeição, inércia da defesa, onde estaria a residir motivo a mais de nulidade, de acordo com a Súmula nº 563 do Supremo Tribunal.

Reconhece, por outro lado, a inicial, a competência do Ministério Público para participar da fase investigatória, não porém, para presidir o inquérito penal (art. 4º do CPP e art. 144, § 4º, da CF), no qual diz haver atuado como testemunha, magistrado que viria a receber a denúncia oferecida pelo presidente da sindicância.

A impetração tece críticas à prova testemunhal, e termina por requerer:

> *"Finalmente, fácil concluir que na 'sindicância' nada se apurou de concreto, a não ser informações vagas sobre o comportamento dos ora pacientes, e como não foi instaurado pela Corregedoria Geral de Polícia o competente inquérito policial que proporcionasse excelentes subsídios ao juiz, como por exemplo, os antecedentes dos envolvidos, conforme determina o art. 6º e segs. do Código de Processo Penal, não haveria nenhuma dúvida a ser questionada*
>
> *Ante o exposto, estando os pacientes sofrendo coação ilegal pelos fundamentos de fato e de direito alegados, requerem a essa Augusta Corte seja:*
>
> **a)** *decretada nulidade do processo a partir da denúncia;*
>
> **b)** *decretada a suspeição do juiz sentenciante;*
>
> **c)** *decretado o impedimento por duplicidade de atribuição do Promotor de Justiça;*
>
> **d)** *requerem, pedidas as informações à Autoridade Coatora, se necessárias; e,*
>
> **e)** *expedir, a favor dos pacientes ordem de habeas corpus em favor dos mesmos, por se acharem coagidos do direito de locomover livremente."* (fls. 10)

Prestadas informações (fls. 262/312), oficiou, às fls. 313/4, o ilustre Subprocurador-Geral da República *Ednaldo de Holanda Borges*, com o seguinte parecer:

> *"Os pacientes foram condenados em processo regular pelo crime de ameaça (art. 147, **caput**, combinado com o art. 61, II, g, do Código Penal). O fato ocorreu no interior da Delegacia de Polícia, quando os pacientes, na qualidade de Delegado e de Detetive de Polícia, lotados naquela unidade de Itamarandira, interior de Minas Gerais, juraram de morte uma testemunha, que depusera contra um policial civil.*
>
> *Inconformados com a condenação, deduziram perante o segundo grau preliminares de nulidade processual, por impedimento do Juiz que presidiu o feito e do Promotor de Justiça que promoveu a ação. Na instância superior, foram afastadas ambas as argüições, por improcedência e por fala de dedução em tempo processual oportuno.*
>
> *Pela atual via, reedita as mesmas argüições, pretendendo haver anulação processual, com a decretação de suspeição do Juiz sentenciante e impedimento do Promotor de Justiça.*
>
> *Incensuráveis, **data venia**, as decisões ordinárias recorridas. Além da impossibilidade da mensuração, pela via expedita, de exercício de suspeição e impedimento, como da perda processual do exercício das referidas exceções, os fatos descritos na inicial não se coadunam com a pretensão dos pacientes.*
>
> *A prática de atos de investigação não impede o Promotor de Justiça de promover a ação penal, por tratar-se o seu ato de uma proposta de demonstração, que pode ser contrariada pelo acusado, inexistindo qualquer restrição de direitos.*
>
> *Além de que, os atos acenados de descortesia do paciente delegado contra o Juiz da comarca não infirmam a independência do magistrado para os atos processuais de cognição e julgamento. São fatos cuja unilateralidade mais desvelam a personalidade arbitrária do policial, do que restrição à eqüidistância do Juiz.*
>
> *Ante o exposto, o alvitre é no sentido do indeferimento do pedido."* (fls. 313/4)

É o relatório.

VOTO

O Senhor Ministro **Octavio Gallotti** (Relator): Eis o teor do voto do ilustre Juiz **Alves de Andrade**, relator perante o Tribunal de Alçada de Minas Gerais, da apelação criminal dos pacientes, no tocante às preliminares reagitadas no presente *habeas corpus*:

> *"Rejeito a argüição preliminar de impedimento do Juiz e do Promotor de Justiça ao fundamento de ter o primeiro – em sua residência – tomado as declarações da vítima, lavrando a peça de fls. 06/07; e o segundo, por instaurar o inquérito administrativo, embasador da ação penal.*
>
> *Incabível tal argüição – inclusive – não efetuada em momento próprio.*
>
> *Quanto ao magistrado – que agiu nos limites do art. 39 e parágrafos do CPP – DAMÁSIO E. DE JESUS in Código de Processo Penal Anotado – Saraiva – pág. 161 – esclarece:*
>
> > *'Impedimento.*
> >
> > *O STF decidiu que ' só há o impedimento do art. 252 do CPP se o Juiz se pronunciou de fato e de direito sobre a questão '...o que não ocorre em simples atos de ordenação processual ou de produção de prova' – RTJ 53/294'.*
>
> *No que se refere ao representante do Ministério Público, como bem salientou o parecer de fls. 141/150: 'o empenho pelo órgão do Ministério Público demonstrado na fase investigatória, não o inibe de promover também a ação penal.' E acrescenta, não há que se considerar impedido o Promotor de Justiça por haver, no uso de suas faculdades legais – art. 26, inciso I, a, b, e c e inciso V da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público; Constituição Federal, art. 129, VI e VII e Constituição Estadual, art. 120, V e VI – acompanhado atos de investigação ou feito diretamente alguma diligência relevante para futura acusação.*
>
> *Oportunos são os arestos trazidos à colação pela mesma manifestação ministerial:*
>
> > *'Bem de se ver, assim é sua legitimidade à formação de provas conducentes a ter reconhecida a procedência da acusação, ou à apuração dos ilícitos. Se as provas obtidas pelo Ministério Público, no desempe-*

nho desse **munus**, *inclusive testemunhais, merecem credibilidade, ou não, dirá o Juiz, submetidas como ficarão ao procedimento de índole contraditória, assegurada a ampla defesa ao réu. O só fato de o órgão do Ministério Público, antes da fase judicial do procedimento, haver tomado conhecimento dos fatos, das averiguações, participando da prévia formação de provas, à evidência, "não" pode incompatibilizá-lo a prosseguir, na ação penal, inclusive, propulsando seu nascimento via oferecimento da denúncia' – RTJ 120/1.603.*

'Inquérito Policial – Atuação do Ministério Público – Oferecimento da denúncia. É pacífico o entendimento segundo o qual a atuação do Ministério Público na fase de inquérito policial tem justificativa na sua própria missão de titular da ação penal, sem que se configure usurpação de função policial, ou venha a ser impedimento a que ofereça denúncia' – **in** *RT 580/433.*

'Não está impedido o Promotor de Justiça que antes da ação penal não foi investido em qualquer dos cargos previstos no art. 252, inc. I do Código de Processo, mas exerceu no inquérito da polícia funções próprias do Ministério Público previstas no diploma que rege as suas atividades ' – **in** *RTJ vol. 119, pág. 120/121.*

'Recurso ordinário (art. 105, inc. II, alínea a, da Constituição Federal) – Denúncia – Impedimento do Ministério Público – Pretendido trancamento da ação – 'Nulidade inexistente' – Não impede o Promotor para a denúncia o fato de sua designação para participar da coleta de provas informativas, nem de diligências investigatórias do crime "– Recurso de habeas corpus nº 892-900011998-7 – São Paulo – F.J.M. – **in** *Justitia 155/209.' (fls. 146/9)' "*

A tanto, acrescentou o ilustre Juiz **Herculano Rodrigues** *(1º vogal):*

"Quanto à preliminar, rejeito a argüição de impedimento, pois, além de tudo, não foi agilizada no momento processual adequado.

A argüição deveria obedecer o procedimento estabelecido no art. 112, in fine do CPP, sendo incabível quando o Juiz já exauriu a jurisdição (RT 655/268)" (fls. 153)

Logo se vê a falta de oportunidade da argüição de impedimento ou suspeição, em prol da qual também não se apresenta prova de fato concreto, capaz de tornar equiparável, à ausência de defesa, a circunstância de não ter o advogado dativo ingressado com alguma exceção que porventura, razoavelmente justificada, houvesse despontado.

Tampouco se evidencia irregularidade na participação do Ministério Público em fase investigatória, e a remessa, que lhe fez o magistrado, das declarações da vítima (fls. 5/8) plenamente obedece ao disposto no art. 39 do Código de Processo Penal.

Não vislumbro, nos autos, sinal de que houvesse o Juiz deposto, como testemunha, na sindicância de que decorreu a ação penal ora em discussão, podendo talvez explicar-se, a alegação da inicial, pelo seguinte registro contido no acórdão que examinou o terceiro recurso de revisão intentado pelo primeiro paciente:

> *"O depoimento prestado pelo Juiz que presidiu o feito na sindicância, que mostrou os péssimos serviços do peticionário como Delegado na região, depoimento que pode ser lido de folhas 85, em nada menciona este feito agora em reexame ou o processo crime que deu causa à condenação do peticionário. Não houve qualquer comportamento ilegal ou qualquer deslize da autoridade judiciária, motivo pelo que é inaceitável a colocação de que ela agiu com parcialidade e de maneira desonrosa."* (fls. 273)

Ora, nem mesmo a presidência da sindicância impede o magistrado de processar e julgar a ação que se lhe segue, como já assentado por esta Turma ao apreciar o *Habeas Corpus* nº 68.784:

> *"Habeas corpus.* ***Condenação penal proferida por juiz que determinou e presidiu sindicância destinada a apurar notitia criminis. Inexistência de incompatibilidade. Disciplina jurídica do impedimento e da suspeição no processo penal. Matéria de direito estrito. Inocorrência de injusto constrangimento. Pedido Indeferido.***
>
> *A sindicância administrativa instaurada perante Magistrado local, por determinação deste, com o objetivo de subsidiar a ação persecutória do Ministério Público, não se reveste de aptidão para ocasionar a incompatibilidade da autoridade ju-*

diciária no ulterior procedimento penal condenatório, que nela tenha fundamento.

As causas geradoras de impedimento (CPP, art. 252) e de suspeição (CPP, art. 254) do magistrado são de direito estrito. As hipóteses que as caracterizam acham-se enumeradas, de modo exaustivo, na legislação processual penal. Trata-se de ***numerus clausus****, que decorre da própria taxatividade do rol consubstanciado nas normas legais referidas.*

Não incide na situação de incompatibilidade jurídico-processual o Magistrado que, não obstante presidindo sindicância destinada a apurar ***notitia criminis*** *a ele comunicada, não exterioriza qualquer pronunciamento, de fato ou de direito, sobre a questão objeto das diligências investigatórias." (RTJ* 145/854)

Assim sendo, e acolhendo o parecer, indefiro o pedido.

VOTO

O Senhor Ministro **Sepúlveda Pertence**: Senhor Presidente, também indefiro o pedido, mas sublinho a diferença entre este caso e o *Habeas Corpus* 68.784 (*RTJ* 145, pág. 854), em que se tratava de denúncia fundada em sindicância instaurada e presidida pelo juiz, a quem recorrera a vítima. Naquela hipótese, vencido embora, continuo convencido do impedimento; nesta, o juiz se limitou a receber a representação e encaminhá-la como previsto em lei (C. Pr. Pen., art. 39, § 4º).

Acompanho o eminente Ministro-Relator.

EXTRATO DA ATA

Habeas Corpus 75.769-3 – Minas Gerais – Rel.: Min **Octavio Gallotti**. Pacte.: *Agostinho Soares Duarte*. Pacte.: *Rogério Lúcio Coelho dos Santos*. Impte.: *Carlos Fernando de Andrade*. Coator: *Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais*.

Decisão: A Turma indeferiu o pedido de *habeas corpus*. Unânime. 1ª Turma, 30.09.97.

Presidência do Senhor Ministro **Moreira Alves**. Presentes à Sessão os Senhores Ministros **Octavio Gallotti** e **Sepúlveda Pertence**. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros **Sydney Sanches** e **Ilmar Galvão**. Subprocurador-Geral da República, Dr. *Miguel Frauzino Pereira*. RICARDO DIAS DUARTE, Secretário.

Habeas Corpus nº 9.782–SP
(Registro nº 99.0050281-7)

Relator: *Ministro Fernando Gonçalves.*
Impetrante: *Raquel Freitas de Souza.*
Impetrada: *Décima Segunda Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo.*
Paciente: *Fábio Pereira Pinto Sampaio.*

EMENTA: *Habeas Corpus – Pena-base e regime prisional.*

1. A quantificação da pena-base no mínimo legal não impõe necessariamente o regime prisional mais brando, apesar da identidade de critérios legais de aplicação daquela e fixação deste (Código Penal, arts. 33, § 3º, 59 e 68).

2. A gravidade do crime e a periculosidade do agente são circunstâncias aptas a autorizar a preterição de um regime mais brando (semi-aberto) para o mais rigoroso (fechado), máxime em se tratando de acusado contumaz na prática do crime contra o patrimônio.

3. Precedentes do STF – HC n. 75.508-SP e 70.557-SP.

4. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, denegar a ordem. Vencido o Sr. Ministro **Fontes de Alencar**. Votaram com o Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros **Hamilton Carvalhido, Vicente Leal** e **William Patterson**.

Brasília-DF, 29 de março de 2000 (data do julgamento). Ministro **Vicente Leal**, Presidente. Ministro **Fernando Gonçalves**, Relator.

Publicado no *DJ* de 2.5.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Fernando Gonçalves**: Trata-se de *habeas corpus* impetrado por *Raquel Freitas de Souza* em favor de *Fábio Pereira Pinto Sampaio*, contra acórdão do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo.

Segundo noticia a inicial, o paciente, em 1° grau de jurisdição, foi condenado a 4 anos de reclusão, mais 10 dias-multa, por infringência ao art. 157, *caput*, do Código Penal, tendo sido fixado o regime inicialmente aberto.

Manejada apelação pelo Ministério Público, o Tribunal de origem houve por bem reformar o édito monocrático no concernente ao regime de cumprimento da pena, impondo o inicialmente fechado, ante a gravidade do delito.

Afirma a impetração a existência de constrangimento ilegal, porquanto, levando-se em conta a inexistência de reincidência e o *quantum* da pena tem o paciente direito ao regime aberto (art. 33, § 2°, do CP), máxime quando as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP lhes são favoráveis, uma vez que determinaram a fixação da pena-base no mínimo legal. Assim, se não há motivo para exasperação da pena-base, também não pode existir para fixar regime prisional mais rigoroso, não podendo este ficar à mercê da gravidade do delito.

Prestadas as informações (fls. 26/27), opina a Subprocuradoria Geral da República pela concessão da ordem (fls. 151/154).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro **Fernando Gonçalves** (Relator): O paciente foi condenado à pena de 4 anos de reclusão, mais 10 dias-multa, por infringência ao art. 157, *caput*, do Código Penal, fixado o regime prisional inicialmente aberto.

O Tribunal de origem, em face da gravidade do delito, dos mais temíveis na atualidade, revelando periculosidade, altera o regime inicial para fechado, não obstante a norma do art. 33, § 2°, do CP assegurar-lhe o cumprimento, desde logo, no regime aberto, destacando:

> "Inobstante a quantidade da pena permitir o cumprimento da pena em regime inicial aberto, o certo é que o roubo é crime grave, que vem desassossegando a população, reclamando tratamento penal mais enérgico como resposta a esse tipo de criminalidade.
>
> As circunstâncias dispostas no artigo 59 do CP, a que faz remissão o artigo 33, § 3°, são perquiridas também para aferição do grau de periculosidade a fim de que se conclua pela necessidade de segregação mais ou menos severa.
>
> O crime de roubo, inegavelmente, ainda que não cometido à mão armada, demonstra periculosidade do agente, que justifica, nos termos do dispositivo acima citado, a imposição do regime prisional mais rigoroso.
>
> E no caso dos autos, a periculosidade do réu, a justificar o regime prisional fechado, avulta na medida em que

está respondendo a diversos outros processos pelo mesmo crime, tendo sido inclusive condenado em dois deles (fls. 84 e 86). É bem verdade que os processos em andamento e as condenações sem trânsito em julgado não podem ser considerados a título de maus antecedentes, o que vulneraria o princípio constitucional da presunção de inocência, mas não se pode negar que isto é um dado a ser sopesado ao menos para a verificação do regime prisional adequado." (fl. 135)

O STF já vem se pronunciando acerca da matéria, realçando ser o regime fechado adequado ao crime de roubo, "uma das mais intranquilizadoras expressões da criminalidade nos tempos correntes". Fixou, a propósito, o Ministro **Maurício Corrêa**, no julgamento do HC n. 75.508-SP, *verbis*:

> "2. Para a fixação do regime prisional inicial (art. 33, § 3°) o Código Penal determina a observância dos mesmos critérios que devem ser utilizados para a aplicação da pena-base (art. 59 e 68).
>
> 2.2. Apesar da aplicação da *pena-base* e a fixação do *regime prisional inicial* terem por base os mesmos critérios, objetivam desígnios distintos: no primeiro caso vela-se unicamente pela dosagem da reprimenda, enquanto que no segundo objetiva-se tanto a reeducação do agente como a segurança da sociedade.
>
> 2.3. Além disso, deve-se levar em conta que a lei determina que o condenado à pena superior a 8 (oito) anos *deverá* começar a cumpri-la em regime fechado (CP, art. 33, § 2°, **a**), e que o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), *poderá*, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto (CP, art. 33, § 2°, **b**), *desatrelando* de forma clara a quantificação da pena-base da fixação do regime prisional inicial, ainda que ambos devam estar fundados nos mesmos critérios, de forma a permitir que o juiz, levando em conta a periculosidade do agente e a segurança da sociedade, imponha o regime prisional adequado.
>
> Mais uma vez o Código desvincula a quantificação da pena-base do regime prisional quando prevê a hipótese de transferência a regime mais rigoroso (CP, art. 33, § 2°, e LEP, art. 118).
>
> 2.4. De resto, é da jurisprudência deste Tribunal que o rito especial e sumário do *habeas corpus* não se compade-

ce com o reexame de circunstâncias de natureza subjetiva, como é a que fixa o regime prisional."

O acórdão em referência ostenta a seguinte ementa:

> "*Habeas Corpus.Crime de roubo qualificado. Continuidade delitiva. Agravamento do regime prisional inicial.*
>
> 1. Fixação de regime prisional inicial fechado para réu apenado com pouco mais de 7 anos de reclusão: decisões das instâncias ordinárias suficientemente fundamentadas.
>
> 2. Apesar de a aplicação da pena-base e a fixação do regime prisional inicial, terem por base os mesmos critérios (CP, arts. 33, § 3°, 59 e 68), não estão eles atrelados, de forma a impor-se o regime mais brando se a pena é aplicada no mínimo legal.
>
> A pena-base e o regime prisional têm finalidades distintas, ainda que fixados com a utilização dos mesmos critérios: na aplicação da pena vela-se unicamente pela dosagem da reprimenda, enquanto que na fixação do regime objetiva-se tanto a reeducação do agente como a segurança da sociedade.
>
> A lei desatrela a pena aplicada do regime prisional, ainda que fundados nos mesmos critérios, ao impor regime fechado ao condenado à pena privativa de liberdade superior a 8 anos e ao facultar o regime semi-aberto ao condenado à pena de mais de 4 até 8 anos, de forma a permitir que o juiz, levando em conta a periculosidade do agente e segurança da sociedade, imponha o regime prisional adequado. Faz o mesmo quando prevê a hipótese de transferência a regime mais rigoroso (CP, art. 33, § 2°, e LEP, art. 118).
>
> 3. É da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que o rito especial e sumário do *habeas corpus* não se compadece com o reexame de circunstâncias de natureza subjetiva, como é a que fixa o regime prisional.
>
> 4. *Habeas corpus* conhecido, mas indeferido."

Também o eminente Ministro **Moreira Alves**, no HC n. 70.557-SP, acolhe idêntico posicionamento, como se verifica da ementa seguinte:

"*Habeas corpus*

– Alegação de demora no julgamento de apelação que já não existia quando da impetração do *habeas corpus.*

– Justificada fixação do cumprimento inicial da pena imposta em regime fechado em face da periculosidade do agente decorrente da prática de roubo com duas qualificadoras (uma das quais foi o emprego de arma), constrangendo-se as vítimas a permanecerem no veículo roubado ainda que por curto espaço de tempo, máxime em vista da crescente ondas de assaltos à mão armada e de crimes violentos que assola o País.

– *Habeas corpus* indeferido."

Como se vê, com apoio na gravidade do crime e periculosidade do agente, circunstâncias que, ultimamente, mantêm a população em permanente e constante sobressalto e desassossego, não se pode acoimar de ilegal a preterição do regime aberto para o mais rigoroso.

Impende realçar, conforme documentação de fls. 73/81, ser o paciente contumaz na prática de crime contra o patrimônio, circunstância que à falta do trânsito, se não pode pesar como maus antecedentes, como destacado pelo v. acórdão, também não indica vida ilibada.

Nego a ordem.

VOTO-VENCIDO

O Sr. Ministro **Fontes de Alencar**: Não conheço do pedido.

Habeas Corpus nº 10.295-SP

(Registro nº 99.0068461-3)

Relator: *Ministro Edson Vidigal.*
Impetrante: *Renata Capasso Floriano.*
Impetrado: *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.*
Paciente: *José Maria Barbosa (preso).*

EMENTA: *Penal – Processual – Tráfico de entorpecentes – Tese defensiva não apreciada – Habeas corpus.*

1. Não há constrangimento ilegal quando o julgador, muito embora não se refira expressamente à tese defensiva, fundamenta a decisão de forma suficiente à condenação.

2. *Habeas corpus* conhecido; pedido indeferido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, indeferir o pedido. Votaram com o Relator os Srs. Ministros **Felix Fischer, Gilson Dipp, Jorge Scartezzini** e **José Arnaldo da Fonseca**.

Brasília-DF, 3 de fevereiro de 2000 (data do julgamento). Ministro **José Arnaldo da Fonseca**, Presidente. Ministro **Edson Vidigal**, Relator.

Publicado no *DJ* de 08.03.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Edson Vidigal**: Condenado, por infração à Lei nº 6.368/1976, art. 12, à pena de três anos de reclusão, *José Maria Barbosa* apelou, pedindo fosse anulada a sentença, que teria deixado de apreciar tese defensiva.

O TJ-SP negou provimento ao apelo, ao seguinte entendimento:

> "No que concerne a dita nulidade, por falta de consideração, na sentença, para com a pretensão alternativa voltada à desclassificação da infração não tem razão o apelante.
>
> (...) Embora imperiosa a consideração, pelo juiz, de todos os temas e teses debatidos na causa, essa imperiosidade cede lugar à desnecessidade de fazê-lo, se a afirmação que traz o julgado, em prol de uma das argumentações já exclui a outra, porque inconciliáveis as duas entre si.
>
> Daí porque, se afirmou a sentença tratar-se de caso de traficância, não estava obrigado o magistrado a dizer, por acréscimo, e de forma até redundante, que não se cuidava de mera infração ao art. 16 da Lei nº 6.368/1976." (fls. 109/110).

Neste recurso, a impetrante sustenta que "nosso ordenamento jurídico não admite, em hipótese alguma, muito menos em desfavor do acusado, que teses argüidas pelas partes sejam julgadas implicitamente" (fl. 5). Pede seja anulado o acórdão recorrido, determinando-se a prolação de nova sentença singular.

O Ministério Público, nesta instância, é pela denegação da ordem.

Relatei.

VOTO

O Sr. Ministro **Edson Vidigal** (Relator): Sr. Presidente, é certo que a sentença condenatória não se referiu, de forma expressa, a todas as teses apresentadas pela defesa. Não obstante, temos entendido que não há constrangimento ilegal em hipóteses com a destes autos, quando o julgador, muito embora não se refira expressamente à tese defensiva, fundamenta a decisão de forma suficiente à condenação.

Foi o que houve aqui. Ficou demonstrada, claramente, a existência do crime de tráfico, o que afasta, irremediavelmente, a pretensão de desclassificação requerida. A decisão atacada, conquanto contrária àquela pretensão, nada tem de ilegal.

Cedo espaço ao MPF que assim resumiu a questão:

> "O alegado não encontra guarida em nosso ordenamento jurídico. O fato de o paciente ter sido inequivocadamente condenado por infringir o tipo penal concernente ao art. 12 da Lei nº 6.368/1976, por si só, desautoriza a manifestação expressa do julgador acerca da desclassificação da infração cometida. Ou seja, a condenação afasta implicitamente a possibilidade da requerida desclassificação." (fl. 120).

Não bastasse, sequer foram opostos embargos declaratórios, recurso apto a sanar eventuais omissões. A defesa quedou silente, preferindo discutir a questão em *habeas corpus*, onde, ao contrário do que propõe a impetração, não se reexaminam fatos e provas.

Assim, conheço do *habeas corpus*, mas indefiro o pedido.

É o voto.

Habeas Corpus nº 10.644-RJ

(Registro nº 99.0081232-8)

Relator: Ministro *Vicente Leal.*
Impetrante: *Márcia Rosa de Araújo.*
Advogado: *João Luiz Nogueira Cabral.*
Impetrada: *Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Rio de Janeiro – RJ.*
Paciente: *Márcia Rosa de Araújo.*

EMENTA: ***Processual Penal – Acórdão de Turma Recursal de Juizado Especial – Ameaça ao direito de locomoção – Inexistência – Habeas Corpus – Não conhecimento.***

– As decisões proferidas pelos Juizados Especiais Criminais bem como os acórdãos oriundos das respectivas Turmas Recursais são insusceptíveis de repercutir no direito de locomoção, em razão da impossibilidade de imposição de pena privativa de liberdade, o que afasta o uso do *habeas corpus* perante esta Corte Superior.

– *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do *habeas corpus*, na conformidade dos votos e notas taquigráficas a seguir. Participaram do julgamento os Srs. Ministros **William Patterson, Fontes de Alencar, Fernando Gonçalves** e **Hamilton Carvalhido.**

Brasília-DF, 17 de fevereiro de 2000 (data do julgamento). Ministro **Vicente Leal,** Presidente e Relator.

Publicado no *DJ* de 08.03.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Vicente Leal**: Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, impetrado em favor de *Márcia Rosa de Araújo*, em que se ataca acórdão da Primeira Turma Recursal Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Naquele *writ*, atacava-se decisão do ilustre Juiz de Direito Titular do IV Juizado Especial Criminal que, desacolhendo pedido de arquivamento formulado pelo Ministério Público, converteu o feito em diligência para esclarecer sobre a responsabilidade de médico que realizara cirurgia sem o consentimento do paciente.

Nas informações, o ilustre Presidente do TJ-RJ, Desembargador **Humberto de Mendonça Manes**, relata judiciosamente os fatos que ensejaram o procedimento judicial e transcreve a ementa do acórdão denegatório do *writ* (fls. 61/63).

A douta Subprocuradoria Geral da República, em parecer de fls. 66/67, opina pela remessa dos autos ao Excelso Supremo Tribunal Federal.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro **Vicente Leal** (Relator): Por primeiro, não vejo como acolher a opinião da douta Subprocuradoria Geral da República, que aponta no sentido de que seja reconhecida a competência do Supremo Tribunal Federal.

É certo que a jurisprudência nacional já consolidou o entendimento de que as decisões das turmas recursais dos juizados especiais sujeitam-se exclusivamente a recurso extraordinário perante o Supremo Tribunal Federal.

Todavia, a hipótese não se enquadra no campo do recurso extraordinário. Trata-se, como anotado na inicial, de pedido de *habeas corpus* em que se ataca acórdão de Turma Recursal.

Tenho, entretanto, que o *writ* não deve ser conhecido. Ora, tanto as decisões proferidas pelos Juizados Especiais Criminais como os acórdãos oriundos das suas Turmas Recursais são insusceptíveis de repercutir no direito de locomoção. É que no âmbito de tais decisões não há possibilidade de imposição de pena privativa de liberdade. E assim, não tem cabimento o uso de *habeas corpus* perante esta Corte Superior para impugnar tais decisões.

Isto posto, não conheço do *habeas corpus*.

É o voto.

Habeas Corpus nº 11.090–MG

(Registro nº 99.0097461-1)

Relator: Ministro *Felix Fischer.*
Impetrante: *José Rattes de Carvalho.*
Impetrado: *Desembargador-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.*
Impetrado: *Presidente do Tribunal do Júri de Abaeté – MG.*
Paciente: *Carlos Alberto de Lima.*

EMENTA: ***Penal e Processual Penal – Habeas Corpus – Acórdão – Linguagem – Tentativa de homicídio – Júri.***

A forma lacônica, e acentuadamente comedida, exigida na fundamentação da decisão de pronúncia não pode ser imposta aos tribunais de segundo grau por ocasião do julgamento de apelação fulcrada no permissivo da alínea **d** (art. 593, inciso III, do CPP). Não se deve confundir a análise do juízo de admissibilidade da acusação (*iudicium accusationis*) com a excepcional apreciação no controle do *iudicium causae* ("decisão manifestamente contrária à prova dos autos"). A fundamentação (art. 93, inciso IX, 2ª parte, da Carta Magna), nesta última hipótese, para levar o réu a novo julgamento, deve estar adequada à exigência legal. Só o excesso, inocorrente no caso, não é permitido.

Writ indeferido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da

Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, indeferir o pedido. Votaram com o Relator os Srs. Ministros **Gilson Dipp, Jorge Scartezzini, José Arnaldo da Fonseca** e **Edson Vidigal.**

Brasília-DF, 14 de dezembro de 1999 (data do julgamento). Ministro **José Arnaldo da Fonseca**, Presidente. Ministro **Felix Fischer**, Relator.

Publicado no *DJ* de 14.02.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Felix Fischer**: Versam os autos sobre *habeas corpus* no qual se pretende que não seja lido, em Plenário do Júri, voto do Sr. Desembargador-Relator da apelação em cujo julgamento se concluiu pela realização de novo julgamento.

Diz a ementa do v. julgado:

> ***"Tentativa de homicídio qualificado. Motivo fútil. Legítima defesa da propriedade. Inocorrência. Decisão contrária à prova dos autos. Recurso ministerial provido para que o réu seja submetido a novo julgamento.***
>
> Não age em legítima defesa da propriedade quem, por um simples desentendimento, efetua um disparo de arma de fogo na vítima, devendo, reconhecida a excludente, ser provido o apelo ministerial para que o réu seja submetido a novo julgamento, por decisão contrária à prova dos autos." (fl. 21).

O retrospecto está delineado à fl. 38, *in verbis*:

> "2. Alega o impetrante que o voto proferido pelo Desembargador compromete o novo julgamento a que será submetido o paciente, vez que afeta a soberania do Júri Popular por induzir os Srs. Jurados a um decreto condenatório, retirando-lhes o direito subjetivo da livre convicção e, sobretudo, o direito a um julgamento imparcial, sem qualquer influência externa, insurgindo-se contra o seguinte trecho:
>
> > 'Mesmo assim, foi agraciado com uma absolvição inconcebível, absurda e intolerável. Tentou eliminar um semelhante por causa de um simples desentendimento...'

3. À fl. 29, informou o Presidente do Tribunal do Júri que o julgamento havia sido designado para o dia 21.10.1999, sessão que acabou não se realizando, tendo em vista que o réu e seu advogado pediram o adiamento, argumentando o defensor que não estava em condições de participar do julgamento.

4. Designada nova data, agora para o dia 01.12.1999, foi o processo retirado da pauta de julgamento até a solução final do *writ* (fl. 34)." (fl. 38).

A douta Subprocuradoria Geral da República se pronunciou pelo deferimento do *writ*.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro **Felix Fischer** (Relator): Diz o voto-condutor da apelação que remeteu o réu a novo julgamento:

"No mérito, a meu sentir, assiste razão ao órgão ministerial, vez que a decisão dos Srs. Jurados, na verdade, afrontou manifestamente a prova dos autos.

A prova do processo é no sentido de que, na noite dos fatos, em seu estabelecimento comercial, o acusado efetuou um disparo de revólver no pescoço de *Vanderlei de Almeida Fernandes*, pelo simples fato de ter ele jogado um copo de vidro na rua, quebrando-o, produzindo-lhe lesões, que só não lhe ocasionaram a morte por circunstâncias alheias à sua vontade, vez que a arma, por defeito mecânico, não disparou todas as vezes em que foi acionada.

O apelado confessou, com riqueza de detalhes, o modo como tentou eliminar a vítima, nas três vezes em que foi ouvido nos autos (fls. 14/15, 49 e 106/107) o que foi corroborado pela melhor prova produzida no processo.

Mesmo assim, foi agraciado com uma absolvição inconcebível, absurda e intolerável. Tentou eliminar um semelhante por causa de um simples desentendimento. A cada momento em que foi ouvido no processo tentou sem sucesso armar uma legítima defesa própria e uma legítima defesa da propriedade, existentes apenas em sua mente, sendo a segunda, equivocadamente, acatada, por maioria de votos.

> Assim, recomendável a realização de novo julgamento, quando outros jurados, reexaminando as provas dos autos, possam proferir novo veredicto, condenando ou absolvendo o réu, de conformidade com a sua consciência. Qualquer que seja a decisão, *tollitur quaestio* (artigo 593, § 3°, *in fine*, do Código de Processo Penal).
>
> Mercê de tais considerações, dou provimento ao recurso ministerial para o fim de mandar o réu-apelado a novo julgamento popular, vez que, a meu sentir, manifestamente contrária à prova dos autos se mostra a decisão dos jurados (artigo 593, § 3°, do Código de Processo Penal)." (fls. 22/23)

Como é sabido, o julgamento pelo Tribunal Popular apresenta estrutura peculiar, quer seja no plano constitucional, quer seja no plano infra-constitucional (o seu procedimento *etc*).

Por um lado, as decisões dos Srs. Jurados são soberanas. Só excepcionalmente, *e por uma só vez*, podem ser cassadas e, assim mesmo, quando há afronta à prova colhida ("decisão manifestamente contrária à prova dos autos"). Em algumas legislações, nem isto é permitido ao tribunal de segundo grau. Todavia, entre nós, este controle, *bem limitado*, existe. Vale dizer, que mesmo anulado, pelo permissivo da alínea **d** (art. 593, inciso III, do CPP), o julgamento popular, a última palavra, *em regra*, será do Conselho de Sentença.

Pois bem, no espaço indicado pela referida alínea **d**, o tribunal *deve fundamentar* a sua decisão sob pena de nulidade absoluta (cf., art. 93, inciso IX, 2ª parte, da Carta Magna c.c. os arts. 157, 381, 617 e 3° do CPP). Tem, pois, o dever de mostrar objetivamente porque considerou, ou não, a decisão dos jurados manifestamente ilegal. Não é reforma de sentença, é cassação de decisão *aberrante* (cf. GAMA MALCHER), *distorção da função judicante* (*RT* 642/287), ou ainda, *decisão destituída de qualquer apoio no material cognitivo*. Ora, em assim sendo, a crítica, fundada (e não mera retórica passional), se apresenta como conseqüência pelo menos natural quando não necessária na hipótese de anulação de julgamento do Tribunal de Júri pela letra **d**. Caso contrário, a fundamentação terá a aparência de inadequada e, a rigor, pertinente a um *juízo comum de reforma* (sobre *decisum* não necessariamente aberrante).

Por outro lado, a postura mais comedida que se exige na fase de pronúncia tem razão de ser diversa. É que aí se trata de *iudicium accusationis*, juízo de admissibilidade da acusação. O órgão julgador não pode ultrapassar, na fundamentação da decisão, tal limitação. Entretanto, na análise da decisão do Conselho de Sentença, do *iudicium causae*, o Tribunal de Justiça, para mandar o réu a novo julgamento, deve, em seu acórdão, dar os motivos pelos quais considerou a conclusão dos Srs. Jurados manifestamente contrária à prova, ou então, uma aberração.

No caso em tela, foi o que aconteceu. Agora, é bem de ver que o próprio v. decisório reprochado ressalta a independência do Conselho de Sentença no próximo julgamento.

Nestas condições, indefiro o *writ*.

É o voto.

Habeas Corpus nº 11.363–SP

(Registro nº 99.0108849-6)

Relator: Ministro *José Arnaldo da Fonseca*.
Impetrante: *Sérgio Gardenghi Suiama*.
Impetrado: *Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo*.
Paciente: *Cléberson Silva Luiz*.

EMENTA: *Habeas corpus – Processual Penal – Réu que empreendeu fuga no curso da instrução criminal – Condenação – Negativa do direito de apelar em liberdade – Necessidade do recolhimento à prisão para apelar, sob pena de não conhecimento do apelo – Art. 594 do CPP.*

"A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência". Súmula n. 9 do STJ.

Acusado que empreendeu fuga no curso da instrução criminal e que não se recolheu à prisão para apelar, como determinado na sentença condenatória. Não conhecimento do recurso por não satisfeito aquele pressuposto de admissibilidade. Inteligência do art. 594 do CPP. Inexistência de constrangimento ilegal.

Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar o pedido. Votaram com o Relator os Srs. Ministros **Felix Fischer, Gilson Dipp** e **Jorge Scartezzini**. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro **Edson Vidigal**.

Brasília-DF, 18 de abril de 2000 (data do julgamento). Ministro **José Arnaldo da Fonseca**, Presidente e Relator.

Publicado no *DJ* de 5.6.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **José Arnaldo da Fonseca**: Trata-se de *habeas corpus* impetrado em prol de *Cléberson Silva Luiz*, impugnando acórdão da Décima Quarta Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, que não conheceu da apelação interposta pelo Paciente, condenado em 1° grau a 6 anos de reclusão, por infringência ao art. 157, § 2°, incisos I, II e V, do Código Penal.

O colegiado-revisor não conheceu do apelo por não ter o paciente atendido ao comando sentencial de recolher-se à prisão, haja vista que lhe não fora concedido o direito de apelar em liberdade.

Aduz a impetração, em suma, que a decisão que condiciona o acesso à instância superior à efetiva prisão do réu ofende a garantia constitucional da ampla defesa e o direito ao duplo grau de jurisdição.

Autos devidamente instruídos, dispensei as informações da autoridade impetrada.

Ouvido, o *Parquet* federal propugna pelo indeferimento da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro **José Arnaldo da Fonseca** (Relator): Sem razão a Impetrante.

É entendimento assente na jurisprudência pátria que a ordem de recolher-se à prisão para possibilitar o processamento de recurso (art. 594 do Código de Processo Penal) não significa considerar culpado o réu antes do trânsito em julgado da decisão condenatória. Trata-se de regra procedimental do processamento do recurso, que não foi derrogada pelo art. 5°, LVII, da Constituição Federal de 1988 e nem ofende a garantia constitucional da amplitude de defesa. Nesse sentido: STF, HC n. 72.517-SP, Rel. Min. **Néri da Silveira**; TJESP – *RT* 638/298.

Nesta Corte, esse posicionamento restou cristalizado na Súmula de n. 9, que encerra este enunciado, *verbis*:

> "A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência."

In casu, o Paciente empreendeu fuga no curso da instrução criminal, e foragido permaneceu mesmo ao tempo da prolação da sentença condenatória, donde se conclui facilmente que a sua fuga só reforça a necessidade do recolhimento à prisão para apelar da sentença, como garantia da aplicação da lei penal (art. 312 do CPP).

A propósito, ponderou com propriedade o Ilustre Subprocurador-Geral da República Dr. *Arx Tourinho*, à fl. 27, *verbis*:

"O acórdão vergastado observa adequadamente: 'De anotar-se que o Réu estava solto por ocasião da prolação da sentença não porque lhe tivesse sido concedida liberdade provisória, mas porque fugiu do presídio onde se encontrava desde a sua prisão em flagrante.' (fl. 21).

A jurisprudência é no sentido de que não faz jus o acusado a apelar em liberdade, se preso esteve no curso da instrução probatória. É certo que o Paciente estava solto, porém, nenhuma decisão lhe fora favorável com vista à sua liberdade provisória, ao contrário, violou determinação judicial.

No ponto:

> *'Habeas corpus. Apelação em liberdade. Ré presa durante toda a instrução do processo. Efeito da condenação. Condições pessoais favoráveis. Irrelevância. Ordem denegada.*
>
> 1. Não se concede o direito ao apelo em liberdade à Ré que permaneceu presa durante toda a instrução do processo, desde flagrante em delito de roubo duplamente qualificado, pois a manutenção na prisão constitui-se em efeito da respectiva condenação, inobstante eventuais condições pessoais de primariedade, bons antecedentes, ocupação lícita e residência fixa.
>
> 2. Ordem denegada.' (STJ, RHC n. 9.460-RJ, Quinta Turma, *DJ* de 27.3.2000, Rel. Min. **Gilson Dipp**)."

Assim, não constitui constrangimento ilegal o fato de o Tribunal ter deixado de conhecer o apelo do Réu porque este não se recolhera à prisão como determinado na sentença condenatória.

Por outro lado, é preciso considerar que a condenação pela prática de determinados delitos – no caso, roubo qualificado pelo emprego de arma de fogo e concurso de agentes – reflete e expõe a personalidade do agente e justifica a necessidade cautelar do seu recolhimento à prisão para poder exercitar o seu direito à revisão da sentença.

Ante o exposto, denego a ordem.

Habeas Corpus nº 11.889–GO

(Registro nº 2000.0002823-1)

Relator: Ministro *Edson Vidigal.*
Impetrantes: *Raimundo Lisboa Pereira e outro.*
Impetrado: *Tribunal de Justiça do Estado de Goiás.*
Paciente: *José Divino Fernandes dos Santos* (preso)

EMENTA: ***Penal – Processual – Réu que muda de endereço e deixa de notificar o juízo – Prisão preventiva – Conveniência da instrução criminal – Aplicação da lei penal –*** *Habeas corpus.*

1. É dever do réu informar ao Juízo eventual mudança de endereço. Prisão preventiva corretamente decretada, com fundamento na conveniência da instrução criminal e garantia da aplicação da lei penal.

2. *Habeas corpus* conhecido; pedido indeferido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, indeferir o pedido. Votaram com o Relator, os Srs. Ministros **Gilson Dipp** e **José Arnaldo da Fonseca**. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros **Felix Fischer** e Jorge **Scartezzini**.

Brasília-DF, 28 de março de 2000 (data do julgamento). Ministro **José Arnaldo da Fonseca** (Presidente). Ministro **Edson Vidigal**, Relator.

Publicado no *DJ* de 02.05.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Edson Vidigal**: Em *habeas corpus, José Divino Fernandes dos Santos* pede seja anulada decisão do TJ-GO, assim ementada:

> *"Habeas corpus. **Prisão preventiva. Réu que se muda sem comunicar o fato ao juízo. Interesse do processo. Primariedade e bons antecedentes. Manutenção da constrição. Necessidade.***
>
> I – Para a decretação da prisão preventiva, basta que o magistrado dê as razões do seu convencimento e demonstre a necessidade da custódia.
>
> II – Agente que comete homicídio e, no curso da ação muda de endereço, inviabilizando a comunicação pes-

soal e prejudicando o normal andamento do feito, reclama a prática do ato extremo da segregação física provisória por conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal, sendo inócua a alegação de que é primário, possui residência e ocupação fixas.

III – Ordem denegada."

O impetrante reclama de prisão preventiva decretada contra o paciente, "fundamentada na falta de comunicação ao juízo de mudança de seu endereço" (fl. 193). Sustenta que a desídia não pode ser atribuída ao réu, mas sim ao defensor então constituído, que "não fez juntada do talão de energia referente ao imóvel do acusado" (fl. 4).

Ainda, que "os motivos que ensejaram a prisão do mesmo devem ser debitados à máquina judiciária, visto que não fora feita qualquer diligência para encontrá-lo em seu local de trabalho" (fl. 5).

Pede seja revogada custódia e anulado o decreto de prisão, com a conseqüente expedição de alvará de soltura em favor do paciente.

O Ministério Público, nesta Instância, é pela denegação da ordem.

Relatei.

VOTO

O Sr. Ministro **Edson Vidigal** (Relator): Sr. Presidente, ao decretar a custódia preventiva, disse o Juiz singular:

"O processo teve seu regular andamento, até que o defensor do acusado não foi mais encontrado para ser intimado a promover o andamento processual, sendo que a tentar-se a intimação do acusado para falar do paradeiro de seu defensor, este também não foi encontrado.

(...) Infere-se dos autos que o acusado não foi encontrado para dizer do paradeiro do seu defensor, conforme certidão que consta à fl. 310, fato este que veio obstacular o andamento do feito, que já se delonga por vários anos.

Desta feita, como bem asseverou o Ministério Público, em seu parecer retro, estão presentes os pressupostos que autorizam o decreto de prisão do acusado, com amparo na lei e na jurisprudência.

Assim, nos termos dos artigos 311 e 312 do Código de Processo Penal, decreto a prisão preventiva de *José Divi-*

no Fernandes dos Santos, determinando a expedição do competente mandado" (fls. 57/58).

No mesmo sentido, o voto-condutor do acórdão recorrido:

> "O paciente, acusado de praticar homicídio, inopinadamente mudou seu endereço e não prestou contas ao juízo processante. Clara sua intenção de procrastinar o feito e furtar-se à aplicação da lei penal, mormente em se verificando o decurso de dezenove anos de curso do processo, avizinhando-se o lapso prescricional da pretensão punitiva do Estado" (fl. 177).

É obrigação do réu informar ao juízo eventual mudança de endereço. A prisão preventiva veio, portanto, corretamente decretada, com fundamento na conveniência da instrução criminal e garantia da aplicação da lei penal.

Por outro lado, sem razão a impetração quando alega que "não foram usados os meios possíveis, constantes dos autos, para localizar o paciente para indicar o endereço do defensor" (fl. 5). Como bem consignou o MPF (fl. 201), "cabia ao paciente o dever de manter a justiça informada de seu paradeiro, este é um ônus processual que cabe ao réu e não à máquina judiciária".

Assim, conheço do *habeas corpus*, como substitutivo de recurso ordinário, mas indefiro o pedido.

É o voto.

Habeas Corpus nº 12.498-SP

(Registro nº 2000.0021215-6)

Relator: Ministro *Edson Vidigal.*
Impetrante: *Marcos Antônio de Oliveira.*
Impetrada: *Quinta Câmara do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.*
Paciente: *Marcos Antônio de Oliveira* (preso).

EMENTA: ***Penal – Processual – Receptação e quadrilha – Número de agentes – Exame de provas – Extensão de decisão proferida em apelação (CPP, art. 580) – Habeas corpus.***

1. O número de agentes necessário à configuração do crime de quadrilha (CP, art. 288) deve ser considerado no momento em que consumado o delito. Eventual extinção de punibilidade de um dos co-réus não exclui o crime. Precedentes.

2. As provas, em *habeas corpus*, devem ser incontroversas, e os fatos, convergentes.

3. Divergentes as situações objetivas e pessoais de cada co-réu, não se concede a extensão de que trata o CPP, art. 580.

4. *Habeas corpus* conhecido; pedido indeferido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, indeferir o pedido. Votaram com o Relator os Srs. Ministros **Felix Fischer, Gilson Dipp, Jorge Scartezzini** e **José Arnaldo da Fonseca.**

Brasília-DF, 16 de maio de 2000 (data do julgamento). Ministro José Arnaldo da Fonseca, Presidente. Ministro **Edson Vidigal,** Relator.

Publicado no *DJ* de 12.6.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Edson Vidigal**: Condenado, por infração ao CP, arts. 288 e 180, à pena de três anos e seis meses de reclusão, *Marcos Antônio de Oliveira* reclama, em *habeas corpus*, de decisão do TJSP, que denegou a ordem ali impetrada.

Neste recurso, pede para ser absolvido, na medida em que, sustenta, não existiriam provas bastantes à condenação. Igualmente, que "tendo sido reconhecida a extinção da punibilidade, em sede de apelação, a um dos co-réus, de nome Celso Braz, descaracterizado ficou o crime de quadrilha, pelo decréscimo do número de agentes". Finalmente, que a decisão benéfica ao co-réu seja-lhe estendida, na forma prevista no CPP, art. 580.

O Ministério Público, nesta Instância, é pela denegação da ordem.

Relatei.

VOTO

O Sr. Ministro **Edson Vidigal** (Relator): Sr. Presidente, o Impetrante reclama "descaracterizado" o crime de quadrilha, face à extinção de punibilidade do co-réu. Argumenta que, extinta a punibilidade do co-réu, não se mantém a condenação imposta, por não suficiente o número de agentes à configuração do tipo.

Sem razão. Consoante o entendimento firmado deste STJ, "o número de pessoas necessário à tipificação do crime de quadrilha é considerado objetivamente, no momento da consumação, pouco importando se, já em grau de apelação, houve anulação do processo quanto a alguns dos réus, restando só dois condenados pelo art. 288 do CP" (HC nº 9.426-SP, Rel. Min. **José Arnaldo da Fonseca**, *DJ* de 23.8.1999).

Nesse sentido, destaco:

> *"Penal e Processual Penal. Habeas corpus (EC nº 22/1999). Quadrilha ou bando. Composição. Exame de provas.*
>
> I – O número de integrantes exigido para compor o delito de quadrilha deve ser apurado em relação à *meta optata*, sendo irrelevante a posterior extinção da punibilidade por morte de um dos agentes.
>
> II – O *habeas corpus* não é o instrumento adequado para se alcançar apreciação calcada no detalhado cotejo do material cognitivo. *Writ* denegado." (HC nº 9.440-SP, Rel. Min. **Felix Fischer**, *DJ* de 28.2.2000).

> *"RHC. Trancamento de ação. Exclusão de co-denunciada do pólo passivo. Aprofundado exame de provas. Impropriedade do writ. Exclusão do delito do art. 288 do CP. Impossibilidade. Número de integrantes configurado. Equívoco quanto à ausência de pluralidade de crimes. Observância ao art. 384 do CPP para a pretensão. Recurso desprovido.*
>
> I – Havendo indício de participação da denunciada na prática dos delitos, como apontado na peça acusatória, não se pode determinar a sua pronta exclusão do pólo passivo da lide, sendo que maior exame da controvérsia é incompatível com a via eleita.
>
> II – Não excluída a denúncia em relação à paciente, permanece configurado o número necessário de integrantes para a caracterização do tipo previsto no art. 288 do CP.
>
> III – Reconhece-se como equívoco da impetração a alegada ausência do requisito da pluralidade de delitos, se a peça acusatória aponta a formação de pelo menos três loteamentos clandestinos em circunstâncias assemelhadas, pelo grupo denunciado.
>
> IV – A exclusão de um dos crimes descritos na denúncia – que se encontra formalmente perfeita, após o seu recebimento, deve aguardar a devida instrução processual e obedecer às diretrizes do art. 384 do CPP.
>
> V – Recurso desprovido." (RHC nº 8.617-PR, Rel. Min. **Gilson Dipp**, *DJ* de 25.10.1999).

Por outro lado, a alegação de que não existiriam provas suficientes à condenação não comporta exame nesta Instância. As provas, em *habeas corpus*, de-

vem ser incontroversas, e os fatos, convergentes. Consoante bem afirma o Ministério Público Federal (fl. 136), "para tanto, o instrumento adequado é a revisão criminal, da qual inclusive já fez uso o Paciente-impetrante, tendo-lhe sido indeferido o pedido, que é o mesmo objeto deste *writ*."

E não é só. O CPP, art. 580 autoriza a extensão, aos co-réus, da decisão do recurso interposto por um deles, "se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal". Por isso mesmo é impossível conceder a extensão que ora busca o Paciente, por vedado o exame das circunstâncias subjetivas pertinentes.

Assim, conheço do *habeas corpus*, como substitutivo de recurso ordinário, mas indefiro o pedido.

É o voto.

Recurso em Habeas Corpus nº 4.074-2-PR

(Registro nº 94.0033349-8)

Relator: Ministro *Pedro Acioli.*
Recorrente: *Ruy Barbosa Corrêa Filho.*
Advogado: *Ruy Barbosa Corrêa Filho.*
Recorrido: *Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.*
Paciente: *Sebastião Antônio Borges de Sampaio (preso).*

EMENTA: ***Processual Penal – Impedimento – Ministério Público e Juiz de Direito.***

I – A atuação do promotor na fase investigatória – pré-processual – não o incompatibiliza para o exercício da correspondente ação penal.

II – As causas de suspeição e impedimento são exclusivamente aquelas elencadas *expressis verbis* nos artigos 252 e 254 do CPP. O rol é taxativo, não pode ser ampliado.

III – Despiciendas as alegações de impedimento do Promotor de Justiça e do Juiz de Direito, eis que não se enquadram nas previsões legais.

IV – Prejuízo indemonstrado.

V – Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da egrégia Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Não participou do julgamento o Sr. Ministro **Vicente Leal.**

Brasília-DF, 28 de novembro de 1994 (data do julgamento). Ministro **Luiz Vicente Cernicchiaro**, Presidente. Ministro **Pedro Acioli**, Relator.

Publicado no *DJ* de 20.02.1995.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Pedro Acioli**: *Ruy Barbosa Corrêa Filho* impetrou *habeas corpus*, no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, em favor de *Sebastião Antônio Borges de Sampaio*, denunciado nas sanções do art. 121, § 2°, I e IV, do Código Penal.

Apontou a nulidade do decreto preventivo, por falta de fundamentação e desnecessidade. Ademais, suscitou o impedimento do juiz prolator da custódia, bem como da Promotora de Justiça, pelo que postula a anulação do *decisum* e demais atos do processo – fls. 2/14.

A ordem foi, parcialmente, concedida. O acórdão restou sumariado assim – fl. 195:

> "*Habeas corpus*. Prisão preventiva. Falta de fundamentação. Despacho deficiente para subsistir a custódia cautelar. Despiciendas as alegações de impedimentos do Promotor de Justiça e do Juiz de Direito, por falta de previsões legais. Ordem concedida."

O recurso ordinário veio às fls. 201/209. Pede a nulidade da denúncia e do despacho de recebimento.

Colhido o parecer do Ministério Público Federal, este o ementou da seguinte forma– fl. 216:

> "*Recurso ordinário em habeas corpus.*
>
> Alegação de nulidade da ação penal por impedimento de Juiz de Direito e Promotor de Justiça que teriam colhido depoimento de testemunha na fase investigatória.
>
> Prejuízo indemonstrado.
>
> Ausência de impedimento.
>
> Improvimento que se faz mister."

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro **Pedro Acioli** (Relator): A parte não acolhida do *habeas corpus* fulcrou-se na seguinte fundamentação – fl. 199:

"Quanto às alegações do ilustre causídico de impedimentos dos doutores Promotores de Justiça e Juiz de Direito, bem como, de cassar a denúncia, por haver este, antes da imposição da custódia presidido atos investigatórios fora do contraditório, típicos da autoridade policial, decorrendo de tais atos a nulidade do decreto de prisão preventiva, do despacho que recebeu a denúncia e demais atos decisórios ou ordenatórios da lavra do juiz que tornou-se impedido de exercer a jurisdição criminal, em razão dos fatos apontados.

Acerca do impedimento da doutora Promotora de Justiça, diz encontrar-se impedida de oferecer denúncia, por haver participado dos atos investigatórios antes referenciados, juntamente com o doutor Juiz de Direito.

Não se infere de tais alegações ofensa alguma à Constituição Federal e ao estatuto procedimental penal, a permitir a nulidade dos atos realizados, que se apresentam válidos e formalmente perfeitos.

As alegações enunciadas de impedimento não merecem maiores considerações, por falta de base legal.

A respeito, o ilustre Procurador de Justiça doutor *Roberto Nelson Brasil Pompeo*, assim se pronunciou:

'Despiciendas as alegações de impedimento do Promotor de Justiça e do Juiz de Direito, eis que não se enquadram nas previsões legais'."

Bem andou o Tribunal *a quo*.

As causas de suspeição e impedimento são exclusivamente aquelas elencadas *expressis verbis* nos artigos 252 e 254 do CPP. O rol é taxativo, não pode ser ampliado – *RT* 508/404.

Afora isso, as informações do Juiz monocrático explicitaram o porquê da atuação na fase investigatória e nenhum prejuízo restou comprovado pelo recorrente em virtude deste procedimento: *pas de nullité sans grief*.

Aliás, convém trazer a lume o bem pautado parecer ministerial, cujo teor merece ser conhecido – fls. 217/219:

"Inexiste prejuízo inocorrente nulidade.

Como já decidiu esta Turma:

'EMENTA: *Nulidade. Prejuízo.*

I – Não demonstrada a ocorrência de prejuízo para o réu, não há de se conceber a nulidade do processo, mais que, tal nulidade é relativa, sanável se não argüida oportunamente.

II – Ordem denegada'.

(HC nº 1.786-8-SP, in *DJU* de 21.06.1993, à p. 12.379).

Vê-se das informações que na época em que os fatos se deram, estava a Comarca desprovida de policiais, vez que fora decretada a prisão preventiva do Delegado e de todos os agentes policiais, envolvidos em crime de homicídio, sucedido no interior da cadeia pública local.

Considerando que o inquérito policial tem como destinatário o Ministério Público, depreende-se que ele pode nele interferir.

Se é levado ao Promotor de Justiça, por pessoas do povo, denúncia de práticas delituosas e sendo impossível suas inquirições pelas autoridades policiais, poderiam tais pessoas serem ouvidas por ele e nada obstaria que as ouvisse ainda o magistrado.

Mesmo que tal ocasionasse nulidade, vem a questão: qual o prejuízo que daí adviria ao paciente? Se não poderia ele nem seu procurador intervir no inquérito policial, onde não há o contraditório, a não participação nas inquirições indicadas teriam o mesmo efeito.

Não poderia o magistrado com base única e exclusivamente em tais depoimentos vir a pronunciar o réu. O contraditório será assegurado na ação penal.

Acerca de matéria análoga já decidiu o Pretório Excelso:

'EMENTA: *Habeas corpus. **Condenação penal proferida por juiz que determinou e presidiu sindicância destinada a apurar notitia criminis. Inexistência de incompatibilidade. Disciplina jurídica do impedimento e da suspeição no processo penal. Matéria de direito estrito. Inexistência de injusto constrangimento. Pedido***

indeferido. A sindicância administrativa instaurada perante Magistrado local, por determinação deste, com objetivo de subsidiar a ação persecutória do Ministério Público, não reveste de aptidão para ocasionar a incompatibilidade da autoridade judiciária no ulterior procedimento penal condenatório, que nela tenha fundamento. As causas geradoras de impedimento (CPP, art. 252) e de suspeição (CPP, art. 254) do magistrado são de direito estrito. As hipóteses que as caracterizam acham-se enumeradas, de modo exaustivo, na legislação processual penal. Trata-se de *numerus clausus*, que decorre da própria taxatividade do rol consubstanciado nas normas legais referidas. Não incide na situação de incompatibilidade jurídico-processual o Magistrado que, não obstante presidindo sindicância destinada a apurar *notitia criminis* a ele comunicada, não exterioriza qualquer pronunciamento, de fato ou de direito, sobre a questão objeto das diligências investigatórias.' (HC nº 687.849, STF, Primeira Turma, Relator Min. **Celso de Mello**, data da decisão 01.10.1991, *DJU* de 26.03.1993, p. 5.003).

Esta Turma, recentemente, entendeu:

'EMENTA: ***Processual Penal. Denúncia. Impedimento. Ministério Público.***

I – A atuação do Promotor, na fase investigatória – pré-processual – não o incompatibiliza para o exercício da correspondente ação penal.

II – Não causa nulidade o fato de o Promotor, para formação da *opinio delicti*, colher preliminarmente as provas necessárias para a ação penal.

III – Recurso improvido.'

(RHC nº 3.586-2-PA, *DJU* de 30.05.1994, p. 13.517, Rel. Min. **Pedro Acioli**)."

Face às considerações alinhadas, nego provimento ao recurso.

É como voto.

VOTO VISTA

O Sr. Ministro **Luiz Vicente Cernicchiaro:** Este recurso insiste em nulidade, ao fundamento de o membro do Ministério Público que ofertou a denúncia, antes, participara de investigação de fatos, promovendo diligências.

O Ministério Público é parte (sentido processual). Ademais, titular da ação penal relativamente ao crime de homicídio. Em sendo assim, lógico, tem legitimidade para escorar a denúncia que vai oferecer, notadamente, agora que se consagra a necessidade de a imputação ter apoio material. Não basta a simples descrição formal.

O v. acórdão, por isso, evidencia-se incensurável.

Este caso não se confunde com julgado desta Sexta Turma, impugnando a legalidade de o órgão do Ministério Público acompanhar o inquérito policial e, ao depois, depor, como testemunha, a respeito dos fatos coligidos.

O testemunho é meio de prova (a testemunha é instrumento). Como tal, deve ser isenta. Evidente, quem participou da coleta probatória, no inquérito policial, está impedido de depor em juízo. Está, sem dúvida, comprometido com a versão registrada. Testemunha, sabido, há de ser pessoa isenta.

Acompanho o eminente Relator.

Nego provimento ao recurso.

Recurso Especial nº 49.500-8-SP

(Registro nº 94.0016622-2)

Relator: *Ministro Assis Toledo.*
Recorrente: *Ministério Público do Estado de São Paulo.*
Recorrido: *Luiz Carlos Bonfatti (réu preso).*
Advogado: *Paulo Sérgio de Almeida.*

EMENTA: ***Penal – Pena – Fixação.***

No Direito brasileiro não se admite a redução da pena abaixo do mínimo legal, por incidência de mera circunstância atenuante.

Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento para restabelecer a sentença, nos termos do voto do Ministro-Relator. Votaram de acordo os Srs. Ministros **Edson Vidigal, Jesus Costa Lima, José**

Dantas e Cid Flaquer Scartezzini.

Brasília-DF, 29 de junho de 1994 (data do julgamento). Ministro **Jesus Costa Lima**, Presidente. Ministro **Assis Toledo**, Relator.

Publicado no *DJ* de 15.08.1994.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Assis Toledo**: *Luiz Carlos Bonfatti* foi denunciado e condenado à pena de três anos de reclusão pela prática do crime previsto no art. 12 da Lei nº 6.368/1976.

Irresignado, apelou o réu, tendo a Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo dado parcial provimento ao recurso para reduzir a pena imposta, fixando-a em dois anos e seis meses de reclusão. O acórdão ficou assim ementado:

> *"Confissão espontânea. Delito de autoria conhecida. Irrelevância. Atenuante obrigatória. Inteligência do art. 65, III, d, do Código Penal.*
>
> A confissão espontânea perante a autoridade policial ou judiciária, ainda que não se trate de delito de autoria ignorada ou atribuída a outrem, configura a atenuante obrigatória prevista no art. 65, III, **d**, do Código Penal.
>
> *Pena. Fixação da pena básica. Incidência das agravantes e atenuantes obrigatórias. Inexistência de restrição pelos limites máximo e mínimo da cominação em abstrato. Exegese do art. 68 do Código Penal.*
>
> As circunstâncias agravantes e atenuantes previstas nos arts. 61, 62 e 65, todos do Código Penal, sempre incidirão sobre as penas básicas, por força do disposto no art. 68 do mesmo diploma legal, ainda quando essas se encontrem já nos limites mínimo e máximo da cominação em abstrato." (fl. 128).

Contra essa decisão, interpõe o Ministério Público Estadual recurso especial pela letra **c** do permissivo constitucional, sustentando que o acórdão recorrido divergiu do entendimento adotado por outros tribunais no tocante à impossibilidade da redução da pena abaixo do mínimo legal, pela incidência de circunstância atenuante.

Contra-arrazoado (fls. 147/150), o recurso foi admitido (fls. 152/153).

Nesta instância, a douta Subprocuradoria Geral da República, em parecer da lavra do Dr. *Edinaldo de Holanda Borges*, opina pelo provimento, *in verbis*:

"Propugna o diligente Ministério Público de São Paulo pela reforma de acórdão do egrégio Tribunal daquele Estado, que deu provimento a recurso da defesa, em matéria criminal, para reduzir a pena do réu aquém do mínimo legal.

Sobreleva o entendimento dominante nesta egrégia Quinta Turma de que, *no Direito brasileiro não se admite a redução da pena abaixo do mínimo legal, por incidência de mera circunstância atenuante* (REsp nº 15.695, Relator Min. **Assis Toledo**)

Pelo exposto, o alvitre é no sentido do provimento do recurso, face à concorrência dos requisitos a tanto." (fl. 158).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro **Assis Toledo** (Relator): Demonstrada a divergência com acórdãos do Supremo Tribunal Federal e desta Corte, exibidos às fls. 140/142, conheço do recurso.

O juiz, na sentença, estabeleceu a pena mínima possível aplicada à espécie, que é de três anos de reclusão.

Assim, não poderia o acórdão reduzir esse cálculo por aplicação de uma circunstância atenuante, a confissão espontânea (art. 65, III, **d**, do Código Penal).

É o que decidiu esta Turma, no REsp nº 15.695-PR, citado como paradigma:

"***Penal. Pena. Fixação***. No Direito brasileiro, não se admite a redução da pena abaixo do mínimo legal, por incidência de mera circunstância atenuante. Recurso especial conhecido e provido." (REsp nº 15.695-PR. Quinta Turma do STJ, j. em 18.12.1991, Rel. Min. **Assis Toledo**, *DJU* de 17.02.1992, p. 1.381). (fl. 142).

Ante o exposto, conheço do recurso, pela letra **c**, e dou-lhe provimento para cassar o acórdão recorrido e restabelecer a sentença de 1º grau.

É o voto.

Recurso Especial nº 205.738-SP

(Registro nº 99.0018212-0)

Relator: *Ministro Felix Fischer.*
Recorrente: *Ministério Público do Estado de São Paulo.*
Recorrido: *Jeovane Gonçalves da Silva.*
Advogado: *Acir de Matos Gomes.*

EMENTA: ***Penal e Processual Penal – Recurso especial – Lei nº 9.099/1995 – Suspensão condicional do processo – Majorante (crime continuado).***

Para a verificação dos requisitos da suspensão condicional do processo (art. 89), a majorante do *crime continuado* deve ser computada. (*Precedentes do STJ e do STF*).

Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros **Gilson Dipp, Jorge Scartezzini** e **José Arnaldo da Fonseca**. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro **Edson Vidigal**.

Brasília-DF, 8 de junho de 2000 (data do julgamento). Ministro **José Arnaldo da Fonseca**, Presidente. Ministro **Felix Fischer**, Relator.

Publicado no *DJ* de 14.8.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Felix Fischer**: Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, com fulcro no art. 105, III, alínea **c**, da Constituição Federal, contra v. acórdão da egrégia Décima Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo.

Narram os autos que o Recorrido foi denunciado por infração ao art. 168, *caput* (duas vezes), na forma do artigo 71, *caput*, ambos do Código Penal. O *Parquet* estadual recusou-se a oferecer a proposta de suspensão condicional do processo, por entender não estarem presentes seus pressupostos. Todavia, o douto magistrado de 1º grau de jurisdição ofereceu o benefício da suspensão do processo nos termos do artigo 89 da Lei nº 9.099/1995, pelo prazo de dois anos, sendo aceita a proposta pelo Réu.

Irresignado, o Ministério Público interpôs recurso de apelação, alegando,

em preliminar, ilegitimidade do magistrado para a proposta de suspensão condicional do processo. No mérito, aduziu que o benefício não poderia ser concedido ao Réu, em razão do não cumprimento do requisito objetivo. O recurso foi desprovido pelo egrégio Tribunal *a quo*, de acordo com a seguinte ementa, *in verbis*:

> "a sentença que homologa transação suspendendo o processo nos moldes da Lei n. 9.099, pretendendo-se ser definitiva, é apelável.
>
> Deixando o Ministério Público de oferecer a proposta de transação, por eqüivaler a direito público subjetivo do infrator, nada impede que o juiz a proponha.
>
> Considerando que *lex specialis derogat lex generalis*, é inaplicável no âmbito dos Juizados Especiais Criminais o art. 28 do CPC.
>
> Condenação anterior fulminada por prescrição qüinqüenal não impede a aplicação dos benefícios previstos pela Lei n. 9.099/1995." (fl. 133)

Inconformado, o Ministério Público interpôs embargos de declaração, alegando ocorrência de omissão no v. julgado. O egrégio Tribunal *a quo* acolheu os embargos, com o seguinte entendimento:

> "Para suplantar a omissão, esclareça-se que é entendimento desta Turma julgadora que a forma continuada, malgrado ultrapasse a pena de um ano, não impede a concessão da suspensão." (fl. 152)

Daí o presente recurso especial, em que o Ministério Público alega que, como o Recorrido praticou, em tese, dois crimes de apropriação indébita, na forma continuada, por força no disposto no artigo 71, *caput*, do Código Penal, a pena mínima cominada abstratamente sofre uma majoração de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), ultrapassando, por conseguinte, o limite mínimo de um ano, previsto na Lei n. 9.099/1995, não sendo possível a proposta de suspensão condicional do processo.

Contra-razões às fls. 179/185.

O recurso foi admitido na Instância *a quo* e enviado a esta Corte.

A Subprocuradoria Geral da República ofereceu parecer pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro **Felix Fischer** (Relator): Alega o Recorrente que, como o Recorrido praticou, em tese, dois crimes de apropriação indébita, na forma continuada, por força no disposto no artigo 71, *caput*, do Código Penal, a pena mínima cominada abstratamente sofre uma majoração de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), ultrapassando, por conseguinte, o limite mínimo de um ano, previsto na Lei n. 9.099/1995, não sendo possível a proposta de suspensão condicional do processo.

Para que possa ocorrer a suspensão condicional do processo é básico que estejam preenchidos os requisitos do *art. 89 da Lei n. 9.099/1995*. E, em assim sendo, embora exista polêmica no tema, acerca do nível da pena mínima, entendo que as *majorantes* (circunstâncias legais de aumento da pena) devam ser computadas. ***Primeiro***, não há que se confundir ou mesclar a hipótese aventada com aquela prevista no *art. 119 do Código Penal. Nesta*, por óbvio, a *prescrição* se mede por delito, sob pena de tornar o concurso material, *ad absurdum*, mais benéfico que o crime continuado; *naquela, da suspensão*, o raciocínio não se aplica dada a diversidade dos fundamentos, ou seja, o benefício legal já existe pela majorante (crime continuado), evitando o concurso material, e, portanto, o desdobramento carece de sentido. ***Segundo***, se a pena mínima é superior a um ano, então o caso não se ajusta ao disposto no *art. 89*. ***Terceiro***, *ad argumentandum*, se os delitos *considerados* como em continuação delitiva estivessem sendo apurados em comarcas ou varas distintas, o oferecimento da suspensão encontraria óbice no *caput* do *art. 89* (cf. *STF*, HC nº 73.793-5, Rel. Ministro **Maurício Corrêa**, *DJU* de 20.9.1996 , p. 34.536; *STJ*, RHC nº 5.571-RS, Rel. Ministro **Edson Vidigal**, *DJU* de 25.11.1996, p. 46.212). Pelo menos, este é o texto legal. Além do mais, não poderia o efeito da unidade de processo ditar a possibilidade da suspensão. ***Quarta***, a carga de reprovação – ainda que, repetindo, provisória – em relação a um injusto não pode ser nivelada com a de dois ou mais. Seria, axiologicamente, igualar o que – em qualquer grau de conhecimento – é desigual. É o mesmo que asseverar que "tanto faz" um como vinte crimes. O escape, por outro lado, para as condições subjetivas, *data venia*, é propiciar uma incerteza denotativa que pode acarretar situação totalmente alheia ao controle judicial.

A questão jurídica tem precedentes nesta Corte, conforme se vê:

> ***"Penal e Processual Penal. Recurso ordinário em habeas corpus. Lei n. 9.099/1995. Suspensão condicional do processo. Majorante (crime continuado).***
>
> I – Para verificação dos requisitos da suspensão condicional do processo (art. 89), a majorante do crime continuado deve ser computada.
>
> II – A eventual divergência entre o agente do *Parquet* e o órgão julgador, acerca do oferecimento da suspensão se resolve, analogicamente, com o mecanismo do art. 28 do CPP.

Precedentes.

Recurso desprovido." (RHC nº 7.779-SP, Quinta Turma, *DJU* de 13.10.1998).

"Processual Penal. Recurso especial. Homicídio culposo. Denúncia. Suspensão do processo. Lei n. 9.099/1995 (art. 89). Pena mínima cominada. Concurso de crimes.

– A expressão pena mínima cominada não superior a um ano, requisito necessário para a concessão do *sursis* processual, deve ser compreendida de modo restrito, sendo inadmissível o favor legal na hipótese de concurso de delitos, em que o somatório das penas mínimas ultrapassa ao citado limite.

– Recurso especial conhecido e provido." (REsp n. 185.798-SP, Sexta Turma, Rel. Min. **Vicente Leal**, *DJU* de 15.5.2000).

"RHC. Penal e Processual Penal. Prisão preventiva. Nulidade por carência de fundamentação. Alegação prejudicada. Lei n. 9.099/1995. Art. 89. Suspensão condicional do processo. Concurso de crimes. Soma das penas mínimas superior a um ano. Impossibilidade de aplicação do benefício legal.

Superada a alegação de nulidade do decreto de prisão preventiva ante o encerramento da instrução criminal, sendo certo que, em caso de sentença condenatória, o magistrado forçosamente reavaliará a conveniência da manutenção da prisão, permitindo, ou não, que os réus apelem em liberdade.

'Afasta-se da esfera de aplicação da suspensão condicional do processo os crimes com pena mínima não superior a um ano, mas cometidos em concurso formal, material ou em continuidade delitiva, se a soma das penas mínimas cominadas a cada delito ultrapassar aquele *quantum*.' (EREsp nº 164.847-SP, Rel. Min. **José Arnaldo**, *DJ* de 29.11.1999).

Recurso conhecido, mas desprovido." (RHC nº 9.090-RJ, Quinta Turma, Rel. Min. **José Arnaldo da Fonseca**, *DJU* de 10.4.2000).

"Processual Penal. Crimes funcionais. Notificação prévia (CPP, art. 514). Ausência. Nulidade relativa. Suspensão do processo (Lei n. 9.099/1995, art. 89). Concurso

de crimes. Impossibilidade. Dosimetria da pena. Fundamentação. Habeas corpus. Recurso.

1. A falta da notificação para que o funcionário público apresente defesa preliminar (CPP, art. 514) é causa de nulidade relativa, sendo imprescindível para a sua decretação a alegação em tempo oportuno e a demonstração do prejuízo sofrido.

2. A suspensão do processo, prevista na Lei n. 9.099/1995, art. 89, não tem aplicação em relação aos crimes cometidos em concurso formal ou material e aos chamados crimes continuados, se a soma das penas mínimas cominadas a cada crime, computado o aumento respectivo, ultrapassar o limite de um ano.

3. Não se altera, em *habeas corpus*, reprimenda fixada em plena observância das circunstâncias judiciais do CP, art. 59.

4. Recurso a que se nega provimento." (RHC nº 8.770-SP, Quinta Turma, Rel. Min. **Edson Vidigal**, *DJU* de 3.11.1999).

"Recurso ordinário em habeas corpus. Nulidade da citação. Retirada da proposta de conciliação para suspensão do processo anterior ao ato. Inocorrência de nulidade. Concurso formal de crimes. Consideração do aumento mínimo. Inaplicabilidade da Lei nº 9.099/1995. Recurso desprovido.

I – Não se reconhece alegação de nulidade do ato citatório se a retificação da denúncia – retirando proposta de suspensão do processo, além de não ter modificado o conteúdo ou a narrativa do fato, mas apenas o aspecto formal do feito, ainda ocorreu anteriormente à citação do acusado para interrogatório.

II – A suspensão condicional do processo, prevista no art. 89 da Lei n. 9.099/1995, é inaplicável aos crimes cometidos em concurso material, formal, ou em continuidade, se a soma das penas mínimas cominadas a cada crime, a consideração do aumento mínimo de 1/6, ou o cômputo da majorante do crime continuado, conforme o caso, ultrapassar o *quantum* de 1 ano. Precedentes.

III – Recurso desprovido." (RHC nº 8.420-RS, Quinta Turma, Rel. Min. **Gilson Dipp**, *DJU* de 21.6.1999).

E, o *Pretório Excelso* apresenta este entendimento, como se vê no *RHC nº 80.143-SP*, Rel. Min. **Sydney Sanches**, j. em 13.6.2000 e do *HC nº 77.242-SP* (j. em 18.3.1999), ambos indicados no Informativo – STF, 193.

Voto pelo provimento do recurso.

Recurso Especial nº 85.794-SP
(Registro nº 96.0001873-1)

Relator: *Ministro Barros Monteiro.*
Recorrente: *Diana Helena de Cássia Guedes Mármora.*
Advogada: *Diana Helena de Cássia Guedes Mármora* (curadora).
Recorrido: *Ministério Público do Estado de São Paulo.*

EMENTA: ***Prescrição – Ação declaratória de nulidade de casamento – Bigamia.***

– A ação proposta com a finalidade de declarar-se a nulidade absoluta do casamento, por bigamia, é imprescritível.

– Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado. Votaram com o Relator os Srs. Ministros **Cesar Asfor Rocha, Ruy Rosado de Aguiar, Aldir Passarinho Junior** e **Salvio de Figueiredo Teixeira.**

Brasília-DF, 05 de outubro de 1999 (data do julgamento). Ministro **Ruy Rosado de Aguiar**, Presidente. Ministro **Barros Monteiro**, relator.

Publicado no *DJ* de 17.12.1999.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Barros Monteiro**: O representante do Ministério Público da Comarca de Mogi das Cruzes-SP ajuizou ação ordinária de nulidade de casamento contra *Maria Aparecida Santos Franco*, alegando que, em junho de 1947, *Antenor Franco* (hoje falecido) se casou com *Terezinha de Freitas* e, em junho de 1965, contraiu novo matrimônio com a ré, sem o primeiro houvesse sido dissolvido. Pleiteou por conseguinte, a declaração de invalidade do casamento de *Antenor Franco* e *Maria Aparecida Franco.*

Citada pessoalmente, a ré deixou de apresentar a sua resposta, razão por que foi nomeada a Dra. *Diana Helena de Cássia Guedes Mármora* para a defesa do vínculo. O MM. Juiz de Direito da 3ª Vara Cível de Mogi das Cruzes, ao acatar a preliminar de ilegitimidade de parte ativa do Ministério Público, aventada na contestação da defensora, julgou extinto o processo, sem conhecimento do méri-

to, na forma do art. 267, VI, do CPC.

A Primeira Câmara Civil de Férias do Tribunal de Justiça de São Paulo, por unanimidade, deu provimento ao recurso do *Parquet*, para afastar a preliminar de ilegitimidade de parte ativa e determinar a remessa dos autos ao juízo de origem para apreciação das demais questões ainda não decididas.

De retorno ao juízo de 1° grau, a ação foi julgada procedente para desconstituir o casamento de *Antenor Franco* com *Maria Aparecida dos Santos Franco* e acolher todos os itens constantes do pedido inicial.

A curadora nomeada nos autos aforou embargos de declaração contra a sentença de fls. 144/148, apontando omissão no tocante à prescrição da ação e à putatividade do casamento. Os embargos foram parcialmente acolhidos para afastar a argüição de prescrição.

A Sexta Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, à unanimidade, deu parcial provimento ao apelo da curadora, em acórdão que registra a seguinte ementa:

> *"Nulidade de Casamento. Inexistência de prescrição decorrente de ato nulo. Putatividade, no entanto, reconhecida quanto à mulher inocente e aos filhos do casal.*
>
> Se nulo o casamento, por comprovada bigamia, não há como se falar em prescrição da ação para anulá-lo. Por outro lado, impõe-se o reconhecimento da putatividade desse casamento, relativamente à mulher inocente e aos filhos do casal." (fl. 184).

Inconformada, a curadora do vínculo manifestou o presente recurso especial com fulcro na alínea a do permissivo constitucional, apontando negativa de vigência ao art. 177 do Código Civil. Sustentou, em síntese, que as nulidades insanáveis e imprescritíveis dizem respeito apenas aos interessados e não ao Ministério Público, sobretudo quando, como no caso dos autos, um dos cônjuges já faleceu.

Manifestou-se o Ministério Público Estadual no sentido de negar-se seguimento do REsp. Admitido o recurso na origem , subiram os autos a esta Corte.

O Subprocurador-Geral da República opinou pelo desprovimento do apelo extremo.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro **Barros Monteiro** (Relator): Controverte-se na doutrina acerca da prescritibilidade da ação proposta com finalidade de declarar-se a nulidade absoluta de casamento. No sentido de que as ações de nulidade matrimoniais

são imprescritíveis manifestam-se J. M. de Carvalho Santos (*Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. 4, p. 164, ed. 1934); Orlando Gomes (*Direito de Família*, p. 113, 9ª ed.) e Pontes de Miranda (*Tratado de Direito Privado*, vol. 8, p. 4, 2ª ed.). Em sentido oposto encontra-se o escólio de Luiz F. Carpenter (*Da Prescrição*, vol. II, pp. 536/537, 3ª ed.).

A respeito da alegação de nulidade de ato jurídico, esta colenda Turma, apreciando uma hipótese relativa à cessão de direitos hereditários, considerou prescritível a ação, no prazo de 20 anos (REsp nº 10.138-MG, de que fui relator).

O sistema de nulidades do casamento, porém, tal como observa Orlando Gomes, compreende regras que o tornam uma especialização da teoria geral da invalidade dos negócios jurídicos (ob. citada, p. 112). É tido como um regime excepcional, cercado pela necessidade de manter a estabilidade do casamento no interesse do cônjuge e da prole, assim como pela consideração de que o contrato pode ser contraído em condições reprovadas pelo direito, ou seja, realizado com infração a regra de ordem púbica.

Em face dessa situação peculiar pertinente ao matrimônio é que venho perfilhar a orientação traçada por Antônio Luiz da Câmara Leal, em sua clássica obra *Da Prescrição e da Decadência*, em consonância com a qual a ação de nulidade matrimonial é, dentre outras ações de estado, imprescritível. São palavras do insigne mestre:

> "Dois fenômenos distintos se observam em relação à origem das ações. Umas nascem depois do direito que protegem e têm por origem um fato que vem modificar esse direito, reduzindo-o a uma situação jurídica diversa da que tinha anteriormente ao fato. Essa nova situação comunica ao direito um estado de incerteza. A ação tem por fim fazer cessar essa incerteza, estabelecendo o direito em sua situação anterior ao fato que o modificou.
>
> Se o titular ao direito deixa de exercitar a ação e a nova situação do direito permanece durante um certo lapso de tempo, a lei, que tem um interesse social na estabilidade do direito, retira ao titular o direito de ação, ao fim de certo tempo, decretando a sua prescrição, e a nova situação se estabiliza.
>
> A prescrição, portanto, é o reconhecimento da modificação sofrida pelo direito do titular, em virtude de sua inércia durante um certo período de tempo. Logo, são prescritíveis todas as ações que têm por fim defender o direito do titular contra as modificações por ele sofridas em virtude de um fato posterior ao seu nascimento, atribuído a um ato ou omissão por parte de outrem. E esse fato, de que nasce a ação do titular, é o ponto de partida

da inércia deste, do qual começa a correr a prescrição.

Daí a prescritibilidade de todas as ações patrimoniais, quer reais quer pessoais, porque todas elas nascem de um fato, posterior ao direito, e cujo efeito é produzir uma modificação na situação anterior desse direito.

Outras ações, porém, nascem simultaneamente com o direito que protegem originando-se do mesmo fato. Elas não têm por fim defender o direito contra uma modificação posterior, oriunda de um novo fato, mas garantir a sua eficácia, em qualquer momento, pelo seu reconhecimento judicial. A ação e o direito como que se confundem e identificam. E porque a inércia do direito não o extingue, e a inércia da ação, nesse caso, outra coisa não é senão a mesma inércia do direito, essa inércia não pode determinar a extinção da ação. Daí a imprescritibilidade dessas ações.

O estado das pessoas, sendo uma situação permanente, decorrente da lei, não pode sofrer modificação por ato ou omissão de terceiros, e, por isso, as ações que o protegem têm por fim, apenas, o seu reconhecimento para segurança de seus efeitos, donde, em regra, a sua imprescritibilidade.

Mas, se a ação de estado nascer de um fato posterior, que tenda a modificar o direito dele decorrente, e a ação tiver por fim impedir essa modificação do direito oriundo do estado do titular, a sua inércia poderá estabilizar essa modificação, determinando a prescrição da ação.

O princípio da imprescritibilidade das ações oriundas do estado das pessoas não é, pois, verdadeiro. Há ações de estado imprescritíveis, assim como há as prescritíveis.

São imprescritíveis:

a) a ação de nulidade matrimonial;
b) a ação de filiação;
c) a ação contestatória da maternidade;
d) a ação investigatória da paternidade;
e) a ação investigatória da maternidade;
f) a ação dos alimentos;
g) a ação do desquite.

Em todas essas ações, o direito de ação e o direito de estado se confundem, não havendo uma situação oposta

a esse direito que a ação tenha por fim remover, mas existe uma situação de fato, concomitante com o direito, que a ação procura fazer declarar judicialmente.

Na nulidade matrimonial, o fato que torna nulo o casamento é concomitante a este, de modo que o direito de anulá-lo nasce com o próprio casamento e a ação tem por fim fazer, apenas, declarar essa nulidade. Ela não se dirige, pois, contra um fato posterior dos cônjuges, decorrente do casamento, e que viesse modificar a situação jurídica desse direito. Não havendo situação nova a ser removida pela ação, a inércia do titular não extingue o seu direito, nem a ação correspondente, porque não há um direito incerto a ser estabilizado. Há, apenas, uma situação de fato, concomitante ao direito, que a ação procura fazer reconhecer em juízo. Essa situação nasceu com o casamento e se conserva indefinidamente, não podendo ser modificada por fato posterior, e, por isso, a ação perdura, também indefinidamente, para em qualquer momento ser pedida a sua declaração pelo juiz." (pp. 38/40, 3ª ed., atualizada por JOSÉ DE AGUIAR DIAS)

Imprescritível, assim, a ação de nulidade matrimonial, no caso dos autos, em virtude de bigamia, tenho que nenhuma afronta à lei federal indigitada no apelo especial.

Aliás, a rejeição da referida prejudicial invocada pela Dra. Curadora do Vínculo em nada prejudica a ré e seus filhos, declarada que foi a putatividade do casamento de *Maria Aparecida dos Santos Franco* para todos os fins de direito (fls. 184/186).

Do quanto foi exposto, não conheço do recurso.

É como voto.

Recurso Especial n. 115.923-SP

(Registro n. 96.0077483-8)

Relator: *Ministro Eduardo Ribeiro.*
Recorrente: *Ministério Público do Estado de São Paulo.*
Recorridos: *Mihaly Rozsavolgyi e outro.*
Advogados: *Paola Otero Russo e outros.*

EMENTA: ***Ministério Público – Ação civil – Reparação de dano decorrente de crime.***

O artigo 68 do Código de Processo Penal não foi derrogado pelas Leis n. 4.215/1963 e 8.906/1994 (Estatuto da Ordem dos

Advogados do Brasil). Razão de decidir de natureza infraconstitucional que se afasta, restando o fundamento constitucional, objeto de recurso extraordinário.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento. Participaram do julgamento os Srs. Ministros **Waldemar Zveiter, Ari Pargendler** e **Carlos Alberto Menezes Direito.**

Brasília-DF, 6 de abril de 2000 (data do julgamento). Ministro **Carlos Alberto Menezes Direito**, Presidente. Ministro **Eduardo Ribeiro**, Relator.

Publicado no *DJ* de 28.8.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Eduardo Ribeiro**: *Mihaly Rozsavolgyi e Álvaro Lara Campos* interpuseram agravo de instrumento contra a decisão que entendeu ser o *Ministério Público* parte legítima para propor, nos termos do artigo 68 do Código de Processo Penal, ação civil *ex delicto*, quando pobre o titular do direito à reparação do dano.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por maioria, deu provimento ao recurso, extinguindo o processo sem julgamento do mérito. Esses os principais fundamentos do acórdão:

> "Entendeu-se que, pela interpretação da regra do inciso IX do artigo 129 da Constituição Federal, em conjunto com o artigo 127, refoge à finalidade do *Parquet* a defesa de interesses individuais disponíveis, como é o caso daqueles, objeto daquela e desta ação.
>
> (...)
>
> Assim, o artigo 68 do Código de Processo Penal não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, de forma que perdeu o *Ministério Público* sua legitimidade ativa, como substituto processual de pessoas pobres, para o exercício de ação civil de indenização nos casos em que está presente ato criminoso.
>
> Da mesma forma, à luz do texto constitucional, deixou o Ministério Público de ter atribuições como a curadoria de ausentes.
>
> Aos interessados em obter a reparação do dano, pela

nova Constituição Federal, cabe que lhes seja dado defensor público, comprovada a condição de hipossuficientes.

(...)

A isto se acresce o disposto na Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994, Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, particularmente no art. 1°, I (parte não suspensa pelo STF na ADIn n. 1.127-8), arts. 2°, § 2°, 3° e 4°."

Apresentou o Ministério Público de São Paulo recursos extraordinário e especial. Nesse último, sustentou não ter o artigo 1°, inciso I, da Lei n. 8.906 revogado o artigo 68 do Código de Processo Penal. Ressaltou que não houve alteração substancial do artigo 71, § 3°, do antigo estatuto da advocacia, quando a vigência da norma de processo penal não era questionada. Alegou, também, estar o artigo 68 do Código de Processo Penal amparado pelo artigo 129, inciso IX, da Constituição Federal. Afirmou, ainda, que os demais artigos da Lei n. 8.906/1994, mencionados pelo acórdão, "não têm energia para tisnar o disposto no artigo 68 do CPP, pois para tanto deveriam ter poder para revogar o disposto no artigo 129, inciso IX, da CF, (...), o que obviamente não ocorre". Concluiu que o dispositivo constitucional citado, ao autorizar o Ministério Público a exercer outras funções que lhe forem conferidas, recepcionou o artigo 68 do Código de Processo Penal. Apontou, por fim, dissídio com acórdão da Quarta Turma.

Admitido o extraordinário e, em parte, o especial, vieram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal opinou pelo conhecimento e provimento do recurso especial.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro **Eduardo Ribeiro** (Relator): Embora invocando a Constituição e em suas disposições tendo-se fundado mais amplamente, o acórdão também indicou o contido da Lei n. 8.906/1994 como traduzindo empeço a que pudesse atuar o Ministério Público na defesa dos interesses do titular de direito à reparação do dano decorrente de crime. Há, pois, duplicidade de fundamentos, cabendo a esse Tribunal, por meio do recurso em exame, decidir sobre a motivação infraconstitucional, tema sobre o qual ainda não se pacificou a jurisprudência.

Vale notar que, a aceitar-se tenha havido derrogação, no plano da legislação ordinária, do artigo 68 do Código de Processo Penal, essa ter-se-ia verificado desde a entrada em vigor da Lei n. 4.215/1963, antigo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil.

Dispunha aquela lei, em seu artigo 67, que o exercício das funções de

advogado, estagiário e provisionado somente se permitiria ao inscrito nos quadros da OAB. E o artigo 71 estabelecia compreender a advocacia a representação em qualquer juízo ou tribunal, além de outras atividades.

Questiona-se, e o ponto é relevante, se a atuação do Ministério Público, com base no citado artigo 68, far-se-ia na qualidade de representante da parte ou como substituto processual.

A defesa daqueles direitos foi inserida entre as atividades institucionais do Ministério Público que dela se desincumbe agindo em nome próprio, ao que se me afigura. Argumenta-se, para sustentar que se trata de representação, com o fato de fazer-se necessário requerimento da parte. A circunstância não me parece decisiva. Evidentemente, tratando-se de direito disponível, não se poderia provocar a jurisdição sem que precedesse manifestação do respectivo titular. Tenho como certo que se trata apenas de condição, resultante da própria natureza do direito, que não afeta as características da atuação daquele que irá ajuizar a ação. Vale notar que algo análogo sucede nas ações penais públicas condicionadas à representação. Em ambos os casos o mesmo se exige substancialmente, ou seja, que haja exteriorização da vontade de que se proponha a ação. Ninguém se abalança a sustentar, entretanto, que o Ministério Público, na ação penal condicionada, atue como representante e não em nome próprio.

Interessante lembrar, ainda, que, em tema de acidentes de trabalho, havia norma, prevendo oficiasse o Ministério Público, em defesa do acidentado, que assim atuou pelo menos até a entrada em vigor da Lei n. 6.367/1976.

A Lei n. 8.906/1994, em seu artigo 1°, I, estabeleceu, de modo genérico, constituir atividade privativa de advocacia "a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais." A toda evidência a disposição há de entender-se em termos. A ser de outro modo, a atividade do Ministério Público haveria de cingir-se a pareceres, pois não poderia mais postular. Está- se a ver que a norma a isso não visa, nem o poderia, tendo em vista a Constituição.

Observo, por fim, que a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público dos Estados, em seu artigo 25, ao tratar das funções desses, faz referência de caráter geral àquelas previstas " em outras leis".

Considero que a disposição especial, constante do artigo 68 do CPP, não foi atingida pelos dois Estatutos da OAB que lhe sucederam no tempo. Se não foi recepcionada pela Constituição, é questão a ser enfrentada no extraordinário. Disso se cuidou no julgamento do REsp n. 57.092, mas o tema, em verdade, é próprio daquele outro recurso, interposto e admitido.

Conheço do especial e dou-lhe provimento para afastar o fundamento infraconstitucional. O julgamento final da questão, entretanto, caberá ao Supremo Tribunal Federal, pois o acórdão, como dito, apresenta também razão de decidir constitucional apta, por si só, a mantê-lo e que só poderá ser eventualmente revista pela via do extraordinário.

Recurso Especial n. 199.478-MG

(Registro n. 98.0097989-1)

Relator: *Ministro Humberto Gomes de Barros.*
Recorrente: *Ministério Público do Estado de Minas Gerais.*
Recorrida: *Wanilza das Dores Antunes Specht.*
Advogado: *Karl Siegfried Valentin Specht.*

EMENTA: ***Processual – Ação civil pública – Improbidade administrativa (Lei n. 8.429/1992) – Arresto de bens – Medida cautelar – Adoção nos autos do processo principal - Lei n. 7.347/1985, art. 12.***

1. O Ministério Público tem legitimidade para o exercício de ação civil pública (Lei n. 7.347/1985), visando reparação de danos ao Erário causados por atos de improbidade administrativa tipificados na Lei n. 8.429/1992.

2. A teor da Lei n. 7.347/1985 (art. 12), o arresto de bens pertencentes a pessoas acusadas de improbidade pode ser ordenado nos autos do processo principal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros **Milton Luiz Pereira** e **José Delgado**. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros **Francisco Falcão** e **Garcia Vieira**.

Brasília-DF, 21 de março de 2000 (data do julgamento). Ministro **José Delgado**, Presidente. Ministro **Humberto Gomes de Barros**, Relator.

Publicado no *DJ* de 8.5.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Humberto Gomes de Barros**: O v. acórdão recorrido resolveu agravo de instrumento contra liminar que, em ação civil pública, decretou a indisponibilidade de bens da Agravante.

O agravo foi provido, porque:

a) a ação civil pública disciplinada pela Lei n. 7.347/1985 é imprestável para a defesa do patrimônio público;

b) a Lei n. 8.429/1992 não admite que, no processo principal, se adote providência cautelar.

Em recurso especial, o Ministério Público afirma que o acórdão recorrido negou vigência ao art. 12 da Lei n. 7.347/1985, ao tempo em que maltratou o art. 16 da Lei n. 8.429/1992.

Esta a questão.

VOTO

O Sr. Ministro **Humberto Gomes de Barros** (Relator): O Ministério Público pretende, valendo-se de ação civil pública, obter sanções cominadas na Lei n. 8.429/1992. Pediu, com fundamento no art. 12 desse último diploma, o arresto de bens pertencentes a um dos acusados.

O acórdão recorrido indeferiu a pretensão, afirmando que, na ação contra improbidade, o pedido de arresto processa-se segundo os ditames do Código de Processo Civil. Vale dizer: em autos apartados.

O art. 16 da Lei n. 8.429/1992, em seu § 1°, afirma, literalmente:

> "O pedido de seqüestro será processado de acordo com o disposto nos arts. 822 e 825 do Código de Processo Civil."

Os artigos 822 e 825 cuidam, respectivamente, do elenco de hipóteses em que se admite seqüestro e da entrega dos bens ao depositário. Nada esclarecem, quanto ao tema em discussão.

O Ministério Público sustenta a tese de que as sanções contra improbidade administrativa devem ser obtidas através da ação civil pública, disciplinada na Lei n. 7.347/1985. Tal proposição è correta. Nossa jurisprudência assentou-se no entendimento de que:

> *"Ação civil pública. Legitimidade do Ministério Público. Ressarcimento de danos ao Erário.*
>
> É a ação civil pública via adequada para pleitear o ressarcimento de danos ao Erário municipal, e tem o Mistério Público legitimidade para propô-la." (REsp n. 213.714/**Garcia**).

> *"Ação civil pública. Atos de improbidade administrativa. Defesa do patrimônio público. Legitimação ativa do Ministério Público. Constituição Federal, arts. 127 e 129, III. Lei n. 7.347/1985 (arts. 1°, IV; 3°, II; e 13). Lei n. 8.429/1992 (art. 17). Lei n. 8.625/1993 (art. 25 e 26).*
>
> 1. Dano ao Erário municipal afeta o interesse coletivo, legitimando o Ministério Público para promover o

inquérito civil e ação civil pública objetivando a defesa do patrimônio público. A Constituição Federal (art. 129, III) ampliou a legitimação ativa do Ministério Público para propor ação civil pública na defesa dos interesse coletivos."

(REsp n. 154.128/**Demócrito**).

Se a ação civil pública é o instrumento apropriado, não há como negar a possibilidade de adotarem-se medidas cautelares, nos próprios autos do processo principal. O art. 12 da Lei n. 7.347/1985 é muito claro neste sentido.

Dou provimento ao recurso.

Recurso Especial n. 212.961-MG

(Registro n. 99.0039817-3)

Relator: *Ministro Humberto Gomes de Barros.*
Recorrente: *Ministério Público do Estado de Minas Gerais.*
Recorrido: *Diretor da Escola Municipal São Luis.*

EMENTA: ***Mandado de segurança – Ensino público – Criança – Direito à educação- Ministério Público – Competência – Substituição processual – Lei n. 8.069/1990, art. 201, IX.***

– A teor do Código da Criança e do Adolescente, o Ministério Público não apenas está legitimado, mas "é competente". Vale dizer: tem o encargo legal de defender, em substituição processual, os interesses sociais da criança.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram com o Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministro **Milton Luiz Pereira**, **José Delgado** e **Francisco Falcão**. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro **Garcia Vieira**.

Brasília-DF, 15 de agosto de 2000 (data do julgamento). Ministro **José Delgado**, Presidente. Ministro **Humberto Gomes de Barros**, Relator.

Publicado no *DJ* de 18.9.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Humberto Gomes de Barros**: O Ministério Público estadual impetrou mandado de segurança contra ato que indeferiu matrícula de menor,

em escola pública. A segurança foi deferida em 1° grau. No entanto, o v. acórdão recorrido cassou-a, extinguindo o processo, sem julgamento do mérito. Tomou como fundamento a assertiva de que o Ministério Público carece de legitimidade para atuar como substituto processual de menor. Para chegar a tanto, afastou a incidência do dispositivo contido no art. 201 da Lei n. 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), especialmente de seu inciso IX.

O acórdão inspirou-se no dispositivo do REsp n. 102.029, em que a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça afirmou a impossibilidade de substituição processual de menor sob pátrio poder.

O recurso especial traz-nos reclamação de ofensa ao art. 201, IX, da Lei n. 8.069/1990. Oferece, como padrão de divergência, acórdão da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça.

Este, o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro **Humberto Gomes de Barros** (Relator): Conheço do recurso pela alínea a. O dispositivo supostamente ofendido foi eloqüentemente debatido na formação do acórdão recorrido.

No mérito, o art. 201, IX, da Lei n. 8.069/1990 afirma, textualmente:

> "Compete ao Ministério Público:
> IX – impetrar mandado de segurança, de injunção e *habeas corpus*, em qualquer juízo ou Tribunal, na defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis afetos á criança e ao adolescente".

Aqui, o Ministério Público movimentou-se para defender o direito de uma criança, moradora em zona rural, ter acesso ao ensino público.

A teor do art. 201 que acabo de transcrever, o Mistério Público não apenas está legitimado, mas "é competente". Vale dizer: tem o encargo legal de defender, em substituição processual, os interesses sociais da criança.

Como assinala o Ministério Público, nas substanciosas razões de seu apelo, é a própria Constituição Federal que insere a educação no rol dos direitos sociais. Em verdade, educação é o primeiro dos direitos sociais, não apenas na enunciação constitucional, como na ordem natural das coisas. Com efeito, onde há educação, existe saúde, saúde gera trabalho, trabalho pede lazer e assim por diante. Em recente pronunciamento, notável economista não vacilou em dizer: houvesse apenas um real em caixa, eu não vacilaria em destiná-lo à educação".

Ora, se há uma criança a quem se nega o direito à educação, não vejo como negar ao Ministério Público o direito-dever de substituí-la processualmente, pleiteando em nome dela a necessária prestação jurisdicional.

Dou provimento ao recurso.

Recurso Especial n. 226.863- GO
(Registro n. 99.0072899-8)

Relator: *Ministro Humberto Gomes de Barros.*
Recorrente: *Gildomar Gonçalves Ribeiro.*
Advogado: *Irajá Pimentel.*
Recorrido: *Ministério Público do Estado de Goiás.*
Sustentação oral: *Irajá Pimentel (pelo recorrente).*

EMENTA: ***Ação civil pública – Defesa do patrimônio público – Legitimidade do Ministério Público – Indisponibilidade de bens.***

I – "O Ministério Público possui legitimidade ativa para propor ação civil pública visando ao ressarcimento de danos causados ao patrimônio público por prefeito municipal." (REsp n. 159.231/**Humberto**).

II – A indisponibilidade patrimonial, na ação civil pública para ressarcimento de dano ao Erário, deve atingir bens na medida em que bastam à garantia da indenização.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso, vencido parcialmente o Sr. Ministro **Milton Luiz Pereira**. Votaram integralmente de acordo com o Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros **José Delgado**, **Francisco Falcão** e **Garcia Vieira**.

Brasília- DF, 2 de março de 2000 (data do julgamento). Ministro **José Delgado**, Presidente. Ministro **Humberto Gomes de Barros**, Relator.

Publicado no *DJ* de 04.09.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Humberto Gomes de Barros**: O recorrente, ex-prefeito municipal, teve seus bens declarados indisponíveis, em processo de ação civil pública. Houve agravo contra essa declaração, afirmando, em suma :

1. impropriedade da ação civil pública, para reparar danos resultantes de suposta improbidade administrativa;

2. impossibilidade de providência liminar no processo principal da ação de improbidade;

3. inexistência de condições de ação;

4. o perigo de lesão irreversível ameaça o agravante, que pode ser condenado à miséria – não o Município;

5. a indisponibilidade, atingindo todo o patrimônio do agravante, excede os limites do pedido;

6. a comunicação da indisponibilidade aos cartórios de registro público também foi adotada *extra petita*;

7. agrediu-se o devido processo legal, garantido pela art. 5°, LIV e LV, da Constituição Federal.

O egrégio Tribunal *a quo* deu provimento parcial ao agravo, porque :

1. não existe a alegada impropriedade da ação civil pública, eis que a Lei n. 7.347/1985 foi acolhida pela Constituição Federal de 1988;

2. "a ação civil pública mostra-se adequada para busca de ressarcimento aos cofres públicos, de prejuízos decorrentes de atos lesivos ao patrimônio público (CF, art. 129, III), sem prejuízo da iniciativa de terceiros";

3. a teor da Constituição Federal (art. 129, III), o Ministério Público tem legitimidade para exercer ação civil pública em defesa do patrimônio público;

4. "apesar da auto-aplicabilidade da norma constitucional, o art. 110 da Lei n. 8.079/1990 (Código de Defesa do Consumidor) determinou o acréscimo do inc. IV ao art. 1° da Lei de Ação Civil Pública, ampliando o rol dos interesses (direitos a serem defendidos por meio da ação, com acréscimo da expressão a defesa de "qualquer outro interesse difuso ou coletivo");

5. ora, o patrimônio público, embora esteja vinculado a algum dos entes estatais, pertence a toda coletividade;

6. o art. 25, IV, da Lei n. 8.625/1993 (Lei do Ministério Público) indicou a ação civil pública para a desconstituição de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa, dando-lhe o mesmo alcance da ação popular ;

7. a conjunção entre os artigos 11 e 12 da Lei de Ação Civil Pública e os arts. 7°, parágrafo único; e 16 da Lei de Improbidade Administrativa evidencia a possibilidade

de liminar em ação civil pública, da qual a ação de improbidade é espécie;

8. a intimação dos cartórios de registro não traduz decisão extra petita, consistindo em mera conseqüência da indisponibilidade;

9. a teor do art. 6° da Lei de Improbidade, a constrição de bens deve limitar-se ao necessário para garantir o ressarcimento do dano à coisa pública ou do enriquecimento ilícito.

O recurso especial procura conforto na alínea a. Nele desenvolvem-se argumentos que resumo assim :

1. o pedido que justificou a ação foi suposto "dano ao Erário público por ato de improbidade administrativa". Assim, o fundamento da ação é a Lei n. 8.429/1992 (Lei do Enriquecimento Ilícito);

2. essa lei criou normas especiais de procedimento, não adotando aquelas consagradas na Lei de Ação Popular. Com efeito, seu art. 17 é claro ao dizer que " a ação principal terá o rito ordinário";

3. a Lei de Ação Civil Pública não se presta à defesa daqueles interesses não catalogados nos quatro incisos que integram seu art. 1°. Bem por isso, a pretensão de reparar supostos danos ao Erário, com o exercício da ação civil pública deveria ter sofrido indeferimento liminar (art. 295, V, do CPC);

4. o procedimento ordinário, eleito pelo legislador, para a Lei de Improbidade, não admite liminar. Assim , caso pretenda obter medida cautelar, o demandante deve eleger o processo específico, para geração de tal providência;

5. o art. 16 da Lei de Improbidade (n. 8.429/1992) determina que o seqüestro de bens obedeça ao rito estabelecido pelo artigos 822 e 825 do Código de Processo Civil;

6. a comunicação dos seqüestros aos cartórios de registro público, além de ser concedida *ultra petita*, constituiu "maldade sem tamanho".

Este, o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro **Humberto Gomes de Barros** (Relator): O recurso especial envolve duas questões, a saber: legitimidade ativa do Ministério Público, nas ações civil públicas em defesa do Erário e a possibilidade de arrestarem-se bens do agente público, no curso de tal processo.

Esta Turma, entretanto, já apreciou ambas as questões, firmando o entendimento de que:

> "O Ministério Público possui legitimidade ativa para propor ação civil pública visando ao ressarcimento de danos causados ao patrimônio público por prefeito municipal." (REsp n. 159.231/**Humberto**).

> "Tem o Ministério Público legitimidade para propor ação civil pública visando ao ressarcimento de dano ao Erário. A Lei n. 8.429/1992, que tem caráter geral, não pode ser aplicada retroativamente para alcançar bens adquiridos antes de sua vigência, e a indisponibilidade dos bens só pode atingir os bens adquiridos após o ato tido como criminoso."(REsp n. 196.932/**Garcia**).

Em homenagem a estes precedentes, nego provimento ao recurso especial.

VOTO- VENCIDO (EM PARTE)

O Sr. Ministro **Milton Luiz Pereira**: Sr. Presidente, o histórico relatado, os aditivos trazidos como informações na brilhante sustentação oral do ilustre Advogado e agora a didática exposição do voto do eminente Ministro – Relator, evidentemente, mostram a dispensabilidade de quaisquer outras considerações. Todavia, à guisa apenas de ousado reforço, lembro que, no contingente agregado ao art. 1° da lei de Ação Civil Pública, estabeleceram-se, não só nesta Corte, mas de modo geral em todos os tribunais e na culminância da Excelsa Corte, longas considerações sobre a extensão das disposições desse art. 1°, paralelamente à legitimação ou não do Ministério Público.

Aliás, no sítio restrito desta Turma, V. Ex.ª, tão logo percebeu-se da importância e do significado, notoriamente, da legitimação do Ministério Público, sufragou um entendimento de ampliação à vista do texto constitucional e compreendendo num elastério que V. Ex.ª intitulou de magno interesse público ou coletivo, ao qual o Ministério Público estava legitimado, podendo ele participar da ação popular e da ação de improbidade, que veio *a posteriori*.

O que na verdade restou disso tudo é o cabimento ou não da ação civil pública para a desconstituição de lançamentos tributários, à vista de que cada contribuinte, no resumo dos seus próprios interesses, poderia ser alcançado pe-

los efeitos genéricos de uma ação de alcance coletivo.

Salvo também registro equivocado da minha memória, e assim sublinho porque não tenho certeza, a questão da legitimação do Ministério Público e do cabimento da ação civil pública já foram assuntos debatidos pela Corte Especial. E reitero: salvo registro equivocado, a Corte entendeu do cabimento da ação civil pública e a distinguiu da ação de improbidade em determinados pontos. O que ficou fixado é impossibilidade da simultaneidade dessas ações, dadas as peculiaridades dos casos concretos.

Fiz esse breve reforço apenas para, no final, situar que comungo e que faço uma manifesta adesão ao que expôs no seu voto o eminente Ministro-Relator. Todavia, Sr. Presidente e eminente Ministro- Relator, divergindo num tópico parcial: quanto à extensão do registro da constrição dos bens em todos os registro cartoriais de Goiás, se assim bem entendi; quer dizer, não só ao registro de imóveis, mas a todos os registros civis de cartórios de protestos. Por que divirjo? O efeito que a lei almeja é o de assinalar para evitar prejuízo à boa-fé de terceiro adquirente, porque o imóvel está sofrendo um ônus de dúvida na cadeia dominial quanto à legalidade da transmissão ou quanto ao meio de aquisição lícito ou ilícito.

Essa publicidade, aliás, como todos sabemos, faz uma prova *juris tantum* e não *juris et de jure* no nosso sistema. A verdade é que, na prática, ela tem um efeito *juris et de jure*, porque afastada a boa-fé ao surgimento da hipótese da fraude com uma conseqüente anulação da transmissão. Por outro lado, no aspecto teleológico da lei, feito o registro de imóvel na comarca onde se localiza o imóvel, a proteção e a garantia estão perfeitamente alcançáveis. Essa outra extensão, embora não traga aquele efeito de impedir a transmissão ou evitar a legação de boa-fé, causa danos, porque a assinalação numa certidão desse fato põe em dúvida a idoneidade patrimonial daquele que tem o seu bem registrado, seja a que título for. Agora, com a informática, esse registros são amplos, quase que totais, é um extrato da vida do próprio imóvel e da vida do cidadão.

Então, com essas rápidas palavras, divirjo neste ponto único, porque os demais já estão vencidos e assinalados na nossa jurisprudência. Daí também a minha surpresa ao ouvir o eminente Ministro-Relator dizer que não encontrou precedentes. Temos vários precedentes. Há, inclusive, um precedente antigo de Campos dos Goytacazes – se não estiver outra vez a minha memória falhando –, em que se iniciaram as discussões quanto a esse aspecto da legitimação do Ministério Público e da viabilidade da ação civil pública. O Sr. Ministro **Demócrito Reinaldo**, naquele caso específico, entendia – ainda não havia a Lei de Improbidade – que o caminho seria uma ação popular e não a ação civil pública. Então temos precedentes nos registros, não diria com o detalhamento do caso concreto, mas quanto à discussão sobre esses temas. Recentemente, há no Supremo Tribunal Federal um precedente quanto ao aspecto do alcance da ação civil pública para desconstituir o lançamento tributário.

Acompanho o voto do eminente Ministro-Relator quanto aos demais tópicos, divergindo parcialmente para prover o recurso no sentido de que sejam

cancelados os registros cartoriais com exceção do registro feito no cartório de imóveis da comarca ou das comarcas onde se situam os bens sob constrição.

ADITAMENTO AO VOTO-VENCIDO (EM PARTE)

O Sr. Ministro **Milton Luiz Pereira**: Sr. Presidente, peço permissão a V. Ex.ª, porque há um ponto enfatizado pelo eminente Advogado que não ressaltei.

S. Ex.ª sustenta, fortemente, a inadequação da liminar, porque os processos e os procedimentos estariam diferenciados, sendo que há a aplicação da Lei de Improbidade. S. Ex.ª destaca que o Ministério Público teria encontrado dificuldade, tanto que tipificou na Lei de Improbidade e sustentou isso processualmente na ação civil pública.

O caminho hoje está aberto; há um pórtico de certo modo lineado na jurisprudência, com a aplicação por aproveitamento expresso na Lei do Código do Consumidor.

Efetivamente, se isso não acontecesse, essa transposição de procedimento de desobediência de uma lei com aplicação em outra lei que não prevê, estaríamos com um complicador processual.

Por essa outra razão surge no Código do Consumidor o que agora foi lembrado pelo eminente Ministro-Presidente: o poder geral de cautela diante de casos concretos, em que a urgência viabiliza esse caminho, evidente que dentro de um processo legal. Esse processo legal não é cerceado; ele é propiciado após o ato judicial, vale dizer, o acesso ao Judiciário para desconstituir esse ato do Juiz tem as suas vias próprias, e a primeira delas seria a via do agravo.

Pedi para fazer esse aditamento para que o ilustre Advogado não imaginasse ... – sei que V. Ex.ª não imaginaria –, mas pelo menos para evitar a conjectura de não quis enfrentar a questão. Foi apenas esquecimento.

ESCLARECIMENTOS

O Sr. **Ministro Milton Luiz Pereira**: Sr. Presidente, em razão dos dois votos que se seguiram, quero dar um esclarecimento que serve também como adição. Ousei divergir, porque essa averbação, ou outro nome que se dê no registro de imóveis, não impede a transmissão. Não impede por quê? Porque não há o cancelamento da matrícula. Quem quiser comprar, compre. Só que arcará com o ônus do prévio conhecimento de que há incidência. Não há desconstituição do registro.

Daí por que fui para a divergência imaginando a ilegalidade – não citei isso – de falar para um cartorário que não lavre a escritura, que não faça a venda. Essa é uma outra relação jurídica que não pode ser aqui tratada. Se alguém quiser comprar, compre, mas está averbado. Não me parece que é uma ilegalidade flagrante impedir que um tabelionato lavre a escritura de quem quer com-

prar com aqueles ônus. É como quem compra uma dívida de um falido. Ele pode, mas arcará com as conseqüências jurídicas.

VOTO

O Sr. Ministro **José Delgado** (Presidente): Srs. Ministros, acompanho o eminente Ministro- Relator na inteireza do seu voto. A Turma conhece o meu posicionamento a respeito da interpretação sistêmica que dou à Lei de Improbidade e à Lei de Ação Civil Publica, e penso que, no caso do arresto, o Juiz se utilizou do poder geral de cautela que, a meu ver, não foi atacado com demonstração de que tivesse havido uma violação à lei por parte do magistrado, nesse sentido.

VOTO

O Sr. Ministro **Garcia Vieira**: Sr. Presidente, temos vários precedentes nesta Turma, inclusive na Corte, no mesmo sentido em que votou o Sr. Ministro **Humberto Gomes de Barros**: da legitimidade do Ministério Público para mover ação civil pública em caso de danos ao Erário.

Com referência à comunicação aos cartórios, acompanho inteiramente o voto, V. Ex.ª, na sua conclusão, porque o Juiz, utilizando o poder de cautela, poderia comunicar aos demais cartórios que aqueles imóveis não podiam ser alienados.

Quero render as minhas homenagens ao Dr. *Irajá Pimentel* pela excelente sustentação. Trata-se de uma pessoa de inteligência brilhante.

Acompanho o voto do eminente Ministro- Relator.

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

Legalidade da medida de indisponibilidade dos bens adquiridos antes da vigência da Lei nº 8.429/92, visando à garantia do ressarcimento dos danos causados ao Erário.

EMERSON GARCIA (*)

> ***"Ação civil pública. Ministério Público. Legitimidade. Ressarcimento de dano ao Erário. Seqüestro de bem adquirido antes do fato ilícito. Impossibilidade.***
>
> Tem o Ministério Público legitimidade para propor ação civil pública visando ao ressarcimento de dano ao Erário.
>
> A Lei nº 8.429/92, que tem caráter geral, não pode ser aplicada retroativamente para alcançar bens adquiridos antes de sua vigência, e a indisponibilidade dos bens só pode atingir os bens adquiridos após o ato tido como criminoso. Recurso parcialmente provido."
>
> (STJ, 1ª Turma, REsp. nº 196.932/SP, rel. Min. **Garcia Vieira**, j. em 18.03.99, unânime, *DJ* de 11.05.99).

Aspectos Gerais

1. Consoante a ementa supra transcrita, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 196.932, após confirmar a legitimidade do Ministério Público para o ajuizamento de ação civil pública visando à proteção do patrimônio público, reformou o acórdão recorrido e assentou a tese de que a medida de indisponibilidade dos bens, decretada com o fim de garantir o futuro ressarcimento ao erário que fora desfalcado por atos de improbidade, somente poderia alcançar aqueles bens adquiridos após o advento da Lei nº 8.429/92, já que esta não pode ser aplicada retroativamente. O eminente relator, Min. **Garcia Vieira**, além de indicar como precedente o RMS nº 6.182-DF [1], assim fundamentou seu voto, *verbis:*

> "A Lei 8.429/92, que tem caráter geral, não pode ser aplicada retroativamente para alcançar bens adquiridos antes de sua vigência, e a indisponibilidade dos bens só pode atingir os bens adquiridos após o fato tido como

---

[1] STJ, 2ª T., rel. Min. **Hélio Mosimann**, rel. desig. para o acórdão Min. **Adhemar Maciel**, j. em 20.02.97, *DJ* de 1º.12.97.

criminoso. Seu artigo 7°, parágrafo único, diz claramente que a indisponibilidade só atinge os bens adquiridos ilicitamente, só podendo ser arrestados ou seqüestrados os bens resultantes de enriquecimento ilícito. É claro que não podem ser atingidos pela constrição judicial os bens adquiridos licitamente, antes da vigência da citada norma legal, que em seu artigo 16 dispõe que pode ser requerida ao juiz a decretação do seqüestro dos bens do agente que tenha enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público"

2. Ao reconhecer a impossibilidade de serem alcançados pela medida de indisponibilidade os bens de origem lícita adquiridos antes da Lei n° 8.429/92, alicerçou-se o acórdão, de forma sintética, nos seguintes fundamentos: **a)** o ato de improbidade seria um ato criminoso; **b)** a Lei n° 8.429/92 não pode retroagir para atingir bens adquiridos antes de sua vigência; **c)** de acordo com o art. 7°, parágrafo único, da Lei n° 8.429/92, a indisponibilidade só atinge os bens de origem ilícita, ou seja, aqueles resultantes de enriquecimento ilícito.

Comentários

3. Como consectário lógico do agregamento social, o qual erige-se como elemento indissociável da própria existência humana, fez-se necessária a paulatina sedimentação de normas que regessem a convivência entre os componentes da sociedade. Tal normatização, desde a sua gênese, sempre buscou garantir o desenvolvimento do grupamento, a consecução dos objetivos comuns e a pacífica coexistência dos interesses de seus membros, muitas vezes distintos ou contrapostos. Com o evolver das civilizações e a constante mutação das relações intersubjetivas, foi inevitável o aperfeiçoamento do regramento social; outrora de proporções reduzidas, ao alcance e sob o controle de todos; hodiernamente, afigura-se eivado de complexidade ímpar, culminando em ser aglutinado em compartimentos normativos, os quais se encontram subdivididos conforme a natureza e a importância dos interesses tutelados. Com esteio em tal concepção, formulou-se a dicotomia entre o público e o privado, bem como a inevitável repartição de cada um daqueles ramos consoante graus de especificidade que identificavam as novas ramificações como espécies do mesmo gênero, com pontos comuns de contato, mas igualmente com dissonâncias que desaconselhavam a análise e a disciplina de forma conjunta. No entanto, qualquer que seja o compartimento normativo em que esteja armazenada a norma de conduta e a natureza da conduta tutelada, ela normalmente apresenta um componente indissociável, qual seja, uma sanção para a sua inobservância.

A sanção será passível de aplicação sempre que for identificada a subsunção de determinada conduta ao preceito proibitivo previsto de forma explícita ou implícita na norma. A sanção, pena ou reprimenda apresenta-se como o elo de uma grande cadeia, cujo encadeamento lógico possibilita a concreção do

ideal de bem-estar social, caracterizando-se, ainda, como instrumento garantidor da soberania do direito, concebido este não como mero ideal abstrato, mas como fator perpétuo e indissociável do bem-estar geral, sendo correlato à própria coexistência humana. Como se vê, sob o prisma ôntico, inexiste distinção entre as sanções cominadas nos diferentes ramos do direito, quer tenham natureza penal, civil ou administrativa, pois, em essência, todas visam a recompor, coibir ou prevenir um padrão de conduta violado, cuja observância é necessária à manutenção do elo de encadeamento das relações sociais. Sob o aspecto axiológico, por sua vez, as sanções apresentarão diferentes dosimetrias conforme a natureza da norma violada e a importância do interesse tutelado, distinguindo-se igualmente consoante a forma, os critérios, as garantias e os responsáveis pela aplicação. Caberá ao órgão incumbido da produção normativa, direcionado pelos fatores sócio-culturais da época, identificar os interesses que devem ser tutelados e estabelecer as sanções em que incorrerão aqueles que os violarem. Assim, inexiste um elenco apriorístico de sanções cuja aplicação esteja adstrita a determinado ramo do direito.

No direito positivo pátrio, inexistem parâmetros aptos a infirmar a regra geral acima exposta, existindo unicamente sanções que são preponderantemente aplicadas em determinado ramo do direito. À guisa de ilustração, pode-se mencionar: **a)** o cerceamento da liberdade do cidadão, normalmente sanção de natureza penal (art. 5°, XLVI, CR/88), mas também passível de ser utilizado como sanção contra o depositário infiel e o inadimplente do débito alimentar (art. 5°, LXVII, da CR/88), erigindo-se como eficaz meio de coerção para o cumprimento de tais obrigações; **b)** a infração aos deveres funcionais pode acarretar para o servidor público a perda do cargo, a qual poderá caracterizar-se como sanção de natureza cível (art. 37, § 4°, da CR/88), administrativa (art. 41, § 1°, II e III, da CR/88) ou penal (art. 5°, XLVI, da CR/88); **c)** a suspensão dos direitos políticos pode ser conseqüência de uma sanção penal (art. 15, III, da CR/88) ou de uma sanção política (art. 85 da CR/88 e Lei 1.079/50).

No âmbito específico da improbidade administrativa, tal qual disciplinada na Lei n° 8.429/92, as sanções serão aplicadas por um órgão jurisdicional, com abstração de qualquer concepção de natureza hierárquica, o que afasta a possibilidade de sua caracterização como sanção administrativa [2]. As sanções de perda de bens ou valores de origem ilícita, ressarcimento do dano, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, multa civil e proibição de contratar ou receber incentivos do Poder Público, previstas no art. 12, são passíveis de aplicação pelo órgão jurisdicional, restando analisar se possuem natureza penal ou cível (*rectius*: extra-penal). À luz do direito posto, inclinamo-

---

[2] *Vide* arts. 16 e 20 da Lei 8.429/92. Note-se que as sanções previstas no art. 12 podem ter previsão expressa no estatuto dos servidores públicos, sendo passíveis de aplicação em processo administrativo-disciplinar; isto com exceção da suspensão dos direitos políticos (art. 15 da CR/88), pois, tratando-se de direito fundamental, sua restrição por órgão que não desempenhe atividade jurisdicional dependeria de previsão específica, o que não ocorre (*Vide* José Afonso da Silva, *Direito Constitucional Positivo*, RT, 7ª ed., 1991, p. 333).

nos por esta [3], alicerçando-se tal concepção nos seguintes fatores: **a)** o art. 37, § 4°, *in fine*, da CR/88, estabelece as sanções para os atos de improbidade e prevê que serão aplicadas de acordo com a gradação prevista em lei e "sem prejuízo da ação penal cabível"; **b)** regulamentando este dispositivo, dispõe o art. 12, *caput*, da Lei n° 8.429/92 que as sanções serão aplicadas independentemente de outras de natureza penal; **c)** as condutas ilícitas elencadas nos arts. 9°, 10 e 11 da Lei n° 8.429/92, ante o emprego do vocábulo "notadamente", tem caráter meramente enunciativo, o que apresenta total incompatibilidade com o princípio da estrita legalidade que rege a seara penal (art. 5°, XXXIX, da CR/88), segundo o qual a norma incriminadora deve conter expressa previsão da conduta criminosa; **d)** o processo criminal atinge de forma mais incisiva o *status dignitatis* do indivíduo, o que exige expressa caracterização da conduta como infração penal, sendo relevante frisar que ela produzirá variados efeitos secundários; **e)** a utilização do vocábulo "pena" no artigo 12 da Lei n° 8.429/92 não tem o condão de alterar a essência dos institutos, máxime quando a similitude com o direito penal é meramente semântica; **f)** a referência a "inquérito policial" constante do artigo 22 da Lei de Improbidade também não permite a vinculação dos ilícitos previstos neste diploma legal à esfera penal, já que o dispositivo tão-somente estabelece a possibilidade de o Ministério Público requisitar a instauração de processo administrativo e não exclui a utilização do inquérito civil público previsto na Lei n° 7.347/85, o que demonstra que cada qual será utilizado em conformidade com a ótica de análise do ilícito e possibilitará a colheita de elementos para a aplicação de distintas sanções ao agente. A questão ora analisada, longe de apresentar importância meramente acadêmica, possui grande relevo para a fixação do rito a ser seguido e para a identificação do órgão jurisdicional competente para processar e julgar a lide, já que parcela considerável dos agentes ímprobos goza de foro por prerrogativa de função nas causas de natureza criminal. [4] Identificada a natureza cível das sanções a serem aplicadas,

---

[3] No mesmo sentido: STJ, 6ª Turma, REsp. n° 150.329, rel. Min. **Vicente Leal**, j. em 02.03.99, *DJ* de 05.04.99. Na doutrina: Fábio Medina Osório, *Improbidade Administrativa*, Observações sobre a Lei 8.429/92, Síntese, 2ª ed., 1998, pp. 217/224; Marino Pazaglini Filho *et alii*, *Improbidade Administrativa, Aspectos Jurídicos da Defesa do Patrimônio Público*, Atlas, 4ª ed., 1999, p. 135; Marcelo Figueiredo, *Probidade Administrativa, Comentários à Lei 8.429/92 e Legislação Complementar*, Malheiros, 3ª ed., 1998, p. 87; e José Nilo de Castro, "Improbidade Administrativa Municipal", in *Caderno de Direito Municipal* n° 8/2000, p. 82. Fernando Rodrigues Martins, *Controle do Patrimônio Público*, RT, 1ª ed., 2000,*op. cit.*, p. 83, entende que as sanções tem natureza civil (ressarcimento, perdimento e multa), administrativa (perda da função e proibição de contratar) e constitucional (suspensão dos direitos políticos). Para Álvaro Lazzarini, *in Temas de Direito Administrativo*, RT, 1ª ed., 2000, p. 64, tais sanções têm natureza política, com o que não concordamos, ante a natureza do órgão que as aplicará e a necessária fundamentação da decisão a ser proferida (art. 93, IX, da CR/88), o que possibilita seu reexame por outro órgão em havendo irresignação; caracteres estes incompatíveis com uma decisão essencialmente política. Ives Gandra, por sua vez, in *Aspectos Procedimentais* ..., p. 287, sustenta que as sanções teriam natureza penal. O STJ, por sua 3ª Seção, em posição isolada, também entendeu que a Lei n° 8.429/92 dispõe sobre ilícitos penais (MS. n° 6.478, rel. Min. **Jorge Scartezzini**, j. em 26.04.00, *DJ* de 29.05.00).

[4] Nos crimes comuns, o Prefeito será julgado perante o Tribunal de Justiça (art. 29, X, da CR/88); os membros do Congresso Nacional perante o Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, "b", da CR/88); o Governador e os membros dos Tribunais Regionais Federais, Regionais do Trabalho e de Justiça perante o Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, "a", da CR/88); *etc.*

inafastável será a utilização das regras gerais de competência nas ações que versem sobre improbidade administrativa, o que culminará em atribuir ao Juízo monocrático, *verbi gratia*, o processo e o julgamento das causas em que Prefeitos [5] e membros dos Tribunais Regionais do Trabalho [6] figurem no pólo passivo.

4. Além de não ter natureza penal, a obrigação de reparar o dano não é inovação da Lei nº 8.429/92, o que afasta eventuais argumentos de que tal obrigação não poderia preexistir à vigência deste diploma legal. Aquele que causar dano a outrem tem o dever de repará-lo, dever este que reside na necessidade de recompor o patrimônio do lesado, fazendo com que este, tanto quanto possível, retorne ao estado em que se encontrava por ocasião da prática do ato lesivo. Essa concepção, hodiernamente, encontra-se amplamente difundida e erigida à categoria de princípio geral de direito, sendo integralmente aplicada em se tratando de danos causados ao patrimônio público. Em relação aos agentes públicos em geral, o artigo 141, § 31, 2ª parte, da Constituição de 1946, estatuía que "a lei disporá sobre o seqüestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica." [7] O artigo 150, § 11, 2ª parte, da Constituição de 1967 que "a lei disporá sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de função pública". O artigo 153, § 11, 2ª parte, da Emenda Constitucional nº 1 de 1969, que "esta (a lei) disporá, também, sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário, ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício do cargo, função ou emprego na Administração Pública, direta ou indireta." Diferentemente dos textos anteriores, os quais restringiam a tipologia dos atos de improbidade às hipóteses de dano ao erário e enriquecimento ilícito, o artigo 37, § 4º da Constituição de 1988 confere maior liberdade ao legislador ordinário, dispondo 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, nã forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível", tendo sido o preceito constitucional regulamentado pela Lei nº 8.429/92. Ainda sob a ótica da Constituição de 1988, o seu artigo 15, V prevê a suspensão dos direitos políticos do cidadão nos casos de "improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º."

---

[5] STJ, 6ª Turma, RMS nº 6.208, rel. Min. **Anselmo Santiago**, j. em 10.11.98, *DJ* de 15.03.99.

[6] STJ, Corte Especial, Rec. nº 591, rel. Min. **Nílson Naves**, j. em 1º.12.99, *DJ* de 15.05.00.

[7] Comentando este dispositivo, já observava Pontes de Miranda que ele representava "arma excelente contra o maior rival dos países sem longa educação da responsabilidade administrativa. O fim do século XIX interrompeu a nascente tradição da honestidade dos homens públicos. A ascensão dos homens públicos que não produzem teve a conseqüência de acirrar o apetite dos desonestos e dos aventureiros. Sem lei que os obrigue – e a todos os funcionários públicos e empregados de entidades autárquicas – a inventariar todos os anos o que têm e o que têm os seus parentes sucessíveis e à publicação dos seus haveres e rendas, anualmente, e sem a *actio popularis* nos casos do § 31, 2ª parte, com percentagem de prêmio ao denunciante e julgamento pelo júri, é difícil fazer o país voltar àquela nascente tradição." (in *Comentários à Constituição de 1946*, vol. III, 1ª ed., Henrique Cahen Editor, p. 367).

Afora as previsões esparsas existentes nos regimes jurídicos de determinadas categorias do funcionalismo público dos diferentes entes da Federação, dois foram os diplomas de caráter genérico que antecederam a atual Lei de Improbidade, ambos editados sob a égide da Constituição de 1946. A Lei nº 3.164, de 1º de junho de 1957, também denominada Lei Pitombo-Godói Ilha, era extremamente lacônica, tendo repetido em seu artigo 1º, quase que *ipsis literis*, o que constava do artigo 141, § 31, 2ª parte, do texto constitucional então em vigor, sem detalhar o que se deveria entender por "influência ou abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica". Em 21 de dezembro de 1958 foi sancionada a Lei nº 3.502, também denominada Lei Bilac Pinto, a qual regulou "o seqüestro e o perdimento de bens nos casos de enriquecimento ilícito, por influência ou abuso do cargo ou função". Diversamente do diploma anterior, a lei Bilac Pinto melhor sistematizou a matéria, tendo esclarecido o alcance da expressão "servidor público" para fins de identificação do sujeito ativo dos atos que importavam em enriquecimento ilícito (art. 1º); elencado, em *numerus apertus* [8] os casos de enriquecimento ilícito (art. 2º e 4º), havendo inúmeras semelhanças com os atos atualmente previstos no artigo 9º da Lei nº 8.429/92; e equiparado o enriquecimento ilícito aos crimes contra a administração e o patrimônio público (art. 4º). Apesar de não ter previsto a legitimação do Ministério Público e do cidadão para a propositura de medidas judiciais, esta continuava assegurada pela Lei nº 3.164/57 [9].

Com a mesma importância das Leis nº 3.164/57 e 3.502/58, não se pode deixar de mencionar o relevante papel desempenhado pela Lei nº 4.717/65, a qual disciplinou as hipóteses de cabimento e a forma de utilização da ação popular para a anulação ou a declaração de nulidade dos atos lesivos ao patrimônio público. A exemplo das leis referidas, ela também não estabelece sanções diretas ao agente, mas tão-somente a obrigação de recompor o patrimônio no *status quo*, ressarcindo o dano causado. Apesar disto, não deixava incólumes os ilícitos praticados, máxime por estatuir a legitimidade de qualquer cidadão para a sua propositura. Essa legitimidade ampla é da tradição do direito constitucional pátrio, estando prevista nas Constituições de 1934 (art. 113, nº 38); 1946 (art. 141, § 38); 1967 (art. 150, § 31); 1969 (art. 153, § 31) e 1988 (art. 5º, LXXIII). Promulgada a Constituição de 1967, cuja sistemática foi mantida pela Emenda Cons-

---

[8] Francisco Bilac Moreira Pinto, *Enriquecimento Ilícito dos Agentes Públicos*, Forense, p. 137 e ss.

[9] Essa legitimidade ampla representava importante instrumento de combate à corrupção, materializando a sabedoria que o jurisconsulto Paulo imortalizara em seu famoso aforismo: *"Reipublicae interst quam plurimus ad defendam suam causam"* ("importa à República que muitos defendam sua causa"). Com sua aguçada percepção, Rafael Bielsa sentenciava: "ora, como o grau de enervação e de corrupção nunca chega a todas as classes em sua totalidade, e sempre há cidadãos conscientes de sua missão cívica, que têm um claro sentido de legalidade, que sempre defenderam o interesse geral, em todas as atividades e esferas de sua vida, ou tem vocação por esse interesse, torna-se evidente que dotar tais cidadãos de um meio 'legal' capaz de conter ou de reduzir esse discricionarismo é algo inerente à própria forma de governo democrático e exemplar maneira de prescrever as instituições e tornar impossível ou difícil que sejam entronizados a arbitrariedade, o desperdício do erário, a destruição do patrimônio do Estado" (in "A ação popular e o poder discricionário da administração", RF nº 157/46).

titucional nº 1/69 e previa a hipótese de perdimento de bens por dano ao erário, não houve o necessário aperfeiçoamento da legislação ordinária, a qual se manteve adstrita ao enriquecimento ilícito. Com a promulgação da Constituição de 1988, tinha-se o campo propício ao alargamento da tipologia legal, já que o artigo 37, § 4º, do texto constitucional falava unicamente em "improbidade administrativa", expressão que teria seu sentido e sua extensão integrados pelo legislador ordinário, o que permitiria a criação de eficazes mecanismos de combate à corrupção. Correlata à disciplina específica dos agentes públicos, há muito se encontra normatizado o dever de reparar o dano causado a outrem, assim dispondo o artigo 159 do Código Civil: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano."

5. O voto do eminente relator denota que a Lei nº 8.429/92 foi analisada sob duas perspectivas, sendo estabelecidos dois termos iniciais para a aplicabilidade das normas que veicula: **a)** em razão de seu caráter geral, só alcança os bens adquiridos após sua vigência; **b)** a indisponibilidade de bens estatuída pelo artigo 7º, parágrafo único, somente atinge aqueles adquiridos após a prática do ato ilícito, pois referido dispositivo "diz claramente que a indisponibilidade só atinge os bens adquiridos ilicitamente, só podendo ser arrestados ou seqüestrados os bens resultantes de enriquecimento ilícito." Ao final, indicou como precedente o Recurso em Mandado de Segurança nº 6.182-DF, sendo relator designado o eminente Ministro **Adhemar Maciel**, o qual foi julgado pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça em 20.02.97 e publicado no *DJ* de 1º.12.97.

Tal decisão, não obstante o brilho do órgão julgador, caminha em norte contrário a séculos de evolução da ciência jurídica, culminando em afastar o princípio de que o devedor responde com o seu patrimônio pelos atos que praticar [10], importante conquista da humanidade e que afastou a crueldade das sanções corporais preteritamente impostas ao devedor inadimplente. De acordo com este princípio, tanto os bens existentes por ocasião da causação do dano que originou o dever de reparar, como aqueles posteriormente adquiridos, ressalvadas as exceções legais [11], poderão ser penhorados para satisfazer o débito existente. Toda conduta que causar dano a outrem, ainda que o agente público e o Estado figurem nos pólos ativo e passivo da relação obrigacional, importará na aplicação do referido princípio, inexistindo justificativa para que os bens adquiridos anteriormente à investidura sejam excluídos de tal responsabilidade. Ademais, a prevalecer a tese do referido acórdão, ter-se-á a inusitada situação de responsabilizar de forma mais severa aquele que não possui qualquer vínculo com o ente estatal – respondendo por seus atos com todo o seu patrimônio – do

---

[10] *"Il debitore risponde dell'adempimento delle obligazioni com tutti i sue beni presenti e futuri"* (art. 2.740 do Código Civil italiano). *"Quiconque s'est obligé personellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir"* (art. 2092 do Código Civil francês). *Vide* arts. 1076-1.081 do Código Civil argentino; art. 806 da Consolidação de Teixeira de Freitas; art. 1.518 do Código Civil; e arts. 591 e 646 do Código de Processo Civil.

[11] *Vide* Lei 8.009/90, art. 649 do CPC *etc.*

que aquele que, valendo-se da confiança em si depositada, lesa o patrimônio do ente público que jurou defender. O dever de reparar o dano causado a outrem preexistia à Lei nº 8.429/92, no mínimo desde o Direito Romano [12], o que afasta o argumento de que, tratando-se de diploma que institui determinada sanção, não estariam sujeitos a ressarcimento os danos anteriores à sua vigência [13].

Por idênticos motivos, a indisponibilidade haverá de recair "sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano", consoante estatui o artigo 7º, parágrafo único, da Lei nº 8.429/92, pois qualquer provimento de natureza cautelar visa à garantia da eficácia da decisão a ser proferida no processo principal, evitando-se a inocuidade desta – o que certamente ocorreria com a dissipação do patrimônio do ímprobo. Não se deve acolher o argumento de que tal medida cautelar somente seria aplicável aos fatos posteriores à Lei nº 8.429/92. O poder geral de cautela, atualmente previsto no artigo 798 do Código de Processo Civil, é inerente à própria função jurisdicional, há muito estando incorporado ao ordenamento jurídico pátrio [14], o que justificava o deferimento de medidas dessa natureza antes mesmo do advento da Lei nº 8.429/92, ainda que estivessem ausentes os requisitos específicos das medidas de arresto e de seqüestro. Em que pese ser claro o acórdão, não é demais lembrar que a pretensão deduzida visava ao ressarcimento de dano ao erário, sendo essa a ótica destes breves comentários. Tratando-se de pretensão que almeje o perdimento de bens resultantes de enriquecimento ilícito, por óbvio, a medida de indisponibilidade dos bens somente poderá atingir aqueles adquiridos após a prática do ato de improbidade, sendo imprescindível a existência de uma relação de causa e efeito entre este e a aquisição daqueles. Como se constata, o artigo 7º da Lei nº 8.429/92 abrange duas situações distintas, às quais deve ser dispensada interpretação consentânea com a natureza das sanções que as informam. Na primeira, tem-se um bem de origem ilícita, o que acarreta a sanção de perdimento; na outra, o bem tem origem lícita, mas é passível de penhora para a efetivação do ressarcimento integral do dano.

---

[12] *"Injuriam hic damnum accipiemus culpa datum etiam ab eo qui nocere nolit."* (D. 9, 2, fr. 5, § 1º).

[13] ***"Ação civil pública. Improbidade administrativa. Vereadores.*** **1)** Os atos de improbidade administrativa praticados antes da vigência da Lei 8.429/92, embora não sujeitos a penalidades administrativas não previstas anteriormente na legislação, ensejam o nascimento da obrigação de reparar os danos causados ao erário público, seja por força do art. 37, par. 4º, seja por força do art. 159 do CCB, que já continham expressamente esse comando. **2)** Despesas com publicidade para promoção pessoal dos Vereadores ou sem a comprovação de sua efetiva publicação; com aquisição de medalhas, troféus e placas sem autorização da Câmara, ou com o aluguel de ginásio esportivo para jogo de futebol de salão de Vereadores constituem atos de improbidade administrativa por violação direta do art. 37, *caput*, da CF/88. **3)** Condenação ao ressarcimento dos prejuízos causados ao tesouro municipal. Sentença de procedência confirmada. Apelação desprovida." (TJRS, 1ª C. de Férias, Apel. nº 599490646, rel. Des. **Paulo de Tarso Vieira Sanseverino**, j. em 18.11.99).

[14] O art. 675, I e II, do CPC de 1939, assim dispunha: "Além dos casos em que a lei expressamente o autoriza, o juiz poderá determinar providências para acautelar o interesse das partes: quando do estado de fato da lide surgirem fundados receios de rixa ou violência entre os litigantes; quando, antes da decisão, for provável a ocorrência de atos capazes de causar lesões, de difícil e incerta reparação, ao direito de uma das partes".

No que tange ao precedente indicado no acórdão ora analisado, versava ele sobre a indisponibilidade dos bens de ex-Deputado Federal acusado de integrar a denominada "Máfia do Orçamento" e que apresentara evolução patrimonial incompatível com os seus rendimentos. Tratava-se de nítida hipótese de enriquecimento ilícito (art. 9°, VII, da Lei n° 8.429/92), o que fez com que a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça desse parcial provimento ao recurso ordinário interposto contra acórdão do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, culminando em excluir do alcance da medida cautelar de indisponibilidade dos bens aqueles adquiridos anteriormente à prática dos atos ilícitos. Constata-se que o precedente indicado não guarda qualquer relação com a pretensão de ressarcimento do dano, logo, não poderia ser utilizado como paradigma.

Conclusões

6. As sanções cominadas no artigo 12 da Lei n° 8.429/92 têm natureza cível (*lato sensu*), não excluindo a aplicação de outras de natureza cível, penal e administrativa. Não sendo o dever de reparar o dano causado a outrem inovação da denominada "Lei de Improbidade", estando há muito consagrado no artigo 159 do Código Civil, inexiste qualquer óbice a que tal obrigação recaia sobre o agente que causou danos ao patrimônio público antes do advento daquele diploma legal. Tratando-se de pretensão legítima, o futuro acolhimento desta não pode resultar inócuo, o que torna imperativa a adoção de medidas que busquem conservar a eficácia do provimento jurisdicional. Assim, a medida de indisponibilidade dos bens, de origem lícita ou ilícita, quer tenham sido os bens adquiridos antes ou depois do advento da Lei n° 8.429/92, é instrumento adequado a tal desiderato, estando alicerçada no que dispõem os artigos 7°, parágrafo único, da Lei n° 8.429/92 e 798 do Código de Processo Civil, este relativo ao poder geral de cautela, ínsito e inseparável da função jurisdicional.

Rio, 15 de abril de 2001.

(*) Emerson Garcia é Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.

Noticiário

CONAMP comemora 30 anos (*)

1. No dia 08 de junho foi realizada, em Belo Horizonte, no "OuroMinas Palace Hotel", solenidade em comemoração aos 30 anos da CONAMP – Associação Nacional dos Membros do Ministério Público.

A escolha da capital mineira para sediar o evento se deveu ao fato de que a CONAMP foi criada em terras mineiras, mais precisamente no município de Ouro Preto.

A cerimônia foi aberta pelo presidente da Associação Mineira do Ministério Público, *Castellar Guimarães*, que, após breve introdução, passou a palavra ao nosso colega, Procurador de Justiça *Marfan Martins Vieira*, atual presidente da CONAMP.

Em seu pronunciamento, o Dr. *Marfan Martins Vieira* ressaltou que o nascedouro das conquistas do Ministério Público, em nível nacional, se deu nos Estados, de forma individual, culminando num bem sucedido movimento levado adiante por uns poucos abnegados, originando a CAEMP – Confederação das Associações Estaduais do Ministério Público.

A ANMP, parceira da CONAMP na promoção e realização do evento, viu concretizar o sonho de muitos de seus membros, a homenagear grandes nomes da histórica evolução do Ministério Público nacional nos últimos 30 anos, com a entrega, naquela oportunidade, da medalha do Mérito.

Foram condecoradas as seguintes personalidades: Procurador de Justiça-RJ (aposentado) *Antonio Carlos Silva Biscaia*, Procurador da República *Aristides Junqueira Alvarenga*, Procurador de Justiça-PA *Carlos Alberto de Aragão Vinagre*, Procurador de Justiça-SP *Luiz Antônio Fleury Filho*, Deputado Federal *Ibrahim Abi-Ackel*, Procurador de Justiça-RS (aposentado) *Ibsen Valls Pinheiro* e o Deputado Federal *José Bernardo Cabral*.

Em seu pronunciamento, o presidente da CONAMP destacou que a idéia de criação de uma entidade que pudesse pleitear por todos, promovendo nacionalmente a unidade e o fortalecimento da Instituição, teve seu nascedouro em Teresópolis, durante o III Congresso Fluminense do Ministério Público, em 10 de dezembro de 1970, ao ser enunciada a sua "Carta de Princípios". Destacou, ainda, neste trabalho pioneiro, a atuação do nosso saudoso colega *Ferdinando de Vasconcellos Peixoto*.

Transcrevemos, para conhecimento geral, o discurso proferido pelo Presidente da CONAMP:

> "Quem acompanha a evolução histórica do Ministério Público, certamente não desconhece que a luta pelo aperfeiçoamento da nossa

(*) O presente noticiário deixou de ser incluído na *Revista do Ministério Público* de nº 13 (janeiro-junho/2001) pois somente em 29/08/2001 é que o expediente nos foi remetido pela ANMP.

Instituição surgiu inicialmente nos Estados e, só muito mais tarde, ganhou contornos nacionais. Foi o Ministério Público estadual que, conseguindo desobrigar-se mais cedo da representação dos interesses governamentais, passou a dedicar-se com exclusividade às suas funções típicas, logo alcançando identidade própria e perfil ideológico definido, para lançar-se, então, à tarefa de pugnar pelo aprimoramento de sua atuação, com o objetivo de melhor servir aos interesses da sociedade.

Mas a evolução e as conquistas alcançadas pelos Ministérios Públicos de alguns Estados ficavam restritas ao âmbito exclusivamente local e não eram compartilhadas pelos demais. Cada um cuidava de si e os que, de alguma forma, progrediam, o faziam isoladamente, sem que os demais atingissem o mesmo desenvolvimento, ganhassem as mesmas prerrogativas ou conquistassem a mesma independência. Na verdade, faltava um canal por onde pudessem fluir as idéias comuns de todo o Ministério Público, no plano federativo, de modo a exprimir aquilo que se convencionou chamar de "consciência nacional de Ministério Público".

Foi exatamente com o objetivo de propiciar a formulação e o desenvolvimento dessa consciência comum, que um pequeno grupo de colegas abnegados, considerados sonhadores por seus contemporâneos, decidiu criar a Confederação das Associações Estaduais do Ministério Público – CAEMP, hoje Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP.

A idéia da criação de uma entidade que pudesse pleitear por todos, promovendo nacionalmente a unidade e o fortalecimento da Instituição, se instrumentalizou no dia 10 de dezembro de 1970, em Teresópolis, durante o III Congresso Fluminense do Ministério Público, ao ser enunciada a sua Carta de Princípios, subscrita por lideranças de dez Estados e do Distrito Federal. Mas a efetivação desse sonho só ocorreu quase seis meses depois, na velha Ouro Preto, quando, em 30 de maio de 1971, foi oficialmente instituída a CAEMP, com a eleição de sua primeira

diretoria.

Os pioneiros desse oportuno e bem sucedido movimento, que não podem deixar de ser evocados e reverenciados neste momento, são figuras emblemáticas, cujos nomes se acham inscritos, de forma indelével, na história da nossa Instituição. O descortino e o arrojo com que agiram e, sobretudo, o precioso legado que transmitiram à posteridade, fazem de *José Cupertino, Oscar Xavier, Ferdinando Vasconcelos, Iroito Léo, João Lopes, Massilon Tenório, Amâncio Pereira, Jerônimo Maranhão, Valderedo Silva, Carlos Siqueira, Guimarães Lima, Ruy Junqueira* e do nosso querido *Joaquim Cabral Netto* motivo de muito orgulho para o Ministério Público Brasileiro.

Estes homens de visão e de coragem, alguns dos quais, para honra nossa, participam desta solenidade, podem considerar-se vitoriosos, porque a entidade que conceberam há trinta anos tem cumprido, com absoluto êxito, o papel que inspirou a sua criação, qual seja, o de atuar como promotora dos avanços institucionais, detectando os anseios de mudança e dirigindo os esforços da Instituição no sentido de concretizá-los. Ao longo de sua profícua existência, a CONAMP sempre agiu informada pela melhor e mais elevada postura ideológica, firmando-se como legítima interlocutora do Ministério Público deste País junto aos Poderes Públicos e a outros setores de decisão. Sua história, marcada por sucessivos momentos de afirmação e de impulso, fizeram dela a guardiã maior dos princípios e garantias da Instituição e dos direitos e interesses de seus membros.

Muitos dos que aqui se acham presentes foram testemunhas ou protagonistas das memoráveis lutas capitaneadas pela CONAMP e certamente hão de se lembrar dos trabalhos legislativos que resultaram na edição da Lei Complementar nº 40, de 1981, através da qual se delineou, pela primeira vez, um avançado perfil de Ministério Público para o Brasil. Na elaboração desse diploma legal, que se constitui num dos mais significativos marcos da história da nossa Instituição, foi de fundamental importância a atuação da nossa

entidade nacional, que, graças à seriedade do seu trabalho, pôde contar com o resoluto apoio do então Ministro da *Justiça Ibrahim Abi-Ackel*, cuja atuação foi decisiva não só para que o Presidente da República exercitasse sua iniciativa, fazendo o envio do projeto ao Congresso Nacional, mas, sobretudo, para que o texto refletisse efetivamente os anseios do Ministério Público.

Receba, por isso, eminente deputado *Ibrahim Abi-Ackel*, as homenagens da nossa entidade representativa e saiba que nos orgulhamos muito de Vossa Excelência.

Outra passagem marcante na história da CONAMP foi a sua participação nos lineamentos do atual perfil constitucional do Ministério Público, através da competente e bem sucedida ação que desenvolveu durante os trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte. Graças ao extraordinário esforço empreendido por colegas de todo o Brasil, ao longo dos vinte meses por que se estenderam as atividades de elaboração da nova Carta Política, pôde a nossa Instituição alcançar o *status* de verdadeiro Poder.

Quem viveu aquela época pode atestar de que a vitória do Ministério Público não aconteceu por acaso. Foi produto do trabalho, da dedicação, da sensibilidade e do espírito público de homens de têmpera, como *Luiz Antonio Fleury Filho* e *Antonio Araldo Ferraz Dal Pozzo*, que presidiram a nossa entidade de classe naquele período e que, mercê da eficiência de suas atuações, tiveram seus nomes projetados para fora da Instituição e, pouco depois, tornaram-se, respectivamente, Governador do Estado de São Paulo e Secretário de Estado de Administração da mesma unidade federativa.

Mas, a laboriosa atuação de *Fleury* e de *Araldo*, que os tornou artífices de uma das mais belas páginas da história da nossa Instituição, certamente não teria alcançado pleno êxito se, ao seu lado, dando-lhes o necessário sustentáculo, não estivessem presentes e atuantes, três parlamentares de envergadura, que exerceram destacado papel em favor do Ministério Público. Refiro-me a *Carlos Alberto de Aragão Vinagre*, *Ibsen Valls Pinheiro* e *José Bernardo Cabral*.

O primeiro, *Carlos Vinagre*, deputado constituinte pelo Estado do Pará, foi defensor intransigente das mais arrojadas propostas de avanços institucionais, o que fez com entusiasmo, dedicação e conhecimento de causa, uma vez que também é membro do Ministério Público.

O segundo, *Ibsen Pinheiro*, da bancada gaúcha e também promotor de justiça, foi induvidosamente o baluarte de todo o trabalho desenvolvido naquela ocasião. Orador brilhante e articulador político notável, colocou todo o seu talento e competência a favor da causa institucional. O seu gabinete, para o qual convergiam colegas de todo o país, tornou-se o *bunker* do Ministério Público Brasileiro, durante os trabalhos da Constituinte. A ele, mais do que homenagens, devemos prestar nossa irrestrita solidariedade, como expressão de respeito por sua paciente submissão aos sofrimentos da vida, reconhecendo que, não fosse o seu dedicado trabalho, o Ministério Público certamente não teria avançado tanto.

O terceiro parlamentar, Senador *Bernardo Cabral*, à época deputado pelo Amazonas, teve papel decisivo na estruturação do perfil institucional do Ministério Público, como relator da Comissão de Sistematização da Assembléia Nacional Constituinte. Cultor do direito e defensor das liberdades democráticas, forjado na militância da advocacia e na vida pública, Sua Excelência, que já havia passado pelo infortúnio de experimentar os rigores do regime de exceção, percebeu, imediatamente, que era preciso colocar a serviço da coletividade uma instituição apta a preservar e a defender seus direitos, mesmo contra violações praticadas pelo Poder Público. E, com a mesma visão histórica daqueles pioneiros que, em 1970, forjaram a CAEMP, o eminente relator compreendeu que esse papel só poderia ser bem desempenhado pelo Ministério Público.

E, hoje, passados quase treze anos, os destinos da nossa Instituição voltam a estar nas mãos de *Bernardo Cabral*, agora na qualidade de relator da Reforma do Judiciário.

Como dirigente da CONAMP, eminente

Senador, não posso deixar de externar publicamente a irrestrita e absoluta confiança que o Ministério Público Brasileiro deposita em Vossa Excelência, certo de que a sua íntima convicção, ainda que não declarada, é a de que, se alguma coisa precisa ser modificada em nossa Instituição, não é definitivamente o excesso de poder, como querem alguns, mas, ao contrário, a sua insuficiência.

Se o Ministério Público tivesse, por exemplo, mecanismos para desarmar as delongas no fornecimento de dados destinados à instrução de procedimentos investigatórios, sobretudo quando a informação depende dos agentes do Poder, certamente teríamos uma Administração Pública mais transparente, sem que a retórica dos agentes políticos colocasse, entre o governo e o população, um biombo demagógico.

Tenho plena certeza de que, nessa Reforma, o Ministério Público sairá ainda mais fortalecido, porque sei que Vossa Excelência acredita na Instituição e deseja que ela continue atuando com firmeza, comprometida com a cidadania, buscando a melhoria da qualidade de vida para todos e colocando-se a serviço da proteção dos valores sociais contra atos que lhes são lesivos.

É nesse sentido afirmativo, caros colegas, que devemos orientar nossa caminhada, exercendo as funções ministeriais, com denodo e senso de responsabilidade, e pautando nossas ações pelo exemplo construtivo de homens de fé e de coragem, como *José Paulo Sepúlveda Pertence*, *Aristides Junqueira Alvarenga* e *Antonio Carlos Biscaia*, figuras de extraordinária importância no processo de afirmação institucional, que souberam, pelo trabalho, elevar o nome da nossa Instituição ao patamar mais alto, tornando-a respeitada e merecedora da confiança da população.

Dirijo-me, agora, aos caríssimos colegas do Ministério Público de Minas Gerais, que aqui se encontram em número expressivo. A vocês, minhas congratulações pelo exemplo de atuação modelar que dão ao Brasil, inclusive através de seus dedicados e combativos representantes

classistas, cuja atuação junto à CONAMP tem sido decisiva nestes momentos de dificuldades e de incertezas. Vocês, Procuradores e Promotores de Justiça, têm cumprido sua nobre missão constitucional com firmeza e ao mesmo tempo ponderação, não se curvando às pressões dos poderosos, como também não se permitindo o cometimento de excessos com intuito de perseguição ou promoção pessoal.

Exercitando, desse modo, o ministério que nos é reservado, nada temos a temer. Na verdade, quando agimos com determinação e equilíbrio, guiados pela ética, comprometidos com interesse social e inspirados pelo propósito de dar a cada qual o seu direito, aí representamos uma força indestrutível, porque indestrutíveis são os valores da decência, da moral e da justiça."

Vale destacar que a solenidade em tela contou com a presença do Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro *Marco Aurélio de Mello*, sendo este o seu primeiro compromisso público como autoridade máxima do Poder Judiciário nacional, com o Presidente da ANMP, *Castellar Guimarães*, anfitrião da festividade, com o Procurador-Geral de Justiça de Minas Gerais, *Nedens Ulisses Freire Vieira*, com o Desembargador *Sérgio Lellis Santiago*, Presidente do Tribunal de Justiça de Minas Gerais e, como já assinalado, com o Presidente da CONAMP, nosso colega *Marfan Martins Vieira*.

2. Na oportunidade, reuniu-se o Conselho Deliberativo da CONAMP e o Conselho Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça para, em conjunto, tratarem de assuntos relativos ao Ministério Público.

Falecimento do Procurador de Justiça Dr. Simão Isaac Benjó

Faleceu, nesta Cidade, no dia 01 de julho do ano em curso, o Professor *Simão Isaac Benjó*, ex-Diretor da *Revista do Ministério Público-RJ*, na sua segunda fase, quando ostentava o nome de *Revista de Direito da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, durante a década de 70 do século que vem de findar. *Benjó*, como era conhecido no *Parquet*, foi membro destacado da Instituição, exercendo a função de assistente do Procurador-Geral, Dr. *Amaro Cavalcanti Linhares*, assim como o de Assessor de Direito Civil da PGJ, no período compreendido entre 1991 e 1994, quando da gestão do Procurador-Geral *Antonio Carlos Silva Biscaia*. Atuou, com destaque, perante vários órgãos de execução, no cível e no crime, uma vez que, como Defensor Público (então cargo inicial da carreira), Promotor Público, Curador e, após, como Procurador de Justiça, foi chamado a exercer atribuição nas mais diversas áreas de atividade.

Entre 1963, data do seu ingresso no *Parquet*, até 1995, data da sua aposentadoria, foram decorridos 32 anos de notáveis serviços prestados à nossa Instituição. Seu nome estará, para todo o sempre, ligado de forma indelével à *Revista do Ministério Público* que dirigiu, de 1975 a 1977, com saber, competência e dedicação.

Quando da sua aposentadoria, a *Revista do Ministério Público* prestou-lhe, com toda a justiça, significativa homenagem, fazendo inserir na **Seção Perfil** belo depoimento escrito por nosso estimado colega, Dr. *Elio Gitelman Fischberg*, assim intitulado: *Simão Isaac Benjó – Padrão de Promotor de Justiça, exemplo de humanista* (Cf. nº 2, jul.-dez/1995, pp. 285/287). Sem dúvida, uma bela síntese de sua personalidade.

Não pode ficar esquecida sua atuação no *Parquet* como primoroso examinador de Direito Civil nos concursos de 1974 (do extinto Estado da Guanabara) e, já após a Fusão, no primeiro realizado no novo Estado do Rio de Janeiro, integrando bancas altamente seletivas.

Esta, uma pálida visão da luminosa passagem de *Simão Isaac Benjó* pelo nosso Ministério Público.

Fora da Instituição, *Benjó* destacou-se, igualmente, como advogado de renome, além de notável professor de Direito Civil, exercendo o magistério superior na UERJ e na Universidade Estácio de Sá.

O Ministério Público, através do Procurador-Geral de Justiça, fez realizar cerimônia fúnebre em sua memória (*mishmará*), no dia 07 de julho, na Sinagoga *Shel Guemilut Hassadim*. O ato religioso contou com a presença de expressivo número de colegas do saudoso Procurador de Justiça.

Novas instalações para o Ministério Público

Inaugurado, no dia 20 de julho, o Núcleo de Proteção dos Interesses Difusos e Direitos Coletivos (meio ambiente, patrimônio cultural e consumidor) do Ministério Público. O Núcleo, localizado na Av. Presidente Antônio Carlos, 607, 12° andar, no centro da Cidade, contará com gabinetes para Promotores de Justiça com atuação nas respectivas áreas e atribuição na Comarca da Capital, sala de atendimento para o público, sala para reuniões, além de gabinetes para os profissionais que integram o Grupo de Apoio Técnico Especializado.

Na ocasião, foram homenageados os primeiros colegas que exerceram as antes nominadas "Curadorias do Meio Ambiente e do Consumidor", Procuradores de Justiça *João Batista Petersen Mendes* (*in memoriam*) e *Helio Zaghetto Gama*, bem como aqueles que, desde então, chefiaram as equipes do Consumidor e do Meio Ambiente.

A inauguração está inserida no projeto de tornar efetiva a atuação do *Parquet* fluminense na proteção dos interesses difusos e direitos coletivos, com a transferência das atribuições para a matéria – antes concentrada no Procurador-Geral de Justiça – para os Promotores de Justiça. Além do mais, os colegas terão, como

apoio, um corpo de peritos. Haverá, outrossim, para a ampliação dos serviços, a criação de 36 órgãos de execução específicos, sendo que 14 deles com atribuição na Capital.

OECPJ homenageia os novos Procuradores de Justiça

1. Teve lugar, no dia 17 de agosto, no auditório situado no 5° andar do edifício-sede do Ministério Público, a tradicional homenagem que o Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça presta aos colegas que chegam ao final da carreira do *Parquet*.

2. A tocante cerimônia teve início com o ingresso, no recinto, dos novos Procuradores de Justiça, acompanhados de seus respectivos padrinhos.

Registramos, por oportuno, a relação dos nossos colegas e respectivos padrinhos:

Dra. *Léa Barboza Vianna Freire*

Padrinhos: Dra. *Paolina Leone Candia Hryniewicz* e Dra. *Lígia Portes Santos.*

Dra. *Heloísa Carpena Vieira de Mello*

Padrinhos: Dr. *Elio Gitelman Fischberg* e Dr. *Luiz Sérgio Wigderowitz.*

Dra. *Simone Benício Ferolla*

Padrinhos: Dr. *Hugo Jerke* e Dra. *Lígia Portes Santos.*

Dr. *Antônio José Martins Gabriel*

Padrinhos: Dr. *Antonio Vicente da Costa Junior* e Dr. *Luís Otávio de Freitas.*

Dr. *Cláudio Soares Lopes*

Padrinhos: Dr. *Sergio Demoro Hamilton* e Dra. *Márcia Alvares Pires Rodrigues.*

Pelo OECPJ, saudando os novos Procuradores de Justiça, usou da palavra a Procuradora de Justiça, Dra. *Gizelda Leitão Teixeira*. São suas palavras:

"Poucas vezes este Órgão Especial presenciou a ascensão ao cargo de Procurador de Justiça de um grupo tão representativo de nossa instituição.

Tomam posse, neste ato, os Exmos. Srs.: *Cláudio Soares Lopes, Léa Freire, Heloisa Carpena, Antônio José Martins Gabriel* e *Simone Benício Ferolla.*

Cada um desses colegas tem uma vida profissional rica de experiências, marcada pelo sucesso das iniciativas, contribuindo, cada qual, para o engrandecimento e credibilidade da instituição do Ministério Público.

Como Promotores, os colegas *Cláudio Soares Lopes* e *Antônio José Martins Gabriel* marcaram suas atuações pela coragem, combatividade e dedicação à árdua tarefa a eles confiada. Brilhantes profissionais, são respeitados e admirados por seus pares.

A Promotora *Léa Freire*, dando continuidade ao trabalho pioneiro de *Hélio Gama*, marcou sua atuação profissional pela seriedade de suas manifestações, em uma área que só há poucos anos passou a contar com proteção legal : o direito do consumidor. Profunda conhecedora da matéria e sempre vigilante, marca a presença do Ministério Público nos episódios relevantes afetos à defesa do consumidor.

Heloísa Carpena é profissional de inegável cultura. Dedicada aos estudos, manifesta-se com absoluto acerto nos processos submetidos a seu crivo, conforme por nós constatado nos inúmeros feitos em que oficiamos na Segunda instância e que continham promoções de sua lavra.

Incontáveis vezes presenciamos as referências elogiosas dos Srs. Desembargadores da 9ª Câmara Cível ao trabalho desenvolvido pela Dra. *Heloísa*, enaltecendo, assim, ainda mais, o nome do Ministério Público.

Simone Ferolla sempre se destacou por sua dedicação ao trabalho, com combate incansável às investidas delituosas, liderando colegas nos estudos e debates acerca da atuação do Promotor na seara criminal e participando ativamente de palestras realizadas pela Procuradoria de Justiça, sempre interessada no aprimoramento de sua atuação.

Todos esses colegas destacaram-se pela atuação profissional séria e destemida, honrando nossa instituição.

Hoje, chegam ao topo da carreira no Ministério Público. Novas experiências profissionais os aguardam. O atuar será bem diverso. A análise dos processos será mais apurada, as manifestações nos processos advirão de um maior amadurecimento pessoal e profissional e a participação nas sessões de julgamento serão extremamente enriquecedoras, pois os debates travados entre os Srs. Desembargadores são excelente oportunidade de reflexão sobre temas, por vezes polêmicos, e outros que se mostram corriqueiros, mas que, igualmente, exigem análise e estudo para uma manifestação adequada.

O silêncio será o companheiro de trabalho. Já não haverá o burburinho do fórum , a conversa animada com os colegas, o ir e vir diário. É uma fase de maior isolamento, não há dúvida. Uma maior disciplina se impõe para que se dê conta dos incontáveis processos que chegam.

Mas também é uma fase de amadurecimento profissional; é o coroamento de uma carreira de lutas e sacrifícios. A relevância do trabalho do Procurador de Justiça é incontestável, pois quantas vezes é o parecer do Procurador que impõe um novo desfecho ao processo, despercebido que passara a todos, na primeira instância, um detalhe, uma falha, uma prova.

A luta prossegue, no esforço conjunto de bem exercemos as nossas funções, buscando engrandecer, a cada dia, a cada manifestação materializada nos autos, nossa instituição, que hoje desfruta de prestígio e credibilidade junto a todos os segmentos da sociedade, graças ao esforço empreendido por aqueles colegas que nos antecederam, anonimamente.

Uma nova etapa foi vencida e é preciso continuar caminhando, pois só deixa marcas na areia aquele que caminha. Sejam bem-vindos e boa sorte!"

Em nome dos homenageados, fez-se ouvir a Procuradora de Justiça, Dra. *Heloísa Carpena Vieira de Mello*. Registre-se o seu pronunciamento, vazado nos termos que se seguem:

"UMBERTO ECO, intelectual, filósofo, italiano e

ateu, publicou uma obra cujo título por si só instiga o leitor – "Em que crêem os que não crêem?" – uma coletânea de cartas trocadas entre ele e CARLO MARIA MARTINI, intelectual, teólogo, italiano e cardeal, dos mais eminentes e poderosos da Igreja. Desse colóquio, extraí um trecho, no qual o primeiro discorre sobre os fundamentos da ética, contando o que ele afirma ser uma anedota. Diz ECO:

> 'Eu ainda era um jovem católico de 16 anos e aconteceu de empenhar-me em um duelo verbal com um conhecido mais velho que eu e tido como 'comunista', no sentido que tinha esse vocábulo nos terríveis anos 50. E como ele me provocasse, fiz-lhe a seguinte pergunta decisiva: como podia ele, um incrédulo, dar um sentido àquela coisa tão insensata que seria a própria morte? E ele respondeu-me: 'Pedindo, antes de morrer, um funeral civil. Assim, já não estarei mais presente, mas terei deixado aos outros um exemplo.' Creio que também o senhor (Cardeal MARTINI) pode admirar a fé profunda na continuidade da vida, o sentido absoluto do dever que animava aquela resposta. E foi esse sentido que levou muitos incrédulos a morrer sob tortura para não trair os amigos, outros a infectar-se com a peste por cuidar dos infectados. Essa é, até hoje, a única coisa que leva um filósofo a filosofar, um escritor a escrever: deixar uma mensagem na garrafa porque, de alguma maneira, aqueles que virão poderão acreditar ou achar belo aquilo em que ele acreditou ou achou belo.'

A força do exemplo, a importância do respeito ao Outro, que afinal nos define e nos permite compreender a nós mesmos, é o que melhor traduz o sentimento que hoje nos anima. Hoje, precisamente quando somos alçados ao último degrau da carreira do Ministério Público, são os exemplos de vida, muito mais do que os textos

legais, que nos revelam o conteúdo da ética institucional e nos incentivam a seguir adiante.

A Constituição de 88 – Constituição cidadã – elevou o Ministério Público à condição de agente político e, incumbindo-o da defesa dos direitos sociais, mudou definitivamente a feição da instituição. Desde então, o membro do Ministério Público passou a ser visto, tanto pelo governante como pelo povo, como um novo "ator político", responsável por um sem número de atribuições, dentre as quais poderia citar: a realização dos direitos dos cidadãos, consumidores, crianças e adolescentes, idosos, deficientes, é responsável pelo resguardo dos valores ambientais, pelo controle do Legislativo e do Executivo, pelo controle concentrado da constitucionalidade, a fiscalização do patrimônio público, dos serviços de relevância pública, incumbido, ainda, da representação para fins de intervenção, do funcionamento perante o Tribunal de Contas, do controle de fundações, além das funções "clássicas", como titular da ação penal e como parecerista na área cível. O crescimento do âmbito de nossa atuação foi, sem dúvida nenhuma, extraordinário.

Ao mesmo tempo em que nos atribuiu tamanho encargo, a Constituição nos deu também as garantias necessárias ao desempenho desta missão, dotando o *Parquet* de um grau de independência jamais vivido na história institucional. Passamos a ter autonomia administrativa, iniciativa para encaminhar projetos de lei, mandato para o Procurador-Geral de Justiça, nomeações a cargo do Procurador-Geral, enfim, garantiu-nos a Constituição Federal condições para o exercício de nossas funções.

As grandes transformações, contudo, demandam mais do que somente o tempo para se consolidar: demandam, sobretudo, vontade de realizar.

O alargamento de nossa missão institucional conduziu, inevitavelmente, ao embate político, tanto com a sociedade, que passou a reclamar da instituição uma atuação para a qual não lhe foi dado o aparelhamento necessário, como com o

Poder Público, que passou a ser controlado mais diretamente, em muitos aspectos.

O constituinte – e também o legislador ordinário – freqüentemente não se preocupam com a efetividade das normas que editam, vestindo-lhes o rótulo de "programas" e deixando ao sabor das circunstâncias a realização dos direitos ali contidos. A criação de direitos sociais, sem a necessária criação de estruturas de apoio que garantam a sua efetiva implementação, tem sido uma constante na história política e social do Brasil.

Não seria leviano dizer que a expectativa da não-efetivação desses direitos freqüentemente faz parte da lógica do processo legislativo, que cria direitos na certeza de que não serão implementados. A estrutura política do país tem estimulado um Legislativo socialmente generoso, quando não irresponsável ou demagógico, amparado num Executivo incapaz de tornar realidade os novos direitos produzidos.

O Ministério Público, ao contrário, não se furtou ao seu papel.

Decorridos mais de 10 anos da promulgação da Carta, podemos afirmar, com serenidade, que estamos cumprindo nossa missão. Mas não sem percalços, como era de se esperar.

O desempenho das novas atribuições não tardou a gerar um impacto político direto na atuação do Ministério Público.

Estamos vivendo um momento histórico de consolidação das conquistas institucionais e não são poucas as tentativas de retrocesso, como a absurda "lei da mordaça" e outras tantas.

A repercussão de nossas ações tem recebido da mídia atenção sempre crescente, criando espaço, contudo, para nossos detratores que, sob o manto da "crítica jornalística", buscam denegrir a imagem da Instituição.

Embora goze de estatura constitucional, decorrente da liberdade de manifestação do pensamento, o direito à crítica jornalística, por certo, não é ilimitado.

Como bem afirma VIDAL SERRANO, colega do Ministério Público de São Paulo, em obra cuja

referência é obrigatória, "a imprensa moderna se transformou em um verdadeiro poder social, muitas vezes fazendo do cidadão não um destinatário mas um refém da informação". Assim, torna-se necessário defender não só a liberdade da imprensa, mas também a liberdade face à imprensa, que impõe limites ao direito de crítica jornalística.

A liberdade de expressão e o direito à crítica são reconhecidos em razão do valor que possuem para o sistema democrático. Quando há desvio desta finalidade, há o abuso, descumprindo a imprensa sua função social. Não se pretende, evidentemente, defender a censura dos meios de comunicação, proibida de forma categórica em nosso país; todavia, o repúdio à censura não pode conduzir ao absolutismo da liberdade de expressão.

Digo isso para mencionar o recente episódio protagonizado por conhecido jornalista que, noticiando fatos inverídicos, atacou covarde e despropositadamente a honra de nosso Procurador-Geral. Tal ataque, destinado para além da pessoa do Procurador, significou verdadeira afronta à dignidade da instituição do Ministério Público e de todos os seus membros, a merecer a nossa mais veemente repulsa.

Permito-me reproduzir trecho da nota publicada no dia seguinte àquela matéria, assinada por mais de 300 Promotores e Procuradores de Justiça, em desagravo ao Chefe do *Parquet*, a qual destaca *(aspas)* "seus conhecimentos jurídicos, dinamismo e amor à instituição e, principalmente, seu caráter, dignidade e competência, que fizeram-no, em 1998, o mais votado dos integrantes deste Ministério Público, em eleição direta, para o cargo de Procurador-Geral de Justiça. Em dezembro de 2000, submeteu, mais uma vez, seu nome e sua gestão à classe, obtendo a maior votação já registrada na história do Ministério Público, sendo reconduzido assim à Chefia institucional."

Não bastasse a manifestação clara e unívoca dos membros da Instituição, expressa nessas duas votações, cabe dizer ainda, Sr. Procurador-Geral,

que V.Exa. personifica o ideal de Ministério Público que todos nós desejamos: o Ministério Público dinâmico, independente, altivo, corajoso, empreendedor, sensível aos anseios sociais e, sobretudo, consciente do sentido absoluto do seu dever, tanto para com a sociedade, como para com a instituição. Em uma palavra: ético.

As aleivosias assacadas contra sua honra atingem a todos nós, repito, expostos que estamos às reações daqueles que desejam o Brasil tal como é: socialmente injusto.

Iniciei o meu discurso falando de exemplos e de ética. Mas não era só o seu exemplo, Sr. Procurador-Geral, que eu gostaria de referir. Quero lembrar outros colegas que honraram essa Casa e construíram a história do Ministério Público, colegas que, com sua história de vida, nos mostraram o caminho a seguir. Poderia citar muitos nomes, mas hoje quero prestar um tributo ao mestre e amigo *Simão Benjó*.

Ele, que nunca poupou esforços para servir ao Ministério Público, com sua cultura de professor, seu talento de causídico, sua argúcia de matemático, sua obstinação de semita e sua ternura de pai. A mim, a V. Exa. e a todos que tiveram o privilégio de conhecê-lo, deixou a maior lição, aquela que só podemos entender com o coração e a única que realmente importa: a do amor incondicional pelo Ministério Público.

Sob esta inspiração chegamos hoje, como eu disse, ao patamar mais alto de nossa carreira. Chegamos aqui confiantes na nobreza de nossa missão, cientes das dificuldades do caminho, mas ainda apaixonados pela causa da Justiça. Conscientes do sentido absoluto do nosso dever.

Que Deus nos abençoe."

A solenidade viu-se encerrada com a fala do Procurador-Geral de Justiça, Dr. *José Muiños Piñeiro Filho* que, de improviso, manifestou seu apreço pelos nossos companheiros de Instituição que chegam ao mais elevado cargo do Ministério Público.

3. O evento contou com a presença de expressivo número de Procuradores de Promotores de Justiça, valendo ressaltar o comparecimento do 1º Subprocurador-Geral de Justiça, Dr. *Hugo Jerke*, padrinho de uma das homenageadas, dos Procuradores de Justiça aposentados Drs. *Mauro Campello* e *Ulysses Leocádio*, bem

como do Desembargador *Manoel Carpena Amorim*, pai de uma das novas Procuradoras de Justiça.

XXIV Concurso para ingresso na classe inicial da carreira do Ministério Público

Para o fim de registro histórico, noticiamos os principais eventos que marcaram o XXIV Concurso para ingresso na classe inicial da carreira do Ministério Público:

1. CONSTITUIÇÃO DA COMISSÃO DE CONCURSO

Membros titulares: Drs. *José Muiños Piñeiro Filho, Evangelina Fontelas Rosado Spinelli, Vera de Souza Leite, Fátima Maria Ferreira Melo, Vitória Abi Rihan* e *Adelângela Carvalho Saggioro.*

Membros suplentes: Drs. *Elisabeth de Moraes Cassar, Maria do Carmo dos Santos Casa Nova, Roberto Moura Costa Soares, Regina Lucia Natal de Carvalho* e *Patrícia da Silveira Rosa.*

2. BANCA EXAMINADORA

2.1 Banca de Direito Penal

Presidente: Dr. *Antonio Vicente da Costa Junior*

Membros:

Direito Penal

Drs. *Antonio Vicente da Costa Junior* (titular); *Flavia Araújo Ferrer de Andrade* e *Alexandre Viana Schott* (suplentes).

Direito Processual Penal

Drs. *Nildson de Araújo Cruz* (titular); *Simone Benício Ferolla Guida* e *Somaine Patricia Cerruti Lisboa*(suplentes).

2.2 Banca de Direito Civil

Presidente: Dr. *Paulo Cezar Pinheiro Carneiro*

Membros:

Direito Civil

Drs. *José Maria Leoni Lopes de Oliveira* (titular); *Marija Yrneh Rodrigues de Moura* e *Leila Maria Rodrigues Pinto de Carvalho e Albuquerque* (suplentes).

Direito Processual Civil

Drs. *Paulo Cezar Pinheiro Carneiro* (titular); *Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea* e *Humberto Dalla Bernardina de Pinho* (suplentes).

Direito Comercial

Drs. *Jorge Joaquim Lobo* (titular); *Paulo Penalva Santos* e *Anco Márcio Valle* (suplentes).

2.3 Banca de Direito Público

Presidente: Dr. *Celso Benjó*

Membros:

Direito Constitucional

Drs. *Francisco das Neves Baptista* (titular); *Sergio Bastos Viana de Souza* e *Marcos da Motta* (suplentes).

Direito Administrativo

Drs. *Celso Benjó* (titular); *Carlos Domingues da Venda* e *Renato Lisboa Teixeira Pinto* (suplentes).

Princípios Institucionais do Ministério Público

Drs. Marcos André Chut (titular); *Romero Lallemant Lyra* e *Claudio Henrique da Cruz Viana* (suplentes).

3. Candidatos inscritos: 3684.

3.1 Que compareceram à prova preliminar: 3.210

3.2 Candidatos aprovados: 47.

3.3 A serem empossados: 47.

4. Classificação final dos candidatos:

1°	*Erica di Donato Vianna*
2°	*Afonso Henrique Ferreira Barbosa*
3°	*Oyama Mignon de Castro*
4°	*Tatiana Costa Torres*
5°	*Rodrigo de Almeida Maia*
6°	*Pedro Paulo Marinho de Barros*
7°	*Marcelo Mauricio Barbosa Arsenio*
8°	*Carlos Guilherme Santos Machado*
9°	*Henrique Paiva Araujo*
10°	*José Carlos Zebulum*

11°	*José Marinho Paulo Junior*
12°	*Daniel Favaretto Barbosa*
13°	*Paulo Roberto Mello Cunha Junior*
14°	*Marcia Araujo Pinto*
15°	*Carolina Chaves De Figueiredo Marinho*
16°	*Cindy Chao*
17°	*Renata Scarpa Fernandes Borges*
18°	*Ricardo Campanelle Rodrigues*
19°	*Tiago Joffily*
20°	*Rosana dos Santos Rodrigues*
21°	*Leonardo Arreguy Romão*
22°	*Letícia Almeida Martins de Souza*
23°	*Karine Susan Oliveira Gomes*
24°	*Guilherme Braga Peña de Moraes*
25°	*Ana Paula Ribeiro R. de Oliveira*
26°	*Maria Lucia Winter*
27°	*Sergio Luis Lopes Pereira*
28°	*Fabio Mendes Muniz*
29°	*Marcelo Augusto Buarque de Tavares*
30°	*Paula Feteira Soares*
31°	*Bruno de Lima Stibich*
32°	*Eduardo Monteiro Vieira*
33°	*Patricia de Oliveira Souza*
34°	*Rosana Gomes Esperança*
35°	*Ana Gabriela de Mello Fernandes*
36°	*Cristiane de Carvalho Vasconcelos*
37°	*Suzana Salgado Lopes*
38°	*Allana Alves Costa Poubel*
39°	*Bruno dos Santos Guimarães*
40°	*Patrícia Gabai Venancio*
41°	*Mariana Segadas Acylino de Lima*
42°	*Rhamile Sodré de Oliveira*
43°	*Marcelo Fabiano Araújo dos Santos*
44°	*Francisco Lopes da Fonseca*
45°	*Vagner Delgado de Almeida*

46° *Rodrigo Cézar Medina da Cunha*
47° *Frederico Antonio Bonfatti T. Monteiro*

Eleição para o OECPJ

1. Teve lugar, no dia 24 de agosto, no edifício-sede do Ministério Público, na sala anexa ao *foyer* do 9° andar, a eleição para a escolha dos 10 membros eleitos que irão compor o Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça no próximo biênio. Como sabido, o mais elevado colegiado da Instituição é integrado por 10 membros natos (os dez Procuradores de Justiça mais antigos na carreira), por dez membros eleitos pelo Colégio de Procuradores de Justiça, além do Procurador-Geral de Justiça, que preside o Órgão Especial, e do Corregedor-Geral do Ministério Público.

2. A Mesa receptora e apuradora dos votos tinha a presidi-la o Procurador de Justiça *Antonio Vicente da Costa Junior*, figurando como demais membros os Procuradores de Justiça *Luiz Sergio Wigderowitz*, *Evangelina Fontelas Rosado Spinelli* e *Maria do Carmo dos Santos Casa Nova*.

3. A eleição apresentou o seguinte resultado:

Membros eleitos

Adolfo Borges Filho – 96 votos
Pedro Moreira Alves de Brito – 86 votos
Ertulei Laureano Matos – 85 votos
Maria Cristina Palhares dos A. Tellechea – 84 votos
Sergio Bastos Viana de Souza – 78 votos
Regina Lucia Natal de Carvalho – 78 votos
Sonia Simões Correa Fortes – 76 votos
Francisco Antonio Souto e Faria – 72 votos
Vitória Abi Rihan – 72 votos
José Maria Leone Lopes de Oliveira – 71 votos

Membros suplentes

Márcia Alvares Pires Rodrigues – 70 votos
Márcio Klang – 61 votos
Cláudia Maria Oliveira dos Santos – 61 votos
Tânia Maria Salles Moreira – 55 votos
Pedro Elias Erthal Sanglard – 54 votos

III Congresso Nacional dos Promotores do Júri

1. Realizou-se, em nossa cidade, nos dias 30 de agosto a 1° de setembro, o III Congresso Nacional dos Promotores do Júri. O evento teve lugar no "Rio Othon Palace", na Av. Atlântica, 3624, em Copacabana. Sua realização deveu-se ao Ministério Público de nosso Estado, através do seu Centro de Estudos Jurídicos, contando com o apoio da Fundação Escola do Ministério Público/RJ– FEMPERJ – e o patrocínio da Editora *Lumen Juris* e do Banco do Estado do Rio de Janeiro – BANERJ. Coube a presidência de honra do Congresso ao Procurador-Geral de Justiça, Dr. *José Muiños Piñeiro Filho*, figurando na comissão organizadora os Drs. *Antonio Vicente da Costa Junior, Edilson Mougenot Bonfim, Gláucia Maria da Costa Santana, Luciano Lessa Gonçalves dos Santos, Marcelo Rocha Monteiro, Maurício Assayag, Patrícia Mothé Glioche Bèze, Simone Benício Ferolla* e *Somaine Patrícia Cerruti Lisboa.*

Quando da instauração do evento, no dia 30 de agosto, a Mesa de abertura estava assim composta: Dr. *José Muiños Piñeiro Filho*, Procurador-Geral de Justiça; Dr. *João Luiz Duboc Pinaud*, Secretaria de Estado de Direitos Humanos e Sistema Penitenciário; Dr. *Sérgio Zveiter*, Secretario Extraordinário de Justiça; Dra. *Dalva Pieri Nunes*, Corregedora-Geral do Ministério Público, Delegado *Alvaro Lins*, Chefe de Polícia Civil; Cel. PM *Wilton Ribeiro*, Comandante da Polícia Militar; Desembargador *Angelo Moreira Glioche*, representando o Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro; Dr. *Aben Athar*, Diretor do Banco do Estado do Rio de Janeiro – BANERJ, um dos patrocinadores do Congresso; Dr. *Marcelo Cerqueira*, Presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros - IAB; Ministro *Evandro Lins e Silva* e Dr. *Carlos Costa*, representante do *Federal Bureau of Investigations* – FBI no Brasil.

2. A programação do evento obedeceu ao seguinte cronograma:

III Congresso Nacional dos Promotores do Júri
Programação

30/08 - Quinta-feira

18h – Abertura pelo Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Dr. *José Muiños Piñeiro Filho*
19h – Conferência: *"O Papel do Promotor ante o Ideário do Júri" - Edilson Mougenot Bonfim* – Promotor de Justiça (SP)
20h – Coquetel de boas-vindas

31/08 - Sexta-feira

9h – *O Júri no Direito Comparado: - O Júri na Inglaterra*
Expositor: *Bruce Houlder Q.C - Chairman* da *"The Criminal Bar Association"*

9h45min – ***O Júri na França***
Expositor: *Gaetan Di Marino* – Professor Agregado das Faculdades de Direito *Aix En Provence* e Diretor do Centro de Criminologia Internacional de Direito Penal Comparado
10h30min – *Coffee Break*
10h45min - ***O Júri nos Estados Unidos da América***
Expositora: *Karine Moreno Taxman*, Promotora de Justiça Federal
11h30min - Debates
12h30min – Almoço
14h – ***A Investigação dos Crimes Dolosos Contra a Vida por Agentes do FBI***
Expositor: *Carlos A. Costa* – Adido Civil dos Estados Unidos da América no Brasil e Representante do FBI no Brasil
15h30min – Debates
16h – *Coffee Break*
16h30min – Painel: *O Ministério Público e o relacionamento com o jurado*
Expositor: Dr. *Antiógenes Marques de Lira*, Promotor de Justiça (AL)
Debatedores: Dra. *Izabel Salvador Salomão* – Promotora de Justiça (ES)
Dr. Julio Cesar Lima dos Santos – Promotor de Justiça (RJ)
17h30min – Debates
18h – Painel: *Acusando no Júri: Emoção e Razão*
Expositor: Dr. *Antonio Vicente da Costa Junior* – Procurador de Justiça (RJ)
Debatedores: Dr. *Alex Sandro Teixeira da Cruz* – Promotor de Justiça (SC)
Dr. *Waldemar Antonio Arimatéia* – Promotor de Justiça (MG)
18h30min - Debates
19h – Homenagens Especiais:

Antonio Vicente da Costa Junior
Everardo Moreira Lima
Edmo Rodrigues Lutterbach

01/09 - SÁBADO

9h – ***A Reforma do CPP no Tribunal do Júri***
Expositor: Dr. *José Fernando Gonzalez* - Procurador de Justiça aposentado (RS)
Debatedores: Dra. *Patrícia Mothé Glioche Béze* – Promotora de Justiça (RJ)
Dr. *Eduardo Barreto D´Ávila Fontes* – Promotor de Justiça (SE)
10h - Debates
10h30min – *Coffee Break*
11h – ***A Ampliação da Competência do Júri***
Expositora: Desembargadora *Telma Musse Diuana* (RJ)
Debatedores: Dr. *Hidejalma Muccio* – Promotor de Justiça (SP)
Dr. *Vandilson Lopes de Lima* – Promotor de Justiça (PB)
12h - Debates
12h30min – Almoço
14h – ***O Advogado como Assistente da Acusação e a Acepção da expressão***

"Plenitude de Defesa"
Expositor: Dr. *Humberto Teles* – Advogado (RJ) e Dr. *Remo Laineti* – Advogado (RJ)
Debatedores: Dr. *Antonio Francisco Patente* – Procurador de Justiça aposentado (MG)
Dr. *Marcos André Chut* – Promotor de Justiça (RJ)
15h – Debate
15h30min – *Coffee Break*
16h – Denúncia e Libelo: ***A Imputação Perante o Tribunal do Júri***
Expositor: Dr. ***Afrânio Silva Jardim*** – Promotor de Justiça (RJ)
Debatedores: Dr. *Silvio Miranda Munhoz* – Procurador de Justiça (RS)
Dr. *Norton Geraldo Rodrigues da Silva* – Promotor de Justiça (SP)
17h – Debate
17h30min – Tribuna Livre
19h – Encerramento pelo Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Dr. *José Muiños Piñeiro Filho*

3. Na oportunidade, mais precisamente no dia 31, foram homenageados três colegas que marcaram sua passagem pelo Ministério Público perante o Tribunal do Júri: Drs. *Everardo Moreira Lima, Antonio Vicente da Costa Junior* e *Edmo Rodrigues Lutterbach.*

4. A Mesa dos trabalhos que presidiu a homenagem estava composta pelo Procurador-Geral de Justiça, Dr. *José Muiños Piñeiro Filho,* pelo 1° Subprocurador-Geral de Justiça, Dr. *Hugo Jerke,* pelo 2° Subprocurador-Geral de Justiça, Dr. *Elio Gitelman Fischberg,* pelo decano da Instituição, Procurador de Justiça Dr. *Sergio Demoro Hamilton,* além dos homenageados.

A saudação aos nossos colegas foi proferida, de improviso, pelo Procurador-Geral de Justiça, cabendo ao Procurador de Justiça aposentado, Dr. *Everardo Moreira Lima,* o agradecimento em seu próprio nome e no dos demais colegas.

Transcrevemos, para conhecimento geral, a fala do Dr. *Everardo Moreira Lima*:

> "Agradecemos, o Dr. *Antonio Vicente da Costa Junior,* o Dr. *Edmo Rodrigues Lutterbach* e eu, organizadores deste congresso a subida honra desta homenagem, que se deve certamente não só ao nosso entranhado amor à instituição do Júri, como também ao prolongado desempenho das funções do *Parquet* junto àquele tribunal.
>
> Vivemos numa época cuja velocidade de crescimento vem se acelerando de ano para ano a espantosas taxas exponenciais. Embora a estrutura jurídica, pela sua própria natureza de ordenadora da estabilidade social, deva ser preservada de volubilidade institucional, não logra, entretanto,

permanecer indene às mudanças que ocorrem nas formas de produção econômica, em conseqüência da evolução científica e tecnológica.

O legislador – aqui e alhures – ao elaborar a norma que irá disciplinar nova relação social, socorre-se de soluções legais criadas por ordenamentos estrangeiros em face de idênticas necessidades de regulamentação, e que ali se mostraram eficazes.

CLÓVIS BEVILÁQUA, em princípios do século XX, em artigo na Revista da Faculdade de Direito do Recife, distinguiu o que ele chamou de direito *idionômico*, isto é, aquele resultante da experiência do povo que o produziu, do direito *alotrionômico*, respigado da legislação de povos mais experientes. Afirmava então o mestre ser sábio o legislador que se inspira no direito comparado ao conceber a lei da sua comunidade.

Não obstante, após a 1ª. Guerra Mundial, GEORGE RIPERT, perplexo diante das sucessivas alterações na interpretação dos textos legais, não sopitou o seu misoneísmo e proclamou a decadência do direito.

Do mesmo modo, o Prof. *José Carlos de Matos Peixoto*, em aula magna na Faculdade Nacional de Direito, no ano de 1950, sobre o 'sentimento e a intelectualização do direito entre os romanos', louvou a autenticidade e a permanência do direito entre romanos e ingleses.

Outros juristas, todavia, saudaram a chegada das novas instituições, como o fez ORLANDO GOMES, em preciosa monografia sobre as transformações do direito das obrigações.

Inegável é, entretanto, haver um momento certo para a mudança: ela não deve ser precipitada, nem, tampouco, retardada. É imperioso atentar nas condições necessárias à sua implantação, a fim de que não ocorra prejuízo social presente ou futuro, como aconteceu, entre nós, com a serôdia abolição da escravatura.

Colônia de Portugal, começamos com as Ordenações, oriundas do direito romano e do direito continental europeu; perfilhamos, como país independente, uma constituição liberal, a que se sucederam outras influenciadas pelas

ideologias prevalecentes em cada época, e vimos incorporando ao nosso estatuto jurídico normas que refletem conquistas sociais de outros povos, como as regras internacionais de transporte marítimo e aéreo, as de seguros e resseguros, títulos de crédito, marcas e patentes, locações urbanas, direitos de autor, relações de trabalho, sociedades anônimas, falências e concordatas, instituições financeiras, relações de consumo,direito processual divil e penal, direitos difusos, ações coletivas, enfim, importamos os institutos e os ajustamos às nossas circunstâncias.

O Código Comercial, de 1850, e o Código Civil, de 1916, foram considerados extemporâneos já no momento de sua edição, e o Projeto de Código Civil, em trânsito na Câmara dos Deputados, é tachado de caduco antes mesmo de nascer.

Entre os objetivos deste encontro, inclui-se certamente o debate sobre a boa aplicação dos preceitos reguladore so Júri, de sua eficácia como instrumento político de participação popular e da necessidade, ou não, de sua modificação.

Neste sentido, dissertaram aqui juristas de países estrangeiros em que também se pratica o julgamento pelo Júri, sobre suas particulares experiências nos países de origem.

Nunca estivemos indiferentes a essas discussões e, no passado, sustentamos e ainda mantemos os seguintes pontos de vistas:

1. que o julgamento pelo júri – como direito e garantial individual que é – seja opção do réu, a ser por ele manifestada após a decisão de pronúncia;

2. que, no plenário do júri, sejam as testemunhas inquidas diretamente não só pelo Juiz, como também pelo promotor e pelo advogado de defesa;

3. que ao Ministério Público seja facultado o recurso de revisão criminal *pro reo*.

Não vamos justificar tais proposições, provavelmente por vós outros, em outros termos, já debatidas. Por outro lado, por mais elegantes que sejam tais questões, devem elas ser expostas e tratadas sem pressa nem paixão.

A propósito do que ele chamou de

'supervalorização de modelos estrangeiros' na elaboração da lei nacional, o eminente Prof. JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, em artigo recentemente publicado pela *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, indicou dois pressupostos aos quais devem subordinar-se as operações de importação de novos institutos: primeiro, o conhecimento profundo do modo como funciona o instituto no país de origem; segundo, o convencimento de que a pretendida inovação é compatível com o tecido do ordenamento no qual se quer enxertá-la. Se tais cautelas não forem observadas, acrescenta, corre-se o risco da rejeição do transplante. No entanto, em seguida a essas ponderáveis observações, indaga o mestre se os advogados brasileiros, por exemplo, estariam habilitados a proceder, como seus colegas norte-americanos, à *cross-examination* de testemunhas, e se os juízes nacionais, com ou sem martelo, seriam capazes de presidir ao ato com a impassibilidade olímpica com que constumam manter-se os *trial judges* dos Estados Unidos. A pergunta está de certo modo respondida pelo próprio articulista quando afirma, em outro passo do texto, que novos modos de agir não se assimilam de um dia para outro. Aliás, a *cross-examination* não é outra coisa senão a inquirição da tesemunha feita diretamente pelo advogado da parte contrária, sob a vigilância do juiz, que só admitirá a pergunta se ela for relevante, objetiva e pertinente. No que tange ao comprtamento dos juízes americanos na presidência do júri, aqui e lá más fadas há. A idéia de sua impassibilidade olímpica é provavelmente resultante de freqüente exposição a filmes policiais na TV, contra a qual deve também se precatar o ilustre processualista.

Ao encerrar esta oração, queremos reiterar nosso reconhecimento aos colegas congressistas, aos organizadores do conclave, e, nomeadamente, ao Sr. Procurador-Geral de Justiça, Dr. *José Muiños Piñeiro Filho*, que, com seriedade, competência e descortino, dirige os destinos do Ministério Público deste Estado, pela honra que nos concederam e, pessoalmente, agradeço a todos os

presentes a atenção que me dispensaram e a paciência com que me ouviram.

Muito obrigado."

Cerimônia de Posse dos Novos Promotores de Justiça (XXIV Concurso)

Realizou-se, no dia 03 de setembro, na sede do Ministério Público, no auditório do 9° andar, a solenidade de posse dos Promotores de Justiça aprovados no XXIV Concurso para ingresso na carreira do Ministério Público.

1. A Mesa dos trabalhos viu-se constituída da seguinte maneira: Procurador-Geral de Justiça, Dr. *José Muiños Piñeiro Filho* (Presidente dos trabalhos), Deputado Estadual *Sérgio Cabral Filho*, Presidente da Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, Desembargador *Marcus Antonio de Souza Faver*, Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Secretário Extraordinário de Justiça, Dr. *Sérgio Zweiter*, representando o Sr. Governador do Estado do Rio de Janeiro, Conselheiro *José Gomes Graciosa*, Presidente do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, Dr. *Otávio Augusto Brandão Gomes*, Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Rio de Janeiro, Dra. *Dalva Pieri Nunes*, Corregedora-Geral do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Dr. *Sergio Demoro Hamilton*, decano da Instituição, além dos Conselheiros do Egrégio Conselho Superior do Ministério Público, Drs. *Heloisa Maria Daltro Leite, Ligia Portes Santos, Maria Cristina Menezes de Azevedo, Leonardo de Souza Chaves, Paolina Leone Candia Hryniewicz* e *Elaine Costa da Silva*, pois a posse, *ex vi legis*, deve dar-se perante o referido Colegiado.

Registre-se, ainda, a presença das seguintes autoridades (*): Dr. *Hugo Jerke*, 1° subprocurador-Geral de Justiça, Dr. *Elio Gitelman Fischberg*, 2° Subprocurador-Geral de Justiça, Dra. *Vera de Souza Leite*, 3° Subprocurador-Geral de Justiça, Dr. *João Luiz Duboc Pinaud*, Secretário de Estado de Justiça e Direitos Humanos, Desembargador *Angelo Moreira Glioche*, Dr. *Marfan Martins Vieira*, Presidente da Associação do Ministério Público-RJ, Dr. *Arthur Pontes Teixeira*, Diretor-Presidente da CAMPERJ, Dr. *Francisco Habib Otoch*, Presidente do Centro de Procuradores de Justiça e Pe. *Helio Pacheco Filho*, representando o Sr. Cardeal-Arcebispo do Rio de Janeiro.

2. A cerimônia obedeceu ao seguinte roteiro:

I – Uma vez formada a Mesa, o Procurador-Geral de Justiça convida os empossandos a ingressarem no recinto da posse.

II – Todos os presentes cantam o Hino Nacional Brasileiro.

III – Compromisso de posse prestado pelo Dr. *Afonso Henrique Ferreira Barbosa*, em nome de todos os empossandos.

(*) A indicação de todas as autoridades presentes não foi remetida à *Revista do Ministério Público/RJ*.

IV – O Procurador-Geral recebe o compromisso e declara investidos no cargo de Promotor Substituto todos os empossandos.

V – O Secretário-Geral de Administração, Dr. *Marcos da Mótta*, procede a leitura do termo de posse dos novos Promotores de Justiça.

VI – Chamada nominal de cada um dos nomeados para a assinatura do respectivo termo e entrega dos atos de nomeação.

VII – Saudação aos novos Promotores de Justiça proferida pelo Dr. *Elio Gitelman Fischberg*, 2º Subprocurador-Geral de Justiça.

Transcrevemos, para conhecimento de nossos leitores, a fala em questão:

> "Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Dr. *José Muiños Piñeiro Filho*, na pessoa de quem saúdo igualmente todas as autoridades dos Poderes Públicos estaduais presentes, que integram ou não a mesa desta solenidade, e que me confia, nesta ocasião tão solene e tão festiva, falar em nome da Chefia da Instituição, correndo com isso sérios riscos, que somente a seriedade e a serenidade de *Piñeiro* à frente deste Ministério Público, com postura marcadamente democrática, lhe permitem correr, já a esta altura de suas muito profícuas duas gestões,
>
> Estimados novos e novas quarenta e sete colegas Promotores de Justiça, deste muito exigente e bastante sério e renhido XXIV Concurso de Ingresso na Carreira do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, cujas pessoas saúdo efusivamente, também em nome de todos os colegas desta Instituição, como novos irmãos de trabalho, pelas razões que adiante exporei,
>
> Colegas Procuradores e Promotores de Justiça, cujo número hoje cresce e se reforça, em quantidade e em qualidade, em nada menos do que sete por cento do total atual de integrantes da carreira, contando com estes que agora tomam posse e se juntam a nós,
>
> Pais, mães, demais parentes e pessoas ligadas por laços de afetividade e de amizade a estes novos colegas Promotores de Justiça, que tanto bem querem a eles, desde muito antes de podermos nos honrar em tê-los como colegas, e que estão tão felizes quanto eles e quanto nós pela meta

atingida e pelo belo e duro futuro que os aguarda,

O Ministério Público é e sempre será uma instituição no meio do caminho, como a pedra do poeta CARLOS DRUMMOND DE ANDRADE, cuja essência e cujo peso são necessários e se aprimoram continuamente.

Tanto assim é que a Constituição Federal de 1988, depois de longo percurso adverso em Cartas da República anteriores, declara ser o Ministério Público permanente, como instituição, segue reconhecendo-o como essencial à função jurisdicional do Estado, e finda por lhe atribuir a defesa da própria ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Mas isso, então, é colocar todo o peso do mundo sobre essa ainda incipiente, mas grave e solene, pedra.

De um lado dessa pedra, na longa estrada, a uma razoável distância, que todos os dias procuramos percorrer, os Poderes Judiciário e Legislativo federal e estadual, os Poderes Executivos estadual e municipais, em suma, como se costuma dizer, a assim chamada sociedade politicamente organizada.

De outro lado, a uma distância hoje ainda maior, que todos os dias procuram percorrer até nós, mais do que nós mesmos buscamos preencher até elas, milhões e milhões de pessoas, o nobre, trabalhador, às vezes feliz e muitas vezes sofrido povo brasileiro, os integrantes da sociedade politicamente desorganizada.

Nem instituição governamental, nem instituição popular, o Ministério Público ao mesmo tempo se beneficia e ao mesmo tempo se contradiz, em sua essência e em seu peso, como a pedra no meio do caminho, quando ora busca se aproximar de Governos, para combatê-los em suas faltas, ora procura atender ao povo, para socorrê-lo em suas carências.

Nada somos sem o povo, não atuamos verdadeiramente a não ser para o povo, nada podemos se não for o povo.

Os Poderes Públicos e os Governos passam e passarão.

Os homens, mulheres, crianças, adultos e idosos do povo brasileiro sempre existirão, pois são eles que criam e sustentam, sempre a partir das riquezas e das misérias de suas vidas e de seus sonhos, os Poderes e os Governos.

O trabalho essencial do Ministério Público, portanto, se faz no atendimento ao povo, ou ao público, como se diz, de modo melífluo, em lei, pois somente assim a pedra solene e grave que somos, no meio do caminho, poderá, com sua essência e com seu peso, levar aos Poderes Públicos os reclamos do que o povo verdadeiramente necessita e deles exigir devido e justo atendimento.

Retiro disso um aviso eterno para mim mesmo e, assim, para os novos colegas que hoje se tornam Promotores de Justiça: não se esqueçam nunca que somos povo, viemos do povo, lançados por ele, como a pedra, para este meio de caminho bastante ermo, e para ele trabalhamos, a ele retornaremos sempre e a ele deveremos, mais dia, menos dia, prestar contas.

Os Poderes Públicos e o exercício do poder passam, o povo fica.

Colegas que hoje se tornam verdadeiros Promotores de Justiça, eu exorto: não deixem que o exercício do poder, pelo poder, lhes suba à cabeça, pela aparência faustosa de superioridade que isso possa transmitir a quem o realize, como será o caso de vocês, principalmente nos primeiros tempos de vida no exercício das funções institucionais do Ministério Público.

Não se deixem nunca atacar, novos Promotores de Justiça, se me permitem brincar e ao mesmo tempo falar sério, em solenidade tão importante como esta, por uma grave doença chamada "promotorite", da qual creio me ter curado faz tempo, mas que se revela endêmica, mais persistente entre jovens, mas também grassando entre antigos integrantes da nossa carreira, na modalidade "procuradorite".

A "promotorite", vou avisando, se nota, em suma, quando o germe virulento do exercício do poder sobe à cabeça do Promotor ou da Promotora de Justiça, do Procurador ou da Procuradora de

Justiça, e exercer o poder, assim, se transforma em fim em si mesmo, e não mais em simples e perigoso meio, como deve ser considerado, a utilizar com muito cuidado e respeito, para atender os reclamos gerados pela grande face de miséria do povo brasileiro.

A partir daí, o colega atacado de "promotorite" passa a cada vez mais ignorar a realidade à sua volta, deixa de lado o atendimento ao povo, no dia-a-dia de sua vida funcional, e finge, principalmente, ignorar toda a enorme gama de atribuições extrajudiciais que deve exercer, principalmente nas áreas de infância e juventude, de controle externo da atividade policial, de fiscalização de penitenciárias, presídios, asilos e casas de recolhimentos de incapazes, na atividade de controle do meio ambiente, dos direitos dos consumidores e da defesa dos direitos da cidadania e do patrimônio público, apenas como exemplos entre outros importantes temas de nossas funções institucionais.

Os sintomas dessa "promotorite" prosseguem, uma vez instalada, com a eterna alegação de que não pode realizar o atendimento ao povo e as relevantíssimas atribuições extrajudiciais, porque o volume de processos e de audiências judiciais em que tem de intervir é insuportavelmente excessivo.

Vai-se ver, no conteúdo, e ele, o atacado de "promotorite" ou de "procuradorite", se livra desses excessivos encargos, na grande maioria dos casos, com reduzidíssimas e herméticas promoções e com pareceres menores, com requerimentos de arquivamentos de inquéritos policiais insustentáveis, com tomada de ciência de sentenças e acórdãos claramente e necessariamente recorríveis e deles não recorre, e, por fim, com enormes e injustificáveis atrasos, muito além dos prazos legais, nas próprias emissões de promoções e pareceres.

E isso quando o contagiado por "promotorite" não se recuse cada vez mais a intervir nos processos, a pretexto de não haver interesse público que o justifique, o que se vai tornando moda entre nós, tudo sob o sagrado manto do

princípio da independência funcional - sempre agitado profunda e profusamente por quem tenha "promotorite" ou "procuradorite" -, em claro método, em verdade, de fazer caber o volume de trabalho sempre e apenas no muito sagrado horário do expediente forense, fora do qual o verdadeiro trabalho a se realizar é inimaginável e insuportável.

Ao lado disso e por isso mesmo, o Promotor com "promotorite" ou o Procurador com "procuradorite" apresenta o sintoma externo de se tornar um reles funcionário público fisiológico.

Passa a pensar que seu cargo e os benefícios pessoais que aquele lhe traz são o que de mais relevante existe no mundo, e, assim, a perseguir tudo quanto possa auferir disso, exigindo cada vez mais da administração da instituição quanto a férias, licenças especiais, licenças para tratamento de saúde sob os mais variados pretextos, e, ainda, quando isso não seja mesmo possível, designações em auxílio em seus órgãos de execução.

Encerro esse capítulo da "promotorite", novos Promotores de Justiça, referindo-me a dois fatos: as Promotorias Eleitorais e as férias dos membros do Ministério Público.

As muito bem remuneradas e muito pouco trabalhadas funções das Promotorias Eleitorais são um dos exemplos maiores das alucinações de que são acometidos os doentes de "promotorite", e que, em muito boa hora, o eminente Procurador-Geral de Justiça, com a prévia aprovação do Órgão Especial do Colégio de Procuradores, passou a combater, com recentíssima Resolução, a partir da qual, afastada a titularidade bienal, haverá perfeito rodízio de todos, repito, todos os Promotores de Justiça, pelo critério objetivo de antiguidade, para percepção da relevante gratificação respectiva.

Em enormes períodos de tempo em que não há eleições locais, estaduais ou federais – como sabemos, elas ocorrem bienalmente –, não há também trabalho, em inquéritos ou processos eleitorais, para o Ministério Público ou para o Juiz da Zona Eleitoral respectiva, pois isso ocorre de verdade apenas em poucos meses antes e após a

realização das eleições.

Apesar disso, houve e há gravíssimas distorções em nossa carreira, por força da sempre renhida disputa de titularidades dessas Promotorias Eleitorais, com inversões em promoções de mais modernos sobre mais antigos Promotores de Justiça, com remoções propositais de umas para outras Comarcas, com discussões de exercício nessas Promotorias Eleitorais, contados em anos, meses, semanas, dias, horas, minutos, segundos, milésimos de segundos, tudo perante o Conselho Superior do Ministério Público, enquanto vigorava a anterior Resolução a esse respeito, a de nº 615, a ver quem levava a titularidade dessa ou daquela Promotoria Eleitoral.

E essa titularidade, lastimo dizer, era tão acaloradamente discutida por Promotores de Justiça - muitos deles sempre desinteressados de qualquer outro tema institucional - nunca pela verdadeira magnitude das funções eleitorais do Ministério Público, mas porque sempre foi bem remunerada a falta de trabalho nas Promotorias Eleitorais, em mais de noventa por cento do tempo real, o que levou, inclusive, ao acometimento súbito de "promotorite" por Promotores de Justiça antes nunca acometidos e instantaneamente curados disso após obterem a titularidade respectiva.

Falei tanto dessa lastimável doença, o que não é bom em dia de posse de novos Promotores de Justiça, que é dia de festa, para marcar uma volta necessária ao início deste discurso, na comovida intenção de exortar os colegas que hoje ingressam na carreira a não fazerem de seus muito nobres cargos simples empregos de luxo e de seus justos ganhos e benefícios correlatos objetivos em si mesmos, a não ser o de garantir sobrevivência condigna, como meios de bem executarem as funções institucionais.

Somos profissionais muito caros, no sentido econômico-financeiro mais literal da expressão, ao empobrecido povo brasileiro e fluminense.

Na escala remuneratória do serviço público, estamos, nós do Ministério Público, quase no topo,

nesse ponto, sendo sintoma de "promotorite" e de "procuradorite" o literal e sincero esquecimento disso.

Temos ainda, como Promotores de Justiça, nada menos do que férias de dois meses por ano, dois meses em doze meses, repito, descansamos, então, quase vinte por cento de nosso tempo útil para o trabalho, o que é injusto socialmente e absurdamente elevado quando se considere o que dizem as ciências que estudam o trabalho e o descanso do trabalhador, e isso nessa quadra da vida de um País com tantas dificuldades como o nosso, o que ocorre já há muito tempo.

Anote-se que tal direito a férias é acrescido, em cada um desses dois meses, do terço de gratificação previsto na Constituição Federal, para verificar que a letargia decorrente desse mau costume agrava a doença de que ora lhes falo.

Férias dessa natureza, que materialmente se constituem em verdadeira regalia, no que excede a trinta dias por ano, somente são dadas, em todo o Brasil, seja no serviço público, seja mesmo na iniciativa privada, a Ministros, Desembargadores e Juízes de nossos Poderes Judiciários, a parlamentares de nossos Poderes Legislativos e a Ministros e Conselheiros de nossos Tribunais de Contas.

Por tudo isso, novos colegas Promotores e Promotoras de Justiça, quando vocês sentirem, dentro de vocês, os primeiros sintomas da doença que ora descrevo, preocupem-se em debelá-los logo.

Neste ponto, lembro e advirto, em primeiro lugar, que esses sintomas podem ser adquiridos por contágio, pois os doentes crônicos entre nós, Procuradores e Promotores de Justiça, tenderão sempre a atuar politicamente junto a vocês, com o canto de sereia fácil de cooptação em favor de vantagens e de exercer pressões para nem mesmo pedir, mas verdadeiramente exigir mais e mais benefícios para si mesmos, sob as formas e os meios mais variados e estapafúrdios, sobre os vários órgãos da administração superior de nossa instituição, especialmente durante os períodos de eleições para os cargos de Procurador-Geral de

Justiça, de conselheiros do Conselho Superior do Ministério Público, de membros do Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça e, mesmo, de eleições para a Diretoria e Conselho da Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, a AMPERJ.

Aconselho-os, em segundo lugar, quando isso ocorrer, a procurar um de nossos médicos, que são os muitos e excelentes Procuradores e Promotores de Justiça que, quase anonimamente, estão imunes à doença da "promotorite" e da "procuradorite", ou porque nunca contagiados ou porque dela curados.

Dou-lhes, colegas que hoje são empossados, alguns poucos e importantes exemplos desses verdadeiros Procuradores e Promotores de Justiça que atendem o povo, trabalham tanto extrajudicialmente quanto judicialmente, sem limites de horário forense de trabalho, fazem de seus cargos de membros do Ministério Público não simples empregos para meios de vida pessoal, mas bastiões da Instituição na realização de seus verdadeiros e nobres fins, e faço esta indicação desses "médicos" do Ministério Público, em caso de contágio de "promotorite", ainda que com a certeza de cometer injustiças com centenas de outros colegas de igual valor profissional, por não mencioná-los.

Refiro-me, como exemplos desses bons Promotores de Justiça a serem por vocês consultados, pois são "médicos" contra "promotorite", na Capital e em Niterói e São Gonçalo, entre muitos outros, às Dras. *Rosa Maria Xavier Gomes Carneiro* e *Maria Amélia Barreto Peixoto*, na área de infância e juventude, às Dras. *Márcia Teixeira Velasco* e *Dora Beatriz Wilson da Costa* e ao Dr. *Dennis Aceti Brasil Ferreira*, na área de Promotorias de Investigação Penal, em Centrais de Inquéritos, à Dra. *Luiza Lane Ribeiro Godinho*, na área de Promotorias de Execuções Penais, à Dra. *Cláudia Maria Perlingeiro dos Santos*, na área de Promotorias de Justiça junto a Juízos de Varas Criminais, e à Dra. *Maria de Lourdes de Oliveira Ribeiro*, hoje Coordenadora de nosso Centro Regional de São Gonçalo, por seu notável trabalho

no Tribunal do Júri, valendo lembrar, nessa mesma área, o Dr. *Afrânio Silva Jardim.*

Refiro-me, de igual modo, em outras Comarcas do interior do Estado, como mesmos exemplos, dentre outros, ao Dr. *Ricardo Zouein*, de Conceição de Macabu, ao Dr. *Victor dos Santos Queiroz*, agora em Campos, e ao Dr. *Cláudio Henrique da Cruz Vianna*, desde há muito em Campos, ao Dr. *Sebastião Fador Sampaio*, de Cabo Frio, e à Dra. *Somaine Patricia Cerrutti Lisboa*, de Petrópolis.

Entre Procuradores de Justiça, no exercício funcional, contem vocês, na mesma linha do que lhes digo, entre vários e vários outros, com *Ligia Portes Santos, Heloisa Maria Daltro Leite, Elaine Costa da Silva, Regina Lucia Natal de Carvalho, Augusto Dourado, Adolfo Borges Filho, Fernando Chaves da Costa, Maria Cristina Palhares dos Anjos Telechea, Luiz Sérgio Wigderowitz, Vanda Menezes Rocha, Celso Fernando de Barros, Marija Yrneh Rodrigues de Moura e José Maria Leoni Lopes de Oliveira.*

Todos esses verdadeiros médicos sacerdotes da Instituição dão consultas sem nada cobrar a vocês, em qualquer sentido, e a qualquer hora do dia ou da noite.

Lembro a vocês, novos colegas que hoje ingressam neste Ministério Público dos mais nobres e ativos do País, que estarão em estágio probatório a partir de agora e pelos próximos vinte e quatro meses, submetidos à Comissão de Estágio Confirmatório – CECON, dirigida pela Corregedoria-Geral do Ministério Público, com o apoio do Centro de Estudos Jurídicos desta Procuradoria-Geral de Justiça, com muitos colegas Supervisores, Procuradores e Promotores de Justiça, especialistas em suas áreas de atuação, que também tendem a ser médicos contra "promotorite", em qualquer emergência.

Levem muito a sério e respeitem o estágio confirmatório. Façam estágio confirmatório, em suas consciências, mesmo após vitaliciados, durante toda a sua carreira.

A partir de amanhã, e por trinta dias, como já sabem, vocês ainda não entrarão materialmente em exercício em seus cargos, pois realizarão, em tempo integral, o Curso de Adaptação Funcional,

no qual aqueles Supervisores e outros colegas dividirão com vocês bastante da importante experiência coletada na vida funcional. Aproveitem bem: o conhecimento teórico, aferido em concurso público, fica sempre longe, para menos, do que é necessário no dia-a-dia do bom Promotor de Justiça.

Lembrem-se sempre de que vocês somente podem existir hoje, porque seus antepassados viveram e deram a vocês razão de existir, e, também assim, em nossa Instituição uma enorme legião de colegas hoje aposentados e outros ainda em atividade, muito mais velhos e experientes que vocês, construíram e continuam construindo, dia a dia, esta maravilhosa Instituição.

Sejam muito felizes e que o trabalho e as realizações decorrentes desse trabalho, para melhoria da vida do povo brasileiro, seja a maior recompensa de suas vidas."

VIII – Em nome dos empossados, ouviu-se o pronunciamento da Dra. *Erica Di Donato Vianna*, cujos termos vão abaixo transcritos:

"Existem momentos na vida que são memoráveis, pois representam a concretização de metas, de aspirações que, muitas vezes, nos pareciam inatingíveis. Este, certamente, é um destes momentos. Por isto, é uma imensa honra poder falar em nome de meus colegas no dia em que ingressamos nos quadros do Ministério Público Fluminense.

Embora os Promotores e Promotoras que ora tomam posse sejam pessoas com origens e personalidades diversas, pode-se dizer que partilhamos de, ao menos, dois pontos comuns: o nosso passado recente e nossa futura missão.

Recentemente, fomos aprovados em um rigoroso concurso público de provas e títulos, que exigiu de cada um de nós uma concentração de esforços para atingir a mesma meta.

A respeito do concurso, não se pode deixar de fazer uma homenagem e um agradecimento a Deus e a todos aqueles que nos compreenderam, apoiaram e incentivaram. Permitam-me, aqui, usar de uma analogia, como nos autoriza nossa

Lei de Introdução ao Código Civil.

Ora, se nos termos do art. 29 do Código Penal, todos aqueles que concorrem para um crime incidem nas penas a ele cominadas, também se deve usar do mesmo raciocínio nas nossas conquistas. Em outras palavras, oferecemos a nossos pais, mães, avôs, avós, parentes, namorados, maridos, filhos, professores e amigos os nossos sinceros agradecimentos. Os senhores também são partícipes de nossa vitória.

Também em nome e a pedido de todos os meus colegas, que hoje tomam posse como Promotores de Justiça, gostaríamos de prestar uma justa homenagem à Comissão de Concurso pela sua atenção e paciência, em especial à Dra. *Evangelina Fontelas Rosado Spinelli.*

A Comissão de Concurso e os funcionários do Ministério Público com que tivemos a oportunidade de lidar não apenas velaram pela lisura e correta organização do concurso – que são incontestáveis –, mas também nos deram um exemplo de solidariedade e respeito aos candidatos. Jamais nos esqueceremos da forma afetuosa com que fomos tratados, em especial durante momentos de ansiedade antes das provas orais pelas Sras. Vera, Roseli e Tereza.

Mas não são apenas as recordações de nosso concurso que unem as Promotoras e os Promotores que hoje tomam posse, mas, principalmente, o fato de estarmos abraçando a mesma carreira e nos comprometendo a cumprir a mesma tarefa.

Afinal, quantas vezes cada um de nós, ao se deparar com as injustiças de nossa sociedade, como a impunidade ou o desrespeito a direitos fundamentais indisponíveis, não se sentiu impotente e desejou poder fazer algo concreto pela nossa sociedade?

Finalmente, encontramos aqui a nossa oportunidade. De fato, em 03 de setembro de 2001, vimos unir as nossas forças, nossos sonhos, nossa juventude e nossas aspirações ao Ministério Público.

Ademais, somos os primeiros Promotores a ingressar, neste novo milênio, no *Parquet* fluminense, que sabemos ser uma instituição

ávida por cumprir, cada vez melhor, a missão que lhe foi confiada pela Constituição da República de 1988.

Missão essa que compreende objetivos institucionais, como:

– a promoção da ação penal, atendendo ao anseio da sociedade de prevenção e repressão da criminalidade, seja nas Promotorias de Investigação Penal, seja nas Varas Criminais, seja no Tribunal do Júri;

– a defesa da ordem jurídica, atuando o Ministério Público como o fiscal da lei, seja em juízo, seja extrajudicialmente, nos casos em que se revela presente o interesse público;

– a defesa do regime democrático, sendo marcante a presença do Ministério Público em todas as fases do processo eleitoral;

– a luta pelo respeito aos direitos e interesses sociais, através da presidência de inquéritos civis e da promoção de ações civis públicas. Neste particular, é importante ressaltar a crescente atuação do Ministério Público na defesa do meio ambiente, dos direitos do consumidor, da moralidade administrativa e do patrimônio cultural, através da criação das Promotorias de Cidadania; e

– a proteção de direitos individuais indisponíveis, tais como a liberdade, a saúde, a integridade física e a vida de homens, mulheres, crianças e adolescentes.

Como visto, a missão é grandiosa. A tarefa é de tal envergadura que nos deixa com misto de empolgação e receio de como cumpriremos a enorme responsabilidade que hoje nos é confiada.

Por isso, esperamos que, a partir de hoje, em cada dia de nossas vidas como Promotores de Justiça, possamos sempre ser inspirados pelos objetivos institucionais. Que a vocação constitucional do Ministério Público de promover a justiça seja como um Norte a nos guiar na nossa

jornada como Promotores de Justiça.

Desta forma, poderemos ver as nossas comarcas não apenas como um lugar de trabalho, mas sim como uma comunidade onde vivem homens, mulheres, crianças e adolescentes que confiam em nosso trabalho. Seremos capazes de entender os processos, não como um emaranhado de papéis, mas sim como uma relação jurídica em que se discutem conflitos e direitos de seres humanos como nós.

Enfim, que possamos sempre nos recordar que a nossa função primordial, como Promotores de Justiça, é agir em prol da sociedade, buscando sempre a valorização da vida humana.

Desta forma, peço licença a meus colegas para fazermos nossas, embora tenham sido escritas no singular, as palavras do poeta THIAGO DE MELLO, em um poema intitulado: "A vida verdadeira":

'Pois aqui está a minha vida
Pronta para ser usada.

Vida que não se guarda
nem se esquiva, assustada.
Vida sempre a serviço da vida.
Para servir ao que vale a pena e o preço do amor.

Ainda que o gesto me doa,
Não encolho a mão: **avanço**
Levando um ramo de sol.
Mesmo enrolada de pó
Dentro da noite mais fria,
a vida que vai comigo
é fogo:
está sempre acesa'.

Agradeço a todos pela atenção e que Deus nos ilumine em nossa empreitada."

IX – Homenagem aos novos Promotores de Justiça prestada pelo Coral do Ministério Público com a execução de quatro peças musicais.

X – Leitura da Mensagem do Governador do Estado do Rio de Janeiro, lida pelo Dr. *Sergio Zweiter*:

"Senhor Procurador-Geral,

A posse de novos membros do Ministério Público é sempre um evento a ser festejado pela sociedade fluminense, eis que traz em seu bojo a renovação e a reafirmação dos valores democráticos norteadores da relevante missão dos Promotores de Justiça.

Infelizmente, compromissos inadiáveis, inerentes às funções da Governadoria do Estado, impediram-me de me fazer presente à solenidade de posse e, assim, compartilhar a grandeza do momento com todo o Ministério Público do Rio de Janeiro.

Ainda que à distância, contudo, apresento minhas expressões de elevado apreço à nobre Instituição do Ministério Público. Que Deus esteja presente em cada um dos dias da vida dos novos Promotores em sua árdua e importante missão na defesa da democracia e da liberdade.

Antony William Garotinho Matheus de Oliveira
Governador do Estado do Rio de Janeiro"

XI – Execução do Hino do Estado do Rio de Janeiro.

XII – Palavra final do Procurador-Geral de Justiça agradecendo a presença de todos e augurando felicidades aos empossados.

XIII – Após a cerimônia formal, foi servido, no *foyer* anexo ao Salão Nobre, um coquetel a todos os presentes.

XIV – A relação completa dos Promotores de Justiça empossados é a seguinte: *Afonso Henrique Ferreira Barbosa, Allana Alves Costa Poubel, Ana Gabriela de Mello Fernandes, Ana Paula Ribeiro R. de Oliveira, Bruno de Lima Stibich, Bruno dos Santos Guimarães, Carlos Guilherme Santos Machado, Carolina Chaves de Figueiredo Marinho, Cindy Chao, Cristiane de Carvalho Vasconcelos, Daniel Favaretto Barbosa, Eduardo Monteiro Vieira, Erica di Donato Vianna, Fabio Mendes Muniz, Francisco Lopes da Fonseca, Frederico Antonio Bonfatti T. Monteiro, Guilherme Braga Peña de Moraes, Henrique Paiva Araujo, Jose Carlos Zebulum, José Marinho Paulo Junior, Karine Susan Oliveira Gomes, Leonardo Arreguy Romão, Letícia Almeida Martins de Souza, Marcelo Augusto Buarque de Tavares, Marcelo Fabiano Araújo dos Santos, Marcelo Mauricio Barbosa Arsenio, Marcia Araujo Pinto, Maria Lucia Winter, Mariana Segadas Acylino de Lima, Oyama Mignon de Castro, Patricia de Oliveira Souza, Patrícia Gabai Venancio, Paula Feteira Soares, Paulo Roberto Mello Cunha Junior, Pedro Paulo Marinho de Barros, Renata Scarpa Fernandes Borges, Rhamile Sodre de Oliveira, Ricardo Campanelle Rodrigues, Rodrigo Cézar Medina da Cunha, Rodrigo de Almeida*

Maia, Rosana dos Santos Rodrigues, Rosana Gomes Esperança, Sérgio Luis Lopes Pereira, Suzana Salgado Lopes, Tatiana Costa Torres, Tiago Joffily e *Vagner Delgado de Almeida.*

Eleição na CAMPERJ

1. A eleição para a escolha do Conselho Diretor e do Conselho Fiscal da Caixa de Assistência do Ministério Público-RJ, para o próximo quadriênio, realizou-se no dia 10 de setembro, na sede da entidade, situada na rua do Ouvidor, 60, 6° andar.

A chapa única, que concorreu ao pleito, estava, assim, constituída:

Conselho Diretor

Diretor Presidente – *Arthur Pontes Teixeira*
Diretor Secretário – *Aldney Zacharias Peixoto*
Diretor Tesoureiro – *Jefferson Machado de Góes Soares*
Diretor de Benefícios – *Décio Luiz Gomes*

Conselho Fiscal

Mauro Campello
Jarcléa Pereira Gomes
Norton Esteves Pereira de Mattos

2. Compareceram para votar 91 eleitores, num total de 90 votos válidos, que sufragaram os nomes que irão reger os destinos da CAMPERJ até setembro de 2005.

AMPERJ homenageia os novos Promotores de Justiça

1. A Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (AMPERJ) realizou, no dia 17 de setembro do corrente ano, a tradicional cerimônia de entrega das insígnias institucionais aos Promotores de Justiça pertencentes ao XXIV Concurso de ingresso na Carreira, recém-empossados. O ato teve lugar no belo auditório da *Bradesco Seguros S.A.*, situada na Rua Barão de Itapagipe, 225, no Rio Comprido, nesta Cidade.

2. Compunham a Mesa que presidiu os trabalhos: o Dr. *Marfan Martins Vieira*, Presidente da AMPERJ; o Dr. *José Muiños Piñeiro Filho*, Procurador-Geral de Justiça; o Dr. *Ivan Gontijo*, representando a Diretoria da *Bradesco Seguros*; a Dra. *Dalva Pieri Nunes*, Corregedora-Geral do Ministério Público; o Dr. *Hugo Jerke*, 1° Subprocurador-Geral de Justiça; a Dra. *Vera de Souza Leite*, 3° Subprocurador-

Geral de Justiça; o Dr. *Luiz Antônio Ferreira de Araújo*, Diretor-Tesoureiro da CONAMP; o Dr. *Sergio Demoro Hamilton*, decano da Instituição e membro do OECPJ e o Dr. *Delphim Salum de Oliveira*, associado benemérito da AMPERJ.

3. Discursaram, na oportunidade, o Dr. *Marfan Martins Vieira*, Presidente da AMPERJ e a Dra. *Erica Di Donato Vianna*, ela falando em nome dos demais colegas de turma.

O Presidente da AMPERJ teve a ocasião de dirigir aos novos Promotores de Justiça as seguintes palavras:

> "Solenidades como a de hoje têm, para todos nós, um significado muito especial, não só porque representam a renovação das nossas esperanças e a reafirmação de nossa fé nos valores pelos quais lutamos, mas sobretudo porque realçam extraordinariamente a própria razão de ser da nossa Instituição, trazendo à reflexão o papel que ela desempenha em favor de uma sociedade mais justa e mais digna.
>
> Quando a nação brasileira, através de sua Lei Fundamental, em 1988, atribuiu ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses indisponíveis, outorgou a todos nós, integrantes desta Instituição, um verdadeiro mandato social.
>
> O Ministério Público, até então incumbido quase que exclusivamente da persecução penal e da tutela interventiva de interesses meramente individuais, passou a desenvolver intensa e profícua atividade nas áreas relacionadas à proteção do patrimônio coletivo, do meio ambiente e das relações de consumo, além de zelar pelo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição.
>
> Para o desempenho de tão vasta e relevante missão, o Ministério Público e seus agentes foram dotados de instrumentos, poderes e salvaguardas indispensáveis à atuação independente que lhe impunha o seu novo papel, revelando-se de fundamental importância, para tanto, as autonomias conferidas à Instituição e as garantias e prerrogativas asseguradas aos seus membros.
>
> Hoje, passados quase treze anos da promulgação de nossa Carta Política, não se pode

negar, o Ministério Público vem cumprindo com inegável zelo e eficiência a sua missão constitucional. Diariamente, se tem notícia, nos mais variados recantos do país, da instauração de procedimentos investigatórios e da propositura de ações penais e civis públicas, tornando efetiva a tutela dos direitos e interesses relativos à cidadania.

A crise dos valores éticos, todavia, fez com que a defesa da moralidade pública aflorasse como vertente mais destacada de atuação do *Parquet* e, em dimensão sem precedentes na história deste país, homens de grande prestígio e poder, que se julgavam acima da lei, passaram a ser responsabilizados por seus atos, graças à atuação verdadeiramente patriótica dos Procuradores e Promotores de Justiça.

Mas, como era de se esperar, os que se viram ameaçados ou atingidos pela ação independente e corajosa dos membros do Ministério Público logo passaram ao contra-ataque, apresentando-se como vítimas indefesas de uma atuação que denominam de inconseqüente e irresponsável, para assim fazer ecoar o discurso ardiloso de que o sistema constitucional e a legislação em vigor, excessivamente pródigos na outorga de poderes, prerrogativas, direitos e vantagens ao Ministério Público, teriam dado abrigo a desmandos, excessos e privilégios que precisam ser coibidos. E, ao embalo desses argumentos falaciosos, procuram restringir ou dificultar a atividade institucional, com iniciativas como a da Medida Provisória nº 2.088, de 27 de dezembro último, contra a qual travamos bem sucedida luta, mas que ainda representa sério risco para a eficácia do nosso trabalho, pelos resíduos comprometedores que deixou.

Também no campo do combate à criminalidade, que hoje representa enorme desafio para o Estado, dadas as suas proporções avassaladoras, tenta-se, igualmente, tolher a ação do Ministério Público, através de propostas de alterações legislativas, pelas quais se busca cercear a atividade investigatória dos Promotores de

Justiça e fragilizar o controle externo da atividade policial.

No contexto deste delicado momento histórico, em que se multiplicam as investidas contra a nossa Instituição, é com tristeza que se vê propalar, agora em nossa própria Casa, o mesmo discurso de afronta às nossas garantias e prerrogativas, pronunciado na presença de autoridades dos três Poderes, expondo a Instituição e seus agentes a um verdadeiro processo de execração, como se pertencêssemos a uma casta de privilegiados e favorecidos.

Aos que nos expõem desta forma, lembramos que as garantias e prerrogativas de que dispomos, que nem de longe se confundem com privilégios, não são nossas, mas daqueles aos quais se destina o nosso trabalho. É a eles que se dirigem as normas garantidoras da independência de nossa atuação, mormente quando, voltando os olhos para a realidade brasileira, verificamos que, não raro, os instrumentos de poder são usados de forma espúria, com sentido de pressão política e com desapego ao interesse público.

Meus caros colegas do XXIV Concurso, não podemos ser vítimas dessa armadilha e precisamos estar mobilizados para resistir a qualquer investida que se empreenda contra as nossas conquistas, pois todas elas têm reflexos no cotidiano do nosso trabalho e foram alcançadas com muito sacrifício, após anos e anos de lutas levadas a efeito por gerações e gerações de corajosos e obstinados Procuradores e Promotores de Justiça.

Estou certo de que vocês, tal como aqueles bravos colegas que forjaram o atual perfil Ministério Público, são Promotores de Justiça com "P" e "J" maiúsculos, sem embargo do epíteto "substituto" que a falta de inspiração fez agregar à nomenclatura dos seus cargos. Na verdade, embora ainda não vitaliciados, vocês gozam de todas as garantias e prerrogativas inerentes à elevada função que exercem, especialmente da independência funcional, que há de ser compreendida e exercitada de forma plena, sem as mitigações apregoadas e desejadas pelos

retrógrados e pelos descompromissados com o interesse social.

Estejam certos de que a nossa entidade de classe, que hoje os recebe de braços abertos, não só acredita no entusiasmo, na vocação e no amor à causa institucional que os levou a optar por esta carreira, como também confia na aptidão, na coragem e na disposição de todos para enfrentar o grande desafio que tem sido a nossa luta contra a exclusão e as desigualdades sociais.

Estejam igualmente certos, meus caros colegas do XXIV Concurso, de que a AMPERJ, como entidade representativa de toda a classe, jamais aceitará qualquer violação das nossas garantias funcionais, assim como não hesitará em opor-se radicalmente contra qualquer tentativa de redução, por menor que seja, das nossas prerrogativas, direitos e vantagens, tanto coletiva, quanto individualmente, inclusive frente aos organismos internos da Instituição, se deles se originar a ameaça.

Por outro lado, continuaremos lutando, junto aos legislativos estadual e federal, contra todas as proposições que tenham por objetivo nos impor retrocessos, não descuidando, inclusive, daquele malsinado projeto, referido há poucos dias, que pretende reduzir pela metade as nossas férias, bem assim dos que se relacionam com o nosso estipêndio ou com a gratificação eleitoral, que os Presidentes dos Tribunais Regionais Eleitorais querem tirar do Ministério Público, como noticiou, na edição de ontem, a "Folha de S.Paulo".

Como todos já puderam avaliar, nossa mensagem é de afirmação e de confiança. A sociedade brasileira espera muito do seu Ministério Público, em especial dos jovens Promotores de Justiça. São eles os combatentes mais ardorosos dessa renhida luta e graças a eles temos, hoje, uma Instituição conhecida e operante. Não há um dia em que não se veja no noticiário dos jornais ou da televisão a enorme repercussão social do trabalho infatigável e obstinado dessa gente moça do Ministério Público.

Há algum tempo, li no Jornal do Brasil uma carta enviada por um cidadão comum, que bem

retrata e resume os anseios da sociedade no que se refere ao papel reservado à nossa Instituição. Dizia o missivista:

"Ainda bem que nos resta um Ministério Público jovem, não contaminado, forte e de cabelinho na venta para nos dar esperança de justiça e de dias melhores, pois o resto das instituições parece haver decretado falência, adormecido e, não raras vezes, apodrecido. Lamentavelmente, o que se vê é um Judiciário pouco operante, que deixa tudo sem solução ao longo dos anos. Já nem falo do Congresso e seus barbalhos ou do Executivo que não executa. Mas, lá, no fim do túnel, há uma luz e uma esperança: é a garotada honesta e idealista do Ministério Público que está chegando."

Sejam bem-vindos, meus caríssimos colegas do XXIV Concurso, e que encontrem no Ministério Público a realização dos seus sonhos e esperanças.

Muito obrigado."

Por seu turno, a Dra. *Erica Di Donato Vianna* emitiu o seguinte pronunciamento:

"Como é de conhecimento de todos, o propósito da reunião de hoje é o recebimento das insígnias do Ministério Público pelos Promotores recém-empossados. Alguns dos convidados, não afetos à área jurídica, possivelmente devem estar intrigados sobre o que seria, na verdade, uma insígnia.

De acordo com o dicionário do Professor Aurélio Buarque de Holanda, insígnia significa "sinal distintivo de uma função, de dignidade, de posto, de comando, de poder, de nobreza *etc*; ou símbolo, emblema, divisa". Juridicamente, o uso exclusivo das insígnias da instituição é uma prerrogativa dos membros do Ministério Público.

No entanto, para aqueles que as recebem, tais definições não refletem o real sentido do termo. De fato, a insígnia do Ministério Público é uma

verdadeira metáfora, ou seja, é o símbolo que corporifica a função ministerial.

A balança sobre o Estado do Rio de Janeiro representa a missão de ser guardião da Justiça em nosso Estado, enquanto a cor vermelha encarna a energia, a força e a dignidade essenciais à atuação de um Promotor de Justiça, não apenas no júri, mas também em outras áreas, como criminal, infância e juventude, interesses difusos, família e cível.

Hoje, portanto, é um dia de festa e comemoração. Primeiramente, pelo fato de estarmos sendo gentilmente homenageados com estas insígnias, que, como visto, são muito representativas. Em segundo lugar, porque isto significa que conseguimos vencer uma grande batalha anterior: o concurso público para ingresso na instituição. Enfim, podemos finalmente reconhecer que o nosso sacrifício, o aprendizado nas aulas, as inúmeras horas de estudos, que nos privaram do convívio de nossos familiares e amigos, não foram em vão.

Também é imprescindível, neste momento, agradecer novamente a todos aqueles que estiveram ao nosso lado nesta empreitada. Tenho certeza que, para alguns de nós, foi bastante difícil escolher um padrinho ou uma madrinha para a cerimônia, porque poderíamos ser injustos com outra pessoa, cujo apoio foi inestimável. A todos, agradecemos sinceramente.

Hoje é igualmente um momento em que podemos reforçar a união de nosso grupo, ou seja, dos Promotores do XXIV Concurso do Ministério Público. Durante o concurso público, as reuniões antes da posse, e o curso de adaptação, que ora cursamos, tivemos a oportunidade de nos conhecer e criar laços de companheirismo e amizade. Sabemos que, daqui a alguns dias, seremos designados para órgãos de execução nas mais diferentes comarcas do Estado. No entanto, é muito importante que a distância não nos impeça de continuarmos unidos, trocando experiências. Que possamos sempre contar uns com outros, em nossas vidas e atuações funcionais. Enfim, que possamos sempre ser verdadeiros colegas de

concurso por toda a nossa vida no Ministério Público.

Agradeço a todos pela atenção e que Deus nos ilumine."

4. Seguiu-se, então, o momento culminante da solenidade, com a outorga das insígnias aos novos Promotores de justiça pela presidência da Mesa e posterior imposição pelos padrinhos.

Na ocasião, cada um dos novos colegas foi presenteado com um *kit-Promotor*, gentileza da AMPERJ.

5. A relação completa dos agraciados e respectivos padrinhos é a seguinte:

Afonso Henrique Ferreira Barbosa – Padrinhos: *Daniel Ferreira* e *Lígia Ferreira* (avós).

Allana Alves Costa Poubel – Madrinha: *Ticiana Poubel* (irmã).

Ana Gabriela de Mello Fernandes – Padrinhos: *Wolny Luiz Castro* e *Deize Fernandes* (tios).

Ana Paula Ribeiro R. de Oliveira – Padrinhos: *José Osvaldo Rocha de Oliveira* e *Isis Ribeiro de Oliveira* (pais).

Bruno de Lima Stibich – Padrinhos: *Cláudio Soares Lopes* (Promotor de Justiça) e *Bruna Vian Forain* (namorada).

Bruno dos Santos Guimarães – Madrinha: *Maria da Graça dos Santos Guimarães* (mãe).

Carlos Guilherme Santos Machado – Padrinho: *Márcio Souza Guimarães* (Promotor de Justiça).

Carolina Chaves de Figueiredo Marinho – Padrinho: *Leonardo Marinho* (marido).

Cindy Chao – Padrinho: *Cláudio Soares Lopes* (Promotor de Justiça).

Cristiane de Carvalho Vasconcelos – Padrinho: *Alexandre Simões da Câmara e Silva* (namorado).

Daniel Favaretto Barbosa – Padrinhos: *Odilon Nogueira Barbosa* e *Marisa Favaretto Barbosa* (pais).

Eduardo Monteiro Vieira – Padrinho: *Luiz Carlos Vivas Vieira* (pai).

Erica Di Donato Vianna – Padrinho: *Mauro Ceruti Viana* (pai).

Fabio Mendes Muniz – Padrinho: *Willian Soares Muniz* (pai).

Francisco Lopes da Fonseca – Padrinho: *José dos Santos Carvalho Filho* (Procurador de Justiça).

Frederico Antonio Bonfatti T. Monteiro – Madrinha: *Clarisse Bonfatti Teixeira Monteiro* (mãe).

Guilherme Braga Peña de Moraes – Padrinho: *Márcio Souza Guimarães* (Promotor de Justiça).

Henrique Paiva Araujo – Madrinha: *Letícia Nazaré Nunes de Paiva* (avó).

José Carlos Zebulum – Madrinha: *Patrícia Maria Carvalho da Silva Zebulum* (esposa).

José Marinho Paulo Junior – Padrinho: *José Marinho Paulo* (pai).

Karine Susan Oliveira Gomes – Padrinho: *Alessandro Lutsy Ponce Leon* (namorado).

Leonardo Arreguy Romão – Madrinha: *Maria Dinorah Arreguy Romão* (mãe).

Letícia Almeida Martins de Souza – Padrinhos: *Marcelo Galliez* (Defensor Público) e *Cláudia Domarico Ribeiro* (Delegada).

Marcelo Augusto Buarque de Tavares – Madrinha: *Maria Nazaré Pires de Souza Martins* (Promotora de Justiça).

Marcelo Fabiano Araújo dos Santos – Madrinha: *Anna Christina Fernandes* (esposa).

Marcelo Mauricio Barbosa Arsenio – Padrinhos: *Luiz Felipe Drummont* (Defensor Público) e *Patrícia Silva Rêgo* (namorada).

Marcia Araujo Pinto – Padrinho *Sergio Demoro Hamilton* (Procurador de Justiça).

Maria Lucia Winter – Madrinha: *Somaine Patrícia Cerruti Lisboa* (Promotora de Justiça).

Mariana Segadas Acylino de Lima – Padrinhos: *João Henrique Diniz Guimarães* (namorado) e *Gabriela Tabet de Almeida* (Promotora de Justiça).

Oyama Mignon de Castro – Padrinho: *Carlos Guilherme Santos Machado* (Promotor de Justiça).

Patricia de Oliveira Souza – Padrinhos: *Elias Alves de Souza* e *Marly de Oliveira Souza* (pais).

Patrícia Gabai Venancio – Madrinha: *Claudia das Graças M. de Oliveira Barros* (Promotora de Justiça).

Paula Feteira Soares – Madrinha: *Daniela Feteira Soares* (irmã).

Paulo Roberto Mello Cunha Junior – Padrinho: *Paulo Roberto Mello Cunha* (pai).

Pedro Paulo Marinho de Barros – Padrinhos: *Luciàna Estiges Toledo* (namorada) e *Ivo Marinho de Barros Júnior* (irmão).

Renata Scarpa Fernandes Borges – Padrinho: *Dennis Aceti Brasil Ferreira* (Procurador de Justiça).

Rhamile Sodré de Oliveira – Madrinha: *Cláudia das Graças M. de Oliveira Barros* (Promotora de Justiça).

Ricardo Campanelle Rodrigues – Madrinha: *Sonia Maria Fiaux Campanelle* (mãe).

Rodrigo Cezar Medina da Cunha – Padrinho: *Márcio Souza Guimarães* (Promotor de Justiça).

Rodrigo de Almeida Maia – Madrinha: *Maria Aparecida Moreira de Araujo* (Procuradora de Justiça).

Rosana dos Santos Rodrigues – Padrinho: *Marcello Duarte Spalla* (namorado).

Rosana Gomes Esperança – Padrinho: *Sergio Demoro Hamilton* (Procurador de Justiça).

Sergio Luis Lopes Pereira – Madrinha: *Ivone Maria do Nascimento Pereira.*

Suzana Salgado Lopes – Padrinho: *Carlos Roberto de Castro Jatahy* (Promotor de Justiça).

Tatiana Costa Torres – Padrinho: *Fernando Cury Goyano Bastos* (Promotor de Justiça).

Tiago Joffily – Madrinha: *Paula Rosadò de Souza* (namorada).

Vagner Delgado de Almeida – Padrinhos: *Eduardo José Junqueira de Almeida* e *Rita Delgado de Almeida* (pais).

6. Após a cerimônia, foi servido um coquetel aos presentes no suntuoso salão anexo ao auditório.

7. A festividade contou com a presença de grande número de Procuradores e Promotores de Justiça, bem como dos membros do Egrégio Conselho Superior do Ministério Público, Dr. *Leonardo de Souza Chaves*, Dra. *Paolina Leone Candia Hryniewicz*, Dra. *Maria Cristina Menezes de Azevedo*, Dra. *Lígia Portes Santos* e da Dra. *Heloisa Daltro Leite*, assim como do Desembargador *Guiseppe Italo Brasilino Vitagliano*, do Dr. *José Avelino Atalla*, Chefe de Gabinete do Procurador-Geral e do Dr. *Maurício Assayag*, Diretor-Executivo da FEMPERJ, dentre outros.

Posse dos membros eleitos do OECPJ

1. Realizou-se no dia 24 de setembro a cerimônia de posse dos dez Procuradores de Justiça eleitos para compor o Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça para o biênio 2001/2003. Eles, ao lado dos dez membros natos, irão constituir o Colegiado maior da Instituição, integrado, igualmente, pelo Procurador-Geral de Justiça e pelo Corregedor-Geral do Ministério Público.

A solenidade realizou-se no auditório do 5º andar, contando com a presença de bom número de Procuradores e Promotores de Justiça, do 1º Subprocurador-Geral de Justiça, Dr. *Hugo Jerke*, da 3ª Subprocuradora-Geral de Justiça, Dra. *Vera de Souza Leite*, bem como do Desembargador aposentado *Hermano Odilon dos Anjos*, ex-Procurador-Geral de Justiça, pai da Procuradora de Justiça *Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea*, empossanda no OECPJ.

2. Instalada a sessão solene, foram chamados individualmente pelo Procurador-Geral de Justiça, Dr. *José Muiños Piñeiro Filho*, os novos integrantes do OECPJ para assinarem o termo de posse, tomando, após, assento no lugar que, na

forma regimental, lhes é assegurado.

A relação dos empossados é a seguinte: Procuradora de Justiça *Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea*, Procurador de Justiça *Adolfo Borges Filho*, Procurador de Justiça *Ertulei Laureano de Matos*, Procurador de Justiça *Pedro Moreira Alves de Brito*, Procuradora de Justiça *Vitória Abi Rihan*, Procuradora de Justiça *Sônia Simões Corrêa Fortes*, Procuradora de Justiça *Regina Lúcia Natal de Carvalho*, Procurador de Justiça *José Maria Leone Lopes de Oliveira* e Procurador de Justiça *Francisco Antônio Souto e Faria*.

Presentes à solenidade, foram, igualmente, chamados à Mesa os suplentes *Márcia Alves Pires Rodrigues*, *Cláudia Maria Oliveira dos Santos*, *Tânia Maria Salles Moreira* e *Pedro Elias Erthal Sanglard*, assinando o livro respectivo.

3. A solenidade teve seguimento com o discurso do Procurador de Justiça, Dr. *Antônio Vicente da Costa Júnior*, que, em nome do OECPJ, saudou os empossados com as seguintes palavras:

> " Por mandamento legal, renova-se, uma vez mais, a composição deste Órgão Especial do Colégio de Procuradores. Em conseqüência, ascendem a ele novos integrantes que, conosco, membros natos e reeleitos, partilharão as responsabilidades afetas ao nosso superior desempenho. De ser liminarmente destacada, dentre as relevâncias que distinguem esse evento, que dele transparecem cinco reeleições. Delas são credores os nossos eminentes companheiros *Pedro Moreira Alves de Brito*, *Ertulei Laureano Matos*, *Sônia Simões Corrêa Fortes*, *Francisco Antonio Souto e Faria* e *Vitória Abi Rihan*. Recebem, portanto, consagrador abono que torna despicienda qualquer qualificação aos seus méritos. Ao terminante aval firmado pela nossa classe, nada pode ser aduzido, apenas o imperioso cumprimento pela insígnia conquistada. Também a assinalar que retornam ao nosso convívio colegas que já o ilustraram, como *Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea*, *Sérgio Bastos Viana de Souza* e *Márcio Klang*. São, portanto, destinatários de um enfático reconhecimento que bem enaltece a ética, o denodo e a dignidade com que se houveram em suas pretéritas atuações. E, com eles, são alçados a esta alta representação novos companheiros, da estatura funcional e ética de *Adolfo Borges Filho*, de *Regina Lúcia Natal de Carvalho*, de *José Maria Leoni Lopes de Oliveira*, de *Márcia Álvares Pires*

Rodrigues, de *Cláudia Maria Oliveira dos Santos*, de *Tânia Maria Salles Moreira* e de *Pedro Elias Erthal Sanglard*. Têm, todos, um reconhecido passado em nosso Ministério Público e, consequentemente, fundamentada aptidão para a liderança que assumem. Os recortes dos seus feitos, a respeitabilidade das suas biografias, autenticados em concorrido e marcante processo de escolha, projetam perfis de ínclita verticalidade, que irão espargir neste plenário os lampejos dos seus consistentes legados. Constitui-se, portanto, a partir desta posse, um corpo deliberativo pronto a exercer condignamente os encargos que lhe são pertinentes. E a recente história do colegiado nos permite antecipar-lhes que relevantes decisões serão submetidas à nossa avaliação e deliberação. Na atual administração, somos instados a discutir as mais importantes ações administrativas e institucionais. É do feitio democrático de *José Muiños Piñeiro Filho*, nosso Procurador-Geral, refletir, com o Órgão Especial, todos os temas e orientações impulsionadores de aprimoramentos substanciais. Em suma esclarecedora, registramos que foi outorgado ao Órgão a faculdade de indicar os agraciados pelo Colar do Mérito. A nova categorização dos Promotores, oportunizando inúmeras conseqüências benéficas, foi proposta e aqui aprovada. A criação de corpo técnico pericial próprio, a regulamentação das gratificações por acumulação, a alteração da titularidade quanto às Promotorias Eleitorais, a conversão da atribuição privativa do Procurador-Geral quanto aos interesses difusos, da cidadania, do meio ambiente e do consumidor, a implantação das quartas procuradorias cíveis, os núcleos regionais descentralizados para um atendimento mais pronto e direto e o abono permanência foram decisões submetidas e detidamente meditadas em nossas constantes sessões de trabalho. Esse sucinto registro bem evidencia o quanto, atualmente, é deferido a nossa apreciação e deliberação e, sobretudo, a dimensão da responsabilidade que nos cumpre assumir. Temos, sem dúvida, na atualidade, um Ministério Público enaltecido por empreendimentos notáveis, sintonizados com os

impulsos de renovação e importância, suscitados por novos ditames legais. Para nós, não se minimizaram à projeção de ideário os reconhecimentos constitucionais de prestígio. A ação de realizar existe e dela participa, com efetividade, o nosso Órgão Especial. Meus companheiros que chegam. A tanto alcançamos porque partícipes de uma estrênua e competente gestão. E os que os elegeram são cônscios da indispensável continuidade dessa empreitada institucional, como nós que os recebemos estamos seguros de que constituirão vigoroso fator de permanência neste trajeto edificante. Cultivando a independência, a ética e a fraternidade, seguiremos juntos para alcançarmos a consumação dos alvos essenciais ao nosso justo orgulho profissional. Estamos felizes e honrados em recepcioná-los ou, mais adequadamente, em entronizá-los neste Templo de Direito, porque, a partir de agora, este local das nossas sessões tem a denominação de "Auditório *Simão Isaac Benjó*", um vulto tutelar do Direito, o patrono desta cerimônia, que, estejam certos, os aplaude lá das galerias da Eternidade. Vamos à messe. Deus nos guie."

Falou, após, o Procurador de Justiça *Adolfo Borges Filho*, cuja pronunciamento vai aqui transcrito:

"Estou feliz e honrado com a nobre tarefa de saudar os colegas que, como eu, a partir de hoje, passarão a ocupar, no biênio 2001-2003, as vagas de membros titulares eleitos e de membros suplentes do Egrégio Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Primeiramente, numa espécie de mandato tácito (ou implícito) outorgado pelos demais eleitos, aproveitamos a oportunidade para agradecer aos ilustres Procuradores de Justiça que, num gesto de confiança e de esperança, nos escolheram democraticamente para este *munus*. E, como conseqüência dessa escolha, afirmamos neste momento o nosso desejo de corresponder com as

expectativas de um trabalho sério, maduro e, sobretudo, independente. E a saudação se estende aos Excelentíssimos membros natos do Órgão Especial e suplentes, com quem, certamente, teremos um convívio de paz e de muita troca de experiência.

A Humanidade atravessa uma fase crítica e de resultados imprevisíveis. Li no jornal O GLOBO, da última terça-feira, dia 18 de setembro, entrevista com o historiador ERIC HOBSBAWN, onde ele afirmava que *"a hora é de reflexão, e não de revanche"*, aduzindo, ainda, que os Estados Unidos *"devem refletir sobre os motivos que levaram ao atentado"*. Pensei imediatamente no Brasil reduzindo a dimensão da reflexão para o nosso sistema de Justiça, como um todo. Vou fazer um resumo da minha reflexão.

Nosso país está sendo altamente prejudicado pela corrupção, pelo tráfico de drogas, pelo crime organizado. A injustiça social reinante no país é campo fértil para o crescimento da criminalidade. É revoltante deparar-se, em sinais de trânsito, com um dos inúmeros ícones dessa tragédia: o menino malabarista, à cata de tostões. Ainda não temos o terrorismo em grande escala. Mas já o temos, de menor potencial ofensivo. O que são os assaltos, a guerra de traficantes – com os seus soldados desdentados, os seqüestros? Quantas famílias choram, neste momento, a perda de entes queridos, vitimados pelo terror do crime? Na análise dos motivos que podem nos levar ao terror de amplo espectro, destaco, em sede penal, a **impunidade**, cujo combate já está sendo travado bravamente pelo Ministério Público, mas que precisa ser intensificado não apenas com a edição de leis mas com o aperfeiçoamento de nossa infra-estrutura material e funcional.

É óbvio que a impunidade atinge todos os setores da criminalidade, mas ela se acentua e se torna mais visível na corrupção praticada por políticos e por homens públicos encarregados de promover o bem estar da sociedade, dando o exemplo maior de conduta ética. A imprensa tem nos mostrado isso diariamente. A sociedade está saturada de tantas notícias de corrupção; ela agora

anseia por notícias sobre punição exemplar de corruptos pela Justiça. A improbidade administrativa é um mal que tem de ser definitivamente erradicado do corpo social.

No cível, a nossa atuação é ampla, abrangendo os diversos ramos do Direito: Constitucional, Administrativo, Acidentário, Comercial, Tributário, Família, Sucessões. E não podemos abrir mão dos espaços conquistados com um trabalho árduo de muitos anos. A propósito, cumprimento nosso Procurador-Geral de Justiça pela edição da Resolução nº 995/01, de 21 de agosto de 2001, transformando e criando Procuradorias de Justiça com atuação perante as Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça. Precisamos aperfeiçoar e ampliar nossos órgãos agentes, dando-lhes maior estrutura para uma atuação pronta e eficaz, principalmente nessa área de combate à improbidade administrativa. Na precisa definição dos ilustres colegas paulistas MARINO PAZZAGLINI FILHO, MÁRCIO FERNANDO ELIAS ROSA E WALDO FAZZIO JÚNIOR, a *"ação civil pública, no caso da improbidade administrativa, é ação civil de interesse público imediato, ou seja, é a utilização do processo civil como um instrumento para a proteção de um bem, cuja preservação interessa à toda a coletividade"*.

Sobre a intervenção do MP nos feitos, como *custos legis*, entendo que cada parecer representa o **voto da sociedade** naquela hipótese *sub judice*. Independentemente do resultado do julgamento, o nosso posicionamento fica consignado no processo como registro histórico indelével, testemunho de nossa permanente missão constitucional. Em resumo, numa visão holística, cada membro do *Parquet* encarna uma parcela de poder emanado da sociedade, formando um todo harmônico que se impõe no desejo sagrado de fazer Justiça.

Para finalizar, a Constituição de 1988 nos outorgou garantias e deveres fundamentais que constituem as ferramentas básicas para um trabalho eficiente e independente. Por isso que a dedicação exclusiva ao *Parquet* é indispensável. Não temos que temer os maus políticos, nem fazer

jogo diplomático com qualquer membro dos Poderes constituídos. Nossas conquistas institucionais não vieram de concessões mas de luta concreta por Justiça.

Que Deus nos abençoe e nos ilumine nas novas atribuições que hoje assumimos. E, com relação ao terrorismo, repito as certeiras palavras do Professor CRISTOVAM BUARQUE, publicadas hoje no mesmo jornal supracitado:

> "O mundo precisa fazer uma guerra contra o terrorismo, contra todas as formas de terrorismo, e em todas as partes, não apenas contra o terrorismo dos fanáticos escondidos que derrubaram as torres em Nova York. Também contra os terroristas com endereços fixos, inclusive em Nova York, que matam na África, que destroem o meio ambiente. Se a luta não for contra todos os terrorismos, a terça-feira, 11 de setembro de 2001, durará todo o século, em um terrorismo contínuo. Ou acabará com o mundo, realizando o sonho dos maiores terroristas, com causas ou sem causas, escondidos ou com endereço, todos eles fanáticos, por deuses ou por moedas."

Em coro com os Franciscanos, PAZ E BEM para todos nós. Obrigado."

4. Foram, a seguir, ofertados ramalhetes de flores às Procuradoras de Justiça eleitas, bem como às suplentes, entregues pelas Dras. *Vera de Souza Leite, Maria do Carmo Santos Casa Nova* e *Déa Araújo de Azeredo.*

5. O Procurador-Geral, Dr. *José Muiños Piñeiro Filho*, encerrou a cerimônia saudando os novos colegas que irão integrar o OECPJ, aproveitando a oportunidade para proceder a leitura da Resolução em que designa a sala de sessões do 5° andar, como o nome de "Auditório Procurador de Justiça *Simão Isaac Benjó*", nosso eminente colega recentemente falecido.

CAMPERJ completa 20 anos

1. A Caixa de Assistência do Ministério Público/RJ (CAMPERJ), tendo à frente seu Diretor-Presidente, Dr. *Arthur Pontes Teixeira*, comemorou, com grande gala, o seu vigésimo aniversário, no dia 24 de setembro. Transcrevemos, para os nossos leitores, a vasta programação das festividades:

a) – Missa de Ação de Graças na Igreja de São José – Centro, às 11:00 horas.

b) – Após as 15:30 horas, início da Comemoração em nossa sede na Rua do Ouvidor, 60, 6° andar:

1 – Sorteio de hospedagem para um casal no *Cavs*, em Nova Friburgo, patrocínio do nosso conveniado *Centro Adventista Silvestre*;
2 – Outros sorteios-surpresa;
3 – Apresentação do Coral da FEMPERJ – Fundação Escola do Ministério Público;
4 – Mostra de artistas plásticos do Ministério Público;
5 – Inauguração da Mini-Biblioteca de autores do Ministério Público.

2. A festividade, na sede da CAMPERJ, situada na Rua do Ouvidor, 60, 6° andar, contou com a presença de expressivo número de Procuradores e Promotores de Justiça, destacando-se o 1° Subprocurador-Geral de Justiça, Dr. *Hugo Jerke*, a 3ª Subprocuradora-Geral de Justiça, Dra. *Vera de Souza Leite* e a Corregedora-Geral do Ministério Público, Dra. *Dalva Pieri Nunes*. Registre-se, ainda, o comparecimento de muitos colegas aposentados, bem como de vários ex-Procuradores-Gerais, entre eles, o Dr. *Nicanor Médici Fischer*, o Dr. *Antonio Carlos Silva Biscaia* e o Desembargador aposentado, Dr. *Nelson Pecegueiro do Amaral*.

3. Durante a comemoração do 20° aniversário, foi servido um coquetel aos presentes.

Auditório Procurador de Justiça Simão Isaac Benjó

Por iniciativa do Procurador-Geral de Justiça, Dr. *José Muiños Piñeiro Filho*, aprovada, por unanimidade, pelo Egrégio Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça, na sessão do dia 10 de agosto de 2001, o auditório do 5° andar do prédio-sede do Ministério Público passou a denominar-se "Auditório Procurador de Justiça *Simão Isaac Benjó*".

Transcrevemos, por oportuno, os dizeres da Resolução GPGJ n° 999, de 04 de setembro de 2001, que dispôs sobre a justa homenagem:

"Resolução GPGJ n° 999, de 04 de setembro de 2001.

Denomina "Auditório Procurador de Justiça *Simão Isaac Benjó*" o auditório do quinto andar da sede do Ministério Público.

O Procurador-Geral de Justiça, no uso de suas atribuições legais,

Considerando a tradição de homenagear os membros do Ministério Público, que, no decorrer de sua carreira, tenham prestado relevantes serviços à Instituição;

Considerando que, recentemente, vem de falecer o Procurador de Justiça aposentado, *Dr. Simão Isaac Benjó*;

Considerando que, em sua longa passagem pela Instituição, o Dr. *Simão Isaac Benjó* soube emprestar o brilho de sua inteligência e o acentuado amor ao trabalho no exercício das mais diversas atribuições, quer perante os órgãos de execução em que oficiou, quer junto ao Gabinete do Procurador-Geral de Justiça, em diversas administrações;

Considerando que, por mais de uma vez, exerceu a elevada função de examinador titular de Direito Civil no concurso para ingresso na carreira do Ministério Público;

Considerando que, por vários anos, exerceu a direção da *Revista de Direito do Ministério Público*, órgão cultural da Instituição;

Considerando, ainda, os títulos universitários de que era portador;

Considerando, por fim, o deliberado pelo Egrégio Órgão Especial do colégio de Procuradores de Justiça na reunião de 10 de agosto de 2001,

RESOLVE:

Art. 1°. O auditório do 5° andar do edifício sede do Ministério Público passa denominar-se "Auditório Procurador de Justiça *Simão Isaac Benjó*".

Art. 2°. Esta Resolução entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Rio de Janeiro, 04 de setembro de 2001.

José Muiños Piñeiro Filho
Procurador-Geral de Justiça"

Novas instalações da Procuradoria-Geral de Justiça

1. Foram inauguradas, no dia 08 de outubro, as novas instalações da Procuradoria-Geral de Justiça, compreendendo o Núcleo Administrativo da 1ª Central de Inquéritos, o Protocolo Geral do MPRJ e a Sala dos Advogados. Os novos locais decorrem de um aproveitamento racional dos espaços até então ocupados pela loja do INSS, localizada no andar térreo do prédio-sede do Ministério Público, situado na Avenida Marechal Câmara, 370.

2. A cerimônia teve início com a fala do Procurador-Geral, Dr. *José Muiños Piñeiro Filho*, que, discursando de improviso, prestou os esclarecimentos necessários a respeito das providências que ensejaram aquela inauguração e, do mesmo passo agradeceu a todos que colaboraram com a Administração do Ministério Público, de modo especial, os Drs. *Fernando Melgaço, Olívio Souza Soares* e *Ronaldo Luiz Gazolla.*

Pelos advogados, também falando de improviso, agradeceu o Dr. *Octavio Augusto Brandão Gomes*, Presidente da OAB, Seção RJ.

Em seguida, foram entregues aos homenageados acima referidos placas de agradecimento pelo Dr. *Hugo Jerke* (1° Subprocurador-Geral de Justiça), pela Procuradora de Justiça aposentada, Dra. *Déa Araujo de Azeredo*, pelo Decano do Ministério Público, Dr. *Sergio Demoro Hamilton* e pelo próprio Procurador-Geral, Dr. *José Muiños Piñeiro Filho.*

Ao final da cerimônia, foi descerrada a placa comemorativa do evento.

3. A solenidade contou com o comparecimento de expressivo número de Procuradores e Promotores de Justiça, bem como do Dr. *Elio Gitelman Fischberg*, 2° Subprocurador-Geral de Justiça; da Dra. *Vera de Souza Leite*, 3ª Subprocuradora-Geral de Justiça; da Dra. *Dalva Pieri Nunes*, Corregedora-Geral do Ministério Público; do Dr. *Antonio Vicente da Costa Junior*, Chefe de Gabinete em exercício do PGJ ; do Dr. *Marcos da Mótta*, Secretário-Geral de Administração da PGJ; do Dr. *Arthur Pontes Teixeira*, Diretor-Presidente da CAMPERJ e do Dr. *Maurício Assayag*, Diretor-Executivo da FEMPERJ.

4. Encerrada a cerimônia, foi servido um coquetel aos presentes.

Homenagem ao Procurador-Geral de Justiça (*)

Cumprindo tradição imemorial em nosso Ministério Público, realizou-se, no dia 12 de novembro, o jantar de homenagem ao Procurador-Geral, Dr. *José Muiños Piñeiro Filho*, por ocasião da passagem do seu aniversário natalício.

No presente ano, coube ao Centro dos Procuradores de Justiça patrocinar a festividade de congraçamento da classe, que teve lugar no *Le Buffet*.

O jantar foi precedido de coquetel, animados ambos por música ao vivo.

A comemoração contou com a presença de expressivo número de Procuradores e Promotores de Justiça, inclusive aposentados. Presente, ainda, toda a Administração Superior do Ministério Público, a saber: Dr. *Hugo Jerke*, 1° Subprocurador-Geral de Justiça, Dr. *Elio Gitelman Fischberg*, 2° Subprocurador-Geral de Justiça, Dra. *Vera de Souza Leite*, 3ª Subprocuradora-Geral de Justiça e Dra. *Dalva Pieri Nunes*, Corregedora-Geral do Ministério Público. Pela CAMPERJ, compareceu o Dr. *Arthur Pontes Teixeira*, Diretor Presidente, e, por fim, o anfitrião da noite, Dr. *Francisco Habib Otoch*, Presidente do Centro dos Procuradores de Justiça.

Registre-se, ainda, a presença do Secretário de Estado e Administração e Reestruturação, *Hugo Leal Melo da Silva*, que, no ato, representava o Sr. Governador do Estado, do Desembargador *Marcus Antonio de Souza Faver*, Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, do Secretário de Estado de Segurança Pública, Cel PM *Josias Quintal de Oliveira*, bem como do Defensor Público-Geral do Estado, Dr. *Marcelo de Menezes Bustamante* e do Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção RJ, Dr. *Octávio Augusto Brandão Gomes*.

Anote-se, da mesma forma, a presença dos Desembargadores *Wilson Santiago Mesquita de Mello*, 2° Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, *João Carlos Pestana de Aguiar*, *Angelo Moreira Glioche*, *Mário Robert Mannheimer*, *Maurício Caldas Lopes*, *Marly Macedônio França*, do Tribunal de Justiça do nosso Estado, assim como dos Desembargadores Federais *André Fontes* e *Sergio de Andrea Ferreira*.

Terminado o jantar, o Procurador-Geral foi saudado pelo Procurador de Justiça aposentado, Dr. *Roberto Abranches*, pelo Presidente da OAB-RJ, Dr. *Otávio Augusto Brandão Gomes*, pelo Promotor de Justiça Dr. *Marcio Souza Guimarães*, falando pela AMPERJ e pelo Procurador de Justiça, Dr. *Antonio Vicente da Costa Junior*.

Ao final, ouviu-se a fala do Procurador-Geral de Justiça, Dr. *José Muiños Piñeiro Filho*, que agradeceu aos presentes pela carinhosa homenagem que lhe foi prestada.

Todos os pronunciamentos se deram de improviso.

(*) A relação completa das autoridades presentes não foi enviada à *RMP* pelo Serviço de Protocolo da PGJ para fins de publicação.

Estágio Forense do Ministério Público

1. Teve lugar no dia 27 de novembro, no auditório do 9° andar do edifício-sede do Ministério Público, a solenidade de posse dos estagiários aprovados no I Exame de Admissão ao Estágio Forense do Ministério Público-RJ.

2. A Mesa que presidiu os trabalhos estava composta pelo Procurador Geral de Justiça, Dr. *José Muiños Piñeiro Filho* (Presidente), que tinha a ladeá-lo a Dra. *Dalva Pieri Nunes*, Corregedora-Geral do Ministério Público, a Dra. *Denise Freitas Fabião Guasque*, Subcorregedora-Geral do Ministério Público, o Dr. *Sergio Demoro Hamilton*, decano da Instituição, os Drs. *Júlio Roberto Costa da Silva* e *Celso de Andrade Loureiro*, Promotores de Justiça assistentes da Corregedoria-Geral do Ministério Público e o Dr. *Maurício Assayag*, Diretor-Executivo da Fundação Escola do Ministério Público do Rio de Janeiro (FEMPERJ).

3. Usaram da palavra, saudando os empossandos, o Procurador-Geral de Justiça, de improviso, e a Corregedora-Geral do Ministério Público. Ambos ressaltaram a importância do evento, já que se trata do primeiro concurso para estagiários do Ministério Público.

A Corregedora-Geral do Ministério Público teve a oportunidade de destacar o trabalho do Promotor de Justiça, Dr. *Júlio Roberto Costa da Silva*, na coordenação do concurso, bem como da FEMPERJ, que empreendeu sua realização. Pôs em relevo, também, o fato de que o estágio em questão passou a ser reconhecido pela Ordem dos Advogados do Brasil-RJ.

São suas palavras:

> "É com grande satisfação que faço uso da palavra, como Corregedora-Geral do Ministério Público e Supervisora do Estágio Forense, para uma breve saudação aos jovens universitários que hoje tomam posse como estagiários do Ministério Público.
>
> Minhas palavras iniciais são de congratulações pela aprovação no primeiro exame de seleção para ingresso no Estágio Forense do Ministério Público. É uma vitória que se coloca na razão direta do valor pessoal de cada um, pré-requisito indispensável para tão significativo momento.
>
> Tal como vocês, também eu iniciei a minha formação jurídica nesta Instituição, como estagiária, aqui adquirindo a indispensável experiências através do contato com os casos concretos, com o direito vivo, nas diversas frentes de atuação ministerial.

Como todos sabem, a partir da Constituição de 1988 o Ministério Público adquiriu posição de notável proeminência no plano da organização estatal, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Atualmente, muito diversificadas são as funções institucionais do Ministério Público, cabendo-lhe promover, como exclusividade, a ação penal pública, bem como 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. Também nos incumbe zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Público e dos serviços de utilidade pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia, tornando efetiva a proteção das liberdades civis e das franquias democráticas.

Nesta ampla frente de batalha, a cada um de vocês estará reservada uma parcela de contribuição, como auxiliares dos Promotores e Procuradores de Justiça, num estágio agora conveniado com a Ordem dos Advogados do Brasil, com todas as benesses daí decorrentes, inclusive reconhecimento do período de estágio como de prática forenses para concursos públicos.

Finalizando, eu gostaria de apresentar, nesta cerimônia, os Membros do Ministério Público que integram a equipe da Corregedoria-Geral: A Procuradora de Justiça, Dra. *Denise Freitas Fabião Guasque*, nossa Subcorregedora-Geral, e os Promotores de Justiça assistentes, Dr. *Celso de Andrade Loureiro* e Dr. *Júlio Roberto Costa da Silva*, este responsável pela Coordenação administrativa do estágio forense, com a indispensável colaboração das diligentes funcionárias Fátima e Nora, que todos já conhecem.

Sejam, portanto, benvindos à nossa Casa. Felicidades, muito obrigada."

4. O compromisso pelos empossandos foi prestado pelo acadêmico *Eugênio André da Silva Corrêa*, primeiro colocado no certame. Incumbe assinalar que lograram aprovação no concurso 137 candidatos e destes 119 procederam a escolha dos órgãos de execução, de acordo com a ordem de classificação.

5. A Direção da *Revista do Ministério Público*, finda a solenidade, ofereceu aos candidatos aprovados na prova de seleção uma coleção de números do órgão cultural da Instituição.

6. A cerimônia ganhou encerramento com a entrega dos certificados contendo a indicação para ao órgão de execução escolhido pelo empossando.

7. Transcrevemos, em conclusão, rápido histórico dos acontecimentos que precederam a solenidade de posse dos concursandos:

"ESTÁGIO FORENSE

A presença de acadêmicos de Direito, em nossa Instituição, é prevista na Lei nº 8625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) e na Resolução Conjunta GPGJ e GCGN nº 006 de 15 de fevereiro de 2000 (Regulamento do Estágio Forense junto aos Órgãos de Execução do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro), estando o estágio forense sob a supervisão da Corregedoria-Geral do Ministério Público, por força da Resolução nº 393, de 28 de agosto de 1990.

Mais específico acerca dos estagiários é o art. 37, da Lei Orgânica Nacional, ao identificá-los como auxiliares das Promotorias de Justiça.

Percebe-se que o legislador, além de posicionar os acadêmicos de Direito no seio de nossa Instituição, circunscreveu a atuação do estagiário aos órgãos de execução do Ministério Público, ou seja, Promotorias de Justiça e Procuradorias de Justiça, admitida a lotação em determinadas Assessorias do Procurador-Geral de Justiça, estas por força da necessária interpretação teleológica da norma, isto é, **órgãos de atuação Institucional que possibilitam o desenvolvimento do labor intelectual-jurídico e o desempenho de atividades compatíveis com a condição acadêmica**, notadamente a elaboração de pesquisas e peças processuais.

Em 1999, iniciou-se um trabalho de reestruturação administrativa e de informatização do estágio forense do Ministério Público do Rio de Janeiro, vindo a lume um novo regulamento (Resolução Conjunta GPGJ e GCGN nº 006 de 15 de fevereiro de 2000), culminando com o seu reconhecimento pela Ordem dos Advogados do

Brasil (OAB-RJ), tendo sido firmado convênio de cooperação entre as duas instituições em 24 de fevereiro de 2000.

Buscando adequar os critérios de seleção de candidatos ao nosso estágio às normas constitucionais, foi celebrado, em 20 de junho de 2001, Convênio entre o Ministério Público e a Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, para organização, aplicação, correção e revisão da prova de admissão ao estágio acadêmico, dirigido aos alunos matriculados nos 3 (três) últimos anos ou períodos correspondentes em Faculdade de Direito Oficial ou fiscalizada pelo Governo Federal, localizadas em nosso Estado.

Para tanto, no início do ano 2001, a Corregedoria-Geral realizou uma consulta a todos os Centros Regionais de Coordenação Administrativo-Institucional do Ministério Público, objetivando determinar o número de vagas existentes em órgãos de execução de primeiro e segundo graus, do interior e da capital, carentes de estagiários.

Após, em julho de 2001, a Corregedoria-Geral fez publicar o edital concernente ao I Exame de Admissão ao Estágio Forense do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, cuja prova foi realizada no dia 07 de outubro de 2001, estando inscritos para o certame 333 (trezentos e trinta e três) candidatos.

Lograram, contudo, aprovação, 137 (cento e trinta e sete) candidatos e destes, 119 (cento e dezenove) procederam a escolha dos órgãos de execução, de acordo com a ordem de classificação.

A cerimônia de posse dos estagiários, sob a presidência do Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral de Justiça, realizou-se no dia 27 de novembro de 2001, no auditório do 9° andar, da Procuradoria-Geral, contando com a participação dos acadêmicos aprovados, de seus familiares e de membros do Ministério Público."

8. Assinale-se que a festividade contou com a presença dos familiares dos empossandos, que foram levar seu abraço aos acadêmicos pelo sucesso obtido na prova de seleção.

Homenagem aos novos Procuradores de Justiça

1. O Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça, em sessão solene, voltou, no presente semestre, a prestar homenagem aos Procuradores de Justiça recém-promovidos. Agora tocou a vez de saudar mais cinco colegas que chegam ao final da carreira no *Parquet* fluminense. A cerimônia teve lugar no dia 30 de novembro, no auditório "Procurador de Justiça *Simão Isaac Benjó*", situado no 5° andar do edifício-sede do Ministério Público.

A sessão foi aberta com a palavra do Procurador-Geral de Justiça, Dr. *José Muiños Piñeiro Filho*, que, após breve saudação, feita de improviso aos homenageados, convidou, um a um, a ingressar no recinto, acompanhado dos seus respectivos padrinhos, encaminhando-se, após, à Mesa para receber os cumprimentos.

A solenidade teve seguimento com a palavra do Procurador de Justiça, Dr. *Sérgio Bastos Vianna de Souza*, para, em nome do OECPJ, fazer, de improviso, a saudação aos nossos colegas, desejando-lhes boas vindas.

Por fim, ouviu-se a fala da Dra. *Maria Celeste Cardoso de Brito Pereira*, discursando em seu nome e no dos demais homenageados.

Transcrevemos, para constar, seu pronunciamento:

> "Inicialmente, gostaria de pedir a compreensão de todos (e, desde já, o perdão) porque, além de não possuir o dom da oratória, e contrariamente à minha extroversão natural e costumeira no trato direto e pessoal com os colegas, torno-me terrivelmente tímida quando se me faz necessário falar em público, para uma platéia um pouco maior do que a existente em uma sala de audiência ou em câmara em sessão.
>
> Estar aqui hoje, agora, me faz lembrar a primeira designação que recebi, em Dezembro/1986, para as Promotorias de Júri junto às 4ª e 5ª Varas Criminais de Nova Iguaçu. Além da mencionada timidez, à época também se fez presente o pânico, pois eu jamais havia feito – ou sequer visto – julgamento criminal de qualquer espécie, advogada civilista convicta que era, militante há então 11 anos.
>
> Não posso dizer que me saí muito mal. Mas também não fui brilhante como os outros dois colegas e amigos que estavam comigo (Dr. *Maurício Assayag* e Dr. *Dilson Neves Chagas*, atualmente juiz aposentado, que muitos

conhecem). Só para lhes dar um exemplo: ao pedir a absolvição do réu, esqueci-me por completo do conceito de ***legítima defesa***.

Pois bem, decorridos 15 anos, nesse reinício na carreira, vejo-me novamente solicitada, como a mais antiga do grupo dos ora empossados, a ocupar a tribuna. Confesso que menos apreensiva, com certeza (porque entre velhos e queridos amigos) mas igualmente tímida.

Discurso

Assim, feita a ressalva, gostaria, inicialmente, de agradecer, em meu nome e no dos demais Procuradores de Justiça novos, as carinhosas palavras do colega *Sérgio Viana*, dando-nos as boas-vindas.

Formamos, com efeito, um grupo privilegiado, partícipe de dois momentos institucionais diversos, já que ingressamos na Instituição antes da promulgação da Carta Magna de 1988.

Através das árduas lutas travadas durante estes 13-15 anos de exercício de nossas funções, tornamo-nos conscientes da importância da conquista de nossos direitos e garantias, que não vieram representar meros privilégios, como acreditavam e acreditam (ou querem acreditar) alguns, mas, antes, efetivos instrumentos jurídicos na busca da defesa da ordem jurídico-constitucional, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, objetivando transformar tais conceitos (simples e vazias palavras para muitos) em realidades objetivas e palpáveis, passíveis de serem alcançadas por todos, sem discriminação de qualquer natureza (sexual, racial, econômica *etc*), quer como indivíduos, quer como partes integrantes de um povo, de uma nação, de um Estado.

A História recente nos tem demonstrado que, como membros do Ministério Público, e, em especial, do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, estamos no caminho correto, na proporção direta dos empecilhos por nós ultrapassados durante estes anos, nas diversas

áreas de atuação no 1º grau.

Sob o ponto de vista interno, administrativo, também foram muitas as mudanças. E para melhor. Lembro-me das palavras da colega e amiga *Heloísa Daltro Leite* (somos do mesmo concurso), quando de sua posse como Procuradora de Justiça, ao mencionar a ausência de condições materiais dos órgãos de execução – em especial os do Interior – contando-nos o exemplo de um vendedor que, entre nós, vendera um grande estoque de máquinas elétricas Olivetti/Práxis (o máximo em tecnologia na época). Portáteis e razoavelmente leves, perfeitas para ser transportadas semanalmente para os respectivos órgãos, desprovidos que eram estes até de papel, canetas, telefone *etc.* Pois saibam que me encontrava entre tais adquirentes e era com uma destas máquinas que eu redigia as denúncias e os libelos nas Promotorias de Justiça inicialmente citadas.

Portanto, hoje, ao galgarmos esse novo e mais alto degrau do Ministério Público, é com a imensa alegria e o profundo orgulho que o fazemos, frutos ambos da certeza que temos de que esta nova fase representa não só a continuidade de nosso trabalho institucional, mas, também, o prêmio pela grande vitória pessoal arduamente alcançada.

Por derradeiro, o nosso agradecimento a todos aqueles que nos ajudaram neste longo – e não raro difícil – caminhar: nossos familiares em especial (pais, maridos, mulheres, filhos), amigos e colegas.

Que Deus nos abençoe e nos ilumine.

Obrigada."

Usou da palavra, ainda, o Procurador de Justiça, Dr. *Carlos Antonio da Silva Navega*, para, também de improviso, manifestar seu apreço para com os homenageados.

2. A relação dos novos Procuradores de Justiça e respectivos padrinhos é a seguinte:

1. Dra. *Maria Celeste Cardoso de Brito Pereira*

Padrinhos:

Dra. *Alda Santarosa Freire Oliveira e Silva*

Dr. *Ricardo Ribeiro Martins*

2. Dr. *Marcellus Polastri Lima*

Padrinhos:

Dr. *Sergio Demoro Hamilton*

Dra. *Marcia Alvares Pires Rodrigues*

3. Dra. *Denise Soares Lopes*

Padrinhos:

Dr. *Cláudio Soares Lopes*

Dra. *Paolina Leone Candia Hryniewicz*

4. Dr. *Antonio José Campos Moreira*

Padrinhos:

Dra. *Marcia Alvares Pires Rodrigues*

Dr. *Antonio Carlos Silva Biscaia*

5. Dr. *Joel Tovil*

Padrinhos:

Dra. *Vera de Souza Leite*

Dr. *Ricardo Ribeiro Martins*

Prêmio Luiz Carlos Cáffaro

1. A Fundação Escola do Ministério Público (FEMPERJ) e o Centro de Estudos Jurídicos da Procuradoria Geral de Justiça (CEJUR), com o apoio do Centro de Procuradores de Justiça, fizeram realizar a terceira versão do "Prêmio *Luiz Carlos Cáffaro*", Promotor de Justiça que tanto ilustrou o nosso Ministério Público.

O Prêmio em questão tem por finalidade estimular a pesquisa e a produção intelectual dos membros de nosso *Parquet*, dando a oportunidade para a revelação de novos talentos.

2. A Banca Examinadora dos trabalhos viu-se composta pelo Diretor-Cultural e Acadêmico da FEMPERJ (Dra. *Heloísa Carpena Vieira de Mello*), pelo Diretor do CEJUR da PGJ (Dra. *Elaine Costa da Silva*), pelo Diretor da *Revista do Ministério Público* (Dr. *Sergio Demoro Hamilton*), pelo Presidente da AMPERJ (Dr. *Marfan Martins Vieira*), pelo Diretor-Presidente da CAMPERJ (Dr. *Arthur Pontes Teixeira*) e pelo Presidente do Centro de Procuradores de Justiça (Dr. *Francisco Habib Otoch*), tendo como Presidente de Honra o Procurador-Geral de Justiça, Dr. *José Muiños Piñeiro Filho*.

3. No presente ano, foram premiados os seguintes Promotores de Justiça:

1º lugar: Dr. *Alexandre Araújo de Souza*, com o trabalho intitulado "O Ministério Público, a ação civil pública e a possibilidade, nesta sede, de controle incidental de constitucionalidade: uma trilogia democrática";

2º lugar: Dr. *Êvanes Amaro Soares Júnior*, com o trabalho intitulado "Ensaio de Polícia Criminal: os processos de desvitimização e desjuridicização";

3º lugar: Dr. *Anco Márcio Valle*, com o trabalho intitulado "Falência por crise de liquidez".

O primeiro colocado foi agraciado com um prêmio no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), cabendo ao segundo R$ 3.000,00 (três mil reais) e ao terceiro R$ 2.000,00 (dois mil reais).

Quinto Constitucional

Por Decretos do Exmo. Sr. Governador do Estado, publicados no D.O., Parte I, de 14/12/2001, p. 28, foram nomeados para o cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em vagas decorrentes do chamado Quinto Constitucional, os Procuradores de Justiça *Gizelda Leitão Teixeira* e *Ferdinaldo do Nascimento*.

Dia Nacional do Ministério Público

1. A tradicional festa do "Dia Nacional do Ministério Público", 14 de dezembro, teve lugar, no presente ano, no auditório principal da Procuradoria-Geral de Justiça, situado no 9º andar do edifício-sede da Instituição.

2. A programação obedeceu ao seguinte cronograma:

"**10:00h** - Culto Ecumênico;
11:00h – Sessão Solene de Entrega do Colar do Mérito do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro aos Exmos. Srs. *Anthony William Garotinho Matheus de Oliveira, Marcus Antonio de Souza Faver, José Gomes Graciosa, José Carlos Schmidt Murta Ribeiro, Giuseppe Italo Brasilino Vitagliano, Octavio Augusto Brandão Gomes, João Luiz Duboc Pinaud, Fernando Lopes de Almeida, Josias Quintal de Oliveira, Paulo de Souza Albernaz, Wilton Soares Ribeiro, Arthur Pontes Teixeira, Antônio Augusto de Vasconcelos Neto, Telius Alonso Avelino Memória,*

Roberto Bernardes Barroso, Cezar Augusto de Farias, Décio Luiz Gomes, Therezinha Maria Avellar Duarte, Fernando Otávio de Freitas Peregrino e *Denise Souza Soares* (*in memoriam*).

12:00h – Entrega dos Prêmios de Ensaios Jurídicos *Luís Carlos Cáffaro* aos Exmos. Srs. Drs. *Alexander Araújo de Souza, Êvanes Amaro Soares Júnior* e *Anco Márcio Valle.*

12:30h – Coquetel.

Durante a solenidade foi exibido vídeo e houve exposição com documentos por ocasião da implementação do Centro de Memória do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro."

3. O culto ecumênico teve como celebrantes o padre católico, Frei *Neylor José Donin*, OFM, e o pastor *Janusio Melo*. Na ausência do rabino *Sergio Margulies*, em razão de festividade religiosa da comunidade judaica (*Chanuká*), o 2° Subprocurador-Geral de Justiça, Dr. *Elio Gitelman Fischberg*, proferiu a leitura de duas mensagens, enviadas por dois rabinos. A primeira, do próprio *Sergio Margulies*, aqui transcrita:

"Nessa época do ano, estamos celebrando a festa judaica de *Chanuká*, que é também conhecida como a *festa das luzes*. Um candelabro de oito velas é aceso, a cada um dos oito dias de *Chanuká*. Em função dessa festividade, e devido ao fato de hoje ser o dia do *Shabat*, o dia sagrado da semana judaica, que estou impossibilitado de comparecer nesse culto inter-religioso, cujo convite nos últimos ano me honrou muito.

Assim, compartilho com todos uma mensagem de fraternidade, de busca do entendimento, e sobretudo respeito mútuo. Numa época em que a intolerância e o radicalismo ganham força, é necessário trazermos, como a festa das luzes nos ensina: o brilho da compreensão que não se deixa dominar pelas trevas do fanatismo. Aqueles, como os que estão aqui presentes, que se dedicam à busca da justiça, são os raios de luz que impedem o obscurantismo prevalecer.

Manifesto a todos o tradicional desejo judaico de *Shalom*, isto é, Paz."

A segunda, do rabino *Nilton Bonder*, cujos termos vão abaixo enunciados:

"Religião – a vergonha de Deus

O professor ouviu um ruído e foi olhar. No chão estava o Marquinhos, filho do vizinho, que tinha caído da varanda e sangrava profusamente. Mesmo sendo uma pessoa de idade, tomou o menino nos braços e começou a correr desesperado para o hospital a poucas quadras. No caminho, vinha descendo a ladeira uma senhora que, ao vê-lo esbaforido, gritou: 'Calma, professor... vai dar tudo certo. Não se apresse tanto. Deu vai ajudar... e o senhor já não tem idade para correr assim com uma criança no colo!' Ela então se aproximou e, em pânico, constatou: 'Ai, meu Deus! É meu netinho! Corre, professor, corre, pelo amor de Deus!'

O verdadeiro Deus está na urgência que reconhece no rosto 'um netinho', um seu. Até então aprece o deus da idolatria, respaldado muitas vezes pela fé que não enxerga a urgência do outro. A base das religiões bíblicas é o reconhecimento de que o ser humano é a imagem e semelhança de Deus. Não reconhecer esta semelhança, seja num executivo do mundo financeiro nova-iorquino, seja num fanático islâmico, seja num negro africano desnutrido, seja num chinês que não parece diferente de outro chinês, é a prova dos nove do sucesso ou falência do *establishment* religioso (de todas as religiões) de levar a verdadeira mensagem a seus adeptos.

Há vários inimigos invisíveis que estão ficando visíveis nesta crise pela qual passa o mundo. Há o inimigo de uma civilização que nos aliena em relação ao outro. Uma cultura de fobia do outro e de sonharmos com um mundo de privacidade. Uma espécie de dessocialização que nos leva a ser novamente nômades e coletores. Nômades porque podemos estar em qualquer lugar, sem apreço e carinho pelo lugar; e coletores porque não plantamos para o futuro, apenas para o nosso breve futuro pessoal.

E a América não é este mal, apesar de muitos simbolizarem-na como tal. Afinal, este mal pode estar mais vivo na Arábia Saudita, com seus sheiks

e monarcas trilionários, do que numa Nova York símbolo de integração entre raças, culturas e religiões. O mimado príncipe Bin Laden, que à moda de tantos filhos de nobres e milionários do Ocidente precisa de um *hobby* para dar sentido à sua pobre existência, é talvez mais ocidental do que seus seguidores o percebam. Sem deixar de reconhecer que o presidente Bush tem nas mãos o potencial de uma guerra devastadora, seja na crise em si ou seja em posturas como as assumidas nas questões de comércio internacional ou questões ambientais do planeta.

Mas o inimigo invisível maior está nas próprias religiões. Não que elas estejam em guerra. Elas nunca estiveram tão aliadas como na atualidade. Elas se compreendem porque funcionam de forma muito semelhante. São elas a maior fonte de doutrinação da juventude, mergulhadas que estão nas idéias de "certo" e "errado". Afinal não foi desta árvore do "Certo e Errado" que comeram no paraíso como pecado maior?

É claro que os fundamentalistas e os fanáticos de cada uma destas tradições são o rosto deste mal, mas as tradições religiosas não realizam guerras santas contra esta heresia maior que é não reconhecer a urgência do outro. As tradições religiosas não são proféticas na denúncia de si próprias, no compromisso absoluto com a ética e com uma visão universal. E se o Islã hoje está em evidência, por mérito próprio, não escapa também o judaísmo com o fomento de fundamentalistas-nacionalistas. Não escapa a Igreja com seu corporativismo e idéias subliminares de salvação por uma única porta. Ou o fundamentalismo evangélico que vê Satã por todos os lados, ou, em outras palavras, inimigos por todos os lados.

Enquanto as religiões não cerrarem fileiras contra sua própria heresia (esqueça-se a do outro!) elas serão parte do inimigo invisível. E não se trata de encontros ecumênicos e inter-religiosos como um cenário de papelão à frente de bastidores de intolerância e soberba.

O mundo marcha à guerra e não há vergonha maior do que a das religiões. Elas não vêem a urgência porque não ajudaram este mundo a

compreender que qualquer morte é a de um netinho. Que se prestem hoje no século XXI como pano de fundo para terror e horror é um fracasso inominável, vergonha inocultável.

O Século XXI chegou com esta surpreendente novidade: ou percebemos que é do "nosso netinho" que se trata a questão e não de um outro virtual, ou perecemos. Isto porque o futuro será cheio do "outro", ao contrário do que supunham os analistas. Falavam eles de um mundo de computadores, cada um trabalhando em casa, menos horas de trabalho, mais automatização, mais "eu" e menos "os outros" em nossas vidas.

Porém o mundo globalizado não é um mundo grande, é um mundo pequeno cheio de gente. O século XXI estará repleto do outro. É um outro cada vez mais numeroso – nunca existiram tantos outros em nenhuma era. E esse outro vive muito – nunca viveram tanto os outros em nenhuma era. É chegado o momento de abandonar o vício da busca de inimigos.

Os inimigos somos nós mesmos. E as religiões que não buscarem este inimigo em si são as religiões idólatras desta nova era. Não se trata mais de ser monoteísta, isso é passado. Trata-se de saber como cada uma delas honra este Deus único pelo respeito máximo a seu semelhante. Dizia GEORGE SANTAYANA que "o fanatismo consiste no ato de redobrar esforços por conta de se ter esquecido dos objetivos".

As religiões parecem esquecer seu objetivo maior que não é reconhecer Deus apenas como sendo Um, mas cada ser humano, Sua imagem e semelhança, como um ser único. E pelos que morreram, vergonha sobre nós religiosos. E pelos que irão morrer, mais vergonha! E quando estivermos vendo imagens pela televisão onde apareçam crianças ou jovens ensangüentados, olhemos mais perto – "serão nossos netinhos".

A tônica das três mensagens religiosas foi a **paz**. O culto religioso encerrou-se com a leitura da "Oração pela Paz diante do Presépio" de autoria do Frei *Neylor J. Tonin*, OFM. Vale transcrevê-la:

"Oração pela Paz diante do Presépio

Ó Jesus, lindo menino é príncipe da paz:
Gostaríamos, hoje, de pedir-te um grande presente: a paz!
Nós e nosso mundo precisamos tanto de paz, da Paz verdadeira e inteira, da qual és a fonte e a garantia.
Dá-nos, te pedimos, um coração e paz, bom e amigo!
Faz-nos instrumentos da paz,
daquela paz anunciada pelos anjos de Belém.
Que bom seria se pudéssemos, em troca,
te oferecer um mundo de paz e uma festa de irmãos!
O ruído das armas, no entanto, ainda assusta a pombinha da paz
e a violência campeia enlouquecida em nosso mundo.

Mas, Jesus, lindo menino e príncipe da paz,
não tenhas medo nem deixes de nascer!
Há todo um mundo que luta pelo bem
e que acredita na "civilização do amor".

Um dia, quem sabe, sob tua inspiração,
"o lobo habitará com o cordeiro
e o leão comerá capim com o boi" (Is 11,6-7).
A justiça, então, inundará a terra
como as águas enchem o mar (v. 9).
E todos cantaremos e dançaremos juntos
o nascimento de um lindo menino, que és tu.

Por hoje, reforça nossos anseios de paz
e reacende, forte, a chama da esperança,
ao mesmo tempo em que colocamos, junto a teu presépio,
com alegria e sem medo, nosso pobre coração humano,
machucado, sim, mas, ao mesmo tempo, inebriado
com os sonhos de um Feliz Natal."

4. Concluída a parte religiosa, teve início a Sessão Solene de entrega do Colar do Mérito do Ministério Público às personalidades agraciadas no presente ano, acima indicadas.

A Mesa, presidida pelo Procurador-Geral de Justiça, Dr. *José Muiños Piñeiro Filho*, guardou a seguinte composição: Desembargador *Wilson Santiago Mesquita de Mello*, 2° Vice-Presidente do Tribunal de Justiça-RJ; Conselheiro *Jonas Lopes de Carvalho Junior*, do Tribunal de Contas-RJ; Desembargador *Paulo Gomes da Silva Filho*, Corregedor-Geral de Justiça; Dr. *Francesco Conte*, Procurador-Geral do Estado, representando o Sr. Governador do Estado; Dr. *Elio Gitelman Fischberg*, 2° Subprocurador-Geral de Justiça, Dra. *Vera de Souza Leite*, 3° Subprocurador-Geral de Justiça; Dra. *Dalva Pieri Nunes*, Corregedora-Geral do Ministério Público; Dr. *José Avelino Atalla*, Chefe de Gabinete da PGJ/RJ e o Procurador de Justiça *Sergio Demoro Hamilton*, decano do *Parquet* fluminense.

Ainda integravam a Mesa, ocupando um segundo plano, os seguintes membros do Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça: Drs. *Antonio Vicente da Costa Junior, Luiz Sergio Wigderowitz, Virgílio Augusto da Costal Val, Celso Fernando de Barros, Carlos Antonio da Silva Navega, Ertulei Laureano Matos, Francisco Antonio Souto e Faria, Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea, Adolfo Borges Filho, Evangelina Fontelas Rosado Spinelli, Regina Lucia Natal de Carvalho, Renato Pereira França, Sergio Bastos Viana de Souza, Marija Yrneh Rodrigues de Moura* e *Claudia Maria Oliveira dos Santos.*

Formada a Mesa, ouviu-se a execução do Hino Nacional Brasileiro, por todos cantado.

Passou-se, então, à entrega do "Colar do Mérito do Ministério Público" aos agraciados, servindo de padrinhos, para efeito de imposição da comenda, as seguintes autoridades: o Procurador-Geral de Justiça, os 2° e 3° Subprocuradores-Gerais de Justiça, a Corregedora-Geral do Ministério Público, o decano da Instituição e o Chefe de Gabinete da PGJ.

Em nome dos agraciados, usou da palavra o Procurador de Justiça aposentado, *Roberto Bernardes Barroso*, que falou de improviso.

5. A solenidade ganhou seguimento com a apresentação de um vídeo, marco inicial da implementação do "Centro de Memória do Ministério Público", partindo dos fatos políticos que cercaram a "Fusão" dos Ministérios Públicos do extinto Estado da Guanabara e do antigo Estado do Rio de Janeiro.

Na oportunidade, foi distribuída aos presentes a primeira publicação do "Centro de Memória do Ministério Público-RJ", explicando o projeto que ora começa a desenvolver-se, no sentido de resguardar nosso rico passado, tendo como ponto de partida o período pós-Fusão.

6. Seguiu-se a entrega do "Prêmio de Ensaios Jurídicos *Luiz Carlos Cáffaro*". Para tanto, o Diretor-Executivo da Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro – FEMPERJ – Dr. *Maurício Assayag*, fez a chamada nominal dos colegas premiados no presente ano, a saber:

1º lugar: Dr. *Alexandre Araújo de Souza*, com o trabalho intitulado "O Ministério Público, a ação civil pública e a possibilidade, nesta sede, de controle incidental de constitucionalidade: uma trilogia democrática";

2º lugar: Dr. *Êvanes Amaro Soares Júnior*, com o trabalho intitulado "Ensaio de Polícia Criminal: os processos de desvitimização e desjuridicização";

3º lugar: Dr. *Anco Márcio Valle*, com o trabalho intitulado "Falência por crise de liquidez".

A Banca julgadora dos Ensaios Jurídicos viu-se composta dos seguintes membros:

Dr. *José Muiños Piñeiro Filho*, Procurador-Geral de Justiça e Presidente de Honra
Dra. *Heloísa Carpena Vieira de Mello*, Diretora-Cultural e Acadêmica da FEMPERJ
Dra. *Elaine Costa da Silva*, Diretora do CEJUR da PGJ
Dr. *Sergio Demoro Hamilton*, Diretor da *Revista do Ministério Público*
Dr. *Marfan Martins Vieira*, Presidente da AMPERJ
Dr. *Arthur Pontes Teixeira*, Diretor-Presidente da CAMPERJ
Dr. *Francisco Habib Otoch*, Presidente do Centro de Procuradores de Justiça

7. Antes do encerramento das solenidades, foram executados números musicais próprios para harpa.

8. Com a execução do Hino da Cidade do Rio de Janeiro, por todos cantado, viu-se concluída a sessão solene do "Dia Nacional do Ministério Público".

9. Encerrada a cerimônia, foi servido aos presentes um coquetel no *foyer* anexo ao salão nobre. Ali, os convidados puderam apreciar diversos documentos antigos do nosso Ministério Público, expostos em diversas vitrines.

10. A festividade contou com a presença de expressivo número de Procuradores e Promotores de Justiça, incluindo-se inativos, bem como do Procurador de Justiça aposentado, Dr. *Roberto Abranches*, que representava o Centro de Procuradores de Justiça, dos ex-Procuradores-Gerais de Justiça *Nicanor Médici Fischer*,

Hermano Odilon dos Anjos e *Raphael Cirigliano Filho*, dos Procuradores de Justiça *Leonardo de Souza Chaves* e *Lígia Portes Santos*, integrantes do Conselho Superior do Ministério Público, do Secretário-Geral de Administração da PGJ, Promotor de Justiça *Marcos da Mótta*, dos Desembargadores *Angelo Moreira Glioche*, *Mário Robert Mannheimer* e *Luiz Eduardo Guimarães Rabello*.

Centro de Memória do Ministério Público

Por ocasião da solenidade do "Dia Nacional do Ministério Público", foi editado um libreto, distribuído aos presentes, voltado para a implantação do projeto, já em fase de realização, do "Centro de Memória do Ministério Público" de nosso Estado. O livro em questão foi elaborado por uma equipe do Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil – CPDOC – da "Fundação Getúlio Vargas", responsável pela implantação do projeto de nosso "Centro de Memória".

O "Centro de Memória" estará estruturado, brevemente, como lugar virtual, prevendo o acesso a suas informações por meio de diferentes mídias, tais como Internet e CD-ROM, tomando por base, como marco inicial da pesquisa o período pós-Fusão do antigo Estado do Rio de Janeiro e do extinto Estado da Guanabara.

Ressalte-se que, quando das atividades do "Dia Nacional do Ministério Público", foi exibido um vídeo contendo depoimentos de membros da Instituição que participaram do processo de fusão dos dois Ministérios Públicos. A próxima etapa, prevista para o próximo ano, abrangerá as diversas gestões da Instituição, narradas, diretamente, por quem as chefiou.

A Coordenação do "Centro de Memória" está entregue ao Procurador de Justiça aposentado, Dr. *Adolpho Lerner*, contando com integral apoio do Procurador-Geral de Justiça, Dr. *José Muiños Piñeiro Filho*.

Através da Resolução GPGJ nº 1008, de 06/11/2001, foi criada a "Comissão Permanente de Avaliação de Documentos" destinados à constituição do acervo histórico-institucional do Ministério Público, que, doravante, cuidará da seleção e conservação de documentos de valor histórico da Instituição.

AMPERJ comemora o Dia Nacional do Ministério Público

A Associação do Ministério Público-RJ, por ocasião dos festejos do "Dia Nacional do Ministério Público", fez realizar, no dia 15 de dezembro, seu tradicional coquetel, seguido de jantar dançante. No presente ano, a festividade teve lugar no 11º andar do edifício da sede do *"Jockey Club Brasileiro"*, situado na Avenida Presidente Antonio Carlos, no Centro.

O evento foi animado por dois conjuntos musicais, o "DJ Capelli" e a "Banda Celebrare".

Os amplos salões da suntuosas sede do *Jockey* encontravam-se, praticamente, lotados, contando com a presença de grande número de Procuradores e Promotores de Justiça, incluindo-se entre eles diversos colegas aposentados.

Cooperativa de Crédito criada pela AMPERJ

1. Por iniciativa da Associação do Ministério Público-RJ, vem de ser criada a "Cooperativa de Crédito Mútuo dos Membros do Ministério Público" do nosso Estado – COOMPERJ, já autorizada a funcionar pelo Banco Central do Brasil, conforme despacho publicado no Diário Oficial da União de 10 de agosto do corrente ano.

A COOMPERJ, por certo, desempenhará importante papel na integração e ajuda mútua de seus participantes.

2. O início das atividades da nova entidade, que, provisoriamente, funcionará em dependência da sede da AMPERJ, na Rua Rodrigo Silva, nº 26, 8º andar, teve lugar no dia 17 de dezembro, ocasião em que se deu a posse da primeira Diretoria e do Conselho Fiscal, assim integrados:

Diretoria

Presidente – *Luiz Antônio Ferreira de Araujo*
1º Vice Presidente – *Nicanor Medici Fischer*
2º Vice-Presidente – *José Augusto Guimarães*
Diretor Administrativo – *Alexandre Murilo Graça*
Diretor Operacional – *Plínio de Sá Martins*

Conselho Fiscal

Nelson José Martins
Pedro Elias Erthal Sanglard
Tânia Maria Salles Moreira

Suplentes

Danilo Domingues de Carvalho
Márcio Souza Guimarães
Paulo Bandeira de Mello

3. Vale o registro de que a COOMPERJ operará como instituição bancária, embora sem fins lucrativos, proporcionando aos seus integrantes, além da remuneração do capital subscrito, melhores condições, tanto na obtenção de empréstimos quanto na aplicação de recursos.

4. Na mesma data, 17 de dezembro, realizou-se, na sede da AMPERJ, a cerimônia de entrega da "Medalha do Mérito da Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro", aos seguintes colegas:

Dr. *Homero das Neves Freitas* (***in memoriam***);
Dr. *José Carlos Paes;*
Dr. *Luiz Antonio Ferreira de Araujo;*
Dr. *Mauro José Ferraz Lopes.*

Concluída a solenidade de entrega da "Medalha do Mérito", deu-se, então, a inauguração das instalações da COOMPERJ, seguida da posse da sua primeira Diretoria e do Conselho Fiscal, acima indicados.

5. Ao final de toda a festividade, foi servido um coquetel de confraternização.

Nova Direção do CEPROJUS

1. Realizou-se, no dia 20 de dezembro, a eleição para a escolha dos novos Conselhos Diretor, Consultivo e Fiscal do Centro de Procuradores de Justiça do Estado do Rio de Janeiro para o período de 01 de janeiro de 2002 a 31 de março de 2004.

A eleição em tela deu-se por aclamação, apresentando o seguinte resultado:

Conselho Diretor

Presidente – *Roberto Abranches*
Vice-Presidente – *Waldy Genuíno de Oliveira*
Primeiro Secretário – *Arilda Sandra Nunes*
Segundo Secretário – *Karla Maria da Cruz Carvalho*
Primeiro Tesoureiro – *Mary Virginia Northrup*
Segundo Tesoureiro – *Mauro Campello*
Diretor Social – *Vera de Souza Leite*
Diretor Cultural – *Leny Costa de Assis*
Diretor de Relações Externas – *Regina Lucia Natal de Carvalho*
Diretor Assistencial – *Luiza Thereza Baptista de Mattos*
Diretor de Turismo – *Wilson Cavalcanti de Farias*

Conselho Consultivo

Antonio Augusto de Vasconcelos Neto
Atamir Quadros Mercês
Danilo Domingues de Carvalho
Francisco Massá Filho
Heloísa Maria Alcofra Miguel
José da Silveira Lobo

Maria Lucia das Chagas Gomes de Sá
Marija Yrneh Rodrigues de Moura
Norton Esteves Pereira de Matos
Paulo de Salles Guerra

Conselho Fiscal
Efetivos

Déa Araujo de Azeredo
Everardo Moreira Lima
Fátima Faria Ferreira Mello
Marcio Klang
Nader Couri Raad

Suplentes

Adilse Oliveira Ramos
Vitória Le Cocq D'Oliveira

2. Está marcada para o dia 03 de janeiro de 2002 a posse dos novos dirigentes que irão gerir os destinos do CEPROJUS.

Novos Procuradores de Justiça

No período compreendido entre 1° de julho a 31 de dezembro de 2001, foram promovidos ao cargo de Procurador de Justiça os seguintes colegas:

Antonio José Campos Moreira
Antonio José Martins Gabriel
Cláudio Soares Lopes
Denise Soares Lopes
Heloísa Carpena Vieira de Mello
Joel Tovil
Marcellus Polastri Lima
Maria Celeste Cardoso de Brito Pereira
Simone Benício Ferolla Guida

Vitaliciamentos

No período compreendido entre 1° de julho a 31 de dezembro de 2001, foram vitaliciados na carreira do Ministério Público os seguintes colegas: *Adiel da Silva França, Agnes Mussliner, Alessandra Tavares Pádua Lethier Rangel, Alexandre Couto Joppert, Ana Paula Amato Manhães Siqueira, André Guilherme Tavares de Freitas, Atila Pereira de Souza, Bernardo Vieiralves Martins, Caroline Andrade Bueno Fernandes, Charles Amitay Weksler, Clisânger Ferreira Gonçalves, Cristhiane Bar-*

radas Zeitone, David Francisco de Faria, Denise Becker Atherino, Dimitrius Viveiros Gonçalves, Eliane Almeida de Abreu Belém, Fabiano Rangel Moreira, Felipe Pires Cuesta, Fernanda Louise da Silva, Flávia da Matta Xavier Reis, Flávia Furtado Tamanini Pereira, Flávia Pereira Nunes, Gisela Alexandre Brandão, Guilherme Vogel Prado, Isabela Maria de Moura Estevão Padilha, Janaína Vaz Candela Pagan, Jean Pessanha Tavares, Marcelo Muniz Neves, Marcos Paulo Alfradique de Andrade, Maria Fernanda Dias Mergulhão, Mauro Penna Macedo Guita, Patrícia Silveira Tavares, Roberto Góes Vieira, Rosemery Duarte Viana, Sauvei Lai, Silvia Cives Seabra, Stephan Stamm, Veronica Crespo Ribeiro Antunes Zylberman e *Vinicius Leal Cavalleiro.*

Aposentadorias

No período compreendido entre 1° de julho a 31 de dezembro de 2001, aposentaram-se na carreira do Ministério Público as seguintes colegas:

Edilma Raposo dos Santos Engels
Leila Campos Nunes

Falecimentos

A Direção da *Revista do Ministério Público/RJ* cumpre o doloroso dever de registrar, durante o período de 1° de julho a 31 de dezembro de 2001, o falecimento dos seguintes colegas:

Newton Marques Cruz
Oswaldo de Moraes Bastos
Simão Isaac Benjó

Exonerações

No período compreendido entre 1° de julho a 31 de dezembro de 2001, foram exonerados, a pedido, os seguintes colegas:

Afonso Henrique Ferreira Barbosa
Ferdinaldo do Nascimento
Gizelda Leitão Teixeira
Paula Feteira Soares
Ricardo Cyfer

Lista de Antigüidade dos Membros do Ministério Público

Lista de Antigüidade dos Membros do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (Em 31 de Dezembro de 2001)

Cargo: Procurador de Justiça

1 Sergio Demoro Hamilton
2 Antonio Vicente da Costa Junior
3 Luiz Sergio Wigderowitz
4 Virgilio Augusto da Costa Val
5 Cezar Romero de Oliveira Soares
6 Celso Fernando de Barros
7 Carlos Antonio da Silva Navega
8 Marija Yrneh Rodrigues de Moura
9 Joao Baptista Lopes de Assis Filho
10 Marcia Paiva Arellano
11 Evangelina Fontelas Rosado Spinelli
12 Renato Pereira Franca
13 Vera de Souza Leite
14 Jose Augusto de Araujo Neto
15 Elio Gitelman Fischberg
16 Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea
17 Levy de Azevedo Quaresma
18 Marly de Almeida Leite Perorazio Tavares
19 Luiz Carlos Silva
20 Dalva Pieri Nunes
21 Maria Amelia Couto Carvalho
22 Hugo Jerke
23 Adolfo Borges Filho
24 Bernardo Buarque Schiller
25 Decio Luiz Gomes
26 Julio Cesar de Sousa Oliveira
27 Elisabeth de Moraes Cassar
28 Fernando Chaves da Costa
29 Carlos Machado Vianna
30 Ertulei Laureano Matos
31 Luiza Thereza Baptista de Mattos
32 Marcio Klang
33 Marfan Martins Vieira
34 Pedro Moreira Alves de Brito
35 Helcio Alves de Assumpcao
36 Sergio Bastos Viana de Souza
37 Jose Maria Leoni Lopes de Oliveira
38 Katia Costa Marques de Faria
39 Maria Teresa Moreira Lima
40 Francisco Antonio Souto e Faria
41 Raphael Cesario
42 Luiz Otavio de Freitas
43 Antonio Carlos Coelho dos Santos
44 Elaine Costa da Silva
45 Vanda Menezes Rocha
46 Luiz Carlos de Oliveira Lopes
47 Jose Antonio Leal Pereira
48 Paolina Leone Candia Hryniewicz
49 Alexandre Araripe Marinho
50 Celso Benjo
51 Vitoria Abi Rihan
52 Augusto Dourado
53 Israel Stoliar
54 Heloisa Maria Alcofra Miguel
55 Elizabeth Regina Gomes de Oliveira Melo
56 Anderson Albuquerque de Souza Lima
57 Jose Roberto Paredes
58 Nelma Gloria Trindade de Lima
59 Maria do Carmo dos Santos Casa Nova
60 Celma Pinto Duarte de Carvalho Alves
61 Fernando Fernandy Fernandes
62 Fatima Maria Ferreira Melo
63 Maria Elizabeth Riente Lima
64 Rosane Orichio de Siqueira Mello
65 Francisco Eduardo Marcondes Nabuco
66 Kleber Couto Pinto
67 Marilza Matos Mendes de Borges
68 Leonardo de Souza Chaves
69 Luiz Roberto Saraiva Salgado
70 Cristiano Cullen de Sampaio Vianna
71 Maria Cristina Menezes De Azevedo
72 Tania Maria Salles Moreira
73 Carlos Domingues da Venda

74 Nadia de Araujo
75 Jose Muinos Pineiro Filho
76 Sonia Simoes Correa Fortes
77 Antonio Carlos da Graca de Mesquita
78 Maria Dionizia Freire Goncalves de Almeida
79 Vania Maria Carrano Benjo
80 Adelangela Carvalho Saggioro
81 Jose Carlos Paes
82 Dirce Ribeiro de Abreu
83 Roberto Moura Costa Soares
84 Maria Teresa de Andrade Ramos Ferraz
85 Elizabeth Carneiro de Lima
86 Maria Eugenia Monteiro Cavalcanti
87 Marilia de Castro Neves Vieira
88 Monica da Silveira Fernandes
89 Joao Martins Freitas
90 Charles Van Hombeeck Junior
91 Fernanda Moreira Jorgensen
92 Wilson de Pontes Cardoso
93 Adilse de Oliveira Ramos
94 Maria da Conceicao Lopes de Souza Santos
95 Lucia Neves de Oliveira
96 Leonardo Cavalcanti Cerqueira
97 Marcia Alvares Pires Rodrigues
98 Marcia Rodrigues de Oliveira
99 Ecknea Antonia de Andrade
100 Silvia Liz Xavier Dell'ome
101 Sonia Maria da Rocha Cruz
102 Leila Maria Rodrigues Pinto de Carvalho e Albuquerque
103 Ariadne Mitropoulos Esteves
104 Maria Aparecida Moreira de Araujo
105 Regina Olivia da Rocha Werneck
106 Virginia de Barros Moreira
107 Ana Alice de Belli Antony
108 Ana Maria da Silva Goncalves
109 Arilda Sandra da Silva Nunes
110 Geraldo Antonio Rangel de Azeredo Coutinho
111 Helda Lima Meireles
112 Regina Lucia Natal de Carvalho
113 Maria Christina Pasquinelli Bacha de Almeida
114 Mauricio Assayag
115 Frederico Alberto Ribeiro Canellas
116 Ligia Portes Santos
117 Joao Batista Filgueiras
118 Lucia Maria Lacerda Atalla
119 Rosangela Carrozzino Canellas
120 Jose Avelino Atalla
121 Daisy Palmieri da Costa
122 Sergio Antonio de Carvalho
123 Patricia Silveira da Rosa
124 Ana Cristina Augusto Gentil da Silva Filgueiras
125 Denise Freitas Fabiao Guasque
126 Karla Maria da Cruz Carvalho
127 Maria Thereza Kezen Vieira
128 Paula Mello Chagas
129 Heloisa Maria Daltro Leite
130 Claudia Maria Oliveira dos Santos
131 Maria Cristina da Silva Gaertner
132 Maria Eugenia Andrade de Macedo
133 Pedro Elias Erthal Sanglard
134 Alda Santarosa Freire Oliveira e Silva
135 Ricardo Ribeiro Martins
136 Gisele Lobao Salgado
137 Julieta Raila Bernstein Seixas
138 Miriam Cristina Mendonca Real de Almeida
139 Lea Barboza Vianna Freire
140 Antonio Jose Martins Gabriel
141 Heloisa Carpena Vieira de Mello
142 Simone Benicio Ferolla Guida
143 Claudio Soares Lopes
144 Ida Maria Moulin Aledi
145 Maria Celeste Cardoso de Brito Pereira
146 Marcellus Polastri Lima
147 Denise Soares Lopes
148 Antonio Jose Campos Moreira
149 Joel Tovil

Nota: Lista de Antigüidade fornecida à *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, em "disquete", pelo Departamento de Recursos Humanos em 10 de abril de 2002 e publicada no DOERJ, Parte I, de 12 abril de 2002, pp. 37/40.

Cargo: Procurador-MP/Especial

001 Julio Lambertson Rabello
002 Horacio Machado Medeiros
003 Delja Marucia Palhares R. de Paiva

Cargo: Promotor de Justiça

1 Francisco Chagas Bruno
2 Roberto Mendonca de Andrade
3 Maria de Lourdes de Oliveira Ribeiro
4 Afranio Silva Jardim
5 Helio Jose Ferreira Rocha
6 Adelia Barboza de Carvalho
7 Nelia Nahid de Carvalho de Paola
8 Lucia Gloria Bastos Alves de Araujo
9 Rosa Maria dos Reis Parise
10 Eduardo da Silva Lima Neto
11 Carlos Eduardo de Miranda Ferraz
12 Angela Maria Parise Rafidi
13 Veronica Elisa Rosa Aguiar
14 Fatima Pacca de Araujo Winkler
15 Gladys Mary Licinio Holanda Jerke
16 Maria Helena Rodrigues Silva Biscaia
17 Angela Maria Castro Leite de Andrade C. de Matos
18 Nilo Cairo Lamarao Branta
19 Maria da Conceicao Pereira Cardoso
20 Maria Luiza Ribeiro Cabral
21 Ana Lucia Abeid Nassar
22 Alberto Henrique de Pinho Canellas
23 Marcelo de Lyra Filho
24 Maria de Nazare Pires de Sousa Martins
25 Martha Pires Rocha Hisse
26 Rita de Cassia Araujo de Faria
27 Vera Lucia Fernandez Delgado
28 Carlos Roberto de Castro Jatahy
29 Marlene Maria Espindola
30 Sumaya Therezinha Helayel
31 Nilo Augusto Francisco Suassuna
32 Christiane Claudia Cardoso Anselmo de Farias
33 Katia Aguiar Marques Selles
34 Vania Lucia Borsotto Machado Monteiro
35 Marcelo Rocha Monteiro
36 Marcelo Daltro Leite
37 Gloria Marcia Percinoto
38 Regina Lucia Xavier
39 Nedir Machado de Braganca Soares
40 Maria Lucia Lima e Silva Ceglia
41 Antonio Munir Rafidi
42 Maria Helena Cortes Pinheiro
43 Thereza Christina Bastos de Menezes
44 Rogerio Carlos Scantamburlo
45 Walberto Fernandes de Lima
46 Iagmar Senna Chelles
47 Ilma de Araujo Barros
48 Eni Goncalves Ferreira
49 Sergio Roberto Ulhoa Pimentel
50 Vicente Ferreira de Arruda Coelho Filho
51 Lucia Ramos Serao
52 Elizabeth Jose Barreto
53 Antonio Borromeu Fernandez
54 Luiz Fabiao Guasque
55 Simone de Lima e Silva Rossi
56 Leila Machado Costa
57 Jose Aluizio de Arruda
58 Maria da Conceicao Nogueira da Silva
59 Ricardo Alcantara Augusto Pereira
60 Maria Ignez Carvalho Pimentel
61 Rosa Maria Xavier Gomes Carneiro
62 Guilherme Eugenio de Vasconcellos
63 Nelcy Pereira Lessa
64 Carlos Cicero Duarte Junior
65 Jonas Mendes Rodrigues

66 Silvia Maria Castelo Branco de Siqueira
67 Ivonise da Costa Feres Caetano
68 Cristina Maria Nogueira de Vasconcellos Costa
69 Laise Helena Silva Macedo
70 Talma Prado Castello Branco Junior
71 Maria Luiza de Lamare Sao Paulo
72 Mendelssohn Erwin Kieling Cadorna Pereira
73 Paulo Roberto Valim Gomes
74 Laise Ellen Silva Macedo
75 Izabella Figueira
76 Elisabeth Gomes Sampaio
77 Marcelo de Carvalho Mota
78 Soraya Taveira Gaya
79 Claudia Baldan Cabral dos Santos
80 Silvana Gonzalez de Fabritiis
81 Julio Cesar Lima dos Santos
82 Maria da Gloria Barboza Silva
83 Delma Moreira Acioly
84 Marcos Ramayana Blum de Moraes
85 Luiz Gonzaga de Lima Costa Junior
86 Darlei Goncalves Bala
87 Jose Augusto Guimaraes
88 Marcos Andre Chut
89 Monica Maria Costa Di Piero
90 Lilian Moreira Pinho
91 Maria Celia Gonzaga da Igreja
92 Ana Paula Cardoso Ferreira de Lima
93 Maria Aparecida Lamoglia Dias
94 Luciana Sapha Silveira
95 Marlon Oberst Cordovil
96 Wania Helena Valle Ayres
97 Fernando Luiz de Azevedo Costa
98 Maria de Lourdes Feo Polonio
99 Jorge Narciso da Silva Filho
100 Gisele Aparecida G. Sirieiro Monteiro
101 Elisa Maria Torelly Santos Rocha
102 Marcelo Lima Buhatem
103 Elisabete Maria Leiras Alvarez
104 Alice Anna Louise da Silva
105 Denise Muniz de Tarin
106 Orlando Carlos Neves Belem
107 Margaret Motta Ramos
108 Romero Lallemant Lyra
109 Flavia Araujo Ferrer de Andrade
110 Fernando Galvao de Andrea Ferreira
111 Helane Vieira Ramos
112 Asterio Pereira dos Santos
113 Marcio Mothe Fernandes
114 Marly Saramago Hermann
115 Renata Machado Cotta Buhatem
116 Anna Maria Di Masi
117 Lucia Maria Teixeira Ferreira
118 Luiza Lane Ribeiro Godinho
119 Monica de Faria Sardas
120 Rosani da Cunha Gomes
121 Sergio Livio Pereira Pinto
122 Leila de Lima Bran Moreira
123 Cristina Medeiros da Fonseca
124 Julio Roberto Costa da Silva
125 Elizabeth Machado Carneiro
126 Dennis Aceti Brasil Ferreira
127 Mona Nassaro
128 Angela Maria Silveira dos Santos
129 Dora Beatriz Wilson da Costa
130 Katia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel
131 Simone Domingues Coachman
132 Ana Paula Petra Lopes de Carvalho
133 Claudia Maria Macedo Perlingeiro dos Santos
134 Claudio Henrique da Cruz Viana
135 Ellis Hermydio Figueira Junior
136 Alexandre Viana Schott
137 Marcia Teixeira Velasco
138 Marta Folino Proenca
139 Ana Lucia Sauerbronn Goncalves
140 Renata Maria Nicolau Cabo
141 Marisa Paiva Carvalho da Costa
142 Luiz Roldao de Freitas Gomes Filho
143 Cristiane Bernstein Seixas
144 Mario Luiz Paes
145 Riscalla Joao Abdenur
146 Viviane Tavares Henriques
147 Jose Luiz Martins Domingues
148 Luciana Maria Vianna Direito Fagundes
149 Marcio Jose Nobre de Almeida
150 Sandra Maria Duclos Torres de Melo

151 Maria Amelia Barreto Peixoto
152 Ana Paula Rodrigues da Rocha
153 Jose Eduardo Ciotola Gussem
154 Adriana Nino Biscaia
155 Conceicao Maria Tavares de Oliveira
156 Lucia Mothe Glioche
157 Regina Ghiaroni
158 Marcelo Pereira Marques
159 Marcia Maria Tamburini Porto Saraiva
160 Sávio Renato Bittencourt Soares Silva
161 Ines da Matta Andreiuolo
162 Ana Lucia da Silva Melo
163 Leonardo Freire de Oliveira
164 Bruno Ferolla
165 Jose Mario Porto Marandino
166 Fernanda Campos de Oliveira
167 Christiane Barbosa Monnerat
168 Edilea Goncalves dos Santos Cesario
169 Maria Beatriz Peres Fernandes Camara
170 Ana Maria Gomes de Castro
171 Carla da Silva Carvalho de Canellas
172 Marilza de Souza Goncalves Augusto
173 Patricia Leite Carvao
174 Adriana Bastos Poubel
175 Vera Regina de Almeida
176 Claudia Martins Quaresma
177 Mario Moraes Marques Junior
178 Homero das Neves Freitas Filho
179 Galdino Augusto Coelho Bordallo
180 Elisabete Figueiredo Felisbino Barbosa
181 Cristiane Goncalo Soares
182 Mária Luiza Bezerra Cortes Barroso Miranda
183 Patricia Mothe Glioche Beze
184 Ana Cintia Lazary Serour
185 Mauricio Cesar do Couto
186 Gianfilippo de Miranda Pianezzola
187 Ana Cristina Lesqueves Barra
188 Carmen Eliza Bastos de Carvalho
189 Carla Rodrigues Araujo de Castro
190 Nizete de Azevedo Oliveira
191 Ana Paula Baptista Villa
192 Alexandre Murilo Graca
193 Claudio Varela
194 Anco Marcio Valle
195 Tania Faria Torres Lana
196 Janaina Marques Correa
197 Lisangeli Alcantara Erthal Rocha
198 Maria Elisabete Cardoso Antunes da Costa
199 Joel Cesar Dantas de Sampaio
200 Gloria Rocha Kayat
201 Plinio de Sa Martins
202 Americo Luzio de Oliveira Filho
203 Joao Carlos Brasil de Barros
204 Augusto Vianna Lopes
205 Fatima Lucia Alves Ferreira Nunes
206 Ana Carolina Mendes Nogueira Gomes
207 Fabiola Lovisi
208 Renato Lisboa Teixeira Pinto
209 Maria da Gloria Guarino de Oliveira Lucas
210 Taciana Dantas Carpilovsky
211 Eduardo Slerca
212 Eliane de Lima Pereira
213 Christiane Menescal Braga Itabaiana Nicolau
214 Luciano Lessa Goncalves dos Santos
215 Humberto Dalla Bernardina de Pinho
216 Liana Barros Cardozo de Sant'ana
217 Luiz Antonio Correa Ayres
218 Guilherme Magalhaes Martins
219 Marcos Moraes Fagundes
220 Monica Santos Cardoso Soares
221 Rogerio Lima Sa Ferreira
222 Marcus Cavalcante Pereira Leal
223 Gustavo Adolfo Vieira Dutra de Almeida
224 Marcos Antonio Maselli de Pinheiro Gouvea
225 Guilherme Soares Barbosa
226 Celso de Andrade Loureiro
227 Anabelle Macedo Silva
228 Sergio Nogueira de Azeredo

229 Albino Jose da Silva Filho
230 Paulo Cerqueira Chagas
231 Maria do Carmo Machado Ferreira Alexandre
232 Barbara Salomao Spier
233 Joao Reginaldo Cardoso da Silva
234 Georgea Marcovecchio Guerra
235 Flavia Beiriz Brandao de Azevedo
236 Jacqueline Esther Abecassis
237 Elisa Fraga de Rego Monteiro
238 Paulo Yutaka Matsutani
239 Glaucia Maria da Costa Santana
240 Lucio Romulo Soares
241 Andrea Rodrigues Amin
242 Marcia Vieira Piatigorsky
243 Claudia Canto Condack
244 Tereza Cristina Branco Alves
245 Francisco Franklin Passos Gouvea
246 Laura Cristina Maia Ferreira Netto
247 Leonidas Filippone Farrulla Junior
248 Somaine Patricia Cerruti Lisboa
249 Angelo Joaquim Gouvea Neto
250 Ana Cristina Huth Macedo
251 Alexandra Carvalho Feres
252 Valeria Videira Costa
253 Angelica Mothe Glioche Gasparri
254 Maria Cristina Faria Magalhaes
255 Rodrigo Terra
256 Marcos Kac
257 Renata Silvares Franca
258 Larissa Ellwanger Fleury Ryff
259 Adriana Alemany de Araujo
260 Rubem Jose Bastos Vianna
261 Hedel Luiz Nara Ramos Junior
262 Luiz Alberto da Cunha Braga
263 Carla Tereza de Freitas Baptista Cruz
264 Cristiane da Rocha Corrêa
265 Luciana Araujo Tepedino
266 Patricia Pimentel de Oliveira Chambers Ramos
267 Lenita Machado Tedesco
268 Claudio Calo Sousa
269 Felipe Rafael Ibeas
270 Sergio Bumaschny
271 Karina Valesca Fleury
272 Virgilio Panagiotis Stavridis
273 Celso Quintella Aleixo
274 Adriana Miranda Palma Schenkel
275 Bianca Mota de Moraes
276 Mariana Goulart Marcondes Ribeiro
277 Adriana Araujo Porto
278 Alexandre Themistocles de Vasconcelos
279 Marcos Lima Alves
280 Ilana Fischberg Spector
281 Daniela Abritta Carneiro Ribeiro de Freitas
282 Fernanda Rocha Jorge
283 Daniela Faria Tavares
284 Vanessa Petillo Toledo Marques
285 Sandra Lima Tancredo
286 Jacqueline El-Jack Rapozo Leoni
287 Carlos Andresano Moreira
288 Andreia Macabu Semeghini Calo
289 Adriana Coutinho de Carvalho
290 Rogerio Gomes Alevato
291 Erika da Rocha Figueiredo Barbosa
292 Jose Luis Ferreira Marques
293 Daniel Faria Braz
294 Maria da Gloria Gama Pereira
295 Eduardo Rodrigues Campos
296 Danielle de Souza Caputi
297 Thaimi Stefania Kepe Ferreira
298 Helena Silveira Sousa
299 Claudio Silva de Carvalho
300 Alexandra Paiva D'Ávila Melo
301 Rogerio Pacheco Alves
303 Eduardo Santos de Carvalho
303 Marcia Colonese Lopes Guimaraes
304 Fernando Martins Costa
305 Gabriela Araujo Teixeira Serra
306 Marcos da Motta
307 Miriam Lahtermaher
308 Lisiane Alcantara Erthal Rocha
309 Gustavo Adolfo Machado Cunha Lunz
310 Carlos Frederico Saturnino de Oliveira
311 Luciana Caiado Ferreira
312 Anaiza Helena Malhardes Miranda

313 Alessandra Honorato Neves
314 Jose Antonio Fernandez Souto
315 Julio Machado Teixeira Costa
316 Sebastiao Fador Sampaio
317 Ricardo Zouein
318 Paulo Sergio Rangel do Nascimento
319 Marcelo Lessa Bastos
320 Ivany Bastos Franca David
321 Rochester Machado Piredda
322 Waldemiro Jose Trocilo Junior
323 Fernando Carlassara de Oliveira
324 Sheila Cristina Vargas Ferreira Leal
325 Ana Beatriz Villar da Cunha
326 Walter de Oliveira Santos
327 Monica Rodrigues Cuneo
328 Luciano Oliveira Mattos De Souza
329 Valerio Teixeira Nascimento
330 Pedro de Oliveira Coutinho
331 Luiz Claudio Carvalho de Almeida
332 Victor Santos Queiroz
333 Anik Rebello Assed Machado
334 Emerson Garcia
335 Alexandre Oliveira Tavares
336 Nestor Goulart Rocha e Silva Junior
337 Erminia Manso Oliveira de Sousa
338 Marcio Almeida Ribeiro da Silva
339 Guilherme Mattos de Schueler
340 Paulo Henrique Pereira da Silva
341 Fatima Montauban Leitao
342 Odilon Lisboa Medeiros
343 Vladimir Ramos da Silva
344 Renata Neme Cavalcanti
345 Rosana Barbosa Cipriano de Souza
346 Luis Otavio Figueira Lopes
347 Alberto Flores Camargo
348 Flavia Figueiredo Roxo
349 Elyeth Costa Silva Jardim
350 Valería de Sousa Linck
351 Claudio Serra Feijo
352 Claucio Cardoso da Conceicao
353 Giuliano de Souza Rocha
354 Lucio Pereira de Souza
355 Andre Luiz Mattos de Magalhaes Peres
356 Flavia Abido Alves
357 Marcelo Moutinho Ramalho Bittencourt
358 Eduardo Paes Fernandes
359 Fernanda Vale Pacheco de Medeiros
360 Anna Christina Dantas Rodrigues
361 Daniela Moreira da Rocha Vasconcellos
362 Jose Luiz Pimentel Batista
363 Salvador Bemerguy
364 Marcio Souza Guimaraes
365 Rosemery Duarte Viana
366 Anna Carolina Mattoso Soares
367 Patricia do Couto Villela Abbud Martins
368 Adriana Lucas Medeiros
369 Jorge Magno Reis Vidal
370 Elisa Ramos Pittaro Neves
371 Cristina Figueiredo de Castro do Rego Monteiro
372 Êvanes Amaro Soares Júnior
373 Danielle Waghabi Silva de Carvalho
374 Leonardo Monteiro Vieira
375 Paula Campello Costa Borges
376 Beatriz Leal de Oliveira
377 Monica Martino Pinheiro Marques
378 Andre Machado Ricci
379 Rosana Rosses Petro
380 Cesar Rampazzo da Cruz
381 Madalena Junqueira Ayres
382 Simone Gomes de Souza
383 Caroline Andrade Bueno Fernandes
384 Claudia das Graças Matos de Oliveira Barros
385 Simone Paiva da Motta
386 Paulo Tarso Santiago Leite
387 Jose Luiz Acatauassu Bittencourt
388 Nelma Lucia de Melo Mendes
389 Dario Marcelo Menezes Brandao
390 Rodrigo Lima Gomes
391 Gustavo Campos de Oliveira
392 Vicente de Paula Mauro Junior
393 Erica Rogar
394 Patricia Silveira Tavares
395 Alexandre Couto Joppert
396 Flavia da Matta Xavier Reis

397 Jean Pessanha Tavares
398 Roberto Goes Vieira
399 Agnes Mussliner
400 Miriam Tayah Chor
401 Bernardo Vieiralves Martins
402 Felipe Pires Cuesta
403 Charles Amitay Weksler
404 Dimitrius Viveiros Gonçalves
405 Clisânger Ferreira Gonçalves
406 Vinicius Leal Cavalleiro
407 Adiel da Silva França
408 Mauro Penna Macedo Guita
409 Gabriela da Rocha Guimarães de Campos
410 Stephan Stamm
411 Flavia Furtado Tamanini Pereira
412 Silvia Cives Seabra
413 Marcelo Muniz Neves
414 Janaína Vaz Candela Pagan
415 André Guilherme Tavares de Freitas
416 Marcos Paulo Alfradique de Andrade
417 Fernanda Louise da Silva
418 Guilherme Vogel Prado
419 Fabiano Rangel Moreira
420 Veronica Crespo Ribeiro Antunes Zylberman
421 Alessandra Tavares Padua Lethier Rangel
422 Denise Becker Atherino
423 Gisela Alexandre Brandão
424 Maria Fernanda Dias Mergulhão
425 Ana Paula Amato Manhães Siqueira
426 Cristhiane Barradas Zeitone
427 Isabela Maria de Moura Estavão Padilha
428 David Francisco de Faria
429 Marcela Dumas Belgues de Andrade
430 Eliane Almeida de Abreu Belém
431 Átila Pereira de Souza
432 Flávia Pereira Nunes
433 João Carlos Mendes de Abreu
434 Fátima Vieira Henriques Guerra de Moraes
435 Alexander Araujo de Souza
436 Emiliano Rodrigues Brunet Depolli Paes
437 Robson Renault Godinho
438 Carla Carvalho Leite
439 Renata Pereira de Souza da Graça Mello
440 Marcelo Airoso Pimentel
441 Cristiano dos Santos Lajoia Garcia
442 Gabriela Tabet de Almeida
443 Leonardo Araujo Marques
444 Danielle Cavalcante de Barros
445 Andrezza Duarte Cançado
446 Egberto Zimmermann
447 Eduardo Medeiros Altoé
448 Roberta da Silva Dumas Rego
449 Eliane Patricia Albuquerque Soares
450 Camila Moreira Esteves Cyfer
451 Vanessa Quadros Soares Katz
452 Adriana Vital de Matos
453 Luciana Nascimento Pereira
454 Denise de Mattos Martinez Geraci
455 Luciano Arbex Sarkis

Nota: Lista de Antigüidade fornecida à *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, em "disquete", pelo Departamento de Recursos Humanos em 10 de abril de 2002 e publicada no DOERJ, Parte I, de 12 de abril de 2002, pp. 37/40.

Cargo: Promotor de Justiça Substituto

1 Sauvei Lai
2 José Antonio Ocampo Bernárdez
3 Roberto Saad Alves da Costa
4 Fabiana de Araújo
5 Marcus Edoardo de Sa Earp Siqueira
6 Ana Paula Correia Hollanda
7 Marcio Benisti
8 Artur Gustavo Sant'anna de Oliveira
9 Ana Cristina Fernandes Pinto Villela
10 Fabio Vieira dos Santos
11 Maria Cristina Kubitschek Cançado da Rocha Vianna
12 Fernando Cury Goyano Bastos
13 Flávio Boureau da Camara Canto
14 Cristiane Branquinho Lucas
15 Daniel Lima Ribeiro
16 Leandro Manhães de Lima Barreto
17 Lívia Cristin da Cás Vita
18 Claudia Cristina Nogueira
19 Luciana Rocha de Araujo
20 Melissa Gonçalves Magalhães Rocha
21 Heloísa Maria Teixeira da Silva
22 Maria Helena Ramos de Freitas
23 Sonia Eyleen Oliveira Marenco
24 Rodrigo Octavio de Arvellos Espínola
25 Zilda Januzzi Veloso
26 Viviane Freitas Muniz
27 Lucia Iloizio Barros Bastos
28 Flávio Bonazza de Assis
29 Elke Schlesinger
30 Pedro Rubim Borges Fortes
31 Patricia Hauer
32 Carla Cristina Coutsoukalis
33 Regiane Cristina Dias Pinto
34 Fernanda Caruso de Mattos
35 Gabriela Bessa Garcia de Oliveira
36 Monica Barbosa Telles de Miranda
37 Fabio Corrêa de Matos Souza
38 Isabella Pena Lucas
39 Renata de Vasconcellos Araujo Bressan
40 Deise Barboza Passos Ribeiro
41 Claudia Pereira Caldas
42 Luciana de Souza Carvalho
43 Carla de Azevedo Vieira
44 Luís Augusto Soares de Andrade
45 Marisa El-Mann
46 Erica Di Donato Vianna
47 Oyama Mignon de Castro
48 Tatiana Costa Torres
49 Rodrigo de Almeida Maia
50 Pedro Paulo Marinho de Barros
51 Marcelo Mauricio Barbosa Arsenio
52 Carlos Guilherme Santos Machado
53 Henrique Paiva Araujo
54 José Carlos Zebulum
55 José Marinho Paulo Junior
56 Daniel Favaretto Barbosa
57 Paulo Roberto Mello Cunha Junior
58 Marcia Araujo Pinto
59 Carolina Chaves de Figueiredo Marinho
60 Cindy Chao
61 Renata Scarpa Fernandes Borges
62 Ricardo Campenelle Rodrigues
63 Tiago Joffily
64 Rosana dos Santos Rodrigues
65 Leonardo Arreguy Romão
66 Leticia Almeida Martins de Souza
67 Karine Susan Oliveira Gomes
68 Guilherme Braga Peña de Moraes
69 Ana Paula Ribeiro Rocha de Oliveira
70 Maria Lucia Winter
71 Sergio Luis Lopes Pereira
72 Fabio Mendes Muniz
73 Marcelo Augusto Buarque de Tavares
74 Bruno de Lima Stibich
75 Eduardo Monteiro Vieira
76 Patricia de Oliveira Souza
77 Rosana Gomes Esperança

78 Ana Gabriela de Mello Fernandes
79 Cristiane de Carvalho Vasconcelos
80 Suzana Salgado Lopes
81 Allana Alves Costa Poubel
82 Bruno dos Santos Guimarães
83 Patricia Gabai Venancio
84 Mariana Segadas Acylino de Lima
85 Rhamile Sodré de Oliveira
86 Marcelo Fabiano Araujo dos Santos
87 Francisco Lopes da Fonseca
88 Vagner Delgado de Almeida
89 Rodrigo Cézar Medina da Cunha
90 Frederico Antonio Bonfatti Teixeira Monteiro

Nota: Lista de Antigüidade fornecida à *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, em "disquete", pelo Departamento de Recursos Humanos em 10 de abril de 2002 e publicada no DOERJ, Parte I, de 12 de abril de 2002, pp. 37/40.

Lista de Membros Inativos do Ministério Público

Lista de Membros Inativos do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (Em 31 de Dezembro de 2001)

Ada Buksman
Adir Maria de Andrade Equi
Adolpho Lerner
Affonso Alípio Pernet de Aguiar
Alberto Lírio do Valle
Albino Angelo Santarossa
Alcirio Dardeau de Carvalho
Aldney Zacharias Peixoto
Alexandre Arbach
Alexandre Demathey Camacho
Alma Rubens Alvim de Carvalho
Alvaro Duncan Ferreira Pinto
Alvaro Homero Xavier de Brito Martins Baptista
Alvaro Hungria Ferreira Pinto
Ana Maria de Almeida Nogueira
Ana Maria de Andrade Pinheiro
Ana Maria de Resende Chaves
Ana Maria Gattás Bara
Ana Maria Goldemberg
Ana Maria Schmidt
Anamaria de Luna Borges Saraiva
Angela da Rocha Pombo
Angela Maria Bittencourt Brasil de Araújo
Anna Affonso Delecave
Annabella Vera Grazia Herczog
Anthero da Silva Gaspar
Antonio Augusto de Vasconcellos Neto
Antonio Carlos da Fonseca Passos
Antonio Carlos Martins
Antonio Carlos Silva Biscaia
Antonio Francisco Feteira Gonçalves
Antonio Roberto Jorge de Paiva Côrtes
Aquilino Pinto Figueiredo
Arci Cavancalti de Albuquerque Figueiredo
Arion Sayão Romita
Armando de Oliveira Marinho
Arthur Leonardo de Sá Earp
Arthur Pontes Teixeira
Assy Mirza Abranches
Atamir Quadros Mercês
Augusta Vitoria Piclum
Avelino Gomes Moreira Neto
Beatriz Marilda Alves
Bonni dos Santos
Brazilmar Moraes Pinheiro
Caetano Pinto de Miranda Montenegro Neto
Carlos Alberto Pires de Carvalho e Albuquerque
Carlos de Mello Porto
Carlos de Novaes Vianna
Carlos Eduardo Bernardi Montaury Pimenta
Carlos Eduardo Costa Silva
Carlos Magno Maia Przewodowski
Celia de Araujo Costa
Celso Peçanha
Ceres Feijó
Cezar Augusto de Farias
Cilas Alves Magalhães
Cláudio Ramos
Concelina Henrique de Souza
Cristina Maria dos Santos Caetano da Silva
Cypriano Lopes Feijó
Daisy Monnerat dos Santos Silva
Danilo Domingues de Carvalho
Dário Michéli Gadêlha
David Borensztajn
David Milech
Déa Araújo de Azeredo
Delma Eyer Harris
Demóstenes Garcia
Diamantino Ferreira
Dilmo Solon Valadares do Lago
Dolores Maria Ferreira
Domingos Henrique Leal Braune
Dráusio Rodrigues Lourenço
Duval Vianna
Edgard Coimbra Sampaio
Édila Davies de Moura
Edilma Raposo dos Santos Engels
Edilon Miranda de Oliveira

Edmo Rodrigues Lutterbach
Edmundo José Anjo Coutinho
Edson Affonso Guimarães
Edson Pereira da Silva
Eduardo Othelo Gonçalves Fernandes
Eduardo Pinto Martins
Eduardo Valle de Menezes Côrtes
Ékel Luiz Sérvio de Souza
Élcio de Souza Chrysóstomo
Eloysio Vieira de Almeida
Elso Vaz
Emanuel Roberto de Nora Serra
Emyr Pereira da Silva
Enos da Costa Palma
Eugênio Carvalho do Nascimento Filho
Evandro Barbosa Steele
Evandro Ramos Lourenço
Everardo de Góes Fischer
Everardo Moreira Lima
Fernando Araripe de Moraes Quadros
Fernando José Pessoa da Silva
Fernando Lúcio Lagoeiro de Magalhães
Fernando Paciello
Ferndinando José Bianchini Latgé
Flávia Pereira Nóvoa
Flávio Cunha Monteiro de Carvalho
Flávio Curi Vitari
Francisco das Neves Batista
Francisco de Oliveira
Francisco Eugênio Freire Moraes
Francisco Gil Castelo Branco
Francisco Habib Otoch
Francisco José Vaz
Francisco Massá Filho
Gabriel Villela Junior
Gastão Lobão da Costa Araújo
Gelcy Migon Pinto de Oliveira
Geraldo Di Biase
Geraldo Freitas Caldas
Geraldo Mattos Maia
Gerardo Rangel dos Santos
Gerson Nicacio Garcia
Gevan de Carvalho Almeida
Gilberto Machado Simões
Guilherme Novis Dias
Guy Benigno Brasil
Hamilton Xavier
Hédel Luiz Nara Ramos
Heitor Costa Junior
Heitor Pedrosa Filho
Helio Cesar Penna e Costa
Helio Zaghetto Gama
Heloisa Helena Gomes Barboza
Heloísa Helena Pires dos Santos
Henrique Esrnesto Cláudio Dagna
Henrique Nogueira da Costa
Hermezinda Oliveira Cavalcanti
Hílton Massa
Hisashi Kataoka
Hortêncio Catunda de Medeiros
Hugo Gonçalves Roma
Inácio Nunes
Irenice Nunes Azevedo Lima
Iris Gameiro Seiffert
Itala Cremer
Ivan Anátocles da Silva Ferreira
Ivan Rezende Pereira Leal
Ivonildes Luiz Altino de Lima
Jackson Lopes Corrêa
Jacyr Villar de Oliveira
Jarcléa Pereira Gomes
Jayme Duarte Vieira
Jefferson Machado de Góes Soares
João Baptista Storduto de Carvalho
João Carlos Miranda Freire
Joaquim Armindo Thomaz
Jocymar Dias de Azevedo
Jorge Alonso Ferraço
Jorge Armando Figueiredo Enne
Jorge Euclydes Pereira Ninho
Jorge Ibrahim Salluh
Jorge Joaquim Lobo
Jorge Vacite Filho
José Antonio Costa
José Araújo dos Santos
José Bianchini
José Carlos da Cruz Ribeiro
José da Silveira Lobo
José dos Santos Carvalho Filho
José Francisco Basílio de Oliveira
José Francisco de Souza
José Ivanir Gussem
José Perelmiter
José Ricardo Lopes Guimarães

José Rodrigues Pinheiro
José Sertã Camões
José Vicente Ferreira
José Vicente Pereira
Juary Silva
Julio Cesar Souza Baltharejo
Laercio Guarçoni
Lafredo Lisboa Vieira Lopes
Laiza de Paula Rossi
Laucy Esteves
Laudelino Freire Junior
Leila Campos Nunes
Leny Costa de Assis
Leonel dos Santos
Lício de Oliveira Araújo
Lília Izaguirre Toledo Malta
Liliane Chaves de Castro Magalhães
Lincoln Antônio de Castro
Lourdes Gamba
Lourineide de Arruda Xavier
Lucia Maria Cuinhas da Cunha
Luís Carlos de Araújo
Luís Fernando Ribeiro Matos
Luiz Almeida do Valle
Luiz Antônio Ferreira de Araújo
Luiz Antonio Pacca Campos Mello
Luiz Brandão Gatti
Luiz Carlos Humbert de Albuquerque Maranhão
Luiz Carlos Rodrigues da Costa
Luiz Carlos Vivas Vieira
Luiz de Araujo Braz
Luiz Facca
Luiz Fonseca Le Cocq D'Oliveira
Manoel Geraldo Areunete
Marcello Maria Domingues de Oliveira
Marcelo Antonio de Meneses Oliveira
Marcos Mizrahi
Margarida Mria Nogueira La Croix
Maria Cristina Pacini de Medeiros e Albuquerque
Maria da Glória Franco
Maria de Fátima da Rocha Novais
Maria do Carmo Alves Garcia
Maria Elisa de Proença Hingst
Maria Helena Pereira da Cunha
Maria Lenígia Rocha Pires de Carvalho
Maria Lúcia das Chagas Gomes de Sá
Maria Lúcia Farrulla
Maria Suzane Chaves Meirelles
Mariana de Oliveira
Marilene Gomes Fernandes
Marília Bulhões dos Santos Carneiro
Mario Antonio de Carvalho
Mario Carrilho da Fonseca e Silva
Mario Ferreira dos Reis
Mario Portugal Fernandes Pinheiro
Mario Tobias Figueira de Mello
Mario Tobias Figueira de Mello Filho
Marlene Cardoso Gonzalez
Marly Martin Mazzuchelli
Mary Virgínia Northrup
Maurício Helayel
Mauro Azevedo
Mauro Campello
Mauro José Ferraz Lopes
Maximino Gonçalves Fontes Neto
Miriam Rocha Mello
Murilo Bernardes Miguel
Nader Couri Raad
Nancy Mendes de Aragão
Naudila Teresinha Honorato Neves
Neje Hamaty
Nelson José Martins
Newton Lourenço Jorge
Nicanor Médici Fischer
Nilda Maria Benevides de Miranda
Norma Chrissanto Dias
Norton Esteves Pereira de Mattos
Octávio Freitas
Olegário Maciel Colly
Omar Gama Ben Kauss
Onédio Francisco Gonçalves
Ovídio Silva
Pamphilo de Andrade da Silva Freire
Paulo Cezar Pinheiro Carneiro
Paulo de Salles Guerra
Paulo Ferreira Rodrigues
Paulo Frederico Bandeira de Mello Thedim Lobo
Paulo Ivan de Oliveira Teixeira
Paulo Monteiro Barbosa
Paulo Roberto Canettieri
Paulo Roberto Pinheiro Torres

Pedro Henrique de Miranda Rosa
Pedro Nogueira Fontoura
Pedro Paulo Geraldo Pires de Mello
Regina Buaiz
Regina Celi Silva Machado
Regina Celia de Oliveira Calmon
Regina Machado Tedesco
Regina Maria Corrêa Parisot
Reinaldo Moreira Glioche
Remy Barbosa Vianna
Renato Gonçalves Pereira
René de Souza Coelho
Ricardo Canellas Rinaldi
Ricardo Hungria Ferreira Pinto
Roberto Abranches
Roberto Bernardes Barroso
Roberto Pontes Dias
Roberto Ribeiro França
Rodolpho Antonio Avena
Ronaldo de Medeiros e Albuquerque
Ronaldo Simão
Ronaldo Tostes Mascarenhas
Rosa Déa Veiga da Silva
Ruth Sarah Hirschfeldt
Ruy Soares Barbosa Junior
Sálua Bunahum
Sandra Muniz Melo Ramos Castro
Sávio Soares de Sousa
Sebastião Almeida Parente
Sergina Mello
Sergio Castanheira
Sérgio de Andréa Ferreira
Sergio Zettermann
Sonia Maria Moret Freire Lourenço
Sonia Maria Ribeiro Valle Acioli
Stênio Lutgardes Neves
Sueli Carreira da Silva
Suely da Silva Jardim Pylro
Sylvio Tito Carvalho Coelho
Tânia de Castro Góes
Telius Alonso Avelino Memória
Themístocles de Faria Lima
Theobaldo Lisboa
Thereza de Paula Tavares Henriques
Ugo Soares Pinheiro Chagas
Ulysses Leocádio
Vera Lucia de Sant'Anna Gomes
Vera Maria Barreira Jatahy
Vera Maria Florêncio Berto
Vera Maria José Rollas
Vicente Silvio Ferreira do Nascimento
Victória Siqueiros Soares Le Cocq D'Oliveira
Waldir Novelino
Waldy Genuíno de Oliveira
Wander Cézar Moreira
Wilséa Gaspar Fernandes
Wilson Cavalcanti de Farias
Yolando Cardoso
Zélia Salles de Vasconcelos
Zilma de Castro Cunha Almeida
Zita Vereza Gama Silva

NOTA: A presente lista foi feita com base no banco de dados da *Revista do Ministério Público/RJ.*

Integrante do Superior Tribunal de Justiça oriundo do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (Em 31.12.2001)

Ministro Hamilton Carvalhido

Integrantes do Tribunal de Justiça oriundos do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (Em 31.12.2001)

Desembargadores:

Angelo Moreira Glioche

Antonio José Azevedo Pinto

Antonio Ricardo Binato de Castro

Ferdinaldo do Nascimento

Gizelda Leitão Teixeira

Guiseppe Ítalo Brasilino Vitagliano

Luiz Eduardo Guimarães Rabello

Luiz Roldão de Freitas Gomes

Manoel Carpena Amorim

Maria Henriqueta do Amaral Fonseca Lobo

Mário Robert Mannheimer

Marly Macedônio França

Maurício Caldas Lopes

Nildson Araújo da Cruz

Paulo Gomes da Silva Filho

Telma Musse Diuana

impresso nas oficinas
da Imprinta Gráfica e Editora Ltda.,
à Rua João Romariz, 285 - Rio de Janeiro.